

Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO (DIRECTOR)

JUAN PABLO MALDONADO MONTOYA (COORDINADOR)



Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA

Director

Antonio V. Sempere Navarro

Coordinador

Juan Pablo Maldonado Montoya

Autores

Alarcón Castellanos, María del Mar	Hierro Hierro, Francisco Javier
Alcázar Ortiz, Sara	López Insua, Belén del Mar
Álvarez Gimeno, Rafael	Luján Alcaraz, José
Alzaga Ruiz, Iciar	Maldonado Montoya, Juan Pablo
Arbonés Lapena, Hilda I.	Marín Moral, Isabel
Aspra Rodríguez, Alfredo	Martínez Torregrosa, Elena
Baviera Puig, Inmaculada	Martín Jiménez, Rocío
Cavas Martínez, Faustino	Martín Jiménez, Rodrigo
Cuadros Garrido, María Elisa	Monereo Pérez, José Luis
De Val Tena, Ángel Luis	Ortiz de Solórzano Aurusa, Camino
Fernández Orrico, Fco. Javier	Pagán Martín-Portugués, Fulgencio
Folgoso Olmo, Antonio	Palomino Saurina, Pilar
Gallego Moya, Fermín	Pérez Campos, Ana I.
García Blanca, José Manuel	Ramo Herrando, María José
García de la Calle, José Rafael	Ríos Mestre, José María
García Gil, María Begoña	Rodríguez Iniesta, Guillermo
García Rodríguez, Bernardo	Ruiz González, Carlota
Gómez Abelleira, Francisco Javier	Sánchez Laso, Pilar
González García, Sergio	Sánchez-Urán Azaña, Yolanda
González Martínez, José Antonio	Sempere Navarro, Antonio V.
Gutiérrez Pérez, Miguel	Solís Prieto, Carmen

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO (DIRECTOR)

Catedrático de Universidad. Magistrado del Tribunal Supremo

JUAN PABLO MALDONADO MONTOYA (COORDINADOR)

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad CEU-San Pablo



COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2020

Primera edición: octubre de 2020

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es/>

NIPO papel: 090-20-200-1

NIPO PDF: 090-20-201-7

NIPO ePub: 090-20-202-2

ISBN: 978-84-340-2663-6

Depósito legal: M-26465-2020

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

SUMARIO

	Páginas
CAPÍTULO I. LAS FRONTERAS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA	
I. La indagación sobre las fronteras del contrato (y del derecho) del trabajo.	37
II. La identificación de un criterio delimitador.	39
III. Desarrollo económico y ámbito subjetivo del contrato de trabajo.	42
IV. El papel de la doctrina científica en la definición del contrato de trabajo.	45
V. Transformación del trabajo y lugar del trabajo asalariado en la sociedad de la información.	47
CAPÍTULO II. CONCEPTO DE TRABAJADOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	
I. Introducción.	53
II. La ausencia de definición legal europea del concepto de trabajador.	56
III. El punto de partida normativo y jurisprudencial.	60
3.1. El Test Lawrie Blum o la interpretación extensiva limitada del concepto comunitario de trabajador.	61
3.2. La extensión del Test Lawrie Blum a otros ámbitos del TFUE. ...	65
3.3. Negociación colectiva en el contexto de la libre competencia. Artículo 101 TFUE.....	67
IV. Los rasgos de la definición y su proyección en la política social armonizadora.	70
4.1. Consideraciones previas.....	70

	Páginas
4.2. Objeto de la prestación: noción de “actividad económica”.....	77
4.3. Un intento de concreción: trabajo auténtico o efectivo versus trabajo marginal o accesorio.....	78
4.4. Superación del criterio cuantitativo o remuneratorio.	83
4.5. El vínculo jurídico.....	84
4.6. Criterio cualitativo: la dependencia o relación de subordinación.	85
CAPÍTULO III. LAS FRONTERAS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
I. Introducción.	93
1.1. El contenido laboral de la Constitución.	93
1.2. La distribución competencial en la Constitución y la determinación de la legislación laboral.....	97
1.3. La determinación del ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores en la Constitución.	99
1.4. La limitada doctrina constitucional sobre las controversias relativas a las fronteras del Derecho del Trabajo.....	102
II. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.	103
a) Trabajo no remunerado. Trabajos familiares.	103
b) Trabajos por cuenta propia. Servicio de transporte.....	103
III. Actividades religiosas.	105
IV. Actividades sindicales.	106
CAPÍTULO IV. LA DELIMITACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA UNIFICADA DEL TRIBUNAL SUPREMO	
I. El limitado juego del recurso de casación para la unificación de doctrina.	110
II. La presunción de contractualidad laboral.	113
III. Actividades excluidas de la legislación laboral.	115
1. Trabajos familiares.....	115
2. Contrato mercantil de agencia.....	116
3. Cargos societarios.	119
3.1. Etapa de doble vínculo..	119
3.2. Las SSTs 29 septiembre 1988 y 21 enero 1991: unidad del vínculo.	121
3.3. La STS 13 mayo 1991: dualidad estatutaria.....	123
3.4. Consolidación de la doctrina del vínculo único.	125

	Páginas
3.5. Concordancias y consecuencias.	126
3.6. Compatibilidad con tareas no gerenciales.	128
4. Personal sanitario.	130
5. Abogados.....	130
6. Peritajes para compañías de seguros.	131
7. Contrato de control y depósito de mercancías.	133
8. Transportistas autónomos.....	133
9. Relación de Derecho Público.	135
9.1. Personal sanitario no facultativo.....	136
9.2. Contrato administrativo.	137
10. Maquilladora.	138
11. Integrantes de Fundación Musical.	138
IV. Actividades incluidas en el ámbito laboral.	139
1. Corresponsales no banqueros.....	139
2. Empleados de Cámaras de Comercio.....	142
3. Encuestadores.....	142
4. Elaborador de informes.....	144
4.1. Informes comerciales.	144
4.2. Informes periciales.	144
5. Guías turísticos.....	146
6. Personal de limpieza.	146
7. Servicios de telecomunicación en locutorios públicos.....	150
8. Mantenedor de maquinaria dispersa.....	151
9. Agentes y subagentes de seguros.	153
10. Contrato con apariencia de “comisión mercantil”.	155
11. Trabajadores en formación.....	156
11.1. Alumnos de escuelas-taller y casas de oficios.	156
11.2. Becarios de Universidad.....	157
12. Contratación administrativa fraudulenta.	158
12.1. Planteamiento.	158
12.2. Encubrimiento de contrato laboral.	159
12.3. Encadenamiento de contrataciones.....	160
12.4. Tipología.....	161
12.5. Falsos autónomos.	165
13. Profesores de Escuelas Universitarias no estatales y Colegios Universitarios.	166

	Páginas
14. Profesores de religión católica en centros docentes públicos.	167
15. Profesores de enseñanza no reglada.	168
16. Profesorado de academia.	169
17. Psicólogos y médicos en centro de reconocimiento de conductores.	169
18. Reportero gráfico.	170
19. Sindicalista y asesor.	172
20. Socios minoritarios.	173
21. Médicos y odontólogos al servicio de entidades privadas.	174
21.1. Planteamiento general.	174
21.2. Planteamiento específico.	176
21.3. Tipología.	177
21.4. El caso de la Odontología.	178
22. Contratación de servicios de asesoría jurídica.	179
23. Inspector y organizador comercial.	180
24. Profesionales de la información.	181
24.1. Reportera.	181
24.2. Tertuliano radiofónico.	182
25. Arquitecto contratado por Ayuntamiento.	186
26. Actores/actrices de doblaje.-	186
27. Empleado del Centro Galego de Artes de la Presidencia de la Xunta de Galicia.	188
28. Psicólogos contratados para prestar asistencia a las víctimas en oficinas judiciales.	189
29. Operador de imagen.	190
30. Traductor/intérprete.	191
31. Liberado sindical.	192
32. Transportista contratado a través de Cooperativa de Trabajo Asociado.	193
33. Reparación de ascensores.	197
34. Repartidores a domicilio al servicio de plataformas digitales (<i>riders</i>).	199
34.1. Antecedentes.	199
34.2. El supuesto debatido y la sentencia recurrida.	200
34.3. La posición de la sentencia de contraste.	202
34.4. La decisión de la sala cuarta.	204
34.5. Valoración final.	205
 CAPÍTULO V. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE ANDALUCÍA (GRANADA)	
I. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.	209

II.	Actividades religiosas (sacerdotes y otros ministros de culto; religiosos; capellanes en hospitales, centros penitenciarios, centros educativos y otros; profesores de religión: remisión a personal docente). ..	215
III.	Actividades sindicales y políticas	217
IV.	Socios, administradores, directores (socios, administradores, directores, promotor-fundador de entidad mercantil, CEO).	219
V.	Relaciones con causa formativa (prácticas no laborales en empresas, alumnos de escuelas-taller y casas de oficios, becarios, becarios universidad, prácticas, peluqueros en formación, etcétera). ..	219
VI.	Cooperativistas (pertenecientes a cooperativas de trabajo asociado adjudicataria de cementerio municipal, de cooperativas de trabajo asociado concesionaria de actividad jardinería municipal, de cooperativas vinculada a organismo público, etcétera).	222
VII.	Actividades deportivas.	225
VIII.	Profesiones liberales.	226
IX.	Personal sanitario.	227
X.	Profesionales de la comunicación.	229
XI.	Comerciales, agentes, vendedores.	232
XII.	Distribuidores, repartidores y transportistas.	238
XIII.	Servicios prestados a la Administración.	240
CAPÍTULO VI. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE ANDALUCÍA (MÁLAGA)		
I.	Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.	243
a)	Trabajo autónomo.	245
b)	Trabajo no remunerado.	248
b.1.)	Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad.....	248
b.2.)	Especial atención a Voluntariado y Cooperantes.....	248
b.3.)	Trabajos familiares.	249
II.	Actividades religiosas.	252
III.	Socios, administradores, directores	253
IV.	Cooperativistas.	254
V.	Relaciones con causa formativa.	255
VI.	Actividades deportivas.	256
a)	Deportistas.....	257
b)	Entrenadores.....	258
VII.	Espectáculos públicos.	259
VIII.	Profesiones liberales.	261
a)	Abogados.....	261

	Páginas
b) Servicios contables, economistas, consultores.....	262
c) Peritos tasadores.....	263
IX. Personal sanitario.....	264
X. Profesionales de la comunicación.	265
XI. Comerciales, agentes, vendedores.....	266
XII. Distribuidores, repartidores y transportistas.....	268
XIII. Servicios prestados a la Administración	269
XIV. Varios: empleados de fincas urbanas y comunidades de propietarios.	274
 CAPÍTULO VII. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE ANDALUCÍA (SEVILLA)	
I. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.....	276
a) Trabajo autónomo	276
b) Trabajo no remunerado.	278
b.1.) Trabajos amistosos.....	278
b.2.) Voluntariado.....	279
b.3.) Trabajos familiares.	281
II. Actividades religiosas.....	285
III. Socios, administradores, directores.....	286
IV. Cooperativistas.....	293
V. Relaciones con causa formativa.....	294
VI. Actividades deportivas.....	296
a) Deportistas.....	296
b) Profesores de deporte	297
VII. Espectáculos públicos.....	297
VIII. Profesiones liberales.....	298
a) Abogados.....	298
b) Arquitectos.....	299
c) Peritos tasadores.....	301
IX. Personal sanitario.....	302
a) Médicos.....	302
b) Odontólogos.....	304
c) Oftalmólogos.....	305
d) Fisioterapeutas.....	305
e) ATS.....	306
f) Veterinarios.	306

	Páginas
X. Personal docente	306
XI. Profesionales de la comunicación	306
a) Tertulianos, comentaristas, presentadores, periodistas.....	306
b) Reporteros gráficos.....	309
c) Gabinetes de prensa.....	311
XII. Comerciales, agentes, vendedores	311
a) Vendedores y comerciales.....	311
b) Contrato de agencia.....	313
c) Agentes de seguros.....	314
XIII. Distribuidores, repartidores y transportistas	316
XIV. Servicios prestados a la Administración	318
XV. Actividades de alterne y similares	319
XVI. Vario	320
 CAPÍTULO VIII. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE ARAGÓN	
I. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad	324
a) Trabajo autónomo.....	324
b) Trabajo no remunerado.....	325
b.1) Voluntariado.....	325
b.2) Trabajos familiares.....	325
b.2.1) Inexistencia de relación laboral.....	325
b.2.2) Existencia de relación laboral.....	326
II. Actividades sindicales y políticas	327
III. Trabajo a domicilio	327
IV. Socios, administradores, directores	328
4.1. Existencia de relación laboral.....	328
4.2. Inexistencia de relación laboral.....	329
V. Cooperativistas	332
5.1. Cooperativa.....	332
5.2. Cooperativas de trabajo asociado.....	332
5.3. Sociedad cooperativa limitada de servicios profesionales.....	333
VI. Relaciones con causa formativa	333
VII. Actividades deportivas	334
VIII. Espectáculos públicos	336

	Páginas
IX. Profesiones liberales	337
X. Personal sanitario	341
XI. Personal docente	343
XII. Profesionales de la comunicación	344
XIII. Comerciales, agentes y vendedores	346
XIV. Distribuidores, repartidores y transportistas	347
XV. Servicios prestados a la Administración	348
XVI. Actividades de alterne y similares	350
XVII. Varia	350
a) Encuestadores.....	350
b) Servicios en el hogar familiar.....	351
CAPÍTULO IX. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE ASTURIAS	
I. Aspectos generales del contrato de trabajo. Sustantivos y procesales	354
a) Servicio militar.....	354
b) Carácter personalísimo.....	354
c) Coincidencia horarios.....	354
d) Pluralidad de sujetos.....	354
e) Parejas sentimentales.....	355
f) Evitación del proceso y caducidad del proceso.....	356
g) Litispendencia.....	356
II. Organizaciones sindicales y políticas	357
a) Partidos políticos.....	357
b) Sindicatos.....	357
c) Uso inadecuado de la relación laboral especial de alta dirección.....	358
III. Teletrabajo. Plataformas digitales de intermediación	360
a) Teletrabajo.....	360
b) Plataformas digitales de intermediación.....	360
IV. Cooperativas y otras formas societarias	361
a) Cooperativas.....	361
b) Sociedades.....	361
V. Becas, prácticas no laborales y contratos formativos	362
a) Becas.....	362
b) Prácticas no laborales.....	362
c) Contratos formativos.....	362
d) Criterios formales: tutorización y horario dedicado a formación.....	363

	Páginas
VI. Actividades deportivas	363
a) Jugador y entrenador.....	363
b) Mantenimiento de las instalaciones, bares y cafeterías.....	364
VII. Alterne	365
VIII. Profesionales liberales	366
a) Arquitecto.....	366
b) Abogado.....	366
c) Perito tasador.....	366
IX. Periodismo	367
a) Fotógrafo.....	367
b) Colaboradora de prensa.....	367
X. Contrato de agencia. Agentes de seguros. Comerciales	368
a) Contrato de agencia.....	368
b) Agentes de seguros.....	368
c) Comerciales.....	369
XI. Administración pública	370
a) Profesor de música.....	370
b) Proyectos de investigación.....	370
XII. Personal en obras de construcción	371
CAPÍTULO X. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE CANARIAS (LAS PALMAS)	
I. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad	374
a) Prestaciones obligatorias.....	374
b) Trabajo autónomo.....	374
c) Trabajo no remunerado.....	376
c.1.) Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad.....	376
c.2.) Trabajos familiares. Trabajos por cuenta propia.....	376
d) Trabajos por cuenta propia.....	377
II. Actividades sindicales y políticas. Actividades sindicales	378
a) Actividades sindicales.....	378
b) Trabajo en cargos políticos.....	379
III. Socios, administradores, directores	380

	Páginas
IV. Cooperativistas	382
V. Relaciones con causa formativa	382
a) Becarios.....	382
VI. Deportistas	383
VII. Artistas	384
VIII. Profesiones liberales	385
a) Abogado.....	386
b) Arquitectos.....	387
c) Servicios contables, economistas, consultores.....	388
IX. Personal sanitario	389
a) Médicos y odontólogos.....	389
b) Psicólogos.....	390
c) Personal de enfermería, auxiliares médicos y auxiliares de enfermería.....	390
d) Masajistas.....	391
X. Personal docente	391
a) En centros educativos públicos.....	391
b) Profesores de academia y profesores particulares.....	392
XI. Profesionales de la comunicación	392
XII. Comerciales, agentes, vendedores	395
a) Agentes de seguros.....	394
b) Subagente de seguros.....	394
c) Comisionista.....	395
XIII. Transportistas con vehículo propio	395
XIV. Servicios prestados a la Administración	396
a) Contratos de colaboración social.....	397
b) Trabajador social.....	397
XV. Empleados de fincas urbanas	398
 CAPÍTULO XI. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE CANARIAS (TENERIFE)	
I. Trabajo no remunerado	400
a) Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad.....	400
b) Especial atención a Voluntariado y Cooperantes.....	401
c) Trabajos familiares.....	405

	Páginas
II. Actividades sindicales y políticas	407
III. Socios, administradores, directores	410
IV. Relaciones con causa formativa: becarios	415
V. Espectáculos público: artistas	419
VI. Profesiones liberales	420
VII. Personal sanitario	424
a) Médicos y odontólogos.....	424
b) Personal de enfermería, auxiliares médicos y auxiliares de enfermería.....	426
VIII. Personal docente	427
a) En centros educativos públicos.....	427
b) En centros educativos de titularidad privada.....	429
IX. Profesionales de la comunicación	430
X. Comerciales, agentes, vendedores	431
XI. Distribuidores, repartidores y transportistas	434
XII. Servicios prestados a la Administración	434
XIII. Guías turísticos	437
 CAPÍTULO XII. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE CANTABRIA	
I. Introducción	440
II. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad	441
a) Trabajo autónomo.....	442
b) Trabajo no remunerado.....	444
c) Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad.....	445
d) Trabajos familiares.....	445
III. Socios, administradores, consejeros, directores de la empresa	447
IV. Relaciones con causa formativa. Becarios	451
V. Actividades deportivas	453
a) Futbolistas.....	452
b) Entrenadores de fútbol.....	454
c) Preparadores de pruebas ciclistas y monitores deportivos.....	455
VI. Espectáculos públicos	456
a) Directores y productores de programa de radio.....	456
b) Colaboradores de revistas y fotógrafos.....	457
VII. Profesiones liberales	458

	Páginas
a) Arquitectos técnicos de ayuntamientos	458
b) Monitor de informática	459
VIII. Personal sanitario	459
a) Médicos	460
b) Odontólogos	461
c) Farmacéutico	461
d) Logopedas	462
IX. Personal docente	462
a) En centros educativos públicos. Profesor de religión	462
b) En centros educativos de titularidad privada: Profesores de actividades extraescolares, de informática y de academias	463
X. Representantes de comercio, agentes comerciales, agentes de seguros y vendedores de cupones	464
XI. Transportistas con vehículo propio	467
XII. Servicios prestados a la Administración	470
a) Profesora de música	741
b) Conserje y limpieza de colegio público	472
c) Adjudicatario del servicio de conserjería y limpieza de polideportivo municipal	473
d) Asistente técnico vinculado a una Administración Pública	473
e) Analista programador para un Ayuntamiento	474
f) Monitor de natación en un Ayuntamiento	474
g) Becario en una Fundación	474
XIII. Varia	475
a) Electricista	475
b) Trabajadores de protección civil, prevención y extinción de incendios	475
c) Esteticista	476
d) Servicios de limpieza para comunidad de propietarios	477
e) Penados.	477
 CAPÍTULO XIII. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA	
I. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.....	480
a) Trabajos amistosos.....	480
b) Trabajo no remunerado.....	480
c) Trabajos familiares.....	480

	Páginas
d) Trabajo por cuenta propia	481
e) Especial atención a voluntariado y cooperantes.....	481
f) Trabajos de familiares.....	482
II. Actividades religiosas.....	482
III. Actividades sindicales y políticas.....	482
IV. Socios, administradores, directores.....	483
V. Socios cooperativistas.....	485
VI. Relaciones con causa formativa.....	486
a) Becarios.....	486
b) Actividad docente impartiendo curso de formación.....	487
VII. Actividades deportivas.....	487
a) Asesor deportivo.....	487
b) Deportista profesional.....	487
VIII. Espectáculos públicos.....	488
a) Artistas.....	488
b) Banderilleros.....	489
c) Otros.....	489
IX. Profesionales liberales.....	489
a) Asesor jurídico de sindicato.....	489
b) Abogado (asesor jurídico).....	490
c) Enólogo.....	490
X. Personal sanitario.....	491
a) Médicos y odontólogo.....	491
b) Fisioterapeuta.....	491
c) Psicóloga.....	492
d) Podólogo.....	492
e) ATS-practicantes.....	492
XI. Profesionales de la comunicación.....	492
a) Periodista.....	492
b) Reportero gráfico.....	493
c) Redactora literaria.....	493
XII. Comerciales, agentes, vendedores.....	494
a) Agentes.....	494
b) Vendedor de la ONCE y persona de asistencia.....	494

	Páginas
XIII. Transportistas	495
XIV. Servicios prestados a la Administración	495
a) Contrato administrativo de arrendamiento de servicios para gestión.....	495
b) Arquitecto que trabaja para Ayuntamiento.....	496
c) Letrado de Ayuntamiento.....	496
d) Responsable de prensa: periodista.....	497
e) Servicio de apertura de centro escolar y limpieza.....	497
f) Empleados encargados de piscina municipal.....	497
XV. Actividades de alterne y similares	497
XVI. Varios	598
a) Guías turísticos.....	598
b) Servicio en el hogar familiar.....	598
c) Otros.....	598
 CAPÍTULO XIV. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN (BURGOS)	
I. Trabajos carentes de alguna nota de esencialidad de laboralidad	501
1.1. Voluntariado.....	501
1.2. Trabajos familiares y de buena vecindad.....	503
II. Actividades sindicales y políticas	504
III. Socios, administradores, directores	505
3.1. El personal de alta dirección.....	505
3.2. Los socios.....	505
3.3. Miembros de consejo de administración.....	506
IV. Cooperativistas	507
V. Relaciones con causa formativa	508
VI. Actividades deportivas	509
VII. Espectáculos públicos	511
VIII. Profesiones liberales	511
IX. Personal sanitario	513
X. Personal docente	515
XI. Profesionales de la comunicación	517
XII. Comerciales, agentes y vendedores	518
XIII. Distribuidores, repartidores y transportistas	519
XIV. Servicios prestados a la Administración	521
XV. Actividades de alterne y similares	523
XVI. Varia	524

CAPÍTULO XV LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO
EN EL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN (VALLADOLID)

I. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.....	530
a) Tareas sin compromiso personal.....	530
b) Prestaciones obligatorias.....	531
c) Trabajo no remunerado.....	531
i) Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad.....	531
ii) Trabajos familiares.....	533
iii) Voluntariado.....	534
d) Trabajo por cuenta propia.....	535
II. Actividades religiosas.....	535
III. Actividades sindicales y políticas.....	535
IV. Socios, administradores, directores.....	536
V. Cooperativistas.....	539
VI. Relaciones con causa formativa.....	539
VII. Actividades deportivas.....	541
VIII. Espectáculos públicos.....	542
IX. Profesionales liberales.....	543
a) Abogados.....	543
b) Arquitectos.....	544
c) Contables, economistas, consultores.....	546
d) Peritos tasadores.....	546
e) Veterinarios y agrónomos.....	547
X. Personal sanitario.....	548
a) Médicos y odontólogos.....	548
b) Psicólogos.....	552
c) Fisioterapeutas.....	553
d) Personal de enfermería, auxiliares sanitarios.....	553
XI. Personal docente.....	554
a) En centros educativos públicos.....	554
b) En centros educativos privados.....	556
c) Profesores de academia y particulares.....	557
d) Otros.....	559
XII. Profesionales de la comunicación.....	560
XIII. Comerciales, agentes, vendedores.....	563
XIV. Distribuidores, repartidores y transportistas.....	565

	Páginas
XV. Servicios prestados a la Administración	566
XVI. Actividades de alterne y similares.	567
XVII. Varia.	568
a) Empleados de fincas urbanas y comunidades de propietarios.	568
b) Servicios en el hogar familiar.....	569
c) Otros.....	570
 CAPÍTULO XVI. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE CATALUÑA	
I. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.	574
a) Trabajo autónomo.	574
b) Trabajo no remunerado: voluntariado y trabajos amistosos, bené- volos y de buena vecindad.....	575
c) Trabajos familiares.....	577
II. Actividades religiosas.	577
III. Actividades sindicales y políticas.	578
IV. Trabajo a distancia, a domicilio, teletrabajo.	579
V. Socios y órganos de administración.	579
VI. Cooperativas.	580
VII. Relaciones con causa formativa.	581
VIII. Actividades deportivas.	583
IX. Espectáculos públicos.	585
X. Profesiones liberales.	587
XI. Personal sanitario.	589
XII. Personal docente.	590
a) En centros educativos públicos.	590
b) En centros educativos de titularidad privada.....	591
c) Profesores de academia y profesores particulares.....	591
d) Otros.....	592
XIII. Profesionales de la comunicación.	593
XIV. Comerciales, agentes, vendedores.	596
XV. Distribuidores, repartidores y transportes.	598
XVI. Servicios prestados para la Administración.	601
a) Contrato de trabajo “versus” contrato de arrendamiento de servicios.	601
b) Contrato de trabajo “versus” contratos administrativos de consul- toría y asistencia técnica.....	602
c) Contrato de trabajo “versus” prestación de servicios funcionariales.	603
XVII. Actividades de alterne y similares.	603

	Páginas
XVIII. Varios	604
a) Servicios a fincas urbanas y comunidades de propietarios.....	604
b) Servicios al hogar familiar.....	605
c) Montaje, mantenimiento y asistencia técnica.....	605
d) Tatuadores y masajistas (no sexuales).....	606
e) Mandatarios, gestores y apoderados.....	606
f) Operadores de imagen.....	607
g) Quiosqueros.....	607
h) Fotógrafo de prensa.....	607
i) Contable.....	608
j) Joyera.....	608
k) Pequeños trabajos de mantenimiento en pensión.....	608
 CAPÍTULO XVII. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE EXTREMADURA	
I. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad	610
a) Trabajo no remunerado.....	610
a.1) Trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad.....	610
a.2) Voluntariado y cooperación.....	611
a.3) Trabajos familiares.....	611
b) Trabajos por cuenta propia.....	613
II. Actividades sindicales y políticas	615
a) Actividades sindicales.....	615
b) Actividades políticas.....	617
III. Trabajo a distancia, a domicilio, teletrabajo	617
IV. Socios, administradores y directores	618
V. Cooperativistas	619
VI. Relaciones con causa formativa	620
VII. Actividades deportivas	622
VIII. Profesiones liberales	622
a) Abogados.....	622
b) Arquitectos.....	626
c) Delineantes.....	630
d) Consultores.....	631
e) Peritos tasadores.....	631
IX. Personal sanitario	632

	Páginas
a) Médicos y odontólogos.	632
b) Psicólogos.	635
c) Oftalmólogos y optometristas.	635
d) Personal de enfermería, auxiliares médicos y auxiliares de enfermería.	636
X. Personal docente.	637
a) En centros educativos públicos.	637
b) En organismos públicos.	640
c) Profesores de academia.	640
XI. Profesionales de la comunicación.	642
a) Reporteros, reporteros gráficos y corresponsales.	642
b) Informador y redactor.	645
c) Locutor y comentarista.	645
XII. Comerciales, agentes, vendedores.	646
a) Gestores mediadores de seguros, subagentes y agentes auxiliares de seguros.	646
b) Agente financiero.	648
c) Intermediario inmobiliario.	649
d) Agente y representante comercial.	650
XIII. Distribuidores, repartidores y transportistas.	650
a) Distribuidor y repartidor.	650
b) Transportista y transportista con vehículo propio.	651
XIV. Servicios prestados a la Administración.	652
XV. Actividades de alterne y similares.	657
 CAPÍTULO XVIII LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE GALICIA	
I. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.	660
a) Tareas sin compromiso personal.	660
b) Prestaciones obligatorias.	660
c) Trabajo autónomo.	661
d) Trabajo no remunerado.	662
d.1.) Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad.	662
d.2.) Trabajos familiares.	663
e) Trabajos por cuenta propia.	664

	Páginas
II. Actividades religiosas	665
III. Actividades sindicales y políticas	666
IV. Trabajo a distancia, a domicilio, teletrabajo	667
V. Socios, administradores, directores	667
VI. Cooperativistas	669
VII. Relaciones con causa	669
VIII. Actividades deportivas	671
IX. Espectáculos públicos	672
X. Profesiones liberales	673
XI. Personal sanitario	676
XII. Personal docente	678
XIII. Profesionales de la comunicación	680
XIV. Comerciales, agentes	682
XV. Distribuidores, repartidores y transportistas prestados al margen de plataformas digitales	683
XVI. Servicios prestados a través de plataformas digitales y similares	685
XVII. Servicios prestados a la Administración	686
XVIII. Actividades de alterne y similares	690
XIX. Varia	691
a) Técnico de montaje y sonido.....	691
b) Contratación de publicidad.....	691
c) Guía turístico.....	692
d) Servicios domésticos.....	692
e) Limpieza.....	693
f) Vigilancia de tierra contra marisqueo furtivo.....	694
g) Encuestadora.....	694

CAPÍTULO XIX. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE ISLAS BALEARES

I. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad	696
a) Tareas sin compromiso personal.....	696
b) Prestaciones obligatorias.....	696
c) Trabajo no remunerado. Trabajos amistosos, benévolo, de buena vecindad. Trabajos familiares.....	697
d) Trabajos por cuenta propia.....	799
II. Actividades sindicales y políticas	700
III. Socios, administradores, directores	700
IV. Relaciones con causa formativa	704
V. Actividades deportivas	705
VI. Espectáculos públicos	705

	Páginas
a) Artistas.....	705
b) Modelos y publicidad.....	706
c) Otros.....	707
VII. Profesiones liberales.....	708
a) Abogados.....	708
b) Arquitectos.....	709
c) Servicios contables, economistas, consultores.....	710
d) Peritos tasadores.....	710
VIII. Personal sanitario.....	711
a) Médicos y odontólogos.....	711
b) Psicólogos.....	712
IX. Personal docente.....	713
X. Profesionales de la comunicación.....	714
XI. Comerciales, agentes, vendedores.....	715
XII. Distribuidores, repartidores y transportistas.....	718
XIII. Servicios prestados a la Administración.....	719
XIV. Varias.....	720
a) Guías turísticos.....	720
b) Relaciones públicas.....	721
c) Servicios en el hogar familiar (cuidadores, jardineros, choferes particulares, etc.).....	722
d) Montaje, mantenimiento y asistencia técnica.....	722
 CAPÍTULO XX. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE LA RIOJA	
I. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.....	725
II. Actividades religiosas.....	728
III. Actividades sindicales o políticas.....	728
IV. Socios, administradores, directores.....	729
V. Cooperativistas.....	732
VI. Actividades deportivas.....	734
VII. Profesionales liberales.....	735
a) Abogados.....	735
b) Arquitectos.....	736
VIII. Personal sanitario.....	737
IX. Personal docente.....	737
X. Comerciales, agentes, vendedores.....	741

	Páginas
XI. Varia	742
CAPÍTULO XXI. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE MADRID	
I. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad	745
a) Tareas sin compromiso personal.....	745
b) Autónomos: Limpiadoras en comunidad de propietarios.- Guías y representantes en el extranjero.- Instalador.- Agentes de seguros.- Árbitros.- Mantenimiento, reparaciones, jardinero.- Consultor.- Reportero.- Militares de tropa.- Asesor técnico.- Presidente de Federación.- Mecánico.- Vendedor de quiosco.....	745
c) Trabajo no remunerado.....	748
c.1) Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad.....	748
c.2) Voluntariado y Cooperantes.....	749
c.3) Trabajos familiares: matrimonios y parejas.- hijos.- padres.- hermanos).....	750
II. Actividades religiosas	753
a) Profesores de Religión.....	753
b) Religiosos.....	754
III. Actividades sindicales y políticas	755
IV. Trabajo a distancia, a domicilio, teletrabajo	756
V. Socios, administradores, directores: Socios de sociedades no capitalistas.- Teoría del Vínculo (alta dirección y administrador o consejero).- Socios de sociedades capitalistas.- Socios de sociedades capitalistas que también son administradores o consejeros.- Socios de sociedades capitalistas que también son administradores o consejeros y además, realizan otras actividades adicionales.- Consejeros y administradores de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de Sociedades Laborales.- Relevancia de determinados elementos para valorar la existencia de dependencia y ajenidad en la relación mantenida por un socio	757
VI. Cooperativistas	764
VII. Relaciones con causa formativa	765
VIII. Actividades deportivas	767
a) Deportistas.....	767
b) Entrenadores.....	768
c) Otras profesiones de la actividad deportiva: preparadores físicos, masajistas y profesores de deporte.....	770

	Páginas
IX. Espectáculos públicos.	770
a) Artistas.	770
b) Reality show y concursos televisión.	772
c) Modelos y publicidad.	773
d) Directores y técnicos.	773
X. Profesiones liberales.	773
a) Abogados.....	773
b) Arquitectos.	773
c) Servicios contables, economistas y consultores.....	773
d) Peritos tasadores.	774
e) Veterinarios y agrónomos.....	775
f) Traductores e intérpretes.	775
g) Otros profesionales liberales.	775
XI. Personal sanitario.	776
a) Médicos y odontólogos.	776
b) Psicólogos.	777
c) Anestesiastas, dietistas, terapeutas y logopedas.	777
d) Personal de enfermería, auxiliares médicos y auxiliares de enfermería.....	778
e) Veterinarios y otras profesiones liberales.....	779
XII. Personal docente.	779
a) En centros educativos públicos.	779
b) Centros asistenciales.	783
c) En centros educativos de titularidad privada.....	784
c.1) Universidades privadas.	784
c.2) Centros concertados.....	785
c.3) Fundación universitaria privada.....	786
c.4) Centros adscritos.	786
c.5) Profesores de academia.	787
XIII. Profesionales de la comunicación.	787
XIV. Comerciales, agentes, vendedores.	789
XV. Distribuidores, repartidores y transportistas al margen de plataformas digitales.	790
a) Transportistas y repartidores.	790
b) Transportista con vehículo propio.	792
XVI. Servicios prestados a través de plataformas digitales y similares.	792

	Páginas
a) Conductores y repartidores o <i>riders</i>	792
b) Otros servicios.....	793
XVII. Servicios prestados a la administración.	793
a) Trabajadores sociales.	793
b) Profesores de música en escuelas municipales.	794
c) Educadores.	795
d) Personal contratado por la Agencia Española de Cooperación Internacional con contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica.....	796
e) Coordinadora de museo con contrato administrativo de servicio de asistencia técnica.	796
f) Estadística.	797
g) Trabajadora de la Consejería de Cultura y Deportes.....	797
h) Consultor de Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales.	798
i) Técnico contratado por ayuntamiento.	798
j) Arquitectos contratados a través de un contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica.	799
k) Psicólogos.	800
l) Abogado.	801
XVIII. Actividades de alterne y similares.	801
XIX. Varios.	802
a) Empleados de fincas urbanas y comunidades de propietarios.	802
b) Guías turísticos.....	803
c) Encuestadores.....	804
d) Relaciones públicas.....	804
e) Servicios en el hogar familiar.....	805
f) Montaje, mantenimiento y asistencia técnica.....	805
g) Asistencia sanitaria domiciliaria.	806
h) Mandatario.....	806
i) Apoderado.....	807
 CAPÍTULO XXII. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE MURCIA	
I. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.	810
a) Tareas sin compromiso personal.	810
b) Trabajo autónomo.	810
c) Trabajo no remunerado.	811
c.1) Trabajos amistosos, benévolo y de buena vecindad.....	811
c.2) Voluntariado.....	811

	Páginas
c.3) Trabajos familiares.....	813
c.3.1) Existencia de relación laboral.....	813
c.3.2) Inexistencia de relación laboral.....	814
II. Actividades religiosas	814
III. Actividades sindicales y políticas	815
IV. Trabajo a domicilio	815
V. Socios, administradores y directores	815
5.1. Existencia de relación laboral.....	815
5.2. Inexistencia de relación laboral.....	817
VI. Cooperativistas	818
VII. Relaciones con causa formativa	819
VIII. Actividades deportivas	820
IX. Espectáculos públicos	820
X. Profesiones liberales	821
XI. Personal sanitario	825
XII. Personal docente	827
XIII. Profesionales de la comunicación	830
XIV. Comerciales, agentes y vendedores	830
XV. Distribuidores, repartidores y transportistas	832
XVI. Servicios prestados a la Administración	833
XVII. Actividades de alterne y similares	836
XVIII. Varia	836
 CAPÍTULO XXIII. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE NAVARRA	
I. Dos ideas	840
II. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad	840
2.1. Trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad.....	841
2.2. Fundaciones.....	842
2.3. Trabajos familiares.....	844
III. Actividades sindicales y políticas	844
IV. Trabajo a distancia, a domicilio, teletrabajo	846
4.1. Prestación de servicios documentales e indización en editorial....	846
4.2. Recepción y revisión de monografías y resoluciones judiciales en editorial.....	851
V. Socios, administradores, consejeros, directores	852
5.1. Socios.....	852
5.2. Socios administradores.....	854

	Páginas
5.3. Administradores.....	856
5.4. Consejeros.....	856
5.5. Directores.....	857
VI. Cooperativistas.....	859
VII. Relaciones con causa formativa.....	860
VIII. Actividades deportivas.....	862
IX. Espectáculos públicos.....	865
9.1. Técnico de luces y montaje.....	865
9.2. Cámara de TVE.....	865
9.3. Mandatario de la SGAE.....	866
X. Profesiones liberales.....	866
10.1. Asesoramiento jurídico y económico.....	866
10.2. Arquitectos.....	868
XI. Personal sanitario.....	868
XII. Personal docente.....	868
12.1. Profesor de yoga.....	868
12.2. Profesores de Religión y Moral católica en centros públicos.....	869
12.3. Educadora infantil en escuela municipal.....	869
12.4. Profesores asociados de Universidad.....	869
XIII. Comerciales, agentes vendedores.....	870
XIV. Distribuidores, repartidores y transportistas.....	871
XV. Servicios prestados a la Administración.....	871
XVI. Actividades de alterne y similares.....	873
XVII. Vario.....	874
17.1. Montaje.....	874
17.2. Mantenimiento.....	874
17.3. Intermediación.....	874
17.4. Comunidades de propietarios.....	874
CAPÍTULO XXIV. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DEL PAÍS VASCO	
I. Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.....	878
1.1. Tareas sin compromiso personal.....	878
1.2. Prestaciones obligatorias.....	878
1.3. Trabajo autónomo.....	879
1.4. Trabajo no remunerado.....	881
1.5. Trabajos amistosos, benévolo, de buena vecindad.....	882

	Páginas
1.6. Especial atención a Voluntariado y Cooperantes.	882
1.7. Trabajos familiares.	883
1.8. Trabajos por cuenta propia.	883
II. Actividades religiosas.	885
2.1. Sacerdotes y religiosos.	885
2.2. Profesores de religión católica en centros públicos.	885
III. Actividades sindicales y políticas.	886
IV. Trabajo a domicilio y teletrabajo.	887
4.1. Trabajo a domicilio.	887
4.2. Teletrabajo.	888
V. Socios, administradores, directores.	889
VI. Cooperativistas.	890
VII. Relaciones con causa formativa.	892
VIII. Actividades deportivas.	894
IX. Espectáculos públicos.	895
9.1. Artistas.	895
9.2. Directores y técnicos.	896
X. Profesiones liberales.	896
10.1. Abogados.	897
10.2. Arquitectos.	897
10.3. Servicios contables, economistas, consultores.	989
10.4. Peritos tasadores.	900
10.5. Traductores e intérpretes.	902
10.6. Otros profesionales liberales.	902
XI. Personal sanitario.	903
11.1. Médicos y odontólogos.	903
11.2. Oftalmólogos y optometristas.	904
XII. Personal docente.	904
12.1. En centros educativos públicos y privados.	904
12.2. Profesores de academia y profesores particulares.	905
12.3. Otros.	906
XIII. Profesionales de la comunicación.	907
XIV. Comerciales, agentes, vendedores.	909
XV. Distribuidores, repartidores y transportistas.	910

	Páginas
XVI. Servicios prestados a la Administración.	911
XVII. Actividades de alterne y similares.	913
XVIII. Varia.	914
18.1. Empleados de fincas urbanas y comunidades de propietarios.....	914
18.2. Montaje, mantenimiento y asistencia técnica.	914
 CAPÍTULO XXV. LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TSJ DE VALENCIA	
Introducción.	918
I. Socios, administradores, directores.	918
a) Administrador: su deslinde de situaciones de laboralidad.	918
b) Sobre la dualidad: socio y trabajador por cuenta ajena.....	919
c) Protección por desempleo de socios trabajadores de sociedades laborales.	920
II. Relaciones con causa formativa.	920
III. Profesiones liberales: arquitectos.	923
a) Presunción de laboralidad de la actividad en ayuntamiento.	923
b) Peritos tasadores que prestan servicios a través de una empresa superpuesta.....	924
c) Contrato formalmente administrativo de naturaleza laboral.	925
d) Relación laboral o arrendamiento de servicios.	926
IV. Personal docente.	927
a) Deslinde contratación laboral de contratación administrativa.	927
b) La realización de prácticas de formación externas universitarias en empresas.	927
c) Profesores de Religión.	928
d) Profesores de música que desempeñan su actividad en varios cen- tros de enseñanza.....	929
V. Profesionales de la comunicación: periodistas.	929
VI. Comerciales, agentes, vendedores.	930
a) Comerciales.....	930
b) Agentes de seguros.....	931
VII. Distribuidores, repartidores y transportistas.	933

■ LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA

	Páginas
VIII. Servicios prestados a la Administración.	934
a) Contrato administrativo y contrato laboral.....	934
b) Relación laboral y cesión ilegal de trabajadores.	935
c) Presunción de laboralidad.	936
d) Duración de la relación laboral.	937
IX. Actividades de alterne y similares.	938

ABREVIATURAS

AS, As	Asturias
AECI	Agencia Española de Cooperación Internacional
ASEC	Consejo Económico y Social
ATS	Asistente Técnico Sanitario
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOP	Boletín Oficial de la Provincia
CAM	Comunidad de Madrid
Cant.	Cantabria
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
Ccom.	Código de Comercio
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEO	Chief Executive Officer
CTA	Cooperativa de Trabajo Asociado
CyL	Castilla y León
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
ET	Estatuto de los Trabajadores
EX	Extremadura
DEA	Diploma de Estudios Avanzados
FJ	Fundamento Jurídico
FFJJ	Fundamentos Jurídicos
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
Gal	Galicia
IAE	Impuesto sobre Actividades Económicas
IB	Islas Baleares
IC	Islas Canarias
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
I+D+I	Investigación, Desarrollo e Innovación

<i>IMERSO</i>	<i>Instituto de Mayores y Servicios Sociales</i>
<i>INVIFAS</i>	<i>Instituto de la Vivienda de las Fuerzas Armadas</i>
<i>LCSP</i>	<i>Ley de Contratos del Sector Público</i>
<i>LCT</i>	<i>Ley de Contrato de Trabajo (1944)</i>
<i>LETA</i>	<i>Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo</i>
<i>LGC</i>	<i>Ley General de Cooperativas</i>
<i>LO</i>	<i>Ley Orgánica</i>
<i>LOE</i>	<i>Ley Orgánica de Enseñanza</i>
<i>LOGSE</i>	<i>Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo</i>
<i>LOPJ</i>	<i>Ley Orgánica del Poder Judicial</i>
<i>LOTT</i>	<i>Ley de Ordenación de Transporte Terrestre</i>
<i>LPL</i>	<i>Ley de Procedimiento Laboral</i>
<i>LRJS</i>	<i>Ley Reguladora de la Jurisdicción Social</i>
<i>OM</i>	<i>Orden Ministerial</i>
<i>PV</i>	<i>País Vasco</i>
<i>Rec, rec</i>	<i>Recurso</i>
<i>RECUD, rcud</i>	<i>Recurso para Unificación de Doctrina</i>
<i>RGSS</i>	<i>Régimen General de la Seguridad Social</i>
<i>RD</i>	<i>Real Decreto</i>
<i>RDL</i>	<i>Real Decreto Ley</i>
<i>RDLeg</i>	<i>Real Decreto Legislativo</i>
<i>RRHH</i>	<i>Recursos humanos</i>
<i>S., s.</i>	<i>Sentencia</i>
<i>SERLA</i>	<i>Servicio Regional de Relaciones Laborales (Castilla y León)</i>
<i>SERGAS</i>	<i>Servicio Gallego de Salud</i>
<i>SS</i>	<i>Sentencias</i>
<i>SOVI</i>	<i>Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez</i>
<i>TC</i>	<i>Tribunal Constitucional</i>
<i>TCE</i>	<i>Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea</i>
<i>TFUE</i>	<i>Tratado Fundacional de la Unión Europea</i>
<i>TGSS</i>	<i>Tesorería General de la Seguridad Social</i>
<i>TJUE</i>	<i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
<i>TM, Tm</i>	<i>Tonelada métrica</i>
<i>TS</i>	<i>Tribunal Supremo</i>
<i>TSJ</i>	<i>Tribunal Superior de Justicia</i>
<i>TRADE</i>	<i>Trabajados Autónomo Económicamente Dependiente</i>
<i>UE</i>	<i>Unión Europea</i>
<i>UMAC</i>	<i>Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación</i>

CAPÍTULO I

LAS FRONTERAS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

SUMARIO: –I. *La indagación sobre las fronteras del contrato (y del derecho) del trabajo.*–II. *La identificación de un criterio delimitador.*–III. *Desarrollo económico y ámbito subjetivo del contrato de trabajo.*–IV. *El papel de la doctrina científica en la definición del contrato de trabajo.*–V. *Transformación del trabajo y lugar del trabajo asalariado en la sociedad de la información.*

I. LA INDAGACIÓN SOBRE LAS FRONTERAS DEL CONTRATO (Y DEL DERECHO) DEL TRABAJO

La permanente investigación sobre la extensión y los límites de las fronteras del contrato de trabajo –y, por tanto y como corolario, sobre lo que con tanto acierto Alonso Olea llamó la “realidad social subyacente al Derecho del Trabajo”¹– es una de las actividades más características de los estudiosos, teóricos y prácticos, de esta disciplina jurídica. Como si de una singular manifestación del mito de Sísifo se tratara, cada día los juristas del

¹ ALONSO OLEA, M., “Sobre la realidad social subyacente al Derecho del Trabajo”, en *Derecho del Trabajo* (Buenos Aires), núm. 3, 1971.

trabajo deben esforzarse por identificar en cada prestación de servicios la concurrencia o no de las notas que pueden identificarla como objeto de contratación laboral, siendo así que con la misma velocidad con que se pone luz sobre unas ciertas relaciones, otras nuevas aparecen necesitadas del mismo proceso de calificación.

En lo fundamental, esta exigencia de recurrente definición de las fronteras de lo laboral trae causa directa de la propia naturaleza del contrato de trabajo como tipo contractual derivado del arrendamiento de servicios. Y por eso, quizá no sea ocioso recordar que la irrupción del contrato de trabajo como alternativa social a los instrumentos de contratación de servicios característicos del Derecho Común planteó desde el primer momento la cuestión de su naturaleza jurídica; especialmente para señalar las diferencias entre el nuevo modelo contractual y aquellos otros que durante la llamada “etapa civilista del Derecho laboral”² habían servido para la juridificación de la contratación del trabajo humano³. Y es que, sin perjuicio de su individualidad conceptual como negocio jurídico de cambio, de naturaleza cooperativa y causa onerosa, el contrato de trabajo es una revisión del viejo contrato de arrendamiento de servicios. Un arrendamiento de servicios “socializado” en la medida en que “las circunstancias sociales (impusieron) una reglamentación cuidadosa y especial, que no tuvo el arrendamiento primitivo y que, en cierto modo, (modificaron) su naturaleza”⁴.

Al mismo tiempo, los problemas suscitados por la delimitación de las fronteras del contrato de trabajo, manifestados desde su misma identificación como contrato típico y nominado (en Derecho español, al menos, desde la promulgación del Código de Trabajo por Real Decreto Ley de 23 de agosto de 1926⁵) obedecen también al propio dinamismo de esta parcela del ordena-

² PEREZ LEÑERO, J., *Teoría general del Derecho español del Trabajo*, Espasa-Calpe, Madrid, 1948, pág. 24.

³ A dicha operación se aplicó con denuedo la doctrina durante el primer tercio del pasado siglo XX. La cuestión está muy bien tratada, entre otras obras, en MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 39ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, págs. 269 y ss. Entre los contemporáneos de la emergencia del contrato de trabajo, puede verse GARCÍA OVIEDO, C., *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Sevilla, 1946, págs. 105 y ss. y GALLART FOLCH, A., *Derecho español del Trabajo*, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1936, págs. 43 y ss.

⁴ Tal era la explicación que al fenómeno del alumbramiento del contrato de trabajo daba, en 1934, GARCÍA OVIEDO, a la sazón catedrático de Derecho Administrativo y profesor de legislación del trabajo en la Universidad de Sevilla, en su citado *Tratado elemental de Derecho Social*, págs. 113 y ss.

⁵ De 1904 data, no obstante, un Proyecto de Ley de contrato de trabajo presentado al Instituto de Reformas Sociales (Proyecto AZCÁRATE), al que seguirían luego no menos de siete propuestas. No obstante, sería el Código de Trabajo de 1926 la disposición normativa que otorgó carta de naturaleza legal al nuevo contrato al rubricar su Libro I “Del contrato de trabajo”. Cinco años después, la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 llevaría el nombre del contrato a su mismo título.

miento jurídico. El carácter cambiante de la materia que regula el Derecho del Trabajo es una de sus características más notables, como lo es el esfuerzo permanente y siempre inacabado para dar respuesta desde sus instituciones y postulados a la exigencia de cambio que imponen las transformaciones técnicas y productivas y la propia dinámica de la economía y la sociedad. La continua renovación de las formas de producir y organizar el trabajo, especialmente acelerada gracias a las modernas innovaciones tecnológicas, también obliga a dibujar casi a diario la línea que delimita lo laboral de lo no laboral; sobre todo, para diferenciar el trabajo dependiente que es objeto de contratación laboral, del trabajo autónomo.

Por último, tampoco puede desconocerse que la presión que soporta esa línea de frontera es debida a una doble y contrapuesta fuerza que opera sobre ella. Por una parte, una fuerza centrípeta, que pugna por llevar dentro del área de lo laboral cualquier prestación de trabajo humano; no como un ejercicio teórico y diletante, sino con una inmediata intención práctica: la de hacer beneficiarios de la legislación social al mayor número posible de personas. Y es que no hay que olvidar que el pronunciamiento judicial sobre la existencia o no de contrato de trabajo no se pide a los tribunales con finalidad meramente retórica o declarativa, sino por su virtualidad inmediata de acceso a la jurisdicción social y mediata de otorgamiento de la tutela solicitada. La existencia del contrato de trabajo es, en efecto, presupuesto (procesal y sustantivo) para la calificación de una extinción contractual como despido, de una reclamación de cantidad como demanda por salarios, de una reclamación en materia de seguridad y salud laboral, o de cualquier reclamación en materia de Seguridad Social.

II. LA IDENTIFICACIÓN DE UN CRITERIO DELIMITADOR

Puede decirse que a finales del primer tercio del siglo XX los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales para independizar el contrato de trabajo de los contratos afines habían concluido con la identificación del primero como instrumento para la contratación del trabajo que se presta voluntaria y personalmente, por cuenta y bajo dependencia ajenas, a cambio de una retribución. Y la de dependencia era su “nota fundamental”⁶, pues, en un sentido estricto y

⁶ PÉREZ BOTJA, E., *El contrato de trabajo*, 2ª ed., Madrid, 1954, pág. 19. En la jurisprudencia, entre otras, SSTS 11 enero 1967; 19 abril 1966; 23 febrero 1965; 13 junio 1964; STS/CONT 4 octubre 1967.

técnico, “el contrato de trabajo es el de servicios prestados en relación o situación de dependencia”⁷.

Sin embargo, la “coincidencia originaria de las relaciones contractuales bifurcadas en civiles y laborales, dentro de la figura del arrendamiento de servicios”⁸ por una parte y, por otra, la subsistencia en el Código Civil de la regulación original de los contratos de arrendamiento, ha dado alimento a una rica conflictividad derivada de la necesidad de delimitar los ámbitos propios de unos contratos que poseen “elementos comunes, como el fin, la prestación del servicio o de la obra, el pago del precio, el objeto, la causa, etc.”⁹.

El problema se planteó abiertamente tras la promulgación de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931. Hasta entonces, la imaginaria línea fronteriza pudo quedar situada pacíficamente sobre la condición obrera y fabril del trabajador asalariado, expresamente aludida en los arts. 1 y 3 del Código de Trabajo de 1926. Sin embargo, la ley aprobada en 1931 dejó ya de referirse a los “obreros” y optó por definir el contrato de trabajo como “aquel por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra o a prestar un servicio a uno o a varios patronos, o a una persona jurídica de tal carácter, bajo la dependencia de estos, por una remuneración, sea la que fuere la clase o forma de ella”.

Muy posiblemente, una consideración detenida a la común subordinación económica del trabajador respecto de su empresario y, sobre todo, a su poder de dirección, en orden a la especificación de la deuda laboral del trabajador, resultó decisiva a la hora de aquilatar un criterio de delimitación. Y, derivadamente, favoreció la ampliación del ámbito subjetivo del contrato a ciertas categorías de trabajadores que, sin ser económicamente débiles, también prestaban sus servicios bajo el poder de un empleador¹⁰. De este modo, lo que la doctrina ha llamado “fuerza expansiva” del contrato de trabajo se

⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo IV, 14ª ed. revisada y puesta al día por J. FERRANDIS VILLENNA, Editorial REUS, S.A., Madrid, 1988, pág. 480

⁸ STS/CONT 3 febrero 1961.

⁹ STS/CONT 26 octubre 1961.

¹⁰ El art. 6 de la misma LCT concretaba quiénes eran estos trabajadores: “Los aprendices, reciban o no un salario o paguen ellos al patrono algún suplemento (...); los ocupados en servicios domésticos; los llamados obreros a domicilio; los obreros y operarios especializados o no en oficios, profesiones manuales o mecánicas y los que ejerzan trabajos triviales ordinarios; los encargados de empresas, los contra maestres y los jefes de talleres; los empleados ocupados en comercios, bancos, oficinas, contabilidad, gestión; los llamados trabajadores intelectuales; cualesquiera otros semejantes”.

revela ya desde su misma aparición como una característica esencial del mismo, que exporta a la rama del Derecho que de él surge ¹¹.

Aún así, la conciencia del origen común, la señalada subsistencia del arrendamiento de servicios y obras en el Código Civil y, por tanto, la posibilidad de apreciar todavía una cierta relación de dependencia entre la persona que presta el servicio o ejecuta la obra y la que lo encarga ¹², están en la base de una interpretación jurisprudencial inicialmente muy restrictiva de la nota laboral de dependencia. A decir verdad, hasta bien entrada la década de los años sesenta del pasado siglo XX, para la jurisprudencia la dependencia no era otra cosa que el sometimiento riguroso del trabajador a las órdenes empresariales respecto del lugar, tiempo y modo de la prestación del trabajo ¹³. Y por ello, más que una cuestión de intrincada enjundia conceptual, la calificación pasó a depender de la concurrencia o no de ciertos criterios o indicios de laboralidad catalogados por los tribunales a partir de la observación de las características típicas del trabajador destinatario de las leyes laborales; principalmente, la vinculación exclusiva y a tiempo completo a un único empresario; el deber de acatar sus órdenes e instrucciones sobre la clase, modo, tiempo y lugar del trabajo a realizar y la retribución del trabajo por unidad de tiempo.

Esta concepción rígida de la dependencia comenzó a ser cuestionada, sin embargo, casi al mismo tiempo en que se imponía y generalizaba ese sistema indicario. A mitad de la década de los años sesenta del pasado siglo XX, la confusión entre la dependencia que es común a todos los contratos y la que es propia y específica del contrato de trabajo fue poco a poco disipándose para dar lugar, finalmente, a una concepción más flexible de la misma y posibilitar, como corolario, la definitiva de expansión del ámbito subjetivo del contrato –y del Derecho– del trabajo. No obstante, para que ocurriera esto último también fue necesario un cambio en el entramado económico-productivo en el que las relaciones laborales se desenvolvían.

¹¹ Respecto de la constante histórica que la tendencia expansiva del contrato de trabajo representa, explicable en buena parte por la función tuitiva que *ex origine* se asigna al Derecho del Trabajo, ya señalaba PÉREZ BOTIJA que “el Derecho del Trabajo, según su origen político social es, sin duda alguna, el Derecho especial de los trabajadores dependientes. Ahora bien, su esfera de acción, como ha sido expresada tanto por la doctrina científica, como por la legal, tiene una tendencia expansiva avasalladora” (*Naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1943, pág. 20). En el mismo sentido, véase MARTÍN GRANIZO L. y GONZÁLEZ ROTHVOSS, M., *Derecho Social*, 3ª ed., Madrid, 1935, págs.7 y ss. Entre los autores modernos que han insistido en la idea, SEMPERE NAVARRO, A.V., “Sobre el concepto de Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 26, 1986, págs.189 y ss.

¹² MONTROYA MELGAR, A., *El poder dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, págs. 68 y 90. Por todas, SSTS 3 febrero 1961 y 30 septiembre 1963.

¹³ A mero título de ejemplo, basta citar SSTS 3 enero 1942; 21 febrero 1952; 2 marzo 1956; 7 julio 1958; 23 marzo 1964.

III. DESARROLLO ECONÓMICO Y ÁMBITO SUBJETIVO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Como es sabido, con algún retraso sobre la evolución paralela registrada en el conjunto de la economía europea, a finales de los años cincuenta se inicia en España un espectacular despegue económico que pone fin a la autarquía del periodo anterior y se caracteriza por la expansión del sector industrial, el aumento de la importancia del sector servicios, la caída del empleo agrario y la “incorporación de nuevas formas de producción y de vida cuyo resultado habría de ser un cambio social acelerado en los años siguientes”¹⁴. Y así, esa “íntima interconexión existente entre las normas que rigen el actuar económico y las que regulan la prestación de trabajo por cuenta ajena”¹⁵ forzó una adaptación de la legislación laboral al nuevo contexto que, por lo que ahora interesa, se concretó en una redefinición de la noción de trabajador¹⁶.

La norma que mejor ejemplifica lo que se dice es la Ley 21/1962, de 21 de julio, por la que se dio nueva redacción al artículo sexto del texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo. Además de modificar la terminología legal a fin de identificar mejor a los trabajadores como “*por cuenta ajena*, distinguiéndolos así de los que trabajan sin sujeción a un contrato que los ligue en la clásica relación laboral”¹⁷, la ley introdujo en el citado precepto un importantísimo segundo párrafo, con el que venía a solucionar diversos problemas planteados en la práctica de la contratación laboral en una economía en desarrollo. Conforme al mismo, se consideran “también trabajadores, *aunque no se hallen sujetos a jornada determinada o vigilancia en su actividad*, las personas naturales que intervengan en operaciones de compraventa de mercancías por cuenta de uno o más empresarios, con arreglo a las instrucciones de los mismos,

¹⁴ Tanto es así, que “hablar de desarrollo económico y de los años sesenta se ha convertido en referirse a términos que hoy se asocian casi como equivalentes” [FUENTES QUINTANA, E., “Tres decenios de la economía española en perspectiva” en GARCÁ DELGADO, J.L. (Dir.), *EspañaEconomía*, Espasa Calpe, Madrid, 1988, pág.4]. Entre los laboristas puede verse sobre esta cuestión, ALONSO OLEA, M., “Desarrollo económico y empleo”, en *Revista de Trabajo*, núm. 6, 1964, págs. 7 y ss.

¹⁵ GALIANA MORENO, J.M., *Orden económico y ordenamiento laboral (Consideraciones sobre la flexibilización del mercado de trabajo)*, Universidad de Murcia, 1984, pág. 8.

¹⁶ Habida cuenta la importancia que la flexibilidad tiene en el moderno Derecho del Trabajo, quizá no sea ocioso recordar cómo una norma de aquella época, la Ley 45/1960, de 21 de julio, por la que se crearon los Fondos Nacionales para la aplicación social del impuesto y del ahorro, al enfrentarse al problema del paro involuntario que la readaptación del sistema productivo a la nueva estructura económica iba a provocar, se refiere, diríase que premonitoriamente, sobre todo, a la vista del discurso económico dominante en las dos décadas finales del siglo XX, a la exigencia de una “mayor flexibilidad en el empleo”. Véase al respecto MONTOYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las Leyes laborales de España (1873/1978)*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 381 y ss.

¹⁷ Exposición de Motivos de la Ley 21/1962, de 21 de julio.

siempre que dichas operaciones exijan para su perfeccionamiento la aprobación o conformidad del empresario y no queden personalmente obligados a responder del buen fin o de cualquier otro elemento de la operación”. Es verdad que la novedad parece solo limitada al caso de los mediadores y representantes de comercio, pero una consideración más detenida hace ver que lo relevante no es lo que literalmente se dice, sino lo que la reforma supone. A saber: que estando probada la vinculación del trabajador a una organización productiva empresarial, puede afirmarse que concurre la nota de dependencia y, por tanto, que existe contrato de trabajo incluso en los supuestos más extremos en los que los tradicionales indicios de la misma no son reconocibles.

Y así lo entendieron los tribunales durante los años sesenta y primeros setenta del pasado siglo, asumiendo al hacerlo un papel protagonista en la definitiva configuración del ámbito de aplicación subjetivo del contrato de trabajo. Esta intervención jurisprudencial abrió las fronteras del contrato de trabajo a las novedosas fórmulas de cooperación social basada en el trabajo, que estaban apareciendo como consecuencia de la transformación del sistema económico y productivo. Formas de prestación del trabajo caracterizadas por la debilitación de los rasgos típicos de laboralidad (mediadores mercantiles, profesionales liberales, ejecutores de obra, mandatarios, socios industriales, pequeños trabajadores autónomos), cuyos protagonistas reclamaron para sí la protección típica dispensada por la legislación laboral, especialmente frente a la extinción de sus contratos y en materia de seguros sociales. Y como la satisfacción de sus demandas tenía siempre como presupuesto la efectiva existencia de un contrato de trabajo, la jurisprudencia se vio nuevamente obligada a afrontar “el problema, de índole sustantiva o material, de la naturaleza jurídica del contrato de trabajo”¹⁸.

Se trataba, en definitiva, de dotar de significado a cada uno de los elementos estructurados dentro de la proposición normativa incorporada a la ley, teniendo presente la nueva realidad de la contratación del trabajo. Y, para ello, los Tribunales laborales realizaron una interpretación progresiva de la definición legal de contrato de trabajo que les permitió actualizar y flexibilizar el viejo sistema indiciario para adaptarlo a los modos de producción de una economía en desarrollo. Fundamentalmente, suavizaron la tradicional exigencia del requisito de dependencia, que ya no podía ser entendida al modo clásico como sujeción estrecha al dónde, cuándo y cómo de la prestación del trabajo, pues aunque sustancialmente “sigue siendo la más característica de las que

¹⁸ ALONSO OLEA, M., *La materia contenciosalaboral*, Instituto GARCÍA OVIEDO, Universidad de Sevilla, 1959, págs. 3334.

distinguen la relación jurídico laboral, ha sufrido una evidente relajación al incluirse en esta ciertas profesiones incompatibles con la sujeción que tradicionalmente aquella demanda”¹⁹.

En último término, lo que esta jurisprudencia vino a poner de relieve fue que los indicios considerados expresivos de las notas legales de laboralidad no tienen que concurrir siempre y, en todo caso, en la relación laboral. Y es que, si su presencia es reveladora de la efectiva existencia del contrato de trabajo, la falta de uno o varios de ellos no es demostrativa, sin embargo, de la inexistencia de dicho vínculo. La fundamental nota de dependencia debe entenderse así como el “lazo necesario entre el ejecutor de un trabajo y el que lo dirige para obtener el resultado previsto”²⁰, de modo que basta “para que concurra, con que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista, rector y disciplinario de aquel por cuya cuenta realice una específica labor”²¹.

Esta interpretación se vio muy favorecida, en fin, por la presunción de laboralidad contenida en el art. 3 LCT. A diferencia de la que hoy acoge el art. 8 ET, aquella afirmaba que “el contrato de trabajo se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta”, lo que permitió a los jueces y tribunales llevar al ámbito laboral cualesquiera relaciones de trabajo de dudosa calificación. La presunción, en definitiva, convirtió en regla ordinaria “lo social, rama del Derecho aplicable a todos aquellos supuestos de prestación de servicios, reglamentados o no, sin más excepciones que las contenidas en (la LCT) y algunas otras, muy escasas, de negocios jurídicos encuadrados expresa y terminantemente en normas civiles, mercantiles o administrativas”²².

¹⁹ STS 21 enero 1964. Esta actitud judicial era especialmente perceptible en el caso de las llamadas *profesiones liberales* respecto de las que, como considera STS 29 de enero de 1966, “la alta calidad científica de los servicios facultativos no se compagina con la naturaleza propia de los de aquellos otros que prestan los trabajadores que miden su rendimiento por el tiempo de permanencia en la oficina, taller, fábrica y demás lugares de trabajo, sino que (...) precisan de mayor independencia, no solo en cuanto se refiere a la función, sino también al lugar y tiempo de ejecutarla”. “Es decir, que subsistiendo la nota de dependencia, ha de interpretarse con laxitud”. Sobre la evolución de la contratación de servicios de profesionales liberales, sigue siendo obra de referencia el estudio de MARTÍNEZ GIRÓN, J., *La contratación laboral de servicios profesionales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1988. Véase también MONTOYA MELGAR, A., CÁMARA BOTÍA, A., *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid 1990.

²⁰ STS 16 febrero 1966.

²¹ SSTs 13 abril 1966 y 11 enero 1967. De especial interés es STS/CONT 4 diciembre 1967, cuyo Considerando 8º realiza un completo y documentado repaso del problema que ahora se estudia, desde el original desmembramiento del contrato de trabajo del arrendamiento civil de servicios, hasta la relajación de la nota de dependencia fundada “en el carácter eminentemente progresivo del Derecho Social en constante evolución y perfeccionamiento”, pasando por la etapa intermedia en que se trató de determinar el concepto jurídico de dependencia “destacando los datos que revelan la existencia de la relación tipificadora”.

²² STS 23 febrero 1965.

IV. EL PAPEL DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA EN LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

También la doctrina científica ha desempeñado un papel muy relevante en la construcción del ámbito aplicativo de su propia disciplina, desarrollando una línea de investigación que se ha mantenido activa sin interrupción desde la misma aparición del contrato de trabajo hasta nuestros días²³.

Momento crítico en este largo proceso de elaboración doctrinal de una definición de contrato de trabajo es el que tiene lugar a mediados del pasado siglo XX. Es decir, al mismo tiempo en que el Tribunal Supremo está también tratando de definir las líneas de frontera del contrato. En 1959 Alonso Olea publica *La materia contenciosa-laboral*, ensayo que cuestiona el valor tipificador que se venía asignando a la nota de dependencia y considera que “lo esencial en el contrato de trabajo no es tanto la relación de dependencia como el que se trabaje *por cuenta ajena*”²⁴. Por su parte, con un planteamiento muy cercano, Bayón Chacón publica en 1961 “El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo (¿comienza una evolución jurisprudencial?)”, donde denuncia la “tiranía que (el principio de dependencia) ejerce en nuestra disciplina, retrasando su progreso científico, anquilosándola, reduciendo su ámbito, proletarizándola y colocándola de espaldas a la realidad”²⁵.

De este modo, se abrió paso a un profundo debate sobre la oportunidad y conveniencia de revisar el antiguo concepto de dependencia, sobre el significado de la ajenidad y sobre su intrínseca virtualidad diferenciadora del contrato de trabajo que favoreció la comprensión teórica de los límites de la disciplina y se concretó de manera inmediata en la propuesta de varios criterios identificadores de la parcela laboral de las relaciones de trabajo claramente favorecedores de su innata vocación expansiva²⁶.

²³ Ejemplifica bien lo que se dice observar cómo, del mismo modo que el I Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, celebrado en Madrid en octubre de 1965, dedicó su Tema III al “Ámbito de aplicación personal de las normas del Derecho del Trabajo” (*Revista de Política Social*, núm. 71, 1966), el XXVI Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Córdoba en 2016, estuvo dedicado a “Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comprado europeo: autónomos y becarios” (sus ponencias y comunicaciones están publicadas por la AEDTSS en Ediciones CINCA, 2016).

²⁴ ALONSO OLEA, M., *La materia contenciosalaboral*, cit., pág. 38.

²⁵ BAYÓN CHACÓN, G., *Revista de Derecho Privado*, tomo XLV, junio 1961, pág. 451.

²⁶ La doctrina española, en efecto, ha ensayado repetidamente el acercamiento a la nota de ajenidad para conceptualarla como a) *ajenidad en los frutos* (ALONSO OLEA, M., *La materia contenciosalaboral*, cit., pág. 38; *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Civitas, 1994, págs. 50 y ss.), b) *ajenidad en los riesgos* (PÉREZ BOTIJA y BAYÓN CHACÓN, *Manual de Derecho del Trabajo*, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1977, pág.13), c) *ajenidad en la utilidad patrimonial* (MONTROYA MELGAR, A., *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, Universidad de Murcia, 1972, págs. 6 y ss.), d) *ajenidad en la titularidad de la organización* (ALBIOL MONTESINOS, I., “En torno a la polémica ajenidaddependencia”, *Cuadernos de Derecho del*

Es verdad que en muy buena medida las distintas aportaciones operaron a través del expediente de convertir un indicio de ajenidad en “rasgo caracterizante de la misma”²⁷; pero ahí es precisamente donde está su mérito, porque al concentrar la atención separadamente sobre cada uno de los distintos elementos que integran el fenómeno de la ajenidad laboral, lo que finalmente se logra es una comprensión muy acabada acerca de lo que esta nota aporta a la definición del contrato de trabajo. Y lo que es más importante, ha permitido superar las tradicionales dudas acerca de la primacía del requisito de ajenidad o de dependencia en la caracterización del nexo laboral, subrayando, en cambio, la mutua y necesaria interrelación existente entre ambas.

El contrato de trabajo disciplina una singular relación de alteridad, caracterizada por la cesión anticipada que el trabajador hace en favor del empresario de los frutos o utilidad patrimonial que su trabajo es susceptible de producir. Esta “previa renuncia (del trabajador) a la participación que pudiera corresponderle en la propiedad del objeto producido”²⁸, le aleja del mercado y convierte en “un extraño o ajeno a la utilidad de su propio trabajo”²⁹; razón por la que no le afectan los riesgos de su pérdida. Ahora bien, esta atribución patrimonial “quedaría incompleta si no se acompañara de la atribución paralela del poder de ordenar la prestación de trabajo al preciso fin que el empresario la destine”³⁰. Mediante esta segunda atribución que en favor del empresario hace el contrato de trabajo, el mismo puede integrar el factor trabajo en la organización productiva de la que es titular, determinando la cantidad y calidad de trabajo a entregar, señalando, en su caso, cuándo, dónde y cómo debe realizarse el trabajo, verificando el cumplimiento de estas órdenes y sancionando su eventual incumplimiento. En definitiva, sujetando al trabajador a su dependencia³¹, que se manifiesta, por tanto, como un concepto flexible que acepta diferentes niveles de intensidad en función de la clase de trabajo a desempeñar, de

Trabajo, Universidad de Valencia, núm.1, junio 1971, págs. 1 y ss.) y e) *ajenidad en el mercado* (ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 28, 1986, págs. 495 y ss.).

²⁷ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El trabajo subordinado como tipo contractual”, *Documentación Laboral*, núm. 39, 1993, pág. 43.

²⁸ GALLART FOLCH, A., *Derecho español del Trabajo*, cit., pág. 49.

²⁹ MONTOYA MELGAR, A., *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, cit., pág.7. Recuérdese, en este sentido, el art.26 de la L CT de 1931, al definir el contrato de trabajo declaró que, como tal, debía entenderse aquel en virtud el trabajador transmite “de antemano al patrono o a terceras personas sus derechos de autor respecto (de las obras producidas)”.

³⁰ MONTOYA MELGAR, A., *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, cit., pág. 12.

³¹ MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág. 72). Respecto de la puesta a disposición y sobre la incorporación del trabajador a la organización productiva ajena, véase RODRÍGUEZ PIÑERO, “La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 71, 1966, págs.157 y ss.

la propia cualificación profesional del trabajador y del tipo de organización empresarial en que se inserta.

En definitiva, puede concluirse que “la esencia de las relaciones jurídicas de trabajo se sitúa conjuntamente en la atribución (inicial) al empresario de la utilidad patrimonial del trabajo y del poder de disponer de este trabajo”³². Y, por tanto, que las notas de ajenidad y dependencia propias y características del contrato de trabajo son complementarias en la medida en que cada una de ellas es causa y a la vez consecuencia de la otra. O dicho de otra forma: “se trabaja de forma subordinada precisamente para hacer verdaderamente efectiva la utilidad del trabajo en favor del empleador o empresario”³³.

V. TRANSFORMACIÓN DEL TRABAJO Y LUGAR DEL TRABAJO ASALARIADO EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

La difusión del modelo típico de contratación laboral característica de la etapa de la gran expansión del Derecho del Trabajo, comienza a resentirse gravemente desde mediados de la década de los años setenta del pasado siglo por causa principalmente de la crisis económica. Pese a tener dimensión mundial, al estar originada por el alza del precio del petróleo, en España la crisis puso al descubierto las propias contradicciones estructurales del “desarrollismo”, el modelo económico que tan espectacularmente había hecho crecer la economía española y servido para la propagación del modelo laboral de contratación del trabajo. Desde entonces, y a lo largo del último cuarto del pasado siglo y las décadas transcurridas del presente, el modelo laboral español no ha dejado de avanzar a remolque de las circunstancias, tratando de adaptar sus instituciones, incluida la propia delimitación de su ámbito de aplicación, a los vaivenes de la economía y de sus periódicas crisis y así hacer frente al desempleo, asumir los cambios tecnológicos y la transformación y reorganización del sistema productivo y dar respuesta a una permanente y muy insistente demanda de flexibilidad.

En este sentido, y pese a la novedad con que a veces parece presentarse, especialmente en las exposiciones de motivos que acompañan a las leyes de reforma laboral, hay que recordar que la exigencia de flexibilidad y modula-

³² MONTOYA MELGAR, A., *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, cit., pág.13. Sobre el que denomina “criterio de la alienación”, véase OJEDA AVILES, A., “Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 1988, pág. 148.

³³ MARTÍN VALVERDE, A., “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Libro homenaje a Alonso Olea*, Madrid, 1990, pág. 231.

ción del Derecho del Trabajo ante una situación de crisis económica es una constante en las relaciones entre el Derecho del Trabajo y la Economía³⁴.

Frente al viejo modelo basado en la concentración de un gran número de trabajadores sujetos al control riguroso del empresario en un mismo espacio físico, desde los años ochenta del pasado siglo XX asistimos a un imparable proceso de transformación del trabajo que puede caracterizarse no solo como un cambio radical de las herramientas e instrumentos de trabajo y de la organización del mismo, sino también, y fundamentalmente, como una mutación del modo en que tradicionalmente se han manifestado las relaciones de cooperación social basadas en la aportación de trabajo humano a los procesos de producción de bienes y servicios³⁵.

Desde la perspectiva que ofrece una consideración de las fronteras del Derecho del Trabajo, estas transformaciones han afectado a los presupuestos sustantivos que definen su institución nuclear y también, y más radicalmente, a la misma razón de ser de su innata vocación expansiva. Sobre todo, porque la acelerada reorganización del sistema productivo impuesta por la innovación tecnológica y la implementación de sucesivas medidas dirigidas a hacer frente —con criterio más coyuntural que estructural— a las sucesivas crisis económicas han terminado cuestionando el sentido y viabilidad del modelo.

La manifestación práctica de los fenómenos que impiden que se disipen las brumas sobre la línea de frontera de “lo laboral” se visibiliza por medio de dos diferentes expedientes.

Por un lado, en efecto, a través de una negación directa y frontal de un modelo laboral que habría perdido su antigua utilidad en orden a la pacífica juridificación del intercambio de trabajo y precio. En una economía en la que el crecimiento y la productividad ya no dependen tanto de la utilización intensiva de mano de obra y los procesos de innovación tecnológica se desenvuelven en un escenario caracterizado por la fragmentación y descentralización, el viejo contrato de trabajo, con su rémora de tutela y rigidez, parece no servir. Frente a él, la economía de la Sociedad de la Información requiere otros modelos de

³⁴ Por solo citar un ejemplo, a principios de los años noventa hablaba MONTROYA MELGAR de un “Derecho del Trabajo de la crisis, marcado por la “teorización flexibilizadora” (“Contrato de trabajo, entre la estabilidad en el empleo y la precariedad”, en AA.VV., *El cambio laboral en la década de los 90*, Espasa CalpeCDNCiencias de la Dirección, Madrid, 1991, pág. 124). Sobre la influencia de la exigencia de flexibilización en las relaciones laborales de esa década puede verse también DURÁN LÓPEZ, F., “El futuro del Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 78, 1996, págs. 601 y ss.

³⁵ Véase SUPLOT, A. (coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

relación jurídica más propios de los ámbitos civiles y mercantiles³⁶, lo que explica muy bien el impulso legal que se está queriendo dar al trabajo autónomo (TRADE)³⁷ y al teletrabajo autónomo³⁸. Otra cosa es que, más que un intento de “refundación del Derecho del Trabajo”, como derecho profesional de todas las personas que hacen de su trabajo medio fundamental de vida³⁹, las propuestas se limiten a simples mecanismos de fomento de ciertas manifestaciones de trabajo autónomo en forma de bonificaciones y subvenciones o a intentos de trazo grueso de erosión de las fronteras del viejo contrato de trabajo⁴⁰.

Por otra parte –y desde la perspectiva que ofrece el presente volumen–, se constata cómo la jurisprudencia sigue registrando diariamente manifestaciones de los típicos escarceos de frontera. Ya en el tramo final del primer cuarto del siglo XXI, la identificación en cada concreta relación de trabajo de las notas de laboralidad sigue siendo una cuestión irresuelta, tan viva como cuando en los años cincuenta del pasado siglo XX la jurisprudencia se esmeró en aquilatar un primer sistema indiciario; o como cuando, una década después, elaboró una definición del contrato de trabajo sobre la base de la flexibilización de la nota de dependencia.

³⁶ Véanse, entre otros, DEL REY GUANTER, S. (Dir.), *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, LEX NOVA, Valladolid, 2001; AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, AEDTSS/MTAS, Madrid, 2000.

³⁷ Teóricamente, el binomio descentralización productiva-tecnologías de la información y la comunicación habría favorecido la irrupción de una nueva clase de trabajador autónomo que con autonomía presta servicios muy especializados en el sector terciario sin integrarse físicamente en la organización empresarial, pese a todo lo cual depende económicamente de la empresa o empresas beneficiarias de su trabajo. Sobre la cuestión, LUJÁN ALCARAZ, J., “Reflexiones sobre el papel del Derecho del Trabajo en la actual revitalización del trabajo autónomo”, *Aranzadi Social*, núm. 15, 2001, págs. 9 y ss.; DEL REY GUANTER, S., y GALA DURÁN, C., “Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia”, en *Relaciones Laborales*, núms.7/8, 2000, págs. 65 y ss.

³⁸ Sobre el teletrabajo como nueva forma de incorporación del trabajo a los procesos productivos y sus diversas implicaciones jurídica laborales, véase el estudio clásico de THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, CES, Madrid, 2000. Más recientes, SIERRA BENÍTEZ, E.M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, CES, 2011; GARCÍA ROMERO, B., *El teletrabajo*, Civitas-Thomson Reuters, 2012; SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D., *El teletrabajo*, Francis Lefebvre, 2013; SIERRA BENÍTEZ/CARDONA RUBERT/CABEZA PEREIRO/ MELLA MÉNDEZ (dirs.), *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Wolter Kluwer, 2017; TASCÓN LÓPEZ, R., “El Teletrabajo como forma de presente y de futuro de prestación de servicios: experiencias en la Negociación Colectiva”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*, 2019, págs. 1615 y ss.

³⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, “El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, núms.7/8, 2000, págs. 49 y ss.

⁴⁰ Por ejemplo, la ampliación del concepto de agente comercial independiente por Ley 12/1992, de 25 mayo, de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia, la consideración de la actividad de mediación en la producción de seguros de la Ley 9/1992, de 30 abril, sobre la Actividad de Mediación en los Seguros Privados, la deslaboralización de la actividad de transporte de mercancías que en su día hiciera la Ley 11/1994, de 19 de mayo, y, sobre todo, el Estatuto del Trabajo Autónomo aprobado por Ley 20/2007, de 11 de julio.

No parece discutible, en efecto, que la transformación del trabajo auspiciada por la técnica y la economía ha mantenido en un alto grado de ebullición las fronteras de la laboralidad. Y frente al contrato de trabajo típico han aparecido otras formas de cooperación en los procesos productivos; unas veces, como mera revisión de fórmulas contractuales ya conocidas, como la contratación de servicios profesionales liberales, la ejecución de obra o diversas formulaciones de base societaria, y otras, bajo ropajes aparentemente nuevos (*outsourcing*, *joint venture*, franquicias, contrato de suministro, *factoring*, diferentes modelos en el ámbito de la llamada “economía colaborativa”⁴¹, etc.).

En general, sin embargo, los tribunales laborales –sin olvidar el trabajo de la Inspección de Trabajo y la permanente atención de la doctrina– siguen evidenciando su capacidad para reintegrar al ámbito laboral aquellas relaciones de trabajo excluidas por voluntad de sus sujetos bajo una discutible interpretación de los requisitos legales de laboralidad.

De este modo, al permanente proceso de laboralización de la más variada tipología de prestaciones de servicios realizados por transportistas, encuestadores, guías, modelos, profesionales de la enseñanza, periodistas y reporteros, monitores deportivos, falsos contratistas de obra y agentes, prestadores de servicios auxiliares, profesionales liberales y un largo etcétera, se añaden ahora los expedientes protagonizados por nuevas categorías de trabajadores como los denominados “glovers”, cuya prestación laboral solo ofrece como novedad el uso de las modernas tecnologías de la comunicación, pero que cuyos derechos y obligaciones son los que típicamente nacen del contrato de trabajo⁴².

⁴¹ Sobre este fenómeno puede verse, entre otras numerosas aportaciones, CARRIL VÁZQUEZ, X.M. (coord.), *Economía colaborativa y derecho. aspectos civiles, mercantiles y laborales*, Aranzadi Thomson Reuters, 2019; TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ-BEJARANO, M. (Dir.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Aranzadi, 2018; ALFONSO SÁNCHEZ, R. y VALERO TORRIJOS, J., *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

⁴² ROJO TORRECILLA, E., “La laboralidad de la prestación de servicios de los repartidores para empresas de la economía de plataformas: sentencia núm. 193/2019, de 11 de junio, del Juzgado de lo Social núm. 31 de Barcelona”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2019; FERNÁNDEZ PRIETO, M., “La prestación de servicios a través de plataformas digitales. El caso Deliveroo”, *Temas laborales*, núm. 151, 2020, págs. 193 y ss.; ÁLVAREZ CUESTA, H., “La Lucha contra los falsos autónomos en la prestación de servicios vía app. El caso Deliveroo”, *Iuslabor*, núm. 2, 2018; TODOLÍ SIGNES, A., “Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales: a propósito de la sentencia que confirma el acta de la Inspección de Trabajo de Deliveroo en Madrid”, *Trabajo y Derecho*, núm. 58, 2019, págs. 79 y ss.; GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Paso a paso hacia el Tribunal Supremo: el problema de la laboralidad de la prestación de servicios en plataformas digitales (casos Glovo y Deliveroo)”, *Trabajo y Derecho*, núm. 60, 2019, págs. 75 y ss.; TASCÓN LÓPEZ, R., “Sobre la laboralidad de las prestaciones de servicios desarrolladas por los «riders» de Deliveroo: Comentario a la SJS núm. 5 Valencia de 10 de junio de 2019”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 225, 2019, págs. 281 y ss.; CUADROS GARRIDO, E., “Hacia una reinterpretación de la relación de trabajo por la disrupción de las plataformas digitales”, en AA.VV., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*, 2019, págs. 141.

Cuanto se dice, sin embargo, no quita para que el distinto escenario económico-productivo sobre el que ahora se desenvuelven las relaciones laborales condicione un proceso de calificación jurídica, enmarcado en unas coordenadas en las que la difusión de modelos contractuales no laborales parece consecuencia inevitable de las nuevas formas de organización productiva. Y también que ese proceso se vea condicionado por la necesidad de identificar nuevos indicios y criterios expresivos de la laboralidad de las relaciones de trabajo fronterizas en función precisamente de las nuevas formas de organización del trabajo⁴³.

⁴³ Sobre la necesidad de permanente actualización del sistema indiciario, SELMA PENALVA, A., *Los límites del contrato de trabajo en la Jurisprudencia Española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 200. Sobre su insuficiencia, MALDONADO MONTOYA, J. P.: *El contrato de trabajo: nuevos retos, viejas dificultades*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 86 y ss.

CAPÍTULO II

CONCEPTO DE TRABAJADOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La ausencia de definición legal europea del concepto de trabajador.*—III. *El punto de partida normativo y jurisprudencial.* 3.1 El Test Lawrie Blum o la interpretación extensiva limitada del concepto comunitario de trabajador. 3.2 La extensión del Test Lawrie Blum a otros ámbitos del TFUE. 3.3 Negociación colectiva en el contexto de la libre competencia. Artículo 101 TFUE.—IV. *Los rasgos de la definición y su proyección en la política social armonizadora.* 4.1 Consideraciones previas. 4.2 Objeto de la prestación: noción de “actividad económica”. 4.3 Un intento de concreción: trabajo auténtico o efectivo versus trabajo marginal o accesorio. 4.4 Superación del criterio cuantitativo o remuneratorio. 4.5 El Vínculo jurídico. 4.6 Criterio cualitativo: la dependencia o relación de subordinación.

I. INTRODUCCIÓN

La interpretación y aplicación del Derecho del Trabajo de la UE por parte del TJUE tiene una dificultad añadida, más allá de la diversidad de ordenamientos jurídicos nacionales, que limita ciertamente la armonización y crea-

ción de un «Derecho común europeo» en relación con el ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo para garantizar la primacía del Derecho de la UE.

En efecto, el TJUE debe orientarse a la consecución de un equilibrio adecuado entre el mercado común europeo y sus cuatro libertades fundamentales (a nuestros efectos, tres de ellas, libre circulación de «trabajadores», libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios) por un lado y por otro, entre aquellas y la política social propiamente dicha. En el fondo, desde una perspectiva analítica, esa construcción jurisprudencial evidencia la cuestión fundamental, la relativa a la finalidad y la función del Derecho del Trabajo. Por un lado, la finalidad de protección o tutela del trabajador (y garantía de sus derechos) como sujeto más débil de la relación de prestación de servicios; finalidad que, desde la perspectiva supranacional europea, exige profundizar en la consecución del Modelo Social de la UE. Por otro, la función de equilibrio entre la libertad de empresa y sus limitaciones, extendiéndose en el ámbito de la UE a la defensa condicionada de la competencia empresarial.

El carácter ambivalente del acervo «social» de la UE se proyecta también en la actividad jurisdiccional del TJUE, advirtiéndose de la falta de consenso en la doctrina española y foránea sobre la actuación equilibradora del Tribunal. De modo que, cuando su orientación ha sido más pronunciada en la faceta «protectora» y tuitiva ampliando, por ejemplo, el concepto de trabajador a efectos de aplicación de las normas de la UE, se ha reaccionado afirmando que el TJUE invade la competencia de la legislación nacional de cada uno de los Estados miembros en la configuración de las fronteras de «su» Derecho del Trabajo, de acuerdo con el principio de atribución de competencias en materia social. Cuando, por el contrario, el TJUE se apega más a la libertad de empresa y a la defensa de la competencia empresarial (el que se ha denominado «filtro económico»), se le achaca que queda al margen del nuevo concepto de libertades condicionadas económicas, que establece el TFUE (art. 9.º) y que parece pudiera legitimarlo para contribuir decididamente a la configuración de un modelo social de la UE más acusado.

Es evidente que el TJUE no queda al margen de los condicionantes económicos (¿el contexto socioeconómico como criterio hermenéutico?). Pero, sin caer en la crítica formulada en términos tan categóricos y excesivos, es cierto que hay tensión, fuerzas y contrafuerzas, en la definición del ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo y, con expresiones más o menos rígidas, se habla de su reinterpretación, reformulación, ineficacia e incluso crisis, si solo se enfoca desde la perspectiva económica o libertad de mercado. Lo que exige una tarea constante en la configuración de los ámbitos de interrelación o interacción entre el Derecho de la UE y los derechos nacionales. La denominada

integración negativa, en relación con los principios de libre circulación; y la positiva, en base a los principios generales del Derecho de la UE, entre los que cabe mencionar, con una revitalizada fuerza, el principio de igualdad de trato.

Sin duda, las decisiones del TJUE han contribuido al desarrollo del Derecho Social de la UE. Los principios y reglas desarrolladas por el TJUE en su jurisprudencia se han utilizado y han sido en algunas ocasiones trasladadas a reglas legales en el Derecho UE secundario. Ha reforzado la protección de los trabajadores y la libre circulación y la integración económica incluso antes de que comenzara a desarrollarse un Derecho del Trabajo y un Derecho de Protección Social europeos. La dificultad ahora y, por tanto, el futuro incierto proviene del procedimiento legislativo en la UE, que dificulta sobremanera la adopción de nuevas reglas normativas o la revisión de las existentes. Y, en consecuencia, ello apunta a enfatizar la labor del TJUE, su jurisprudencia, como complemento de las normas comunitarias y a reafirmar el «efecto dinamizador» del acervo normativo comunitario.

La contextualización de análisis de la jurisprudencia del TJUE exigiría revisar toda su trayectoria histórica y el marco social económico y jurídico porque en el seno de las instituciones comunitarias se aprecian tensiones entre los diferentes Estados, puestas de manifiesto en las que tienen el poder decisorio (en especial, en la Comisión Europea) y, en consecuencia, entre ésta y el TJUE, lo que pudiéramos definir como dialéctica legislador-jurisprudencia en el ámbito de la UE.

Para comprender la labor del TJUE en este contexto se exigiría un análisis histórico detenido de su jurisprudencia, en torno a las dos fases que se describen como propias de esa visión, una la de expansión, entre 1970 y finales de 1990. Otra, la segunda, de profundización y contracción a partir de 2000; profundización con fundamento en la configuración legal de los derechos fundamentales (también de los sociales) conforme a la CDFUE y contracción tras *Quarter Laval* y el conflicto surgido entre el Derecho del Trabajo y las consideraciones o razones económicas. Denominamos «Quarter Laval» a las sentencias pronunciadas por el TJUE, Asuntos *Viking*, *Laval*, *Rüffert* y *Comisión contra Luxemburgo*, en las que, por un lado, se analizaban la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios y, por otro, el Derecho colectivo del trabajo nacional y los derechos fundamentales colectivos, tales como el derecho de asociación, el derecho a la acción colectiva y el derecho a la negociación colectiva. Recuérdese que en todos estos casos el TJUE primó la libertad económica de establecimiento y de provisión de servicios frente a los derechos sociales. Puede ponerse como ejemplo su influencia en el actual debate sobre la propuesta de la Comisión Europea de modificación en materia

de coordinación de la Seguridad Social para definir el ámbito de la protección social de quienes son ciudadanos comunitarios distinguiendo entre económicamente activos y económicamente inactivos¹. O, en fin, el intento, si no fallido sí muy limitado, en la Directiva 2019/1152 sobre condiciones laborales (en la versión inglesa *working conditions*) transparentes y previsibles en la UE, a la que haremos mención más adelante.

Tampoco ha perdido su influencia como intermediario entre las prescripciones de las normas de Derecho Derivado de la UE, en especial de las Directivas que conforman el acervo sobre política social y su corrección en la transposición por parte del ordenamiento nacional interno, contextualizando cada una de esas normas y su específica materia en relación con los principios generales orientadores de la política de armonización y de los que se definen como informadores del ordenamiento europeo, entre ellos, especialmente, el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación.

Si ello es así, no puede concluirse que haya un debilitamiento de la jurisprudencia comunitaria. Todo lo contrario, sigue habiendo propuestas en torno al avance del TJUE en la construcción del acervo comunitario y su papel complementario en las iniciativas que, al respecto, adopten en el futuro próximo las instituciones comunitarias, más aún si no hubiera perspectiva de *hard law* reduciéndose a *soft-law*. Es imprescindible que el razonamiento jurídico del TJUE sea coherente y consistente, porque, como veremos, hay una compleja interrelación entre los diferentes ámbitos del Derecho del Trabajo de la UE; fricciones y dificultades aparecen cuando hay superposiciones entre los compartimentos normativos «laborales» en el nivel de la UE, que requieren de una solución jurídica que, en ocasiones, es cierto, pudiera ir más allá de una ordinaria tarea interpretativa de esas normas.

II. LA AUSENCIA DE DEFINICIÓN LEGAL EUROPEA DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR

En el plano normativo, como se sabe, se carece en la UE de un texto jurídico unitario que identifique el concepto de trabajador, que delimite el ámbito de la normativa laboral y que identifique los rasgos unificadores del que pudiera denominarse Derecho “Común” del Trabajo de la UE. La razón pudiera estar en que las normas comunitarias, en especial las de política social armo-

¹ Puede consultarse el procedimiento de revisión del Reglamento 883/2004 en http://eur-lex.europa.eu/procedure/ES/2016_397

nizadora de los años ochenta y noventa, se construyeron sobre el bagaje normativo previo nacional; sobre el concepto estándar “convergente” nacional entre los EMs.

De modo que el ámbito de aplicación personal de las normas sociales comunitarias podía permanecer bajo cada una de las legislaciones nacionales, que representarían el ajuste necesario para el trabajador europeo estándar de entonces. Definido básicamente desde el concepto de subordinación, personal y económica, en un mercado laboral relativamente homogéneo en ese momento.

Por el contrario, y es muy importante tenerlo en cuenta, en el ámbito de la libertad de circulación desde muy temprano se apreció una intervención decidida del TJUE (Sentencia de 19 de marzo de 1964², Asunto *Hoekstra*) rechazando una interpretación unilateral del término trabajador por cada EM porque podría socavar la libertad de circulación a través de la exclusión nacional de determinados grupos de trabajadores, limitando, entonces, la aplicación del principio de igualdad por razón de nacionalidad de quienes puedan ser considerados trabajadores a efectos del art.45 y ss TFUE. Aunque también, y en sentido inverso, restringiendo el concepto de ciudadano económicamente activo para recortar los derechos en el Estado de acogida, en particular, los de acceso a la protección social.

Es así como, en el plano normativo, se advierten dos direcciones (el anverso y el reverso):

1. Una, relativa a la búsqueda de pautas de delimitación propias, comunitarias, del concepto de trabajador; lo que podríamos denominar como dimensión europea uniforme y autónoma.

2. Otra, relacionada con el margen de actuación de los EMs en la implementación de esas normas para concretar o alterar “su” concepto nacional de trabajador. Preocupa, entonces, sobre todo, identificar los mandatos que se imponen a los EMs en esta materia concreta, y, por tanto, la relación entre la norma de la UE y el poder nacional, en especial, cuando hablamos de Directivas a partir de la afirmación del TJUE de que estas no gozan de eficacia directa en las relaciones entre particulares.

Por lo que se refiere a la dirección primera, las pautas, si existieran, provenirían del Derecho Originario; lo que requiere indagar en la dialéctica de

² Asunto C 75/63, en la que declara que los arts.48 a 51 del entonces Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea deben interpretarse en el sentido de que el concepto de “trabajador” tiene un alcance comunitario.

jerarquía normativa entre aquel y el Derecho Derivado, incorporando a ese diálogo la CDFUE. Solo una interpretación contextual y finalista permitiría, a mi juicio y con muchos reparos, concluir que el Derecho Originario de la UE adopta un concepto de trabajador, trabajador asalariado, que, además, condicione flexiblemente al Derecho Derivado. Caracteriza el Derecho de la UE, a mi juicio, lo que puede denominarse como “fragmentación normativa del concepto de trabajador”; sin que haya, por tanto, una respuesta segura fiable a dos cuestiones en relación con el grado de concreción de las normas comunitarias de desarrollo:

Por un lado, a si el Derecho Derivado, (en particular, las normas de política social en sentido estricto) puede alterar y hasta dónde el concepto para atraer también a quienes cupiera definir, desde la perspectiva nacional, como trabajador autónomo estándar y por tanto, tender a un modelo de intervención de tutela de todo tipo de trabajo prestado de manera personal y directa; sea de forma subordinada o sea con rasgos jurídicos de mayor o menor autonomía. O, más limitadamente, en los casos en que el trabajo autónomo se realiza en condiciones de concurrencia mercantil distorsionada.

Por otro, y a la inversa, si cabe que el Derecho Derivado establezca limitaciones o exclusiones en el tipo trabajador subordinado; es decir, que distinga niveles de tutela (y hasta dónde) en relación con condiciones específicas de realización de la prestación (lo que llevaría a reformular las denominadas formas atípicas de trabajo).

La ausencia de un concepto legal comunitario de trabajador (a modo de estatuto jurídico armonizado en la UE), puede dejar al margen o fuera de protección (total o parcial) a categorías más o menos amplias de trabajadores, según la técnica de regulación que cada norma comunitaria haya adoptado al respecto en la formulación de su ámbito de aplicación personal en función de su específica finalidad de parcial armonización en la garantía o protección de derechos de los trabajadores, en relación a la materia u objeto concreto de regulación³.

Aun cuando pudiera justificarse la competencia de las instituciones de la UE para, con fundamento en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, definir el ámbito personal de la “Política Social” de la UE (avanzado así hacia la armonización total), hay que advertir de que en la actualidad no se ha conseguido un instrumento normativo de “hard law” a modo de una Directiva

³ Véase, por ejemplo, SSTJUE de 2 de marzo de 2017, Asunto *Pérez Retamero*, C-97/16, sobre ordenación del tiempo de trabajo, Directiva 2002/15 de actividades móviles de transporte por carretera; y de 16 de junio de 2016, *Estrella Rodríguez Sánchez*, C-351/14, sobre permiso parental en la Directiva 2010/18. Dos cuestiones prejudiciales inadmitidas.

Marco o de una Directiva sobre Política Social; y ni siquiera se ha consolidado finalmente la opción inicial de la Comisión Europea en la redacción de la definición del ámbito de aplicación de la actual Directiva 2019/1152 sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles en la UE.

Es así como la construcción del concepto comunitario de trabajador se asienta en la progresiva evolución interpretativa del TJUE (como impulsor del modelo social de la UE) que, en gran medida, ha pretendido resolver las incoherencias detectadas en el plano normativo; en particular, en la interrelación a veces conflictiva entre normas de política social propiamente dicha y normas de libre circulación.

Es cierto que en alguna sentencia del TJUE se expresa que no hay una definición única de trabajador en el Derecho de la UE⁴; también lo es que el concepto se modula según el caso concreto y el ámbito de aplicación específico y está muy condicionado por el planteamiento de la cuestión prejudicial. Y aunque se pudiera afirmar que en el Derecho del Trabajo de la UE el concepto de trabajador se incluye en el Derecho Originario y en el Derecho Derivado de forma fragmentaria y segmentada con diferente finalidad según los ámbitos materiales específicos, sustantivos o procesales⁵, también lo es que el TJUE adopta un punto de partida que, ininterrumpidamente desde entonces, marca el

⁴ Sentencia 12 de mayo de 1998, Asunto *María Martínez Sala v Freistaat Bayern*, C-85/96, EU:C:1998:217, p.31: "...” procede señalar que el concepto de trabajador en Derecho Comunitario no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate. Así, el concepto de trabajador utilizado en el marco del artículo 48 del Tratado CE y del Reglamento n. 1612/68 no coincide necesariamente con el empleado en el ámbito del artículo 51 del Tratado CE y del Reglamento n. 1408/71". En el mismo sentido, Sentencia de 7 de junio de 2005, Asunto *Christine Dodl y Petra Oberhollenzer v Tiroler Gebietskrankenkasse*, C-543/03, EU:C:2005:364, p. 27; Sentencia de 13 de enero de 2004, Asunto *Allonby*, C-256/01, EU:C:2004:18, p.63.

⁵ Desde la perspectiva de la competencia judicial en materia de contratación, aunque no se trata en este trabajo, debe tenerse en cuenta el Reglamento (CE) n.º 1215/2012, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Pueden citarse la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2015, C-47/14, Asunto *Holterman Ferho y otros*, que resuelve una cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 5, puntos 1 y 3, del capítulo II, sección 5 (artículos 18 a 21) y del artículo 60, apartado 1, del Reglamento precedente (Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000) en relación con la responsabilidad de un administrador de varias sociedades y con la demanda que tiene por objeto condenarlo al pago de daños y perjuicios, porque las referidas sociedades invocaron, a título principal, que el administrador había desempeñado incorrectamente sus funciones de administrador, lo que lo hacía responsable frente a ellas. Además, alegaron igualmente el dolo o la imprudencia consciente en el cumplimiento de su contrato de trabajo y, con carácter subsidiario, que las faltas cometidas por el Sr. Spies en el ejercicio de sus funciones constituían un acto ilícito. Recuerda entonces el TJUE que las reglas especiales de atribución de competencia judicial, previstas en el Reglamento 44/2001, solo se aplicarían al caso si el administrador estaba ligado por un «*contrato individual de trabajo*», en el sentido del artículo 18, apartado 1, del Reglamento, a la sociedad de la que fue director y administrador y que, por lo tanto, puede ser calificado como «trabajador», en el sentido del apartado 2 del mismo artículo (párrafo 34); advierte que el citado Reglamento no define ambos conceptos, el de contrato individual de trabajo y el de trabajador y la calificación del vínculo no puede resolverse sobre la base del Derecho Nacional y que (párrafo 37) para garantizar la

devenir de la interpretación pretoriana del concepto de trabajador en el “Derecho del Trabajo de la UE” (o, mejor expresado, la “Europeización” del Derecho del Trabajo), condicionado por la transversalidad de las materias que giran en torno al «trabajo» y, si no por los títulos competenciales, sí por el modo de ejercicio por las instituciones de la UE de las competencias en su organización confederal.

El Derecho del Trabajo de la UE es política social propiamente dicha (es decir, la que puede entenderse como Derecho del Trabajo en sentido estricto, en tanto que sistema de normas que regula la relación individual y colectiva entre los trabajadores y los empresarios; y no en sentido amplio, entendiendo por social el conjunto de medidas que pueden encuadrarse en el «estado del bienestar»). Es libertad de circulación de trabajadores (libertad de circulación por motivos de trabajo) y migración económica de trabajadores; es, en fin, derechos sociales fundamentales, en especial, igualdad y no discriminación en el empleo y en la ocupación y, en consecuencia, está condicionado por las respectivas competencias entre UE y Estados miembros.

III. EL PUNTO DE PARTIDA NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En el análisis del Derecho Originario, TFUE, el debate sobre el concepto de «trabajador» en la legislación de la UE gira en torno a la interpretación del contenido de la libertad fundamental de la libre circulación de los trabajadores, consagrada en el artículo 45 del TFUE, dado que el objetivo fundacional de la

plena eficacia del citado Reglamento «los conceptos jurídicos que figuran en este deben interpretarse de una manera autónoma que sea común a todos los Estados miembro».

Y, más actual, la Sentencia de 11 de abril de 2019, C-603/17, *Asunto Bosworth y otros v. Arcadia Petroleum*, que, con fundamento en la Sentencia anterior, expresa el razonamiento siguiente: 1. La norma sobre competencia judicial no define, a efectos de su aplicación, el concepto de trabajador y el de contrato individual de trabajo; 2. La calificación de trabajador ha de resolverse, no sobre la base del Derecho nacional, sino sobre la del Derecho de la Unión Europea; 3. El concepto comunitario de trabajador requiere de una interpretación autónoma y homogénea para todas partes contratantes; en el caso, para garantizar una aplicación uniforme de las normas de competencia establecidas por el Convenio de Lugano en todos los Estados parte. Tal como se expresa en el Asunto *Holterman Ferho*, para garantizar la plena eficacia de la norma; 4. El concepto comunitario de trabajador debe definirse, atendiendo a los criterios objetivos que deriven de los derechos y deberes de las partes en la relación, de modo que la persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y *bajo la dirección* de esta, ciertas prestaciones a cambio de las cuales percibe una remuneración. El ya conocido como “test *Lawrie-Blum*”, Asunto C-66/85; recuérdese, en un supuesto de interpretación del concepto a efectos de libre circulación de trabajadores; 5. La relación laboral presupone la existencia de un nexo de subordinación (o dependencia personal u organizativa) de apreciación en cada caso concreto en función del conjunto de los hechos y circunstancias que caracterizan a las relaciones existentes entre las partes; 6. La inexistencia de un contrato formal no representa un obstáculo a la existencia de una relación laboral (diferencia, por tanto, en la realidad jurídica británica entre *contract of employment* y *employment relationship*).

UE era la creación de un mercado común en el que se eliminaran progresivamente los obstáculos al comercio entre los Estados Miembros.

Sin cuestionar en estos momentos si el concepto comunitario de trabajador formulado por el TJUE en el contexto de la libre circulación es o no un punto de partida adecuado para el desarrollo de un concepto comunitario autónomo de trabajador transpolable a otros ámbitos más propios del Derecho del Trabajo en sentido estricto (en atención a la finalidad de las normas de uno u otro sentido, la de libertad de circulación, creadora de mercado y, por tanto, más orientada a la eficiencia económica; las del acervo laboral, más orientada a salvaguardar la equidad), avancemos en torno a los preceptos del TFUE.

3.1. El test Lawrie Blum o la interpretación extensiva limitada del concepto comunitario de trabajador

El punto de partida de un concepto europeo de «trabajador» es la sentencia de 3 de julio de 1986, Asunto *Lawrie-Blum*⁶, considerada como decisión histórica ya que es la primera vez que se ofrece, a efectos de libre circulación (art.45 TFUE), una definición del término trabajador.

Es cierto que el TJUE ya contaba con un cierto bagaje que utilizó en el caso concreto para fijar el presupuesto de análisis.

En efecto, con anterioridad a esta decisión, ya advirtió el TJUE:

- (1) Los términos «trabajador» y «actividad por cuenta ajena» no pueden definirse remitiéndose a las legislaciones de los Estados Miembros, sino que tienen un sentido comunitario (tal y como ya afirmó en la sentencia de 19 de marzo de 1964, Asunto *Hoekstra*, 75/63⁷). De lo contrario, las normas comunitarias sobre la libre circulación de los trabajadores perderían su razón de ser por cuanto el contenido de dichos términos podría fijarse y modificarse unilateralmente por las legislaciones nacionales, sin ningún control por parte de las Instituciones de la Comunidad, excluyendo a su arbitrio a determinadas categorías de personas de los derechos que establece el Tratado (Sentencia de 23 de marzo de 1982, Asunto *Levin*⁸).
- (2) En el marco de la libre circulación, el concepto no puede interpretarse restrictivamente porque delimita el ámbito de aplicación de una de

⁶ Asunto C-66/85, EU:C:1986:284.

⁷ Sentencia que refería al Reglamento No. 3/58 sobre Seguridad Social de trabajadores migrantes.

⁸ Sentencia de 23 de marzo de 1982, Asunto *Levin*, C 53/81 EU:C:1982:105. Parágrafo 11

las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado (Asunto *Levin*, parágrafo 13).

De modo que, en primer lugar y con carácter general, no es necesario expresar la relación jurídica exacta en virtud de la cual se ejecutan las prestaciones de servicios en un caso concreto (por ejemplo, la de entrenador en la Federación ciclista); estimando que la norma de no discriminación se extiende, en idénticos términos, al conjunto de las prestaciones de trabajo o de servicios (Asunto *Walrave*⁹).

O, en sentido más concreto, tratándose de una actividad como asalariado, hay que definir como tal a los que trabajan a tiempo parcial y, únicamente en virtud de ese hecho, solo obtienen una remuneración inferior a la remuneración mínima garantizada en el sector considerado (Asunto *Levin*, parágrafo 16).

El que podemos denominar “test *Lawrie-Blum*” será utilizado recurrentemente en la solución de muchos de los casos planteados posteriormente, siendo reiterada su cita en asuntos propios de la política social. ¿En qué consiste ese test? Recuérdesse que se planteaba la cuestión del modo siguiente:

Si una profesora en período de prácticas (en el caso nacional británica), que, al amparo del estatuto de funcionarios, cubre un servicio preparatorio para la profesión docente en otro país de la UE (en el caso, Alemania), en cuyo transcurso desempeña funciones remuneradas impartiendo cursos, debe considerarse como un trabajador, en el sentido del artículo 48 del Tratado CEE (hoy art.45 TFUE). Añadiéndose si tal servicio preparatorio debe considerarse empleo en una administración pública..., en la que puede negarse el ingreso a los nacionales de los demás Estados miembro.

Sin entrar ahora en la cuestión relativa a la naturaleza del empleo (público/privado), el TJUE adelantó las que serán señas de identidad en esta materia:

- (1) El fundamento: la libre circulación de los trabajadores es uno de los principios fundamentales de la Comunidad.
- (2) La consecuencia: el concepto de trabajador a estos efectos debe tener una interpretación uniforme, comunitaria y autónoma, respecto de la formulada por las legislaciones nacionales.

⁹ Sentencia de 12 de diciembre de 1974, 36/74, EU:C:1974:140; parágrafo 7. Véase también Sentencia de 14 de julio de 1976, Asunto *Gaetano Donà v Mario Mantero*, 13/76, EU:C:1976:115, sobre jugadores de fútbol.

- (3) La razón: se impide que los Estados Miembros modifiquen a su voluntad el concepto y, en consecuencia, eliminen la protección prevista por el TFUE a estas personas.
- (4) El concepto: se basa en un criterio objetivo de definición de la relación laboral (*employment relationship* en la versión inglesa) en torno a “los derechos y deberes” de los sujetos (obligaciones recíprocas o “mutuality of obligations”, en la orientación doctrinal anglosajona) y se define como la realización por una persona, “*durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración*”.
- (5) El test-trabajador: gira en torno a los tres criterios acumulativos (dependencia, remuneración y “actividad económica”) que el TJUE considera necesarios para que haya relación laboral.

El análisis de las sentencias posteriores arroja un resultado ciertamente heterogéneo, apreciándose al respecto pronunciamientos que seleccionan solo algunos de los criterios de aquella sentencia, que se consideran pertinentes para el caso concreto; y otros que perfilan o concretan o aclaran esa definición o algunos de sus elementos. Se reitera que el concepto “tiene un significado específico independiente y no debe interpretarse de manera restrictiva”, pero se incide en que la actividad que ha de realizar el sujeto ha de ser real (efectiva) y genuina, con exclusión de las actividades de tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio¹⁰. Y asumiendo expresamente la definición *Lawrie Blum*, se asume progresivamente que, ante la ausencia de un umbral determinado en función del tiempo del trabajo y del nivel de retribución, los elementos constitutivos son la relación de dependencia (subordina-

¹⁰ Véase, Sentencia de 8 de junio de 1999, C.P.M. *Meeusen v Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, C-337/97, EU:C:1999:284, parágrafo 13. Es importante destacar de esta sentencia lo siguiente (parágrafo 17): Procede pues responder a la primera cuestión formulada en el inciso a) que el hecho de que una persona esté unida en matrimonio al director y único propietario del capital de la sociedad para la cual ejerce una actividad real y efectiva no se opone a que la citada persona pueda ser calificada de «trabajador», siempre que tal persona desempeñe su actividad en el marco de un *vínculo de dependencia*.

Parágrafo 15: Es cierto que el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 27 de junio de 1996, *Asscher* (C-107/94, rec. p. I-3089), apartado 26, estimó que el director de una sociedad de la que es el único socio no ejerce su actividad en el marco de un vínculo de subordinación, de forma que no puede ser considerado como «trabajador» en el sentido del artículo 48 del Tratado. Con todo, esta solución no puede extrapolarse de modo automático a su cónyuge. En efecto, las relaciones personales y patrimoniales entre esposos derivadas del matrimonio no excluyen la existencia, en el marco de la organización de la empresa, de un vínculo de dependencia característico de una relación laboral.

ción) y el pago de una de una remuneración como contrapartida de las prestaciones realizadas ¹¹.

Para aclarar también la que recurrentemente se advertirá en sus sentencias en relación con el procedimiento de remisión prejudicial, atendiendo a la estrecha cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJUE, que se basa en un reparto de funciones entre ellos, al tiempo que constituye “un instrumento a través del cual el Tribunal de Justicia aporta a los órganos jurisdiccionales nacionales los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que precisan para resolver los litigios de que conocen” (Asunto *Hava Genc*, párrafo 30). De modo que una de las características esenciales del sistema de cooperación judicial consiste en que el TJUE responde en términos más bien abstractos y generales a una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión que se le plantea, mientras que corresponde al órgano jurisdiccional remitente resolver el litigio de que conoce teniendo en cuenta la respuesta del Tribunal de Justicia.

Por tanto, en lo que concierne a la definición del concepto de trabajador, corresponde al Tribunal Nacional:

- (1) Efectuar las comprobaciones de hecho necesarias para determinar si el interesado, en el caso concreto planteado, puede ser considerado trabajador en el sentido de la jurisprudencia del TJUE ¹².
- (2) Fundamentar su examen en criterios objetivos y evaluar en su conjunto todas las circunstancias del caso, teniendo en cuenta, tanto la naturaleza de las actividades de que se trate, como la relación entre las partes interesadas ¹³.

¿Qué considera el TJUE como criterios objetivos? El Tribunal opta por una delimitación negativa, advirtiendo de los que han de definirse como factores “irrelevantes” para apreciar la existencia o no de la relación de trabajo. Entre otros, los relativos al comportamiento del interesado antes y después del

¹¹ Sentencia de 4 de febrero de 2010, Asunto *Hava Genc*, C-14/09, EU:C:2010:57. Párrafo 21, con cita de la Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Asunto *Trojani*, C-456/02, párrafo 22.

¹² Sentencia de 26 de febrero de 1992, Asunto *Raulin*, C-357/89, EU:C:1992:87, párrafo 13. Sobre prestaciones de carácter discontinuo durante un breve período de tiempo.

¹³ Sentencia de 16 de noviembre de 2003, Asunto *Ninni-Orasche*, C-413/01, EU:C:2003:600, párrafo 27. Sobre trabajo de corta duración; en el caso como camarera en una empresa de restauración. Véase también sobre Directivas “laborales”, en concreto sobre la Directiva 2003/88 sobre tiempo de trabajo, sentencia de 26 de marzo de 2015, Asunto *Fenoll*, C-316/13, EU:C:2015:200, párrafo 29, respecto de actividades ejercidas por los discapacitados en el CAT «La Jouvène» que, si bien adaptadas a las capacidades de las personas interesadas, también tienen una cierta utilidad económica y productiva, por reducida que sea. Y sentencia de 14 de octubre de 2010, *Union syndicale Solidaires Isère*, C-428/09, EU:C:2010:612, párrafo 29, en relación con contratos de participación en la educación que ejercen actividades ocasionales y de temporada en centros de vacaciones y de ocio.

período de empleo¹⁴. De modo que el eventual abuso de derecho no puede tener ninguna relación con la respuesta a la pregunta de si una persona es un trabajador en el sentido del artículo 45 del TFUE¹⁵. Como tampoco los motivos que pueden haber impulsado a un trabajador de un Estado miembro a buscar empleo en otro Estado miembro tienen importancia alguna y, en consecuencia, no deben tenerse en cuenta¹⁶.

3.2. La extensión del Test Lawrie Blum a otros ámbitos del TFUE

Debe advertirse, en primer lugar, que el fundamento del Derecho Derivado en materia de empleo y condiciones de trabajo se encuentra en el art.153 TFUE, condicionado por la transversalidad de las materias que giran en torno al «trabajo» y, si no por los títulos competenciales, sí por el modo de ejercicio por las instituciones de la UE de las competencias en su organización confederal. Hasta la fecha, el TJUE no ha interpretado el concepto de trabajador a estos efectos, de modo que se alzan voces en la doctrina reclamando una interpretación amplia del concepto en torno a la que se conviene en denominar “dependencia económica”.

Por otro lado, en el Tratado hay un precepto, art. 157 TFUE (antiguo art.141 TCE), que exige a los Estados miembro garantizar la aplicación del principio de igualdad de remuneración o retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

A partir de 2004, y a raíz de la STJUE de 13 de enero de 2004, C-256/01, *Allonby*¹⁷, la doctrina del TJUE sobre libre circulación se traspasa al ámbito de la política social propiamente dicha.

¹⁴ Entre otras, sentencias de 16 de noviembre de noviembre de 2003, Asunto *Ninni-Orasche*, C-413/01, EU:C:2003:600 (párrafo 28); 21 de febrero de 2013, *L. N. v Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte*, C-46/12, EU:C:2013:97, párrafo 46.

¹⁵ Sentencia de 16 de noviembre de 2003, Asunto *Ninni-Orasche*, C-413/01, EU:C:2003:600, párrafo 31, en el que se afirma:... “en lo que respecta al argumento de que el órgano jurisdiccional remitente está obligado a verificar, basándose en las circunstancias del presente caso, si la demandante en el litigio principal, de modo abusivo, buscó crear una situación que le permitiera invocar la condición de trabajadora conforme al artículo 48 del Tratado, con el objetivo de conseguir las ventajas vinculadas a dicha condición, basta señalar que el eventual uso abusivo de los derechos concedidos por el ordenamiento jurídico comunitario, en virtud de las disposiciones relativas a la libre circulación de los trabajadores, presupone que la persona interesada está comprendida en el ámbito de aplicación *ratione personae* de dicho Tratado, al cumplir los requisitos para ser calificada como «trabajadora» en el sentido de la referida disposición. De lo anterior se deduce que la problemática del abuso de derecho no puede afectar a la respuesta a la primera cuestión”.

¹⁶ Sentencia de 21 de febrero de 2013, *L. N. v Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte*, C-46/12, EU:C:2013:97, párrafo 47.

¹⁷ El supuesto: Profesora empleada a TP por un *college* con contratos anuales sucesivos, con arreglo a los que su retribución, abonada por horas, dependía del número de clases impartidas. Se le propone

Son dos al menos las reglas que esta decisión del TJUE incorpora en la definición o significado de trabajador, utilizando también aquí el Test *Lawrie Blum* (sus tres elementos o rasgos), que se adopta, acríticamente, como principio básico de interpretación del TFUE¹⁸, sin especificar si los objetivos de libre circulación y de igualdad de trato en materia de retribución son los mismos:

- (1) Fundamento: la promoción de la igualdad por las instituciones europeas y la configuración del principio de igualdad (igualdad de retribución por razón de sexo¹⁹) “como uno de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento comunitario” y “fundamento de la Comunidad” (párrafo 65), del que deriva el triple significado del término “trabajador a estos efectos”; a saber, autonomía (frente a los derechos nacionales), uniformidad (en todas las áreas del Derecho Social de la UE, salvo en la de la Seguridad Social) y amplitud o extensión (cobertura amplia o extensa del Derecho del Trabajo de la UE).
- (2) La extensión o amplitud: “La calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional –dice el TJUE– no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador a efectos del artículo 141 CE, apartado 1, si su independencia solo es ficticia, disimulando así una relación laboral a efectos del mencionado artículo” (párrafo 71). Se trata, por tanto, de corregir elusiones del concepto y dar cobertura al que se conoce como falso autónomo (*bogus self-employee o sham contracting*), frente a los que denomina “prestadores de servicios independientes” que, expresa el Tribunal, “no están ligados por un vínculo de subordinación...” (párrafo 68).

Lo que, cuando menos, quiere expresar que para el TJUE hay diferencia jurídica entre el trabajador asalariado (concepto en el que se engloba el falso

contratar a través de una agencia y entonces pasa a ser considerada trabajadora por cuenta propia. Realiza un trabajo presumiblemente de igual valor que el que realizan en el mismo centro docente, como trabajadores por cuenta ajena, unos profesores de sexo masculino.

¹⁸ Se expresa en el párrafo 64 de la sentencia: “El término «trabajador» a efectos del artículo 141 CE, apartado 1, no aparece expresamente definido en el Tratado CE. Por lo tanto, para determinar su significado, procede recurrir a los principios de interpretación generalmente aceptados, teniendo en cuenta, en particular, su contexto y los objetivos del Tratado”.

¹⁹ Debe advertirse de la limitada significación de esta sentencia en el ámbito del derecho a la igualdad y no discriminación en general. Y, en particular, para proteger a los trabajadores vulnerables. Muy cercana en el tiempo fue la sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2004, C-313/02, *Wipel*, en la que en sentido contrario a *Allonby*, y pese al planteamiento de la cuestión prejudicial en relación con Directiva 76/207, que establecía el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, no hace referencia alguna al test.

autónomo; extensión correctora, por tanto, del concepto) y el trabajador autónomo o independiente con fundamento en el rasgo de la subordinación. Pero, lo que no quiere decir, que es bien distinto, que no haya que superar la distinción binaria cuando no hay simulación de relación laboral, sino constatación de ausencia de subordinación en sentido estricto, pero existencia de dependencia económica; lo que, en definitiva, deriva hacia la distinción entre trabajador autónomo/independiente y el que pudiera definirse como económicamente dependiente.

La definición jurisprudencial exige concretar el significado de los rasgos o elementos que la integran; si cabe, en definitiva, una configuración más o menos flexible a estos efectos. De modo que, en relación con la dependencia, habría que responder si permite integrar en el concepto a relaciones de trabajo que no respondan estrictamente a las de trabajo asalariado típico o estándar; si la remuneración debe ser flexiblemente entendida desde la perspectiva cuantitativa, cualitativa y temporal; si, en fin, la actividad económica, que se define como actividad real y efectiva, permite diferenciar aquella respecto de la que fuera a pequeña escala, marginal o auxiliar. Volveremos sobre estas cuestiones.

3.3. Negociación colectiva en el contexto de la libre competencia.

Art.101 TFUE y “falso autónomo”

Recuérdese que el artículo 101 del TFUE prohíbe todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior.

En la sentencia de 21 de septiembre de 1999, Asunto *Albany*²⁰, y pese a declarar inicialmente que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores, se afirmó que “los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado (actual art.101 TFUE) en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo”. Y tras la cita de disposiciones del Tratado que refieren a un enfoque cooperativo

²⁰ C-67/96, EU:C:1999:430.

de la política social y al papel de los interlocutores sociales, concluye que los convenios colectivos, entendidos como acuerdos entre las organizaciones de empresarios y de trabajadores que incluyen medidas para mejorar las condiciones de trabajo y empleo, deben considerarse excluidas del ámbito de aplicación del art.101 párrafo primero, del TFUE²¹.

En todas estas sentencias, que refieren también al concepto de trabajo, no se aclara quiénes reúnen los requisitos para ser trabajadores a los efectos de esta excepción.

Habrá que esperar a 2014, sentencia de 4 de diciembre, Asunto *FNV Kunsten*²², en relación con un supuesto de negociación colectiva que abarcaba a los músicos sustitutos considerados como trabajadores autónomos en virtud de la legislación nacional (holandesa). Se preguntaba: ¿Debe interpretarse la normativa de competencia del Derecho de la Unión en el sentido de que una disposición de un convenio colectivo celebrado entre asociaciones empresariales y asociaciones de trabajadores en la que se determina que los autónomos que, sobre la base de un contrato por obra o servicio, realizan para un empresario el mismo trabajo que los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo deben percibir unos honorarios mínimos determinados queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE por el hecho de que figure en un convenio colectivo?

En este caso, el TJUE sostuvo que, si bien los músicos sustitutos realizan las mismas actividades que los empleados, son, en principio, «empresas» en el sentido del artículo 101, apartado 1, del TFUE, ya que ofrecen sus servicios a cambio de una remuneración en un mercado determinado y desempeñan sus actividades como operadores económicos independientes en relación con su mandante (párrafo 27). Un acuerdo celebrado por una organización de ese tipo no constituye el resultado de una negociación colectiva entre empleadores y empleados y no puede ser excluido, por su naturaleza, del ámbito de aplicación del artículo 101 1) del TFUE²³ (párrafo 30).

²¹ Véase sentencias posteriores. STJUE de 11 de diciembre de 2005, Asunto *Viking*, C- 438/05, EU:C:2007:772, párrafo 49; STJUE de 9 de julio de 2009, F v *Commission of the European Communities*, C-319/07 P, EU:C:2009:435, párrafo 50.

²² C-413/13, EU:C:2014:2411.

²³ Previamente se afirma, párrafo 29: “Es preciso asimismo añadir que, aun cuando el Tratado prevé que se desarrolle un diálogo social, no contiene ninguna disposición, similar a los artículos 153 TFUE y 155 TFUE y a los artículos 1 y 4 del Acuerdo sobre la política social (DO 1992, C 191, p. 91), que incite a los prestadores autónomos a abrir dicho diálogo con los empresarios a los que prestan sus servicios a través de un contrato por obra o servicio y, por tanto, a celebrar con ellos acuerdos colectivos destinados a mejorar sus propias condiciones de empleo y de trabajo”.

Y, en consonancia con lo dispuesto en el Asunto *Allonby*, da un giro, que marcará uno de los criterios reiterados posteriormente, afirmando que esa conclusión no puede, sin embargo, impedir que “una disposición de convenio colectivo como la descrita sí pueda considerarse resultado del diálogo social en el supuesto de que el tipo de prestador de servicios en cuyo nombre y por cuya cuenta ha negociado el sindicato sea en realidad un «falso autónomo», es decir, un prestador que se encuentra en una situación comparable a la de los trabajadores”. Formula un concepto de “empresa” centrado, claramente, en aspectos económicos y en el rendimiento de mercado, afirmando que, en la economía actual, no siempre es fácil discernir cuándo estamos en presencia de contratistas autónomos como comerciante independiente y, por tanto, de empresa.

En la contraposición empresa (también trabajador autónomo)/empleado (*employee*), atrae consideraciones previas, en el sentido de que la calificación de «prestador autónomo» con arreglo al Derecho nacional no excluye que la misma persona deba ser calificada como «trabajador» a efectos del Derecho de la Unión *si su independencia solo es ficticia o teórica*²⁴ y *disimula* lo que a todos los efectos es una relación laboral (parágrafo 35). Y responde a varias cuestiones:

- (1) ¿Cuándo un prestador de servicios puede perder su condición de operador económico independiente y, por tanto, de empresa? Cuando –responde el Tribunal, parágrafo 33– “no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que depende completamente de su comitente, por el hecho de que no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad de este y opera como auxiliar integrado en la empresa del mismo”.
- (2) ¿Cuándo ha de considerarse que hay relación laboral? Cuando se dan los elementos o rasgos del *Test Lawrie Blum*, parágrafo 34, atendiendo a los “derechos y deberes de las partes afectadas”²⁵.
- (3) ¿Qué elemento sustancial diferencia a un trabajador autónomo de un trabajador por cuenta ajena? Parágrafo 36: cuando éste actúa bajo la dirección del empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo (sentencia *Allonby*, apartado 72); no participa en los riesgos comerciales de dicho empresario (sentencia *Agegate*, C-3/87,

²⁴ Lo reitera en la actualidad en el Auto de 22 de abril 2020, Asunto *B v. Yodel*, C-692/19, en un supuesto de contratación por una empresa de paquetería y reparto y análisis de la Directiva 2003/88.

²⁵ Con referencia también de la Sentencia *Haralambidis*, C-270/13, EU:C:2014:2185, parágrafo 28.

apartado 36) y está integrado en la empresa durante el período de la relación de trabajo, formando, de este modo, con ella una unidad económica (véase la sentencia *Becu y otros*, C-22/98, apartado 26).

- (4) Y, por último, ¿qué debe comprobar a estos efectos el Tribunal nacional? Acoge el principio de “primacía de los hechos” y afirma que corresponde a aquel (párrafo 37) comprobar que, más allá de la naturaleza jurídica de sus contratos por obra o servicio, dichos sustitutos no se encuentren en las condiciones indicadas supra; y, en particular, que no estén en una relación de subordinación en la orquesta de que se trate durante el período de la relación contractual, sino que dispongan de más autonomía y flexibilidad que los trabajadores que ejerzan la misma actividad en lo que se refiere a la determinación del horario, el lugar y las modalidades de realización de los encargos que reciben, esto es, de los ensayos y conciertos.

IV. LOS RASGOS DE LA DEFINICIÓN Y SU PROYECCIÓN EN LA POLÍTICA SOCIAL ARMONIZADORA

4.1. Consideraciones previas

En el Asunto *Danmols* (sentencia de 11 de julio de 1985, C-105/84, en relación con la Directiva sobre transmisión de empresa), el TJUE mostró entonces cautela en la ampliación del concepto de trabajador cuando, al margen de toda connotación del principio de igualdad, tuvo que interpretar las normas de *armonización parcial* sobre condiciones de empleo y de trabajo. La doctrina del Asunto *Danmols*, sobre la premisa de esa armonización limitada, se mantuvo con ligeras variaciones en asuntos posteriores y puede utilizarse como punto de partida para fijar posteriormente los cambios.

Se decía en aquella resolución (y se recuerda en otra posterior, por ejemplo, STJUE de 10 de diciembre de 1998, C-247/96), en relación con la transmisión de empresas, que la entonces Directiva 77/187 *se aplica a toda persona protegida como trabajador por la normativa laboral nacional*.²⁶

²⁶ Véanse posteriormente Sentencias de 14 de septiembre de 2000, C-343-98, Asunto *Collino y Chiapero* párrafos 36-41, y 6 de septiembre de 2011, C-108/10, Asunto *Scattolon*, párrafo 39, relativa a la asunción de una Administración pública del personal encargado de servicios auxiliares que trabajaba para otro organismo de igual carácter, discutiéndose si hay obligación de aquella de subrogarse y de respetar las condiciones laborales. En ella, el TJUE expresa que “únicamente pueden invocar la aplicación de esa normativa las personas que, en el Estado miembro de que se trate, estén protegidas, como trabajadores, con arreglo a la legislación nacional en materia de Derecho del Trabajo”.

Al interrogante formulado (extensión del concepto nacional), la respuesta que avanza el TJUE en sus sentencias posteriores es negativa, limitando a las legislaciones nacionales y estableciendo una restricción en un doble sentido, genérico y específico.

La limitación genérica es la que deriva del permanente recurso al “efecto útil” o “plena eficacia” o “efectividad” de la normativa de la UE de modo que, expresa el TJUE, “cuando una disposición comunitaria se remite a las legislaciones y prácticas nacionales, los Estados Miembros no podrán adoptar medidas que puedan comprometer el *efecto útil* de la normativa comunitaria en la que dicha disposición se integra” (Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2007, C-385/05, Asunto *CGT*, en la que se analizan la Directiva sobre despidos colectivos, 98/59 y la Directiva sobre información y consulta, 2002/14, párrafo 35). Expresión esta, la de efecto útil, utilizada recurrentemente por el TJUE²⁷, que tiene un claro componente “funcional” o finalista que, aplicable a las Directivas sobre política social, remite al objetivo de estas normas; a saber, destacando con carácter prioritario el servir de garantía y protección a los trabajadores con el objetivo de establecer una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados Miembros y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Unión Europea.

Podría entenderse, como primera aproximación, que los Estados Miembros no pueden adoptar un concepto de trabajador restrictivo o, de otra forma expresado, que no pueden limitar el ámbito de aplicación de las normas comunitarias restringiendo el concepto de trabajador a estos efectos y desplazando del mismo a quienes cupiera incluir en tal concepto en virtud del Derecho nacional ni establecer exclusiones de determinadas categorías de trabajadores sin razón justificada.

Más allá de esa primera aproximación, la del *efecto útil* de las Directivas y su proyección en la definición nacional limitada del concepto de trabajador, el TJUE da un paso decidido hacia el concepto europeo de trabajador, de modo que éste va progresivamente apareciendo como uno de los rasgos sustanciales del “resultado” de esas normas.

Pese al reconocimiento formal de la competencia de los Estados Miembros (lo que de modo recurrente se aprecia en pasajes de las sentencias), se afirma sin ambages la competencia de la UE. De este modo, no solo se trata de

²⁷ La referencia se encuentra en numerosas sentencias analizadas en este estudio. Véanse, entre otras, sentencias del TJUE de 9 de julio de 2015, Asunto *Balkaya*, C-229/14 ECLI:EU:C:2015:455 (párrafo 33); de 17 de noviembre de 2016, Asunto *Bietribsrat der Ruhrlandklinik*, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (párrafo 36).

imponer una libertad condicionada a los Estados Miembros o prohibir restricciones excesivas al concepto nacional, sino que se reconoce la competencia del “legislador de la Unión para determinar por sí mismo el alcance de ese concepto” en el sentido de las Directivas sobre política social.

A partir de entonces, habría que entender que hay dos conceptos de trabajador, que se simultanean, el concepto nacional y el concepto europeo; concepto europeo que, en aplicación del *efecto útil* de las Directivas, se impone cuando en el caso concreto se aprecia que el concepto nacional de trabajador limita de manera excesiva e injustificada el ámbito de aplicación de aquéllas, excluyendo a determinadas categorías de personas de la protección que persiguen esas normas (Asunto *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*, párrafos 31, 32, 36, 37).

Desde esta perspectiva, como límite específico, el TJUE avanza hacia un concepto autónomo de trabajador en el Derecho de la UE, abandonando la que se ha calificado como “*Danmols ortodoxy*”. Ese avance exige por parte del TJUE configurar la que cabe entender como transversalidad horizontal interpretativa de las Directivas en el ámbito de la política social, cualquiera que sea la definición formal que utilicen para determinar su ámbito de aplicación personal (fruto muchas veces de un consenso difícil entre los Estados miembros). De ahí las remisiones continuas de unas sentencias a otras, aunque el supuesto concreto analizado en las cuestiones prejudiciales o recursos planteados encaje en áreas materiales diferentes; no solo a las que, como las de despido colectivo, no proporcionan un concepto de trabajador ni remiten al propuesto por las legislaciones nacionales, sino también a aquellas otras que establecen un concepto, aunque sea vago e indeterminado, y se utilice en ellas términos no exactamente coincidentes en su significado, tales como “trabajador asalariado”, “trabajador por cuenta ajena”, “contrato de trabajo”, “relación de trabajo”, “legislación laboral” u otros más asépticos, como “trabajador” y “legislación nacional”.

Partamos de las Directivas que no establecen concepto ni remiten a la legislación nacional a estos efectos, con proyección inmediata, como veremos, a otras materias laborales, y pongamos como ejemplo la normativa comunitaria sobre despidos colectivos. A este respecto, son significativos los asuntos *Comisión contra Italia* (Caso C-32/02), *Comisión contra Italia* (Caso C-596/12), en relación con la exclusión de los directivos de la protección ofrecida por la Directiva sobre despidos colectivos. Y los posteriores, STJUE de 9 de julio de 2015, C-224/14, *Balkaya* –en relación con la exclusión de miembros del consejo de administración y de personas que realizan una actividad práctica en una empresa para adquirir conocimientos o profundizar en

ellos o para seguir una actividad profesional, sin que reciba una retribución del empresario, pero sí una ayuda económica por parte de organismo público; o STJUE de 11 de noviembre de 2015, C-422/14, *Pujante Rivera*, relativa a trabajadores con un contrato de duración determinada o para una tarea determinada.

Abstracción hecha de los supuestos concretos, fijan los tres elementos que, atraídos desde la LCT, se reproducen ahora en política social para configurar el concepto “comunitario” de trabajador en cualesquiera materias relativas a las condiciones de trabajo en la UE:

- (1) Autonomía: El concepto de trabajador no puede definirse mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros. ¿Por qué? Porque, expresa el TJUE, estaría a su disposición el Derecho comunitario, “lo que permitiría a estos alterar el ámbito de aplicación de la citada Directiva y privarla de su plena eficacia” (Asunto *Ballkaya*, párrafo 33). Lo que posteriormente afirma de forma más contundente: “limitar el concepto de trabajador... a las personas incluidas en ese concepto en virtud del Derecho nacional... podría poner en peligro la consecución de los objetivos de la Directiva y, por ende, menoscabar el efecto útil al limitar de manera excesiva e injustificada su ámbito de aplicación” (Asunto *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*, párrafo 36).
- (2) Uniformidad: El concepto debe interpretarse de manera uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión. ¿Por qué? Porque es garantía de protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes EMs (Asunto *Balkaya*, párrafos 32, 33 y 44).
- (3) Objetividad y extensión del concepto y, en consecuencia, reiteración del test *Lawrie-Blum* (Asunto *Comisión/Italia*, C596/12, apartado 17, y Asunto *Balkaya*, apartado 34).

Estos tres elementos juegan inexorablemente para también aplicarlos a otras materias, como la relativa a la seguridad y salud en el trabajo, en las que las normas expresan, a diferencia de las de despido colectivo, y al menos formalmente, un concepto específico de trabajador a esos efectos.

Recuérdese que la Directiva 89/391, de 12 de junio de 1989, define “trabajador” como *cualquier persona empleada por un empresario* (incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar); y define *empresario como cualquier persona física o jurídica que sea titular de la relación laboral con el trabajador* y tenga la responsabilidad de la empresa y/o establecimiento. A ella remite la Directiva

92/85/CE sobre medidas de seguridad y salud de la mujer trabajadora embarazada, que ha dado a luz o que está en período de lactancia²⁸. Desde esta perspectiva, en la STJUE de 20 de septiembre de 2007, C-116/06, Asunto *Kiiski*, se expresa que la invocación de derechos inherentes al permiso de maternidad exige que la persona esté incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/85 y, a estos efectos, (párrafos 25 y 26) reitera las notas 1., 2. y 3. supra; confirma la seña de identidad del concepto, a saber, el traspaso por analogía de su significado en el ámbito de la LCT. Y el carácter amplio o extensivo del concepto se explica del modo siguiente: la “naturaleza *sui generis* de la relación laboral con respecto al Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho Comunitario”. ¿Qué quiere expresar el TJUE, más allá de lo que parece haber quedado claro en las sentencias anteriores, a saber, que un trabajador independiente queda extramuros del concepto comunitario de trabajador a estos efectos y que, por el contrario, el falso o ficticio autónomo queda integrado en dicho concepto, Asunto *Allonby*?²⁹.

La expresión “naturaleza *sui generis*” de la relación laboral es vaga e indeterminada y, como veremos, puede dar lugar a múltiples lecturas. Refirámonos ahora a un supuesto extremo, analizado desde la perspectiva de la legislación nacional española; a saber, miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital (piénsese, por ejemplo, en el caso de Administrador único, mancomunado o solidario, o consejero-delegado de una Sociedad de Capital en España). Aparece esa expresión en la STJUE de 11 de noviembre de 2010, C-232/09, *Danosa*, que reproduce los aspectos mencionados más arriba 1), 2) y 3) y reitera la traslación al caso concreto del concepto utilizado en materia de LCT, completando los anteriores rasgos o elementos jurisprudenciales de la

²⁸ También remite a ella la Directiva sobre tiempo de trabajo (Directiva 2003/88 de 4 de noviembre de 2003), porque se trata de avanzar en la protección de la seguridad y salud en el trabajo, en este caso, en relación al enfoque de tiempo de trabajo. En la sentencia de 14 de octubre de 2010, C-428/09, *Union Syndicale Solidaires Isère*) se dice: ... “debe recordarse que, aunque el concepto de «trabajador» se define en el artículo 3, letra a), de la Directiva 89/391 como cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar, la Directiva 2003/88 no contiene ninguna remisión a esa disposición de la Directiva 89/391, ni a la definición del concepto de trabajador, según resulta de las legislaciones y/o las prácticas nacionales”. Teniendo en cuenta esta consideración, reproduce los rasgos o elementos que hemos enumerado en el texto como 1., 2. y 3., con cita expresa de nuevo del Asunto *Lawrie-Blum*.

²⁹ Esta expresión, “naturaleza *sui generis*”, es recurrentemente utilizada por el TJUE. Más allá de la que se expresa en el texto en relación con la prestación de servicios de un administrador de sociedad de capital, se menciona en otras ocasiones para calificar determinadas prestaciones de servicios que no encajan en la situación normal o habitual o estándar de la relación laboral. Así, por ejemplo, cuando se trata de precisar el significado a estos efectos de los *trabajos de inserción*.

configuración de trabajador con los siguientes (complementarios), que ennumeramos como 4 y 5 y quedarían así:

- (4) Se precisa (en relación con la definición legal nacional de la prestación de servicios de un miembro de consejo de dirección de una empresa) que, sea o tenga allí (en el Derecho nacional) “naturaleza jurídica *sui generis*” –¿podiera ser entendido tal vez como relación laboral especial?– o quede excluido de la relación laboral y se considere a efectos nacionales como “trabajador autónomo” (párrafo 41 de la sentencia) –tal y como pudiera derivarse del art.1.3c) del ET español y Ley 20/2007, LETA–, “no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión”. Si se cumplen los elementos del concepto *Lawrie-Blum* (al que remite el Asunto *Danosa*), “la naturaleza del vínculo jurídico que la une a la otra parte de la relación laboral no es pertinente para la aplicación de la Directiva 92/85” (párrafo 40).

Distorsiona la cita (párrafo 41 del Asunto *Danosa*) a estos efectos del Asunto *Allonby* en el argumento de esta sobre elusión del concepto de trabajador en aquel caso que, como se recuerda, trataba de una trabajadora cuya independencia era o se calificaba como “ficticia”; mientras que en el asunto *Danosa* (tal y como ocurre en el ordenamiento laboral español), no hay un concepto elusivo, sino una opción legal interna de exclusión (¿constitutiva o declarativa?) de los “Administradores” del vínculo contractual laboral. En definitiva, no es jurídicamente correcto calificar la configuración legal nacional como elusiva; al menos, sí apreciada desde la legislación española. Al margen de esa observación y desde la configuración legal por los ordenamientos nacionales, se advierten puntos de fricción entre el Derecho de la UE y el Derecho del Trabajo de los Estados miembro, en concreto el español, que exigirá una solución de futuro para fijar con precisión si la prestación de servicios por quienes son o forman parte del órgano de Administración de personas jurídicas son (con carácter pleno o parcial) trabajadores en sentido comunitario y a ellos deben extenderse (total o limitadamente) ciertos derechos laborales³⁰.

³⁰ Téngase en cuenta a efectos de la configuración del que podríamos denominar estatuto jurídico del Administrador en la UE que deben analizarse conjuntamente los Asuntos, *Danosa, Balkaya y Holterman Ferho y otros*, Caso C-47/14, sentencia de 10 de septiembre de 2015, sobre competencia judicial e interpretación del concepto de trabajador a efectos del art.18 del Reglamento 44/2011, que remite a los Asuntos anteriores y, por supuesto, a *Lawrie-Blum*. Y la más actual sentencia de 11 de abril de 2019, Asunto

Bosworth, P., Hurley, C. y Arcadia Petroleum Limited y otros, C-603/2017 EU:C:2019:310.

Desde esta perspectiva, la sentencia *Balkaya* evita, acertadamente, cualquier consideración elusiva del concepto nacional. Acepta que el contrato de administrador no constituya, según la jurisprudencia

- (5) La referencia a la naturaleza *sui generis* del trabajo desde la perspectiva del Derecho nacional concreto (o en su caso también a la calificación “formal” o “ficticia” o “elusiva” como autónomo) requiere precisar el rasgo o elemento sustancial que define quién sea trabajador o qué sea relación laboral a efectos de aplicación de Derecho del Trabajo de la UE.

No elude el TJUE que sea la dependencia/subordinación, de modo que, ante la ausencia de definición legal a nivel de la UE, es un criterio jurisprudencial que permite responder a dos cuestiones relacionadas, una la relativa a su significado (y a los factores, test o indicios de los que deriva) en la relación laboral y, otra (inversa y complementaria), la relativa al grado de independencia en la prestación de servicios para derivar la ausencia de relación laboral.

En base a esas consideraciones, el TJUE, también aquí, en la interpretación del derecho derivado armonizador en materia de política social, recuerda que el concepto requiere de criterios o indicios comunes que han de asumir los tribunales nacionales.

El TJUE inicialmente ha afirmado que corresponde a los jueces y tribunales nacionales determinar si conforme a su legislación se dan esos hechos y circunstancias, pero posteriormente prescribe que “corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si concurren en el caso de autos tales requisitos... (es decir, los requisitos establecidos por el TJUE; Asunto *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*, párrafo 43). Es así como el TJUE se autolegitima para indicar al tribunal remitente algunos principios y criterios que este deberá tener en cuenta en su examen” (Asunto *O’Brien*, párrafo 43)³¹. Y pudiera entenderse que es un mecanismo para afianzar la norma común europea para todos los Estados miembros también en la fase aplicativa. El órgano jurisdiccional nacional debe resolver el litigio que originó la cuestión prejudicial a la luz de la aclaración de la interpretación o validez del Derecho europeo por el TJUE, que marca las pautas comunes. La cuestión abierta, en relación con el principio de

nacional, un contrato de trabajo. Pero confirma la apreciación del Asunto *Danosa*, en el sentido de que, pese a esa calificación nacional, “de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce que la naturaleza de la relación laboral con respecto al Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión” (párrafo 35).

³¹ Claramente en el Auto de 22 de abril de 2020, Asunto *B v. Yodel*, C-692/19, en el que, a propósito de la Directiva 2003/88 sobre determinados aspectos relativos al tiempo de trabajo –que no define el concepto de trabajador–, recuerda el TJUE que “corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, a la luz de la jurisprudencia mencionada en los apartados 27 a 32 de la presente sentencia, si un contratista independiente por cuenta propia, como B, puede clasificarse como «trabajador», a efectos de dicha jurisprudencia, teniendo en cuenta las *circunstancias* controvertidas en el litigio principal”. Y, para dar “una respuesta útil al tribunal remitente”, le recuerda las pautas comunes.

interpretación conforme y sus límites, es si es posible que los Tribunales nacionales apliquen el concepto de trabajador comunitario aún alterando para ello, ya no los métodos nacionales de interpretación a la búsqueda de una interpretación conforme con las normas comunitarias, sino alterando la norma nacional cuando es irreconciliable con la Directiva. ¿Pueden los tribunales nacionales utilizar los criterios que le indica el TJUE para determinar que en el caso concreto hay dependencia y, en consecuencia, la persona ha de ser considerada trabajadora a efectos de aplicación de la Directiva concreta que se trate cuando según la norma legal nacional ha de entenderse excluida del concepto nacional de trabajador? Es esta una cuestión que dista de estar resuelta de forma clara y contundente por el TJUE y pone en entredicho principios básicos del Derecho³².

4.2. Objeto de la prestación: la noción de “actividad económica”

Recuérdese que la definición jurisprudencial refiere a la “prestación”, sin definir o cualificar a esta. Como regla, el TJUE la define como “actividad económica”³³ (de acuerdo con los objetivos de la Comunidad Europea en el sentido del entonces art.2 TCE) que sea “real y efectiva”. Lo que en el ámbito de la LCT (de la que se importa al ámbito laboral propiamente dicho) refiere a la situación de quienes se consideran “económicamente activos” en el Derecho de la UE.

Esta expresión puede ser objeto de una interpretación amplia o, por el contrario, más limitada o incluso restrictiva, de modo que, según cuál sea el significado, el concepto de trabajador a efectos de aplicación de las normas de

³² De forma diversa a los Asuntos citados en el texto, el TJUE resuelve en otros en los que se aprecia un impacto más medido del principio de interpretación conforme en los ordenamientos internos. Puede citarse como ejemplo la STJUE de 26 de marzo de 2015, C-316/13, Asunto *Fenoll*, en la que el TJUE expresa (párrafo 48): “Acerca de la posibilidad de referencia al artículo 7 de la Directiva 2003/88, que prevé precisamente el derecho a vacaciones anuales retribuidas, de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que, si no es posible una interpretación del Derecho nacional conforme con esa Directiva –lo que corresponde comprobar al tribunal remitente– el artículo 7 de esta no puede ser invocado en un litigio entre particulares, como el asunto principal para garantizar el pleno efecto del derecho a vacaciones anuales retribuidas y dejar inaplicada toda disposición nacional contraria. Por otro lado, en esa situación la parte perjudicada por la falta de conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podrá invocar, no obstante, la jurisprudencia derivada de la sentencia *Francovich* y otros (C6/90 y C9/90, EU:C:1991:428) para obtener, en su caso, reparación del daño sufrido (véase la sentencia *Domínguez*, C282/10, EU:C:2012:33, apartado 43)”.

³³ Pueden ponerse varios ejemplos, Sentencia 12 de diciembre de 1974, *Walrave*, C-36/74, párrafo 4, en relación con la práctica del deporte; Sentencia de 31 de mayo de 1989, *Bettray*, C-344/87, párrafo 13.

las UE será también más amplio o más restrictivo y, en consecuencia, también más o menos extenso el ámbito personal de la regla de protección que aquellas dispensan.

En principio, no es posible extraer ninguna conclusión con respecto a la condición de una persona que realiza actividades a partir del trabajo realizado o de una comparación de su trabajo y el realizado por otra persona³⁴; de modo que las actividades a que se refiere el artículo 56 del TFUE no deben distinguirse por su naturaleza de las del artículo 45 del TFUE, sino únicamente por el hecho de que no se ejercen en virtud de un contrato de trabajo³⁵.

Si bien hay algunos casos que se pueden extraer de la jurisprudencia del TJUE en los que el criterio (realización de actividad económica) es relevante (tal es el caso de la distinción entre actividad deportiva y actividad económica en el ámbito de la formación de equipos nacionales³⁶); sin embargo, deportistas profesionales o semiprofesionales que tienen un empleo remunerado o prestan un servicio remunerado realizan actividades económicas³⁷. Del mismo modo, la calificación como actividades económicas no se cuestiona atendiendo al ámbito concreto en que esa actividad se desarrolla (por ejemplo, en el ámbito de la educación³⁸, o en el de la salud³⁹) o por la naturaleza de la relación entre las partes pertinentes (por ejemplo, un vínculo religioso⁴⁰).

4.3. Un intento de concreción: trabajo auténtico o efectivo versus trabajo marginal y accesorio

La apariencia de concreción tiene anverso, en sentido positivo, que ha de ser “trabajo auténtico y efectivo”; y reverso, en sentido negativo, que no sea “puramente marginal y accesorio”.

³⁴ Sentencia 17 de julio de 2008, Asunto *Racannelli*, C-94/07, EU:C:2008:425, párrafo 36 (en el caso, tareas de investigación y preparación de una tesis doctoral).

³⁵ Sentencia 12 de diciembre de 1974, *Walrave*, 36/74, EU:C:1974:140, párrafo 23.

³⁶ Distinción entre el interés meramente deportivo y la actividad económica en Sentencia *Walrave*, 36/74, EU:C:1974:140, párrafo 8; Sentencia *Lehtonen*, C-176/96, EU:C:2000:201, párrafo 34.

³⁷ Sentencia de 15 de diciembre de 1995, Asunto *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, párrafo 73; Sentencia *Lehtonen*, C-176/96, EU:C:2000:201, párrafo 32 y ss.

³⁸ Sentencia *Lawrie-Blum*, 66/85, EU:C:1986:284, párrafo 20.

³⁹ Sentencia Asunto *Ruhrlandklinik*, C-216/15, EU:C:2016:883, párrafo 44 y ss, en el contexto de la Directiva 2008/104 relativa a las Agencias Temporales de Empleo.

⁴⁰ Cuando se le pregunta por las actividades realizadas como miembro de una comunidad religiosa (en el caso, realización de trabajos de fontanería en las instalaciones de la comunidad y las tareas generales del hogar), el TJUE dice que constituyen actividad económica “*en la medida en que los servicios que la comunidad brinda a sus miembros pueden considerarse como el quid pro quo indirecto para un trabajo genuino y efectivo*”. Sentencia Asunto *Steymann*, 196/87.

Lo que, en muchos casos, se expresa en un circunloquio con muchas matizaciones, que impide extraer una doctrina clara al respecto. En efecto, en la concreción hay apego al caso concreto y a las circunstancias en las que se desarrolla la prestación de servicios en el supuesto específico.

Si bien indicábamos más arriba que la naturaleza de la actividad no es elemento decisivo para determinar que se trata de una actividad económica, sí lo es, por el contrario, para determinar que la misma es genuina o efectiva⁴¹.

Lo que pudiera considerarse como trabajo marginal y accesorio, o trabajo de escasa o reducida entidad, plantea una cuestión inicial: ¿hay un criterio cuantitativo, aplicado al tiempo de trabajo y a la remuneración? o ¿gira en torno a un criterio cualitativo, la forma o el modo en que se presta la actividad?

Desde la perspectiva cuantitativa (diríamos, extensión o magnitud de la actividad) debe advertirse cómo en alguna de las cuestiones prejudiciales se ha señalado que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ámbito de la interpretación del concepto de trabajador no contiene un umbral determinado en función del tiempo de trabajo y del nivel de la retribución, por debajo del cual una actividad deba considerarse marginal y accesorio y que ello contribuye a la falta de precisión del concepto de actividad marginal y accesorio.

Y, evidentemente, es así, cuando se analiza la doctrina del TJUE, de la que cabe extraer las reglas siguientes:

Primera regla general. Al evaluar la naturaleza efectiva y genuina de la actividad, los tribunales nacionales pueden tener en cuenta el tiempo de trabajo (en particular, horas de trabajo) y el nivel de remuneración⁴². Los casos que se refieren al alcance (extensión) de la actividad son los supuestos más relevantes a estos efectos⁴³.

⁴¹ Entre otras, Sentencia de 26 de marzo de 2015, Asunto *Fenoll*, C-316/13, EU:C:2015:200, párrafo 29 y ss (sobre el concepto de “cierta utilidad” de la actividad realizada); Sentencia (Gran Sala) de 7 de septiembre de 2004, Asunto *Trojani*, C-456/02, EU:C:2004:488, párrafo 24 (persona que trabaja en un centro de acogida percibiendo a cambio una remuneración en especie); Sentencia de 6 de noviembre de 2003, Asunto *Ninni-Orasche*, C-413/01, EU:C:2003:600, párrafo 29 y ss (prestación de corta duración); Asunto *L. N.*, C-46/12, EU:C:2013:97.

⁴² Sentencia de 4 de febrero de 2010, Asunto *Genc*, C-14/09 EU:C:2010:57, (ejercicio de actividad exigua por cuenta ajena), párrafo 25 y 27.

⁴³ Entre otros, Asunto *Lawrie-Blum*, 66/85, párrafo 21; Asunto *Kempf*, 139/85, EU:C:1986:223, párrafo 14; Sentencia de 21 de junio de 1988, *Steven Malcolm Brown v The Secretary of State for Scotland*, 197/86, EU:C:1988:323, párrafo 20 y ss; Sentencia de 13 de julio de 1989, Asunto *Rinner-Kühn* 171/88, EU:C:1989:328; Asunto *Raulin*, C-357/89, párrafo 13 y ss; Asunto *Bernini*, C-3/90, EU:C:1992:89; Sentencia de 18 de julio de 2007, *Geven*, C-213/05, EU:C:2007:438; Sentencia de 4 de junio de 2009, *Vatsouras* (C-22/08) and *Koupatantze* (C-23/08), C-22/08, EU:C:2009:344; Asunto *Genc* C-14/09, párrafo 22 y ss; Asunto *Ninni-Orasche*, C-413/01.

De modo que es relevante:

— El hecho de que la relación contractual con la misma empresa haya durado varios años⁴⁴.

— Si el interesado ha trabajado solo un número muy limitado de horas en una relación laboral⁴⁵.

— El carácter irregular y la duración limitada de los servicios efectivamente prestados en el marco de un contrato de trabajo ocasional⁴⁶.

— En el caso de las prácticas, si en todas las circunstancias el interesado ha completado un número suficiente de horas para familiarizarse con el trabajo⁴⁷.

— El aumento progresivo de la remuneración por las actividades realizadas en el curso de la formación profesional⁴⁸.

— El derecho al pago continuado de salarios en caso de enfermedad⁴⁹.

— El derecho a vacaciones remuneradas⁵⁰.

Segunda regla: excepciones o matizaciones.

Decíamos que, según la regla general, el hecho de que una persona trabaje solo un número muy limitado de horas en el contexto de una relación laboral puede ser un indicio de que las actividades realizadas son marginales y auxiliares; o cuando se aprecie un importe limitado de la remuneración obtenida de la actividad.

Sin embargo, no puede descartarse que, tras una “apreciación global de la relación de trabajo”, es decir de los indicios que se aprecian en su conjunto en el caso concreto, el juez nacional pueda considerarla real y efectiva; lo que permitiría conceder a su titular la condición de «trabajador» en el ámbito, no solo de la libre circulación de trabajadores, sino de todo el Derecho de la UE⁵¹. El fundamento, de acuerdo con lo indicado en páginas anteriores es claro, “las

⁴⁴ Asunto *Genc*, C-14/09. En este supuesto, cuatro años.

⁴⁵ Sentencia de 26 de febrero de 1992, Asunto C-357/89, *Raulin*, parágrafo 14: *El hecho de que el interesado solo haya trabajado un número muy escaso de horas en el marco de una relación de trabajo puede ser un indicio de que las actividades ejercidas son meramente marginales y accesorias.*

⁴⁶ Asunto *Raulin*, parágrafo 14: *la duración de las actividades ejercidas por el interesado es un elemento que puede tener en cuenta el órgano jurisdiccional nacional para determinar si estas actividades son reales y efectivas o si, por el contrario, se realizan a tan pequeña escala que tienen un carácter meramente marginal y accesorio.*

⁴⁷ Sentencia de 26 de Febrero de 1992, Asunto *Bernini*, C-3/90, parágrafo 16.

⁴⁸ Sentencia de 19 de noviembre de 2002, *Bülent Kurz*, né Yüce v Land BadenWürttemberg, C-188/00, EU:C:2002:694, parágrafo 35.

⁴⁹ Sentencia de 4 de febrero de 2010, Asunto *Genc*, C-14/09, parágrafo 27; Sentencia de 1 de octubre de 2015, Asunto *O*, C-432/14, EU:C:2015:643, parágrafo 25.

⁵⁰ Asunto *Genc*, C-14/09, parágrafo 27; Asunto *O*, C-432/14, parágrafo 27.

⁵¹ Asunto *Genc*, C-14/09, parágrafo 26; Asunto *O*, C-432/14, parágrafo 24 (sobre discriminación por razón de edad “joven” en el empleo y la ocupación y aplicación de la Directiva 2000/78).

normas que consagran esta libertad fundamental y, más concretamente, los conceptos de «trabajadores» y de «actividad por cuenta ajena» que definen su campo de aplicación deben, por ello, interpretarse ampliamente, mientras que las excepciones y los casos de inaplicación del principio de libre circulación de los trabajadores deben interpretarse, por el contrario, con criterio restringido”⁵².

De modo que, aplicando esa doctrina, cabe afirmar que el hecho de que su empleo produzca unos ingresos inferiores al mínimo necesario para la subsistencia⁵³; o no supere normalmente las 18 horas semanales⁵⁴; o las 12 horas semanales⁵⁵; o incluso las 10 horas semanales⁵⁶, no impide que la persona que ejerza ese empleo sea considerada como un trabajador en el sentido del Derecho de la UE, sea libertad de circulación del artículo 45 del TFUE (véanse los asuntos *Levin y Kempf*); o sea aplicación de igualdad de trato y remuneración, artículo 157 del TFUE (véase el asunto *Rinner-Kühn*); o, en fin, a los efectos de las Directivas “laborales” (véase el asunto *Ruzius-Wilbrink*).

Del mismo modo, parece irrelevante la duración de la actividad profesional; trabajar durante un período temporal de dos meses y medio puede ser suficiente para ser considerado un trabajador en el sentido del artículo 45 del TFUE⁵⁷; como también lo es cuando el trabajador se dedica a una «breve actividad profesional menor» que «no le aseguraba un medio de vida» o una actividad que «duraba apenas más de un mes»⁵⁸.

⁵² Sentencia de 3 junio de 1986, *Kempf*, 139/85, EU:C:1986:223, parágrafo 13.

⁵³ Sentencia de 23 de marzo de 1982, *Levin*, 53/81, EU:C:1982:105, parágrafo 15 y ss. Se pregunta en el caso si las disposiciones de Derecho comunitario, relativas a la libre circulación de los trabajadores, son aplicables también a los nacionales de un Estado miembro que ejercen, en el territorio de otro Estado miembro, una actividad por cuenta ajena de la que obtienen unos ingresos inferiores al salario mínimo de subsistencia, con arreglo a lo que se considere como tal en la legislación de este último Estado. Si tales disposiciones son de aplicación a dichas personas en el caso de que completen los ingresos derivados de su actividad por cuenta ajena con otros ingresos hasta alcanzar dicho mínimo, o bien si se contentan con medios de subsistencia inferiores a dicho mínimo. El TJUE responde que “las disposiciones de Derecho comunitario relativas a la libre circulación de los trabajadores son aplicables también a los nacionales de un Estado miembro, que ejercen en el territorio de otro Estado miembro una actividad por cuenta ajena, de la que obtienen ingresos inferiores al salario mínimo de subsistencia, con arreglo a lo que se considere como tal en la legislación de este último Estado, tanto si completan los ingresos derivados de su actividad por cuenta ajena con otros ingresos hasta alcanzar dicho mínimo, como si se contentan con los medios de subsistencia inferiores a dicho mínimo, siempre que ejerzan una actividad por cuenta ajena real y efectiva”.

⁵⁴ Sentencia de 13 de diciembre de 1989, *M. L. Ruzius-Wilbrink v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten*, C-102/88, EU:C:1989:639, parágrafo 7.

⁵⁵ Asunto *Kempf*, 139/85, párrafos 2 y 16; profesor de música a tiempo parcial que solicita, debido a su bajo nivel de ingresos, una prestación complementaria de fondo público.

⁵⁶ Sentencia de 13 de julio de 1989, Asunto *Rinner-Kühn*, 171/88, EU:C:1989:328, parágrafo 16

⁵⁷ Asunto *Ninni-Orasche*, C-413/01, parágrafo 32.

⁵⁸ Asunto *Vatsouras/Koupatantze*, C-22/08, párrafos 25 y 30.

De modo que cabe apreciar la existencia de muy importantes casos planteados al TJUE relativos a actividades “sociales”⁵⁹, o relativos a actividades desarrolladas en períodos de prácticas/formación profesional⁶⁰, en los que el criterio cuantitativo, remuneratorio, se ha interpretado flexiblemente.

Es así como en el Asunto *Bettray* se considera irrelevante que la productividad de una persona empleada, en relación con las circunstancias relacionadas con su situación, sea baja o que, en consecuencia, su remuneración se haya proporcionado en gran medida mediante subvenciones con cargo a fondos públicos. De modo que “ni el nivel de productividad, ni el origen de los fondos con los que se paga la remuneración, pueden tener consecuencia alguna en cuanto a si la persona debe ser considerada o no como un trabajador” (párrafos 5, 15). Pero, sin embargo, no puede considerarse que una actividad sea una actividad económica efectiva y genuina si constituye un mero medio de rehabilitación o reinserción y la finalidad del empleo, que se adapta a las posibilidades físicas y mentales de cada persona, es permitir que esas personas recuperen tarde o temprano su capacidad de aceptar un empleo ordinario o llevar una vida lo más normal posible (párrafo 17).

O en el Asunto *Trojani* se exprese que “es posible que una persona que, a cambio de alojamiento y comida y algo de dinero de bolsillo, realice diversos trabajos durante unas 30 horas a la semana como parte de un programa personal de reinserción socioprofesional”, sea trabajador en el sentido del artículo 45 TFUE. Para ello, el tribunal nacional debe comprobar si los servicios efectivamente prestados pueden considerarse parte del mercado laboral normal; teniendo en cuenta la situación y las prácticas del albergue, el contenido del programa de reinserción social y la naturaleza y los detalles de la prestación de los servicios.

Y, en relación con la formación, el hecho de que una persona trabaje como aprendiz no significa que no sea un trabajador si el período de formación se completa en las condiciones de una actividad genuina y efectiva como trabajador por cuenta ajena⁶¹.

⁵⁹ Véase Asunto *Bettray*, 344/87, EU:C:1989:226; Asunto *Trojani*, C-456/02, EU:C:2004:48; Asunto *Fenoll*, C-316/13.

⁶⁰ Asunto *Bernini*, C-3/90, EU:C:1992:89, párrafo 16; Sentencia de 21 November 1991, *Union de Recouvrement des Cotisations de Sécurité Sociale et d'Allocations Familiales de la Savoie (URSSAF) v Hostellerie Le Manoir SARL*, C-27/91, EU:C:1991:441, párrafo 7 y ss; Sentencia de 17 de marzo de 2005, Asunto *Kranemann* C-109/04, EU:C:2005:187, párrafo 12 y ss; Sentencia de 30 de marzo de 2006, Asunto *Mattern*, C-10/05, EU:C:2006:220, párrafo 19 y ss.

⁶¹ Sentencia de 17 de marzo de 2005, Asunto *Kranemann*, C-109/04 párrafo 13 (sobre actividad de prácticas preparatorias para la actividad funcionarial); Sentencia de 30 de marzo de 2006, Asunto *Mattern*, C-10/05, párrafo 21. (período de prácticas profesionales como auxiliar de clínica).

4.4. Superación del criterio cuantitativo remuneratorio

Es cierto que uno de los elementos esenciales de toda relación laboral, en el contexto de la libre circulación de trabajadores, es que la persona trabajadora reciba una remuneración a cambio de sus actividades (Asunto *Lawrie Blum*); o que se haya afirmado (Asunto *Allonby*, parágrafo 68) que, a efectos del art. 141 TCE (actual art.157 TFUE), debe entenderse por retribución el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

Pero también lo es que la regla excepcional o matización, como se quiera, conduce a que el TJUE no haya negado la calificación a una relación como “de empleo” solo con fundamento en la remuneración (tal y como ocurrió, por cierto, en el Asunto *Lawrie Blum*, parágrafo21). Matizando lo que sea o deba considerarse por tal, hasta el punto de considerar irrelevante:

— que la remuneración sea inferior al nivel de los medios de subsistencia mínimos⁶²;

— que la persona trate de complementarla con otros medios de subsistencia lícitos⁶³

— o que la remuneración sea sustancialmente menor que la garantía de un mínimo de subsistencia⁶⁴

De la misma manera, admite el TJUE que la remuneración existe en caso de que haya principalmente prestaciones en especie (y solo algo de dinero de bolsillo); siempre que constituyan la contrapartida de los servicios prestados⁶⁵ cuando, por ejemplo, la comunidad a la que se pertenece satisface las necesidades materiales de sus miembros (y paga algún dinero)⁶⁶.

Y considera irrelevante el origen de los fondos de los que se paga la remuneración⁶⁷; ya que, a estos efectos, considera existente la misma cuando es

⁶² Asunto *Nolte*, C-317/93, EU:C:1995:438, parágrafo 19.

⁶³ Asunto *Kempf*, C-139/85, EU:C:1986:223, parágrafo 14; Asunto *Vatsouras/Koupatantze*, C-22/08, parágrafo 28.

⁶⁴ Asunto *Fenoll*, C-316/13, parágrafo 33.

⁶⁵ Asunto *Trojani*, C-456/02, parágrafo 22.

⁶⁶ Si este trabajo constituye una parte esencial de la participación en esa comunidad, porque los servicios que la comunidad presta a sus miembros pueden considerarse una contrapartida indirecta por su trabajo; Asunto *Steymann*, 196/87, párrafos 4, 11 y 12.

⁶⁷ Asunto *Mattern*, C-10/05, parágrafo 22; Asunto *Kurz*, C-188/00, parágrafo 32.

proporcionada en gran medida por subvenciones de fondos públicos debido a la baja productividad de la persona ⁶⁸.

4.5. El vínculo jurídico

Por lo que refiere a la libertad de circulación de trabajadores, y en tanto se hace equivaler actividad económica a la prestación de servicios a cambio de remuneración y esta a trabajo por cuenta ajena ⁶⁹, se avanza progresivamente en la naturaleza del vínculo jurídico.

El TJUE sostuvo muy pronto que la naturaleza de la relación de trabajo (en la expresión inglesa *employment relationship*) entre la persona que trabaja y la persona que recibe el trabajo no tiene ninguna consecuencia en lo que respecta a la definición de trabajador en la legislación de la Unión Europea ⁷⁰. De modo que es irrelevante la calificación nacional de la persona que trabaja como funcionario público ⁷¹; o como trabajador autónomo ⁷² o que la relación de trabajo sea o tenga naturaleza *sui generis* en el Derecho nacional ⁷³.

El TJUE ha declarado que la condición de trabajador de una persona no resulta afectada por el hecho de que, sin dejar de encontrarse en una relación de subordinación con respecto a la empresa, esté vinculado a los demás traba-

⁶⁸ Sentencia de 31 de mayo de 1989, Asunto *Bettray* 344/87, EU:C:1989:226, parágrafo 15.

⁶⁹ Especial interés al respecto son las sentencias del TJUE relacionadas con la actividad deportiva, en concreto, jugadores de fútbol, jugadores de baloncesto...; SSTJUE de 13 de abril de 2000, Asunto *Lehtonen* C-176/96, EU:C:2000:201, parágrafo 43; con cita de la de 14 de julio de 1975, *Gaetano Donà v Mario Mantero*, 13/76, EU:C:1976:115, parágrafo 12.

O las relacionadas con actividades realizadas como miembro de una comunidad religiosa pueden considerarse actividades o servicios económicos en el sentido de las disposiciones del Tratado, Sentencia de 5 de octubre de 1988, *Udo Steymann v Staatssecretaris van Justitie*, 196/87, EU:C:1988:475, parágrafo 10.

O con las actividades de prostitución; Sentencia de 20 de noviembre de 2001, *Aldona Malgorzata Jany and Others v Staatssecretaris van Justitie*, C-268/99, EU:C:2001:616, párrafos 33 y 34.

⁷⁰ Asunto, *Bettray*, 344/87, parágrafo 16: “No puede excluirse tampoco el reconocimiento de la condición de trabajador por el hecho de que la relación laboral establecida al amparo de la WSW tenga una naturaleza jurídica *sui generis* respecto al Derecho nacional. En efecto... “la naturaleza del vínculo jurídico que liga al trabajador y a la empresa no es determinante para la aplicación del artículo 48 del Tratado”.

También Asunto *Allonby*, C-256/01, EU:C:2004:18, parágrafo 70: “Cuando una persona sea un trabajador, a efectos del artículo 141 CE, apartado 1, la naturaleza del vínculo jurídico que la une a la otra parte de la relación laboral no es pertinente para la aplicación de dicho artículo”.

⁷¹ Asunto *Lawrie-Blum*, 66/85, parágrafo 20: la índole del vínculo jurídico que une al trabajador con el empresario, estatuto de Derecho público o contrato de Derecho privado, carece de interés para la aplicación del artículo 48 TFUE.

⁷² Sentencia *Allonby*, C-256/01, EU:C:2004:18, parágrafo 71: La calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador a efectos del artículo 141 CE, apartado 1, si su independencia solo es ficticia, disimulando así una relación laboral a efectos del mencionado artículo.

⁷³ Asunto *Fenoll*, C-316/13, parágrafo 30; Asunto *Danosa*, C-232/09, parágrafo 40.

jadores de la misma por una relación de asociación⁷⁴. Y recuérdense a estos efectos, los supuestos indicados supra (Asuntos entre otros, *Danosa*, *Balkaya*) sobre inclusión de los miembros de consejos de administración o de dirección de una empresa de capital que su respectivo Derecho nacional no les califica como trabajadores (employees).

4.6. Criterio cualitativo. La dependencia o relación de subordinación

Analizadas las sentencias del TJUE en los que refiere a concepto de actividad económica, que esta sea genuina o no sea marginal, remunerada y atendiendo a la regla general/excepciones o matizaciones, el TJUE cierra el círculo en torno al criterio cualitativo, que puede ser definido como el vínculo de dependencia característico de una relación laboral.

Por utilizar una sentencia como ejemplo, trabajo genuino y efectivo enlaza con el rasgo de dependencia o subordinación, porque recurrentemente el TJUE expresa que *no hay actividad asalariada cuando esta se realiza “sin que exista relación de subordinación”*⁷⁵.

Es cierto que inicialmente no se relatan indicios de los que quepa inferir que hay dependencia. Pero sí quedan claras dos cuestiones: una que dependencia se define como “prestar servicios *para y bajo la dirección* de otra persona” (Asunto *Lawrie Blum*); y que dependencia es sinónimo de *subordinación*⁷⁶ y, por tanto, tiene un claro significado de dependencia personal u organizacional, sin que, hasta la fecha, el TJUE haya avanzado hacia un concepto de dependencia económica. En efecto, en una de sus últimas resoluciones⁷⁷, se expresa que la relación laboral (*employment relationship*) bajo un contrato individual

⁷⁴ Sentencia de 16 de septiembre de 1999, *Becu*, C-22/98, EU:C:1999:419, párrafo 28; Sentencia de 10 de diciembre de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA*, C-179/90, EU:C:1991:464, párrafo 13.

⁷⁵ Sentencia de 27 de junio de 1996, Asunto *Asscher*, C-107/94, apartados 25 y 26; “al ser director de una sociedad de la que es el único socio, el Sr. Asscher no ejerce su actividad en el marco de una relación de subordinación, de forma que no puede ser considerado como un «trabajador» en el sentido del artículo 48 del Tratado, sino como una persona que ejerce una actividad no asalariada en el sentido del artículo 52 del Tratado”.

⁷⁶ Dependencia como “relación de subordinación” de la que perciben, como contrapartida, una retribución. Asunto *Betray*, párrafo 14.

⁷⁷ Sentencia de 11 de abril de 2019, Asunto C-603/2017, EU:C:2019:310 cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino Unido, en relación con el que puede calificarse como estatuto jurídico de miembro de Consejo de Administración o Consejo de Dirección en empresas de capital. El nexo de subordinación o en terminología anglosajona “hierarchical relationship”.

de trabajo presupone la existencia de un nexo de subordinación (o dependencia personal u organizativa).

El TJUE comienza afirmando que el concepto comunitario de «trabajador» debe definirse con arreglo a criterios objetivos que distingan la relación laboral en función de los derechos y deberes de las personas afectadas; atendiendo a todos los hechos y circunstancias que caracterizan la relación entre las partes. Lo que cabe denominar primacía de los hechos o de la realidad material⁷⁸.

¿Cuáles son los factores, hechos, indicios que los tribunales nacionales han de tener en cuenta?

Por un lado, los indicios de los que deriva el nexo de subordinación, que se manifiesta o define a partir del doble criterio control-dirección por quien recibe la prestación, el empresario, que dispone de un poder contractual de organización. El análisis conjunto de diferentes resoluciones del TJUE nos aproxima a los significados de esos criterios; entre ellos:

— Que la persona esté bajo la dirección y supervisión de la otra parte contractual⁷⁹.

— Que la persona por cuenta de la que se realiza el trabajo determine los servicios que debe prestar la persona y su horario o tiempo de trabajo⁸⁰.

— Que la persona que presta servicios debe cumplir las instrucciones y observar normas que dicte la otra parte contractual.⁸¹

— Que la otra parte contratante tiene facultades de gestión, supervisión y evaluación de la prestación de trabajo y, cuando proceda, puede sancionar a la persona trabajadora.⁸²

— Que la persona que presta los servicios deba permanecer disponible para trabajar si el empresario lo solicita⁸³.

— Que la persona está, durante la duración de esa relación, incorporada a (e integrada en) la empresa en cuestión y, por lo tanto, forma una unidad económica con ella⁸⁴, sin asumir o participar en los riesgos comerciales de esta.

En resumen, hechos o indicios que derivan de todos los factores y circunstancias que caracterizan la relación entre las partes; calificada, para ser

⁷⁸ Sentencia de 11 de abril de 2019, Asunto C-603/2017: “la inexistencia de un contrato formal no representa un obstáculo a la existencia de una relación laboral comprendida en el concepto de «contrato individual de trabajo», párrafo 27.

⁷⁹ Asunto *Lawrie Blum*, párrafo 18.

⁸⁰ Asunto *Lawrie Blum*, párrafo 18; Asunto *Allonby*, párrafo 72.

⁸¹ Asunto *Lawrie-Blum*, párrafo 18.

⁸² Asunto *Haralambidis*, párrafo 30.

⁸³ Asunto *Raulin*, C-357/89, párrafo 14.

⁸⁴ Asunto *Becu* C-22/98, párrafo 26. De modo que, concluye el TJUE, estos trabajadores “no constituyen empresas, en sí mismos, en el sentido del derecho comunitario de la competencia”.

incardinada en el concepto de trabajo asalariado, como “relación jerárquica”⁸⁵ entre el trabajador (*employee*) y el empleador.

Por otro, los indicios de inexistencia de esa relación jerárquica, y por tanto de dependencia o subordinación. Entre otros los siguientes:

- La libertad de la persona de elegir sus propias horas de trabajo⁸⁶.
- La participación en los riesgos comerciales del negocio⁸⁷.
- La libertad de una persona para contratar a sus propios asistentes (Asunto *Agegate*, C-3/87, parágrafo 36) o selección de sus propios colaboradores (Sentencia de 10 de septiembre de 2014, Asunto *Haralambidis* C-270/13, parágrafo 33).
- Que la persona trabajadora tiene más margen de maniobra en cuanto a la elección del tipo de trabajo y las tareas que debe ejecutar y de la forma en que debe realizar ese trabajo o esas tareas⁸⁸. Y derecho o facultad absoluta de no aceptar las tareas que le fueran asignadas y de fijar el número de tareas que está dispuesto a realizar⁸⁹.
- Que la persona esté en condiciones de decidir o decida efectivamente los términos de su contrato⁹⁰.
- Que la persona disponga de un poder de control autónomo tanto sobre la gestión corriente de los asuntos de la sociedad como sobre el ejercicio de sus propias funciones⁹¹.
- Que la persona trabajadora pueda simultanear trabajos para dos empresas; esto es, que no haya un trabajo exclusivo para una sola⁹².

Conjugando indicios de dependencia y, en la terminología del TJUE, indicios de contratación “independiente”, podremos concluir lo siguiente:

- (1) El TJUE aplica, y parece cada vez más, el sistema de indicios, procedimiento que, también, como se sabe, utilizan nuestros jueces y tribunales en un sentido muy parecido al sistema o test del que se sirven en otros ordenamientos jurídicos nacionales.
- (2) A medida que se ha ido avanzando en supuestos y casos concretos, la realidad material (y no la formalización a través de un contrato civil...)

⁸⁵ Auto de 22 de abril de 2020, Asunto *B v. Yodel*, C-692/19, parágrafo 28.

⁸⁶ Asunto *Agegate*, C-3/87, parágrafo 36; Asunto *Allonby*, C-256/01, parágrafo 72.

⁸⁷ Asunto *Agegate*, C-3/87, parágrafo 36.

⁸⁸ Asunto *Haralambidis*, C-270/13, parágrafo 33; Asunto *Allonby*, C-256/01, parágrafo 72.

⁸⁹ Auto de 22 de abril de 2020, C-692/19, Asunto *B.v Yodel*, C-692/19, parágrafo 40.

⁹⁰ Sentencia de 11 de abril de 2019, Asunto C-603/2017, parágrafo 35.

⁹¹ Sentencia de 11 de abril de 2019, Asunto C-603/2017, parágrafo 35.

⁹² Auto de 22 de abril de 2020, C-692/19, Asunto *B.v Yodel*, C-692/19, parágrafo 41; trabajo simultáneo para dos empresas, una competidora directa de la otra.

ha ido incorporando nuevos y variados indicios en relación con prestaciones de servicios sean o no a través de plataformas digitales.

- (3) En relación con las plataformas digitales, y otros tipos de trabajos atípicos, se ha iniciado un debate sobre la actual Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles. Esta norma armonizadora es mucho más ambiciosa que su predecesora, la Directiva 91/533/CEE, porque, si bien desarrolla la obligación de informar sobre las condiciones de trabajo, también incluye en su parte segunda aspectos esenciales relativos a la prestación de trabajo; entre ellos, período de prueba, pluriempleo, asignación de tareas, cambio de contrato, derecho a la formación profesional. Fruto de la iniciativa europea sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, se proponía “codificar” el concepto asumido por el TJUE a lo largo de estos años, de modo que podía entenderse como afianzamiento de la tendencia comunitaria desde la fragmentación normativa hacia el incremento de la “universalidad” (limitada) propuesta progresivamente por el TJUE.

Tal y como se preveía entonces, y pese al Informe del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2018, que incorporaba dos preceptos, uno sobre el principio de primacía de los hechos y, otro, sobre la presunción de existencia del contrato de trabajo, la propuesta sufrió importantes modificaciones en el Consejo, seriamente socavada la intención de la Comisión de salvaguardar un ámbito de aplicación personal uniforme que impidiera a los Estados Miembros soslayar la definición de trabajador a estos efectos. Lo que ahora queda de aquella propuesta pasa a ser una definición del ámbito personal de aplicación en los términos siguientes, art.1º.2: “un contrato de trabajo o una relación laboral tal como se define en la ley, los convenios colectivos o la práctica en vigor en cada Estado miembro, *teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*”. La difícil conexión entre la salvaguarda de la soberanía nacional legislativa y la primacía del Derecho de la Unión Europea y los criterios interpretativos formulados por el TJUE, con una llamada de atención a los Tribunales Nacionales que han de resolver de conformidad con esos criterios, tal y como se advierte en el Considerando 8º de la Directiva. En efecto, se expresa:

“En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia») ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador. La interpretación que el Tribu-

nal de Justicia hace de esos criterios debe tenerse en cuenta en la aplicación de la presente Directiva. Siempre que cumplan esos criterios, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva. Los trabajadores que realmente sean por cuenta propia no deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, ya que no cumplen estos criterios. El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, ya sea a escala nacional o en situaciones transfronterizas, es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia, aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña y no por la descripción de las partes de la relación”⁹³.

- (4) La característica de la relación laboral, contrato de trabajo, se basa en el nexo de subordinación personal y no en la dependencia económica. En torno a un rasgo sobre el que gira el actual debate en relación con el concepto de trabajador en el Derecho derivado de la UE, el del significado de “prestación personal de trabajo”, se ha planteado el encaje en el ámbito de aplicación de una concreta Directiva (la 2003/88 sobre tiempo de trabajo), y en “su” concepto de trabajador, la actividad o prestación de servicios que no sea exclusiva o personal.

Debe advertirse al respecto que alguna de las propuestas doctrinales en torno a la ampliación o extensión del concepto de trabajador, también en el ámbito de la UE, aportaba como uno de los criterios orientadores de la dependencia económica (como elemento o rasgo básico de la ampliación del concepto comunitario de trabaja-

⁹³ Con cita expresa de las sentencias siguientes: 3 de julio de 1986, Asunto *Lawrie-Blum* C-66/85; de 14 de octubre de 2010, Asunto *Union Syndicale Solidaires Isère*, C-428/09; de 9 de julio de 2015, Asunto *Balkaya*, C-229/14; de 4 de diciembre de 2014, Asunto *FNV Kunsten*, C-413/13; y de 17 de noviembre de 2016, Asunto *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*, C-216/15.

dor a efectos de aplicación de las Directivas sobre política social y con base en la Recomendación del CESE) el de que los servicios sean realizados “en persona” (desarrollo personal, trabajo personal, *intuitu personae*), de modo que la facultad de utilizar “sustitutos” debería estar limitada o no tener sentido alguno desde la perspectiva económica.

El TJUE ha zanjado la cuestión en el Auto de 22 de abril de 2020, en el que expresamente se dice que “la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que excluye a una persona contratada por su supuesto empleador en virtud de un acuerdo de servicios que estipula que es un contratista independiente por cuenta propia que no se clasifica como ‘trabajador’ para el propósito de esa directiva, donde esa persona tiene facultad para: utilizar subcontratistas o sustitutos para realizar el servicio que se ha comprometido a proporcionar; aceptar o no aceptar las diversas tareas ofrecidas por su supuesto empleador, o establecer unilateralmente el número máximo de esas tareas; para proporcionar sus servicios a cualquier tercero, incluidos los competidores directos del empleador putativo, y fijar sus propias horas de «trabajo» dentro de ciertos parámetros y adaptar su tiempo a su conveniencia personal más que a los intereses del posible empleador”.

Es verdad que, en la resolución del TJUE se utiliza un circunloquio que crea inseguridad jurídica porque, aun cuando considera los enumerados como indicios de “independencia” en la prestación de servicios, se concluye advirtiendo: “siempre que, en primer lugar, la independencia de esa persona no sea ficticia y, en segundo lugar, no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador”.

Lo que cabe interpretar que queda expedita la puerta a que puedan darse otros indicios de los que cupiera inferir lo contrario, que neutralicen los indicados.

Por ejemplo, si hubiera restricciones evidentes en la elección del sustituto, aunque, no puede olvidarse, en el caso concreto se indica que “según ese acuerdo de servicios de mensajería, los mensajeros no están obligados a realizar la entrega personalmente, pero pueden designar un subcontratista o un sustituto para la totalidad o parte del servicio prestado, cuya sustitución Yodel puede vetar si la persona elegida no tiene un nivel de habilidades y calificación que es al menos equivalente a la requerida por un servicio de mensajería contratado por Yodel. En cualquier caso, el servicio de mensajería sigue siendo personalmente responsable de cualquier acto u omisión de cualquier subcontratista o sustituto designado...”.

- O si hubiera penalización o no en la elección de horas trabajadas, aunque en este caso el TJUE considera que tal libertad existe aun cuando quede limitada dentro de “ciertos parámetros”.
- O, en fin, si hubiera que replantear la situación y la calificación cuando hubiera un control de la actividad a través de herramientas tecnológicas (GPS, algoritmos). Sin olvidar entonces que, a la vista del caso concreto, pudiera concluirse que este tipo de control nada añade al clásico o tradicional y, por tanto, aun cuando existan esos medios tecnológicos, debe valorarse la realidad y efectividad de los indicados por el TJUE.

CAPÍTULO III

LAS FRONTERAS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

BERNARDO GARCÍA RODRÍGUEZ

Abogado laboralista
Profesor Asociado URJC

SUMARIO: I. *Introducción*. 1.1 El contenido laboral de la Constitución. 1.2 La distribución competencial en la Constitución y la determinación de la legislación laboral. 1.3 La determinación del ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores en la Constitución. 1.4 La limitada doctrina constitucional sobre las controversias relativas a las fronteras del derecho del trabajo.–II. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad*. a) Trabajo no remunerado. Trabajos familiares. b) Trabajos por cuenta propia. Servicio de transporte.–III. *Actividades religiosas*.–IV. *Actividades sindicales*.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. El contenido laboral de la Constitución

La constitucionalización de la materia laboral, superando el vago reconocimiento del derecho a la libertad de elección de trabajo en el siglo XIX, se inicia con las Constituciones mejicana de Querétaro (1917) y alemana de Weimar (1919) (Montoya). La Constitución española de la II República si-

que esta tradición, sentando que España se constituye en una “*República democrática de trabajadores de toda clase*” (artículo 1)¹, y colocando el trabajo en el centro de la sociedad y su organización política².

La Constitución española (1978), partiendo de su cláusula del Estado social y democrático de derecho (artículo 1), reconoce en su título preliminar a los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales, como instituciones básicas de nuestro sistema constitucional (artículo 7); e impone a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la libertad del individuo y los grupos en que se integra, sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (artículo 9.2).

Entre los derechos fundamentales y libertades públicas se reconocen los derechos de libertad sindical y de huelga (artículo 28 CE). La titularidad del derecho de libertad sindical excede el ámbito subjetivo del derecho laboral en sentido estricto, al entenderse como trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral, como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas (artículo 1.2 LOLS)³, salvo los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar (artículo 1.3 LOLS), así como a jueces, magistrados y fiscales en activo (artículo 127.1 CE y 1.4 LOLS). Así mismo, a los trabajadores por cuenta propia o autónomos que no tengan trabajadores a su servicio, también se les reconoce la posibilidad de afiliación sindical a las organizaciones sindicales constituidas, pero no el derecho a fundar sindicatos (artículo 3.1 LOLS)⁴. Respecto a la titularidad del derecho de huelga, aun partiendo de considerar a los trabajadores independientes, autopatrones o profesionales como trabajadores en un sentido amplio, el que no sean trabajadores por cuenta ajena ligados por un contrato

¹ El añadido de la expresión “*de toda clase*”, se produce en el debate parlamentario constituyente, con el fin de no excluir a ningún sector social y no limitar su alcance a la clase trabajadora (Diarios de Manuel Azaña).

² En este sentido, la vigente Constitución italiana proclama que: “*Italia es una República democrática fundada en el trabajo*”. En contraste con esta tendencia, la Constitución francesa se limita a recoger que la ley determinará los principios fundamentales del *derecho laboral, del derecho sindical y de la seguridad social* (artículo 34).

³ El reconocimiento del derecho de libre sindicación de los funcionarios deriva directamente del mandato del art. 28.1 de la CE, cuyo término «todos» los incluye, como se demuestra por su referencia posterior a las particularidades de su ejercicio (STC 95/1985, de 29 de julio, FJ 1).

⁴ Mientras en determinados ordenamientos se estima que libertad sindical abarca igualmente a los trabajadores autónomos, la ley española ha seguido un criterio estricto al respecto, excluyéndolos expresamente de sus previsiones, al considerar lógico que quienes trabajen por su cuenta, sin sujeción a relación una relación laboral, no sean genuinamente trabajadores (STC 95/1985, de 29 de julio, FJ 2).

de trabajo retribuido, ha determinado que la cesación de su actividad no esté constitucionalmente protegida como supuesto de ejercicio del derecho de huelga⁵.

A continuación, entre los derechos y deberes de los ciudadanos, se reconocen el deber⁶ y el derecho al trabajo; los derechos a la libre elección de profesión u oficio⁷, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo (artículo 35.1 CE); y la relevante mención a los efectos de determinar las fronteras del Derecho del Trabajo, a que la ley regulará un estatuto de los trabajadores (artículo 35.2 CE)⁸. En esta misma sección 2ª del capítulo II del título I, se establece que la ley garantice el derecho a la negociación colectiva laboral y la fuerza vinculante de los convenios colectivos (artículo 37.1 CE) y el derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de con-

⁵ El cese de su actividad, como medida de protesta o de reivindicación, es libre, como lo es la propia actividad que desarrollan, sin perjuicio de las consecuencias que hayan que arrostrar por las perturbaciones que se deriven de tal cese (STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 12).

⁶ Sobre el deber de trabajar, otras Constituciones también lo reflejan como obligación ante la sociedad, bien de forma tajante y sucinta, como la vigente Constitución japonesa, reconociendo “*el derecho y la obligación de trabajar*” (artículo 27); o de manera más abierta, como la Constitución italiana, que proclama: “*Todo ciudadano tiene el deber de desempeñar, según sus posibilidades y propia elección, una actividad o función que conduzca al progreso material o espiritual de la sociedad*” (artículo 4, *in fine*) (“*perfiles nacionales de derecho del trabajo*” – www.ilo.org), o la Constitución portuguesa, que después de establecer que: “*Todos tendrán derecho al trabajo*” (artículo 51.1), añade que: “*El deber de trabajar será inseparable al derecho del trabajo, excepto para quienes sufran una merma de su capacidad por razón de edad, enfermedad o invalidez*” (artículo 51.2). Por su parte, la Constitución alemana, desde otra perspectiva, proclama: “*Nadie podrá ser compelido a realizar un trabajo determinado, salvo en el ámbito de un servicio público obligatorio (öffentliche Dienstleistungspflicht) de tipo convencional y general e igual para todos*” (artículo 12.2 Ley Fundamental).

⁷ La Constitución alemana establece en este sentido que: “*Todos los alemanes tienen derecho a elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y formación profesional. El ejercicio de la profesión puede ser regulado por ley o en virtud de una ley*” (artículo 12.1 Ley Fundamental).

⁸ Que se plasmó en el Estatuto de los Trabajadores aprobado mediante Ley 8/1980, de 10 de marzo. La Constitución se decanta por la entonces italianizante expresión de estatuto de los trabajadores; pero este desde sus inicios no renuncia a compilar en un texto único denominado Código de Trabajo, como acontece en Francia, las distintas leyes orgánicas y ordinarias que, junto con el propio estatuto de los trabajadores, regulen las materias laborales, previendo su ordenación en títulos separados, uno por ley, con numeración correlativa, respetando íntegramente su texto literal; así como la incorporación sucesiva y periódica a dicho Código de Trabajo de todas las disposiciones generales laborales mediante el procedimiento que se fijó por el Gobierno en cuanto a la técnica de incorporación, según el rango de las normas incorporadas (disposición adicional 3ª de la Ley 8/1980; y, en la actualidad, en la disposición adicional 8ª del vigente texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre). Previsión que podría aplicar el Gobierno, pero de la que no se conoce iniciativa alguna para llevarla a efecto en estas décadas transcurridas desde 1980. Parece imponerse sobre la previsión vigente el criterio contenido en la exposición de motivos de la derogada Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, que afirmaba que no parece adecuado al momento ni a la naturaleza dinámica del Derecho laboral abordar un código.

flicto colectivo (artículo 37.2 CE)⁹. Por último, en esta sección 2ª se reconoce la libertad de empresa, en el marco de una economía de mercado, debiendo los poderes públicos garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación (artículo 38 CE)¹⁰.

En otras disposiciones diversas y dispersas se contienen referencias directas al trabajo, en concreto entre los principios rectores de la política social y económica, respecto a la política orientada al pleno empleo (artículo 40.1 CE), la garantía de formación y readaptación profesionales, el velar por la seguridad e higiene en el trabajo, la garantía del descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados (artículo 40.2 CE); y la protección de los trabajadores españoles en el extranjero y la política orientada a su retorno (artículo 42 CE). También, en las disposiciones sobre economía y hacienda, se prevé la promoción eficaz por los poderes públicos de las diversas formas de participación en las empresa, fomentando, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas (artículo 129.2 CE).

⁹ “El hecho de situar en planos distintos las medidas de conflicto colectivo (artículo 37) y el derecho de huelga (artículo 28), destacando este y haciéndolo autónomo respecto de aquellas, permite concluir que la Constitución española y, por consiguiente, el ordenamiento jurídico de nuestro país no se funda en el principio que con expresión alemana se conoce como de la «Waffengleichheit», también llamado de la «Kampfparität», esto es, de la igualdad de armas, de la paridad en la lucha, de la igualdad de trato o del paralelo entre las medidas de conflicto nacidas en campo obrero y las que tienen su origen en el sector empresarial. Frente a esta pretendida equiparación, se ha señalado, con acierto, que hay muy sensibles diferencias entre los tipos de cesación o de perturbación del trabajo que pueden tener su origen en uno u otro sector. En particular, esta cuestión se plantea –y en el recurso se suscita de manera directa– respecto del «lock out», que entre nosotros se suele conocer en la actualidad con el nombre de cierre patronal. El paralelo entre ambas prácticas ha tratado de establecerse viendo en el cierre o «lock-out» una huelga de patronos. Sin embargo, como decíamos, las diferencias entre una y otra figura son importantes y, de ellas se deduce que el régimen jurídico de una y otra figura debe ser distinto. Esta ha sido, sin duda, la idea básica del constituyente español, que ha reconocido la huelga como un derecho fundamental autónomo en el artículo 28, mientras que ha incluido el «lock-out» entre las medidas generales de conflicto en el artículo 37.” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22).

En contraste con este reconocimiento en el Derecho español, la Constitución portuguesa prohíbe de manera taxativa el cierre patronal (artículo 57.4).

¹⁰ Se ha justificado la limitación del derecho de negociación colectiva, ante la necesidad de ajuste racional de las estructuras productivas y con el objetivo de mantener el empleo y garantizar el derecho del trabajo, también en la libertad de empresa y en la defensa de la competitividad recogidas en el artículo 38 CE (STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 4).

1.2. La distribución competencial en la Constitución y la determinación de la legislación laboral

Resulta especialmente relevante, en relación a la determinación de las fronteras del derecho del trabajo, la distribución competencial sobre la materia laboral, propia de un Estado descentralizado como el español¹¹. Así el artículo 149.1.7ª CE, establece la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas. La doctrina constitucional ha sentado que la Constitución atribuye al Estado la ordenación general en materia laboral, siendo las Cortes Generales y no las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas las que ostentan la potestad legislativa en el ámbito laboral; por otro lado, la expresión “legislación” que define la competencia exclusiva del Estado en materia laboral ha de ser entendida en sentido material, sea cual fuere el rango formal de las normas, por lo que ha de incluir tanto a las leyes como a los reglamentos llamados ejecutivos, es decir, aquellos que aparecen como desarrollo de la ley y complementarios de la misma¹². Si bien el término “legislación” admite la fuerza expansiva indicada, la interpretación del calificativo “laboral” que lo acompaña debe ser, por el contrario, restringida; y en este sentido considera el Tribunal Constitucional que el término “laboral” previsto en el artículo 149.1.7 CE no puede entenderse como indicativo de cualquier referencia al mundo del trabajo, sino que es forzoso dar a ese adjetivo un sentido concreto y restringido, coincidente por lo demás con el uso habitual, como referido solo al trabajo por cuenta ajena, entendiéndose por consiguiente como legislación laboral aquella que regula directamente la relación laboral, es decir, la relación que media entre los trabajadores por cuenta ajena y las empresas dentro de cuyo ámbito de organización y dirección prestan sus servicios¹³. En definitiva, el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, supondrá, por extensión, el ámbito

¹¹ En este sentido, en un sistema federal como el de Alemania, los *Länder* tienen facultad de legislar mientras y en la medida que la Federación no haya hecho uso, mediante ley, de su competencia legislativa, lo que se denomina “legislación concurrente” (artículo 72.1 Ley Fundamental); y entre cuyas materias se encuentra el derecho laboral, con inclusión del régimen orgánico de las empresas, la protección laboral y las oficinas de colocación, así como el seguro social con inclusión del seguro por desempleo (artículo 74.12 Ley Fundamental).

¹² SSTC 18/1982, de 4 de mayo (FJ 5); 360/1993, de 3 de diciembre (FJ 4); 95/2002, de 25 de abril (FJ 8); 190/2002, de 17 de octubre (FJ 6); 230/2003, de 18 de diciembre (FJ 4); 51/2006, de 16 de febrero (FJ 4); 194/2011, de 13 de diciembre (FJ 4); 111/2012, de 24 de mayo (FJ 7); y STC 228/2012, de 29 de noviembre (FJ 3).

¹³ SSTC 35/1982, de 14 de junio (FJ 2); 95/2002, de 25 de abril (FJ 8); 190/2002, de 17 de octubre (FJ 6); y 111/2012, de 24 de mayo (FJ 7).

de la legislación laboral y, más ampliamente aún, del derecho del trabajo (Montoya).

El Tribunal Constitucional, en este sentido, ha considerado entre otros ámbitos y dentro del contenido propio de la materia laboral a los efectos del artículo 149.1.7 CE, los siguientes: la ordenación del derecho de huelga, con la fijación de sus contornos y de las garantías precisas para el mantenimiento de los servicios esenciales¹⁴; la regulación del registro de convenios colectivos, salvo aquellos preceptos con trascendencia meramente organizativa¹⁵; el desarrollo del régimen legal sobre negociación colectiva prevista en el Estatuto de los Trabajadores¹⁶; las normas que afectan a los elementos esenciales del contrato de trabajo (la prestación de servicios y la contraprestación económica), como en el caso de la determinación de las fiestas laborales al concretar el derecho al descanso y las consecuencias que del mismo se derivan¹⁷; la regulación de los contratos de duración determinada y de su infracción por los empresarios, sin que la finalidad de fomento del empleo a la que atiendan deba excluir la naturaleza laboral de la materia¹⁸; la regulación de las causas de extinción de los contratos de trabajo aunque se pretenda con ella la promoción de rehabilitación de ex toxicómanos y ex drogadictos¹⁹; la colocación, en sus diversas fases o estadios, el empleo, las ayudas de fomento del empleo y la formación profesional ocupacional, así como las acciones de estímulo a la contratación laboral en sus distintas modalidades²⁰; el subsector de seguridad e higiene en el trabajo²¹; la formación profesional continua²²; o en fin, la determinación de las medidas alternativas a la cuota de reserva en favor de trabajadores discapacitados²³.

La competencia normativa estatal sobre esta materia es completa, de modo que ningún espacio de regulación externa queda a las Comunidades Autónomas, que únicamente pueden disponer de una competencia de mera ejecución de la norma legal estatal²⁴. Para el Tribunal Constitucional, en definitiva,

¹⁴ STC 33/1981, de 5 de noviembre (FJ 2).

¹⁵ STC 18/1982, de 4 de mayo (FJ 9).

¹⁶ SSTC 35/1982, de 14 de junio (FJ 3); y 57/1982, de 27 de julio (FJ 11).

¹⁷ STC 7/1985, de 25 de enero (FJ 2).

¹⁸ STC 249/1988, de 20 de diciembre (FJ 5).

¹⁹ STC 360/1993, de 3 de diciembre (FJ 3).

²⁰ SSTC 360/1993, de 3 de diciembre (FJ 4); 195/1996, de 28 de noviembre (FJ 5); y 95/2002, de 25 de abril (FJ 8).

²¹ STC 195/1996, de 28 de noviembre (FJ 11).

²² SSTC 95/2002, de 25 de abril (FJ 8); 190/2002, de 17 de octubre (FJ 5); 230/2003, de 18 de diciembre (FJ 4); 158/2004, de 21 de septiembre (FJ 5); y 111/2012, de 24 de mayo (FJ 4).

²³ STC 194/2011, de 13 de diciembre (FJ 4).

²⁴ STC 195/1996, de 28 de noviembre (FJ 11); 51/2006, de 16 de febrero (FJ 4); y 111/2012, de 24 de mayo (FJ 7).

dentro del concepto de «legislación laboral» al que el artículo 149.1.7 CE hace referencia, tienen encaje todas las normas que, con independencia de su rango, regulan, tanto en su aspecto individual como colectivo, la relación laboral, esto es, la relación jurídica existente entre el trabajador asalariado y la empresa para la que presta sus servicios, cuyo estatuto jurídico deriva de la existencia de un contrato de trabajo.

La competencia autonómica en esta materia es solo de ejecución, y se limita a la emanación de reglamentos internos de organización de los servicios necesarios²⁵, de regulación de la propia competencia funcional de ejecución²⁶ y, en general, del desarrollo del conjunto de actuaciones preciso para la puesta en práctica de la normativa reguladora del conjunto del sistema de relaciones laborales²⁷, así como la potestad sancionadora en la materia²⁸. En definitiva, no encontraremos en la norma autonómica en ningún momento criterios para despejar la concurrencia de una relación de trabajo por cuenta ajena, cuya determinación jurídica reside única y exclusivamente en la norma estatal, señaladamente en la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

1.3. La determinación del ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores en la Constitución

Al hilo de la previsión contenida en el artículo 3.g) ET, que establece la exclusión del ámbito regulado en esta ley de todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la prevista en su artículo 1.1 ET, el Tribunal Constitucional sienta que la calificación de una relación contractual como laboral, responde a los principios orientados a proteger a la parte más débil de la misma, de manera que la desigualdad en beneficio del trabajador aparece respaldada por el principio de igualdad real proclamado en el artículo 9.2 de la Constitución, igualdad a la que contribuyen tanto las normas sustantivas como las procesales²⁹ del derecho laboral, configurado como un ordenamiento com-

²⁵ SSTC 249/1988, de 20 de diciembre (FJ 2), y 158/2004, de 21 de septiembre (FJ 5).

²⁶ STC 51/2006, de 16 de febrero (FJ 4).

²⁷ STC 194/1994, de 23 de junio (FJ 3).

²⁸ SSTC 87/1985, de 16 de julio (FFJJ 1 y 2); 195/1996, de 28 de noviembre (FFJJ 8 y 9); y 81/2005, de 6 de abril (FJ 11).

²⁹ Así se ha considerado en supuestos en los que precisamente trabajadores formal o aparentemente autónomos, reclaman la calificación de su relación de trabajo como laboral, provocando como reacción la comunicación de extinción de la misma, dada la correlación de fechas existente entre ambos acontecimientos, así como por el contenido de la propia carta de cese, que constituyen, cuanto menos, indicios suficientes de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad (artículo 24.1 CE), correspondiendo en estos casos a la empresa la carga de probar que sus

pensador e igualador que corrige, al menos parcialmente, las desigualdades fundamentales existentes³⁰; en contraste con otras relaciones afines, civiles o mercantiles, lo que provoca la existencia de las denominadas «zonas grises» o fronterizas, cuya naturaleza resulta especialmente difícil de calificar como laboral o extralaboral³¹.

La noción de persona trabajadora por cuenta ajena, a los efectos de aplicación del derecho del trabajo, en definitiva no aparece expresamente definida en la Constitución, pero el Tribunal Constitucional ha considerado que su artículo 35.2, al disponer que «la ley regulará un estatuto de los trabajadores», no se limita a configurar una reserva de ley, sino que también encomienda simultáneamente la tarea de identificar un determinado sector social, constituido por las personas físicas³² vinculadas por el dato común de la prestación de actividad configurada como relación contractual laboral; pero sin una absoluta libertad de configuración, dada la relevancia constitucional que dicha exclusión adquiere, de manera que se debe evitar una restricción constitucionalmente ilegítima de las personas trabajadoras como sector social; resultando el control de constitucionalidad del mandato contenido en el artículo 35.2 CE, más intenso que el derivado del principio general de igualdad del artículo 14 CE³³.

Por otra parte, la doctrina constitucional ha considerado que cabe establecer regímenes jurídicos distintos para diferentes colectivos de trabajadores por cuenta ajena, siempre que ello esté justificado por las características de cada tipo de trabajo, lo que determina la existencia de las relaciones especiales de trabajo, que se deben en esos casos a las especiales características del trabajo que cada norma viene a regular, bien por la cualidad de las personas que lo prestan, bien por la sede donde se realiza el trabajo o por el tipo de funciones que se asumen, de manera que como regla general, la diferencia de régimen jurídico se corresponde con una diferencia material o sustancial previa, por

decisiones extintivas se basaban en causas reales, serias y suficientes para destruir la apariencia de vulneración del fundamental, limitándose sin embargo la empresa a plantear su línea de defensa en el argumento de la no laboralidad de la prestación de los servicios, lo que conduce a estimar los recursos de amparo (SSTC 140/1999, de 22 de julio (FJ 8); 168/1999, de 27 de septiembre (FJ 1); y 191/1999, de 25 de octubre (FJ 1).

³⁰ STC 20/1984, de 13 de febrero (FJ 2).

³¹ STC 227/1998, de 26 de noviembre (FJ 3).

³² Una larga e inadecuada tradición legislativa española, desde la Ley de Tribunales Industriales de 1909 hasta la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, mantuvo la posibilidad de que el trabajador fuera una persona jurídica. La razón de tal anomalía reiterada en nuestra legislación laboral, parece encontrarse en una más o menos consciente búsqueda de simetría sistemática, en la posibilidad de que el empresario fuera persona natural o jurídica, aplicada al sujeto trabajador; sin advertir la incongruencia que supone hablar de trabajadores como personas jurídicas (MONTROYA). Quizá por ello se consideró en su día solo dudoso que una persona jurídica pudiera ser trabajador (ALONSO GARCÍA).

³³ STC 227/1998, de 26 de noviembre (FJ 5).

tanto solo acreditándose una semejanza sustancial podría entenderse que el trato diferencial pudiera resultar discriminatorio³⁴.

La evolución del derecho del trabajo, que ha supuesto una continua ampliación de su ámbito de aplicación (altos directivos, personal doméstico, etc.)³⁵, con algunas excepciones más recientes y discutidas como el servicio de transporte en determinadas condiciones (disposición final séptima de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que incorporó la exclusión en el artículo 1.3.g/ ET)³⁶ o la regulación de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (artículos 11 y ss. de la Ley 30/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo), no hace variar la definición clásica de considerarlo como “*el derecho relativo a la prestación profesional de servicios y a la fijación y cumplimiento de las condiciones de dicha prestación*” (Bayón Chacón y Pérez Botija)³⁷.

Desde esta noción, el estatuto de los trabajadores previsto en el artículo 35.2 CE, integraría en su ámbito subjetivo de aplicación, las nuevas formas de prestación de servicios en la sociedad de la información, a través de plataformas digitales o en línea, que han de entenderse ya incluidas o subsumibles en aquel, como producto derivado de las nuevas tecnologías de la información, que permite, a través de una página de red telemática de comunicación (*internet*) o de una aplicación informática para dispositivos móviles (*app*), facilitar la prestación de servicios, mediante la intercomunicación entre quienes los ofrecen y los reciben y permitiendo a través de operaciones informáticas programadas, codificadas y automatizadas (algoritmo), realizar el control, la gestión y el seguimiento de las intercomunicaciones, incrementando las posibilidades de una prestación más eficiente de los servicios y en las que la infraestructura empresarial que se pone en juego resulta inmaterial o virtual y sin que se precise el control de la persona trabajadora en un centro de trabajo,

³⁴ STC 56/1988, de 24 de marzo (FJ 2).

³⁵ La fuerza expansiva de la categoría de trabajador ha sido enorme, encauzándose a través de las denominadas “relaciones de trabajo de carácter especial” (PALOMEQUE y ÁLVAREZ DE LA ROSA).

³⁶ En este sentido, se ha señalado que el legislador, cuando lo ha estimado oportuno, por razones socioeconómicas o jurídico-políticas, ha situado expresamente al margen del derecho del trabajo determinadas relaciones, pese a que, en rigor, reúnen todas y cada una de las notas configuradoras del trabajo asalariado, objeto de la legislación laboral (MONTROYA).

³⁷ Como señalaron desde su condición de maestros de la disciplina, el calificativo de “profesional” implica que el servicio se presta para obtener medios de vida y, por tanto, con carácter remuneratorio de la prestación; y el de “servicio” define jurídicamente el posible grado de dependencia, con la sumisión a la dirección del empresario; previendo que el día que, conforme a la evolución prevista del derecho del trabajo, ingresen definitivamente en su ámbito los contratos de ejecución de obra, las profesiones liberales y cualquier otro tipo de actividad profesional, el concepto expuesto conservaría su validez tan solo con estimar la palabra servicio, no en sentido estricto de *locatio-conductio operarum*, sino en su aceptación general y vulgar de actividad desarrollada para un tercero.

titularidad de la empresa. También dicha noción, en consonancia con la doctrina constitucional referida, podría integrar todas aquellas relaciones de trabajo personal que, en la actualidad, se encuentran expresamente excluidas de la aplicación del vigente estatuto de los trabajadores, como acontece con la figura del denominado trabajador autónomo económicamente dependiente o el transportista con vehículo propio y que bien podrían resultar reconducibles al ámbito de la relación contractual laboral, aplicando la doctrina constitucional referida y los principios orientados a proteger a la parte más débil de la relación de trabajo, la persona física prestadora de servicios bajo la dependencia de una empresa, como sector social, merecedor de la protección derivada del estatuto propio de los trabajadores, previsto en el artículo 35.2 CE.

1.4. La limitada doctrina constitucional sobre las controversias relativas a las fronteras del derecho del trabajo

La propia configuración de la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional, limitada a la declaración de inconstitucionalidad de normas jurídicas con rango de ley, de amparo ante la vulneración de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 30 CE, de la resolución de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y entre ellas, así como sobre las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, y sin perjuicio de las demás materias que le atribuyan la propia Constitución o las leyes orgánicas (artículo 161 CE), unida a la previsión ya referida de competencia exclusiva del Estado en la materia de legislación laboral (artículo 149.1.7.º CE), determina la escasa jurisprudencia constitucional sobre la cuestión de las fronteras del derecho del trabajo, más propia de la legalidad ordinaria y de su conocimiento y resolución en sede judicial.

Sin perjuicio de ello, algunos pronunciamientos, con las limitaciones ya apuntadas, han servido al Tribunal Constitucional para sentar algunos criterios sobre el alcance del mandato de que la ley regule un estatuto de los trabajadores (artículo 35.2 ET), en concreto sobre su ámbito subjetivo, al resolver conflictos relacionados con la actividad del transporte y la calificación de su relación de trabajo; o la determinación de concurrencia de relación extralaboral del trabajo de familiares, de las actividades docentes o de enfermería desarrolladas por personas con condición de religiosas o profesas en comunidad católica, o las de carácter sindical desarrolladas por cargos de las organizaciones

sindicales, al resolver en estos casos cuestiones de encuadramiento de estas personas en el sistema y régimen de protección social correspondiente.

II. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD

a) **Trabajo no remunerado. Trabajos familiares**

El artículo 1.3.e) ET considera en principio los trabajos familiares ajenos al contrato de trabajo³⁸, pero ello no impide de forma radical que los familiares puedan mantener una relación de trabajo asalariado, como el propio precepto prevé, al incluir la salvedad de que se demuestre tal relación laboral entre aquellos³⁹.

b) **Trabajos por cuenta propia. Servicio de transporte**

Uno de los supuestos paradigmáticos de dificultad en la calificación de la relación de trabajo, señalado por el Tribunal Constitucional, es el relativo a la prestación de servicios de transporte cuando el transportista desarrolla su actividad con vehículo propio, en cuanto la misma puede ser incardinada en el ordenamiento laboral, como trabajo retribuido por cuenta ajena y dependiente, o bien integrar una relación contractual de naturaleza mercantil (contrato de transporte), en que el porteador, más que a una prestación de actividad, se compromete, frente al comitente o cargador, a un resultado, en concreto el traslado y entrega de las mercancías al destinatario⁴⁰.

El Tribunal Constitucional recogió la evolución jurisprudencial dirigida a deslindar dichas específicas relaciones contractuales, señalando que marca un punto de inflexión la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1986⁴¹ (conocida como «*de los mensajeros*»). Con anterioridad a ella, la jurisdicción del orden social utilizó un criterio estricto para cali-

³⁸ Si no media salario, la relación que liga a un miembro de la familia con otros de ella, que junto a él trabajen, está excluida del ET (art. 1.3.e/), no porque los servicios presados en el seno de la familia sean gratuitos, sino porque en ella desaparece la ajenidad, subsumida en el complejo de las relaciones familiares (ALONSO OLEA y CASAS BAHAMONDE).

³⁹ STC 27/1992, de 13 de enero (FJ 3).

⁴⁰ STC 227/1998, de 26 de noviembre.

⁴¹ ES:TS:1986:915. Relevante sentencia que ha sido citada como fundamento en las controversias planteadas en la actualidad, en relación al trabajo de los repartidores de plataformas digitales.

ficar como laboral un contrato de transporte, ya que la propiedad del vehículo con el que se realizaba la prestación del servicio se erigía en elemento determinante para considerarla mercantil. Pero la mencionada sentencia de 26 de febrero de 1986 alteró los criterios jurisprudenciales mantenidos hasta entonces, al excluir el carácter determinante de la propiedad del vehículo para calificar como no laboral la relación, considerando la escasa relevancia que aquel ostentaba en una relación como la debatida, en la que el vehículo utilizado (la motocicleta) no constituía más que un elemento auxiliar y secundario, respecto a la actividad personal, en la que cabía observar la ajenidad y dependencia propias de la relación laboral. A partir de entonces, la jurisprudencia laboral inició una etapa en la que ha predominado la calificación como laboral, aun cuando el transportista efectuaba su servicio con un vehículo de su propiedad, empleando como uno de los criterios interpretativos básicos, la relevancia económica representada por aquel frente al trabajo personal, de modo que cuando era superior por la envergadura y coste del vehículo, o por su capacidad para realizar una actividad empresarial autónoma, la relación se entendía como de transporte y quedaba, en consecuencia, excluida del ordenamiento laboral⁴².

Con la modificación legislativa introducida por la disposición final séptima de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que adicionó al número 3 del artículo 1 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, un nuevo supuesto (letra g), en la actualidad artículo 1.3.g) de su texto refundido⁴³, se entiende excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador; señalando el Tribunal Constitucional que no se excluye del ámbito laboral a toda prestación del servicio de transporte, ya que, a la vista de los requisitos considerados por aquel, dicha

⁴² Este criterio jurisprudencial ha sido recientemente aplicado en la controversia de la calificación jurídica del trabajo de los repartidores, organizado por las plataformas digitales de reparto, suscitado en suplicación ante distintas Salas de Tribunales Superiores de Justicia, concluyendo que les vincula una relación laboral, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (STSJ Asturias n.º 1818/2019, de 25 de julio, ES:TSJAS:2019:1607; SSTSJ Madrid n.º 1155/2019, de 27 de noviembre, ES:TSJM:2019:11243; n.º 1223/2019, de 18 de diciembre, ES:TSJM:2019:11591; n.º 40/2020, de 17 de enero, ES:TSJM:2020:1; y n.º 68/2020, de 3 de febrero ES:TSJM:2020:942; STSJ Castilla y León n.º 291/2020, de 17 de febrero, ES:TSJCL:2020:992; y STSJ Cataluña n.º 1034/2020, de 21 de febrero, ES:TSJCAT:2020:1556).

⁴³ Aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

exclusión solo opera cuando concurren cumulativamente varios elementos, a saber:

- El vehículo con el que se lleva a cabo dicho servicio sea propiedad de quien lo presta, o bien tenga sobre él un poder de disposición directo.
- Se realice al amparo de una autorización administrativa, de la que sea titular la persona prestadora del servicio de transporte.
- El vehículo sea comercial de servicio público.

La consideración conjunta de los requisitos exigidos, para considerar no laboral la prestación del transportista con vehículo propio, evidencia que la realidad jurídica por aquel configurada es la prestación de resultado, que no de actividad, realizada por el transportista, al que las normas administrativas califican como empresario del transporte de mercancías por carretera, una vez habilitado para ejercer dicha actividad profesional por reunir las condiciones legalmente fijadas. El art. 1.3 g) ET entiende excluido del ordenamiento laboral el trabajo o actividad efectuado en desarrollo de una relación distinta a la descrita en el art. 1.1 ET, en tanto en cuanto la prestación del mencionado transportista no viene caracterizada por las esenciales notas de ajenidad y dependencia, al tratarse de relación concertada por un transportista autónomo. En definitiva, la ley diferencia explícitamente esta relación del transportista de la propiamente laboral, con el fin de dotar de seguridad jurídica a la relación contractual controvertida⁴⁴.

III. ACTIVIDADES RELIGIOSAS

El Tribunal Constitucional ha sentado que la relación entre la persona con condición de religiosa, que presta servicios docentes, y la comunidad religiosa a la que pertenece, no puede ser en modo alguno calificada como laboral.

El trabajo docente realizado por las personas con condición de religiosas en su comunidad, en ejercicio de su libertad asociativa, no es ajeno a sus compromisos como profesas o religiosas, por la disposición a aceptar voluntaria y desinteresadamente, además de los trabajos en beneficio de la comunidad reli-

⁴⁴ STC 227/1998, de 26 de noviembre (FJ 7); seguida de SSTC 5/1999, de 8 de febrero; 9/1999, de 8 de febrero; 17/1999, de 22 de febrero; 47/1999, de 22 de marzo; 59/1999, de 12 de abril; 92/1999, de 26 de mayo; 102/1999, de 31 de mayo; 123/1999, de 28 de junio; 155, 156 y 158/1999, de 14 de septiembre; 172/1999, de 27 de septiembre; 182/1999, de 11 de octubre; 217; 203/1999, de 8 de noviembre; 220/1999, de 29 de noviembre; 227/1999, de 13 de diciembre; 28/2000, de 31 de enero; 187/2001, de 19 de septiembre; y 179/2001, de 17 de septiembre.

giosa en las que se integran, aquellas otras tareas no genuinamente religiosas como la actividad docente, orientadas al servicio de ciertos sectores de la sociedad. Así, se señala que la subordinación o dependencia a la persona que ostenta la condición de Superiora del centro, como en el caso de las personas seglares dedicadas a las tareas educativas, responde a las necesidades organizativas del centro educativo y puede constituir un elemento esencial del contrato laboral, pero no convierte a la persona de condición religiosa de la comunidad a la que pertenece en trabajadora por cuenta ajena. Su relación con la actividad del centro está imbuida, por encima de todo, según señala el Tribunal Constitucional, de una espiritualidad y de un impulso de gratuidad, en virtud de la profesión religiosa y de los votos de obediencia y pobreza contraídos, que impiden dotar de naturaleza contractual la actividad educativa desempeñada dentro de su propia comunidad religiosa, y disciplinada por vínculos de carácter espiritual en atención exclusivamente a consideraciones altruistas extrañas a las relaciones contractuales de trabajo. Se trata, en definitiva, de una prestación en la que está por completo ausente el interés de ganancia o de percibir una contraprestación económica⁴⁵.

El Tribunal Constitucional, por otro lado, ha apuntado que la actividad de enfermería desarrollada por una persona con condición de miembro de una orden religiosa, no pueda determinar su «deslaboralización» automática de la actividad profesional que presta ni, por consiguiente, su exclusión del campo de aplicación del régimen correspondiente de la Seguridad Social⁴⁶.

IV. ACTIVIDADES SINDICALES

Al plantearse en su día la denegación de la protección por desempleo a las personas que ostentaban cargos electivos sindicales retribuidos y con dedicación exclusiva, el Tribunal Constitucional consideró que tal situación no vulneraba el derecho fundamental de libertad sindical, reconocido en el artículo 28.1 CE, ni en su contenido esencial ni tampoco en su contenido adicional, entendido este como el conjunto de derechos o facultades adicionales atribuidos por normas legales o convenios colectivos, derechos de creación infraconstitucional, que deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esen-

⁴⁵ STC 63/1994, de 28 de febrero (FJ 4).

⁴⁶ STC 88/2005, de 18 de abril (FJ 6).

cial del derecho de libertad sindical; sin perjuicio de que los cargos sindicales retribuidos y con dedicación exclusiva al sindicato pudieran quedar incluidos por el desempeño de dicha actividad en la protección del sistema de Seguridad Social, incluida la contingencia de desempleo⁴⁷; como posteriormente aconteció al incorporarse en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social los cargos representativos de las organizaciones sindicales constituidas al amparo de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que ejerzan funciones sindicales de dirección con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo una retribución⁴⁸; y previéndose expresamente su protección por desempleo a las personas que ostenten tales cargos sindicales⁴⁹ y su situación legal de desempleo cuando se produzca el cese involuntario y con carácter definitivo en los correspondientes cargos o cuando, aun manteniendo el cargo, se pierda con carácter involuntario y definitivo la dedicación exclusiva o parcial⁵⁰.

En definitiva, la necesidad de previsión expresa por la ley de la relación de trabajo de los sindicalistas que ostenten cargos de gobierno y dirección del sindicato, a los efectos de su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, deriva de la naturaleza extralaboral de su relación jurídica, al no existir una relación laboral por cuenta ajena, sino de naturaleza asociativa⁵¹.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA. Curso de Derecho del Trabajo. 3ª edición. Ariel. Barcelona. 1971.
 ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE. Derecho del Trabajo. 27ª edición. Civitas Ediciones. Madrid. 2010.
 BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA. Manual de Derecho del Trabajo. 8ª edición. Editor Marcial Pons. Madrid. 1969.
 MONTROYA MELGAR. Derecho del Trabajo. 40ª edición. Tecnos. 2019.
 PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA. Derecho del Trabajo. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2019.

⁴⁷ SSTC 44/2004, de 23 de marzo (FJ 4) y 234/2005, de 26 de septiembre (FJ 2).

⁴⁸ En la actualidad, en el artículo 136.2.p) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁴⁹ Artículo 264.1.e) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁵⁰ Artículo 267.1.f) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁵¹ SSTC 44/2004, de 23 de marzo (FJ 4) y 234/2005, de 26 de septiembre (FJ 2).

■ LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA

VVAA (MONTROYA MELGAR, GALIANA MORENO, SEMPERE NAVARRO y RIOS SALMERÓN). Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2005.

CAPÍTULO IV

LA DELIMITACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA UNIFICADA DEL TRIBUNAL SUPREMO

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Murcia

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Catedrático de Universidad. Magistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO I. *El limitado juego del recurso de casación para la unificación de doctrina.*—II. *La presunción de contractualidad laboral.*—III. *Actividades excluidas de la legislación laboral.* 1. Trabajos familiares. 2. Contrato mercantil de agencia. 3. Cargos societarios. 3.1 Etapa de doble vínculo. 3.2 Las SSTs 29 septiembre 1988 y 21 enero 1991: unidad del vínculo. 3.2 La STS 13 mayo 1991: dualidad estatutaria. 3.4 Consolidación de la doctrina del vínculo único. 3.5 Concordancias y consecuencias. 3.6 Compatibilidad con tareas no gerenciales. 4. Personal sanitario. 5. Abogados. 6. Peritajes para compañías de seguros. 7. Contrato de control y depósito de mercancías. 8. Transportistas autónomos. 9. Relación de Derecho Público. 9.1 Personal sanitario no facultativo. 9.2 Contrato administrativo. 10. Maquilladora. 11. Integrantes de Fundación Musical.—IV. *Actividades incluidas en el ámbito laboral.* 1. Corresponsales no banqueros. 2. Empleados de Cámaras de Comercio. 3. Encuestadores. 4. Elaborador de informes. 4.1 Informes comerciales. 4.2 Informes periciales. 5. Guías turísticos. 6. Personal de limpieza. 7. Servicios de telecomunicación en locutorios públicos. 8. Mantenedor de maquinaria disper-

sa. 9. Agentes y subagentes de seguros. 10. Contrato con apariencia de “comisión mercantil”. 11. Trabajadores en formación. 11.1 Alumnos de escuelas-taller y casas de oficios. 11.2 Becarios de Universidad. 12. Contratación administrativa fraudulenta. 12.1 Planteamiento. 12.2 Encubrimiento de contrato laboral. 12.3 Encadenamiento de contrataciones. 12.4 Tipología. 12.5 Falsos autónomos. 13. Profesores de Escuelas Universitarias no estatales y Colegios Universitarios. 14. Profesores de religión católica en centros docentes públicos. 15. Profesores de enseñanza no reglada. 16. Profesorado de academia. 17. Psicólogos y médicos en centro de reconocimiento de conductores. 18. Reportero gráfico. 19. Sindicalista y asesor. 20. Socios minoritarios. 21. Médicos y odontólogos al servicio de entidades privadas. 21.1 Planteamiento general. 21.2 Planteamiento específico. 21.3 Tipología. 21.4 El caso de la Odontología. 22. Contratación de servicios de asesoría jurídica. 23. Inspector y organizador comercial. 24. Profesionales de la información. 24.1 Reportera. 24.2 Tertuliano radiofónico. 25. Arquitecto contratado por Ayuntamiento. 26. Actores/actrices de doblaje. 27. Empleado del Centro Galego de Artes de la Presidencia de la Xunta de Galicia. 28. Psicólogos contratados para prestar asistencia a las víctimas en oficinas judiciales. 29. Operador de imagen. 30. Traductor/intérprete. 31. Liberado sindical. 32. Transportista contratado a través de Cooperativa de Trabajo Asociado. 33. Reparación de ascensores. 34. Repartidores a domicilio al servicio de plataformas digitales (*riders*). 34.1 Antecedentes. 34.2 El supuesto debatido y la sentencia recurrida. 34.3 La posición de la sentencia de contraste. 34.4 La decisión de la Sala Cuarta. 34.5 Valoración final.

I. EL LIMITADO JUEGO DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

El art. 219 LRJS exige, como requisito esencial para que pueda interponerse y prosperar el recurso de casación para la unificación de doctrina (RCUD), que existan sentencias contradictorias, lo que, a su vez, requiere la concurrencia de identidad fáctica entre los supuestos enjuiciados. La Sala Cuarta del TS ha llamado reiteradas veces la atención acerca de la dificultad que comporta el hallazgo de términos válidos para tal contraste cuando lo esencial del caso radica en valorar circunstancias fácticas muy concretas, cual sucede a la hora de calificar la naturaleza del vínculo existente entre quien desarrolla una actividad y quien la retribuye. De ahí que la producción jurisprudencial en esta materia haya descendido significativamente desde la desaparición del viejo recurso en interés de ley, por cuyo conducto había surgido (hasta el año 1991) un elevado número de pronunciamientos que, interpretando las notas de laboralidad, contribuyeron

a delimitar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo y las fronteras del negocio jurídico sobre el que este proyecta su regulación¹.

La aparición de nuevas formas de actividad personal (en plataformas digitales, a distancia, a demanda...) en escenarios productivos sujetos a mutación permanente, la tendencia empresarial a individualizar el régimen de las relaciones laborales, la feroz competencia que en ocasiones lleva a borrar o ignorar la legalidad, el deseo de utilizar cauces alternativos al contrato de trabajo como canalizadores del necesario esfuerzo humano para que la empresa funcione, la pretensión de acceder a prestaciones de protección social reservadas a los trabajadores asalariados, los efectos de haber incluido en la esfera laboral desde 1985 a los altos cargos y al personal del servicio doméstico, la torpeza de ciertas Administraciones Públicas en la utilización de los resortes que el ordenamiento pone a su disposición a fin de incorporar personal a su servicio, el surgimiento de numerosas iniciativas empresariales con atípica configuración y simultánea aportación de trabajo y capital por parte de sus promotores, así como otros muchos fenómenos que podrían hacer la lista interminable, poseen mayor o menor incidencia sobre el tema considerado.

Nótese que, sin necesidad de cambios normativos, permaneciendo estable el marco jurídico-positivo que delinea los perfiles del contrato de trabajo, la concreción caso por caso de si el supuesto se subsume en aquel puede ir experimentando variaciones al compás de la «realidad social» (artículo 3.1 del Código Civil). Asimismo, el comportamiento de los agentes productivos se muestra sumamente dinámico, buscando constantemente nuevas fórmulas y no siempre con un mero ánimo defraudador o huidizo de la esfera laboral.

Por todo ello, y a la vista del sistema indiciario seguido en la calificación del tipo de negocio jurídico existente, resulta muy difícil que el TS pueda adentrarse en el enjuiciamiento del problema de fondo ante cuestión tan viñosa y carente de principios nítidos diferenciadores como resulta ser el establecimiento de la línea divisoria entre el molde contractual laboral y otros negocios jurídicos que igualmente satisfacen la necesidad de prestación de servicios a un tercero, como el contrato de ejecución de obra, el de arrendamiento de servicios, el contrato de transporte, el de comisión, los contratos públicos de prestación de obras o servicios, etc., regulados por la legislación civil, mercantil o administrativa.

¹ Estas páginas prescinden de la jurisprudencia anterior, tanto por razones metodológicas, cuanto por su alejamiento cronológico, muy relevante en orden al modo de organizarse buena parte de las actividades productivas en que se requiere aportación de esfuerzo humano.

En suma, para calificar el tipo de vínculo existente hay que atender a la totalidad de las circunstancias concurrentes (apreciando si concurren las notas exigidas por los artículos 1.1 y 8.1 ET) y de ahí deriva la dificultad que supone el hallazgo de una sentencia de contraste, que en hechos, sujetos, fundamentos y pretensiones, guarde una sustancial identidad con la recurrida, a los efectos de la concurrencia de contradicción. Es por ello que la caracterización jurídica de la prestación de servicios suele adquirir firmeza en el nivel suplicacional².

Sin embargo, la reproducción seriada de ciertas situaciones ha permitido examinar (previa superación del juicio de identidad) casos relativos a contrato de transporte, corresponsales no banqueros, encuestadores, empleados de las Cámaras de comercio, peritos tasadores de seguro, contratos de control y depósito de mercancías, profesores de academias, de escuelas universitarias no estatales y de religión católica en centros públicos, trabajos familiares, consejeros delegados, agentes de seguros, médicos, abogados, personal de limpieza, guías turísticos, psicóloga en centro de reconocimiento de conductores, elaborador de informes, representantes de comercio, contratación administrativa fraudulenta, reportero gráfico, contrato con apariencia de “comisión mercantil”, gestor de venta de productos catalogados por la empresa contratante, alumnos de escuelas-taller y casas de oficios, empleados de locutorio de temporada, maquilladora, mantenedor de maquinaria dispersa, tertuliano, ascensorista... y algún otro. Dicho abiertamente: pese a que estamos ante materia en la que resulta fundamental la individualización de cada caso, la realidad demuestra que es mucho más permeable a la homogeneización del RCU que otras como los despidos o las incapacidades permanentes.

Lo que a continuación se recoge es la sistematización de supuestos en los que ha sido posible salvar esa exigente barrera procesal, permitiendo a la Sala

² De hecho, sentencias de la Sala Cuarta han debido descartar el examen del tipo de nexo existente en el caso por no concurrir la necesaria similitud entre los hechos comparados respecto de administrador de finca urbana (STS 14 febrero 2000, rec. 1538/1999); corresponsal de Radiotelevisión Española (STS 10 febrero 2000, rec. 2556/1999); promotoras de afiliaciones a la Mutualidad de Previsión «Divina Pastora» (STS 17 enero 2000, rec. 555/1999); monitor de equitación al servicio de Ayuntamiento (STS 3 octubre 2000, rec. 2886/1999); cónyuge de socio titular de la mitad del capital social (STS 5 octubre 2000, rec. 3045/1999); vendedora de productos en panadería (STS 26 arzo 2001, rec. 1130/2000); aparejador del Insalud (STS 18 marzo 2002, rec. 1015/2001); vendedores telefónicos de productos editoriales (STS 9 febrero 2004, rec. 2515/2003); asesor de Organismo Público (STS 28 octubre 2004, rec. 5529/2003); alternadoras en locales de ocio (STS 17 noviembre 2004, rec. 6006/2003); socio de Cooperativa de Trabajo contratada por Administración pública para tareas de mantenimiento (STS 13 julio 2006, rec. 2203/2005); instaladores de cortinas por cuenta de comercio del ramo (STS 14 marzo 2006, rec. 5343/2004); arquitecto al servicio de Corporación Local y con estudio abierto al público (STS 7 noviembre 2006, rec. 2250/2005), socia fundadora y presidenta de una sociedad de mujeres (STS 20 marzo 2007, rec. 747/2006), médico radiólogo en clínica privada (STS 11 julio 2012, rec. 2812/2011) y otros muchos.

Cuarta del TS fijar doctrina en torno a la caracterización de una determinada prestación de servicios como laboral o no³.

II. LA PRESUNCIÓN DE CONTRACTUALIDAD LABORAL

Disponía la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 en su artículo 3 que “*el contrato se supone siempre existente entre todo el que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta, aunque no exista estipulación escrita o verbal*”. Por su parte, el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, con redacción inmodificada en sus diversas versiones, tras advertir que el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra, afirma que “*se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel*”.

Lo que el TS vino tempranamente a clarificar en una sentencia de 3 abril 1992 (rcud. 497/1991), como *prius* imprescindible de la operación calificatoria, es que ambos preceptos presentan diferencias notorias y que los razonamientos jurídicos, realizados en su día por la jurisprudencia sobre la base de la LCT, han visto modificado uno de sus elementos o presupuestos. La simple lectura de uno y otro artículo muestra el carácter mucho más tenue del precepto estatutario: mientras que la LCT 1944 limitaba el hecho-base del que se desprendía la presunción de laboralidad a la prestación de trabajo por cuenta ajena, el art. 8.1 ET describe un hecho-base más complejo en el que se integran otros elementos, en realidad, todos los que acotan la definición de relación sujeta a la legislación laboral en el art. 1.1.º ET⁴.

El posicionamiento jurisprudencial es importante, porque viene a finiquitar una tendencia de “arrastré”, que operaba como si, tras la promulgación de la Ley 8/1980, no hubiese existido modificación alguna sobre el particular. En consecuencia, quedan respaldadas las numerosas advertencias doctrinales que se habían venido formulando acerca de la inexistencia de una verdadera presunción de laboralidad; si acaso, la presunción alojada en el art. 8.1 ET representa un principio favorable a la calificación laboral de las relaciones fronteri-

³ Los centenares de Autos de inadmisión del RCUd por falta de contradicción en estos supuestos ni unifican doctrina (por más que los medios de comunicación se hagan eco de alguno de ellos), ni constituyen jurisprudencia invocable, por lo que quedan al margen de la exposición.

⁴ Ello provoca que, a efectos del recurso de casación para la unificación de doctrina, la comparación o contraste con sentencias dictadas en aplicación de la LCT carezca de relevancia a estos efectos; la advertencia es muy importante e implica a buen número de resoluciones en las que, a partir de determinados indicios fácticos, se hacía operar la presunción de contractualidad laboral.

zas del contrato de trabajo, pero no un verdadero instrumento procesal que dispense de la prueba⁵.

Todo ello explica la relevancia del sistema indiciario que la jurisprudencia aplica a todos estos casos. Criterios habitualmente acogidos por la jurisprudencia unificada para determinar si existe o no relación laboral ante cada caso concreto son los siguientes:

- La calificación de los contratos no depende de su denominación, sino de la configuración efectiva de las obligaciones y de las prestaciones.

- El contrato de trabajo es una especie del género “arrendamiento de servicios”; 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.

- Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera. 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 hechos indiciarios de una y otra.

- Los indicios comunes de la nota de dependencia más habituales son: la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por este y el sometimiento a horario; 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.

- 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; la adopción por parte del empresario –y no del trabajador– de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público, como fijación de precios o tarifas y la selección de clientela o personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y su cálculo con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones.

- En el caso concreto de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servi-

⁵ La STS 862/2017 de 7 noviembre (rcud. 3573/2015) considera que los artículos 1.1 y 8.1 ET “establecen los confines del contrato de trabajo y una tenue presunción de laboralidad”.

cios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes. En cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del cliente, sino de la empresa contratante en función de una tarifa predeterminada por acto o de un coeficiente por el número de clientes atendidos, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena.

- En las profesiones liberales, la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas.

III. ACTIVIDADES EXCLUIDAS DE LA LEGISLACIÓN LABORAL

1. Trabajos familiares

El artículo 1.3.e) ET sitúa fuera del ámbito laboral determinadas actividades prestadas para un empleador con el que medie vínculo estrecho de parentesco⁶, pero no tanto por esta circunstancia, cuanto por la de que quiebre la nota de retribución; de ahí que la demostración de este dato permita destruir la presunción, de modo que existe contrato de trabajo cuando el trabajo familiar se desenvuelve de acuerdo con los requisitos previstos en el art. 1.1 del ET⁷.

⁶ Recuérdese que conforme a tal precepto se consideran excluidos de la legislación laboral (lo que equivale a proclamar la inexistencia de contrato de trabajo) a los denominados trabajos familiares, considerándose como tales “siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción”; la regla equivale al establecimiento de una presunción *iuris tantum* puesto que opera “salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo” y acaba teniendo la virtualidad de desplazar la carga de la prueba acerca de que hay un contrato de trabajo sobre quien invoca la condición de trabajador.

⁷ En este sentido, STS de 14 de junio de 1994 (rcud. 3493/1993). Como explicó la STC 2/1992, de 13 de enero, «el Estatuto de los trabajadores, si bien considera globalmente que los *trabajos familiares* son ajenos al contrato de trabajo, no impide de forma radical que los familiares lo establezcan entre sí. En este sentido, su artículo 1.3, e) excluye de su ámbito de aplicación los trabajos familiares, considerando como tales los prestados por determinados familiares del empresario (...) siempre que convivan con él; sin embargo, el precepto no es de aplicación cuando se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo».

Y es que «la exclusión del trabajo familiar en el sentido del art. 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores (E.T.) no es, a la vista de la redacción del precepto estatutario, una excepción propiamente dicha, sino una mera aclaración o constatación de que en este tipo de prestación de trabajo falta una de las notas características del trabajo asalariado. Esta nota es la ajenidad o transmisión a un tercero de los frutos o resultados del trabajo prestado; ajenidad que no cabe apreciar cuando tales frutos o resultados se destinan a un fondo social

La aplicación de similar criterio conduce a predicar que no es laboral la específica relación iniciada y mantenida en el seno de la familia y desarrollada en una comunidad de trabajo y de intereses en cuyos beneficios y pérdidas todos participan, fundamentada en la unidad familiar convivencial, como elemento personal y en la unidad económica, como elemento real⁸.

En cuanto al alcance subjetivo de la presunción de extralaboralidad referida a los trabajos familiares, el TS ha dictaminado que, cuando el art. 1.3.e) ET habla de parientes, se está refiriendo a los que tienen su origen en uniones matrimoniales, en ningún caso se comprende a las uniones estables de hecho; la mera existencia de una convivencia *cuasiconyugal* o *more uxorio* no determina la génesis de la relación familiar, sin que pueda ser de aplicación, por analogía, la presunción favorable al carácter familiar de la relación productiva que anida en el art. 1.3.e) del E.T.⁹

Una vez que ya se sabe que una mera unión de hecho entre dos personas queda al margen de los supuestos contemplados por el art. 1.3.e) ET, surge otro posible error jurídico: pensar que siempre que uno de los convivientes presta su actividad a favor del otro existe una relación laboral entre ambos. Pero lo cierto es que la laboralidad de tal nexo solo existirá (al igual que en cualquier otro supuesto) si concurren las notas contempladas por el artículo 1.1 ET; es decir, no opera la presunción de extralaboralidad, pero es muy probable que entre quienes tienen (o han tenido) esa convivencia íntima, las cosas tampoco puedan explicarse desde la óptica de la ajenidad, dependencia y retribución. Por lo tanto, la convivencia sin contraer matrimonio no pone en juego la presunción de relación familiar (extralaboral) contenida en el art. 1.3.e) ET, pero tampoco implica que el trabajo productivo de un conviviente en el negocio del otro se canalice necesariamente a través del contrato de trabajo¹⁰.

2. Contrato mercantil de agencia

En reiteradas ocasiones se ha suscitado la cuestión relativa a la caracterización jurídica de la prestación de servicios realizada bajo apariencia de un

o familiar común. Por supuesto, cabe trabajo por cuenta ajena entre parientes que comparten el mismo techo. Pero si el parentesco es muy próximo y existe convivencia con el empresario, la ley ha establecido una presunción *iuris tantum* a favor del trabajo familiar no asalariado, que se aparta expresamente de la presunción de laboralidad establecida en el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores» (STS de 29 octubre 1990 [rec. 57/1990]). En el mismo sentido, SSTS de 12 abril 1983, 22 marzo 1985, 14 marzo y 22 abril 1986.

⁸ Esos son los términos en que se manifiesta la STS de 29 septiembre 1987.

⁹ SSTS 24 febrero 2000 (rcud. 2117/1999) y 11 marzo 2005 (rcud. 2019/2004).

¹⁰ STS 11 marzo 2005 (rcud. 2019/2004).

contrato de agencia mercantil para una compañía de seguros. Nuevamente, será el examen de las notas concurrentes en la prestación del servicio de mediación el que permita inferir la naturaleza jurídica de la relación entablada con la compañía. En este apartado se enuncian los supuestos en que jurisprudencialmente ha prevalecido la naturaleza extralaboral del vínculo.

El contrato de agencia de seguros se configura como un típico negocio mercantil cuyo objeto es la mediación, promoción y asesoramiento preparatorio de la formalización de contratos entre los asegurados y tomadores del seguro, de una parte, y las entidades aseguradoras, de otra. En definitiva, pues, la mediación en la producción de seguros privados es una actividad mercantil, regida por la Ley 9/1992, de 30 de abril, como tal excluida del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, pues no constituye una relación laboral común u ordinaria de las contempladas en el art. 1.1 ET, ni tampoco la relación laboral especial de los operadores mercantiles por cuenta ajena prevista en el art. 2.1, f) ET y regulada por el R.D. 1438/1985, de 1 de agosto¹¹. La exclusión, como se ocupa de matizar la Sala IV, alcanza tanto a los corredores de seguros –antiguos agentes libres–, respecto de los cuales posee un nudo carácter declarativo, como a los agentes «afectos», para los cuales, se afirma, «puede tener una proyección constitutiva en la medida en que el contrato de agencia incluya elementos propios de una relación de dependencia»¹².

Se comprueba, pues, que el legislador laboral se decanta en estos preceptos por la nota de “ajenidad” y, más en concreto, por su variante o especie de ajenidad en los riesgos como presupuesto delimitador de la existencia de relación laboral en quien se dedica profesionalmente a ejercer actividades de mediación mercantil por cuenta de terceros. Ahora bien, con la entrada en vigor de la referida Ley 12/1992 –es decir, desde el 1º de enero de 1994–, norma cuya aprobación venía impuesta por la necesidad de trasponer al ordenamiento español la Directiva 86/653/CEE, se pone de relieve algo que ya tenía dicho la jurisprudencia: la insuficiencia de la nota de ajenidad como factor que permita establecer en todo caso la frontera entre la relación laboral especial del representante de comercio y el contrato mercantil de agencia¹³.

¹¹ *Expresis verbis*, el art. 1º. c) del Reglamento antecitado declara excluidas de su ámbito de aplicación a las «personas naturales incluidas en el ámbito de la normativa específica de producción de seguros», siempre que, de acuerdo con dicha normativa, se configuren como sujetos de una relación mercantil. Por su parte, el art. 1.3.f) del ET reputa no laboral “la actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura de la misma”.

¹² STS 23 marzo 1995, rcud. 2120/94.

¹³ Y ello, porque la Ley 12/1992 contempla, como hipótesis normal, la del agente comercial que, al igual que el representante de comercio, es ajeno a los riesgos de su actividad, salvo pacto en contrario, por

La calificación de la relación, como laboral o mercantil, habrá de hacerse, pues, recurriendo a criterios distintos. Y ese criterio discriminador no es otro que la “dependencia”.

Así, viene a proclamar el TS, la nota fundamental que permite diferenciar al representante de comercio laboralizado del agente mercantil es la subordinación del primero frente a la “independencia” o “autonomía” del segundo. Independencia que se presume concurrente cuando el agente organiza su propia actividad profesional y el tiempo que dedica a la misma conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido en el desenvolvimiento de su relación a instrucciones que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare¹⁴.

En los concretos supuestos conocidos por las SSTs de 2 de julio y 21 de octubre de 1996 (rcud. 454/1996) y 17 de abril de 2000 (rcud. 1423/1999), el mediador mercantil actuaba con plena independencia funcional, rigiendo conforme a criterios propios su actividad y el tiempo dedicado a la misma, limitándose las instrucciones recibidas a materias imprescindibles para el correcto desenvolvimiento de su quehacer profesional, cual la fijación del precio de los productos correspondientes a la intermediación que hacía. A la vista de tales datos, el TS no puede menos que calificar la relación como mercantil, remitiendo el conocimiento de la contienda al orden jurisdiccional civil¹⁵.

lo que al ser la ajenidad rasgo compartido por ambos negocios jurídicos, se diluye su virtualidad como criterio delimitador. En definitiva, todos los mediadores mercantiles por cuenta propia que responden del buen fin de las operaciones quedan, obviamente, extramuros del Derecho del Trabajo, pero ello no significa que todos los mediadores mercantiles por cuenta ajena vayan a ser titulares de una relación jurídico-laboral.

¹⁴ Caracterización jurisprudencial de la autonomía del agente que se infiere, *sensu contrario*, de la formulación positiva del carácter dependiente contenida en el art. 2º. 2 de la Ley 12/1992, con arreglo al cual: “Se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios”.

Asimismo, el art. 1º del RD 1438/1985, al delimitar negativamente su ámbito de aplicación, excluye en su párrafo 2, letra b), la actividad de quienes se dediquen a concertar operaciones mercantiles de forma continuada por cuenta de uno o más empresarios, como titulares de una organización empresarial autónoma, “entendiendo por tal aquella que cuenta con instalaciones y personal propio”; se presumirá que no existe tal organización empresarial autónoma –presumiéndose, por tanto, la existencia de relación laboral– “cuando quienes se dediquen a promover o concertar operaciones mercantiles actúen conforme a las instrucciones de su empresario con respecto a materias como horarios de trabajo, itinerarios, criterios de distribución, precios o forma de realizar los pedidos y contrato”.

¹⁵ En fin, dependiendo en medida capital el dictamen sobre la naturaleza de la prestación de servicios del sistema de indicios, parece indudable que la exclusión apriorística de aproximadamente la mitad de ellos –todos los referidos a la nota de ajenidad– como herramienta interpretativa en la difícil operación calificador, puede traducirse estadísticamente en un incremento de los supuestos jurisprudenciales finalmente decantados hacia la conceptualización jurídico-mercantil de la actividad profesional del agente, que así constituiría una relevante manifestación de ese fenómeno que la doctrina ha calificado como la “huida del Derecho del Trabajo”.

A este respecto, se ha concluido que la asunción de funciones complementarias de supervisión y motivación de agentes, aunque se realicen utilizando medios materiales y humanos de la agencia, no alteran la naturaleza mercantil de la actividad principal de mediación en seguros privados¹⁶. Tampoco tiene ese efecto la asunción de tareas administrativas inherentes a la actividad de agente afecto, aunque se realicen utilizando medios materiales de la Compañía¹⁷. En cambio, el director provincial de una entidad aseguradora, que comparte las funciones gerenciales propias de tal cargo con la promoción y realización de operaciones de seguros de vida, mantiene una doble relación con la compañía, laboral y mercantil¹⁸.

3. Cargos societarios

El art. 1.3.c) ET excluye el carácter laboral de la actividad que se limite, “pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas” que revistan la forma jurídica de sociedad, insistiendo en que tal calificación del vínculo procede “siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”. El fundamento de esta exclusión radica en que quienes ejercen los cometidos propios del cargo de consejero o administrador forman parte del llamado empresario social, son parte integrante de la propia sociedad, es decir, la propia persona jurídica titular de la empresa de que se trate. Ello implica la ausencia de las notas típicas de ajenidad y dependencia configuradoras de una relación laboral, tratándose así de una exclusión de carácter declarativo.

3.1. ETAPA DE DOBLE VÍNCULO

Desde la promulgación del ET y el posterior desarrollo de la relación laboral especial de alta dirección por el RD 1382/1985, hasta la década de los noventa, la jurisprudencia mantuvo la doctrina que admitía la coexistencia de una relación laboral (como alto directivo) y otra mercantil (como consejero o administrador), por más que en principio los tribunales del orden social hubieran de declararse incompetentes al no haber aparecido todavía el desarrollo regla-

¹⁶ STS 23 marzo 1995, rcud. 2120/94.

¹⁷ STS 13 noviembre 2001 (rcud. 1146/2001).

¹⁸ SSTS 23 marzo 2004 (rcud. 3896/2002) y 27 octubre 2004 (rcud. 5349/2003).

mentario del art. 2.1.a) del ET¹⁹. El fundamento para ello residía en la consideración de las funciones desempeñadas por esa persona doblemente vinculada a la empresa. Si esas funciones excedían de las correspondientes al que la ley caracterizaba como “mero consejero” o consejero “puro y simple”, pasando a ser de carácter ejecutivo y de gestión empresarial, se entendía que a la condición de consejero (relación mercantil) se superponía el vínculo laboral como directivo. Esta teoría se alzaba sobre una interpretación muy restrictiva de los cometidos que la ley consideraba inherentes al cargo de consejero o miembro del órgano de administración de la sociedad, limitándolos a las funciones de decisión, asesoramiento y consulta; de este modo, la exclusión contenida en el art. 1.3.c) del ET se entendía referida al consejero “pasivo” o “durmiente”, no al consejero delegado ejecutivo que podía compatibilizar dicho cargo con la condición de trabajador común o sometido a la relación laboral especial de alta dirección. Esta fue la interpretación jurisprudencial del art. 1.3.c) del ET, puesto en relación con el art. 2.1.a) del mismo texto legal y con lo dispuesto en el RD 1382/1985, en los primeros años de su vigencia, acogiendo la que se denominó “teoría funcional”, por fijarse en las funciones que desempeñaba la persona “doblemente vinculada” a la empresa.

Sin embargo, esta construcción doctrinal experimentará un giro radical a finales de los años ochenta y comienzos de los noventa, abriéndose paso a partir de ese momento una jurisprudencia ya consolidada del TS que, en la gran mayoría de los casos, niega la laboralidad del vínculo de los consejeros y administradores que ejerzan para la sociedad funciones de alta dirección, representación y gerencia o, para ser más precisos, sostiene la imposibilidad de acumular en una misma persona y respecto de la misma empresa la doble condición de administrador social (consejero delegado, administrador único, administrador solidario) y la de alto cargo sometido a relación laboral especial. Esta nueva doctrina será conocida como la “teoría del vínculo” y, se denomina así, porque pone el énfasis para distinguir la actividad del consejero, incluido el consejero delegado o ejecutivo, de la que lleva a cabo el alto directivo, no en la naturaleza o índole de sus funciones frecuentemente intercambiables, sino en la del vínculo que le liga a sociedad.

¹⁹ Entre muchas, de la Sala de lo Social, SSTS 14 julio 1982, 31 enero 1983, 12 mayo 1984, 1 octubre 1984, 3 febrero 1986, 22 febrero 1988, 25 octubre 1990, 15 noviembre 1990.

De la Sala de lo Contencioso-Administrativo: SSTS de 30 julio 1987, 27 marzo 1989, 17 mayo 1990, 9 noviembre 1990, 28 diciembre 1990.

3.2. LAS SSTs 29 SEPTIEMBRE 1988 Y 21 ENERO 1991: UNIDAD DEL VÍNCULO

Esta construcción tiene su inicio con una sentencia, en principio aislada, de 29 septiembre 1988, en la que se afirmaba que los cometidos inherentes al cargo de consejero son “todos los cometidos que se refieran a la administración de la sociedad” y que “toda la actividad de los consejeros, en cuanto administradores de la sociedad, está excluida del ámbito de la legislación laboral”, porque se trata de personas físicas que integran los órganos de la persona jurídica, mediante las cuales necesariamente esta realiza el cumplimiento de sus fines²⁰. La sentencia justifica el cambio de criterio en la doctrina de la propia Sala Cuarta del siguiente modo: “Es cierto que la jurisprudencia ha puesto especial atención en la importancia de las funciones realizadas para resolver sobre la cuestión de la competencia de esta Jurisdicción, pero ello ocurría, necesariamente, cuando quedaban excluidas del ámbito de la laboral todos los llamados cargos de alta dirección o gestión en la empresa, lo cual ocurría, como es sabido, hasta el 1.º de enero de 1986, fecha de la entrada en vigor del calendario Real Decreto”.

Tras algún titubeo²¹, esa tesis va a ser recogida íntegramente por la STS de 21 enero 1991, que ahonda en dicha doctrina y la amplía con argumentos y consideraciones que han sido literal y abundantemente citados en los pronunciamientos posteriores. En ella se establece ya –y por vez primera– una comparación directa entre los artículos 1.2 del RD 1382/1985 y 1.3.c) del ET, para concluir que “se aprecia la existencia de un punto de coincidencia en la delimitación de las actividades consideradas en los mismos, pues la alta

²⁰ A este respecto, se apunta que “el art. 77 de la citada Ley de Sociedades Anónimas (1951) distingue tres supuestos en que (el Consejo de Administración) puede delegar sus funciones: en una Comisión Ejecutiva, de su propio seno; uno o más consejeros delegados; o apoderamientos a cualquier persona. En los dos primeros casos los consejeros, en comisión o delegados, siguen realizando funciones que les son propias y en el tercero, en cambio, se recurre a una persona ajena al Consejo con quien, efectivamente, se establecería una relación que hoy, a tenor de lo dispuesto en el art. 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y en el art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985 hay que reputar como laboral de carácter especial”. Por consiguiente, concluye que “el fundamento de la exclusión del ámbito laboral no está en la clase de funciones que realiza el sujeto, sino en la naturaleza del vínculo en virtud del cual las realiza. O, dicho de otra manera, para la concurrencia de la relación laboral de carácter especial mencionada no basta con que la actividad realizada sea la propia del alto cargo, tal como las define el precepto reglamentario, sino que la efectúe un trabajador, como el mismo precepto menciona y no un consejero en el desempeño de su cargo”.

²¹ Con fecha 25 julio 1989, el TS dictará una nueva sentencia que viene a desmarcarse de la doctrina expresada en la anterior, en cuanto que, si bien declara la incompetencia de jurisdicción para conocer la demanda del consejero delegado y socio fundador de una sociedad anónima, afirma la posibilidad de que pueda mantener unida a su cargo de consejero una relación laboral especial de alta dirección, en el caso de que se le otorguen poderes o facultades de gestión o dirección, sujetos a los criterios o instrucciones directas del propio consejo.

dirección se concreta en el ejercicio de poderes correspondientes a la titularidad de la empresa y el desempeño de un cargo de miembro de los órganos de administración de la sociedad implica también la actuación de facultades de esta naturaleza”, toda vez que “no existe en la legislación española, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, distinción entre los «cometidos inherentes» a los miembros de los órganos administradores de las sociedades –artículo 1.3 del ET– y los «poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa que caracterizan al trabajo de alta dirección –artículo 1.2 del Decreto 1382/1985–». Añade, asimismo, que “los cometidos inherentes a un miembro del órgano de la administración social son, en principio, todos los correspondientes a la administración y representación de la sociedad”, por lo que “ya se trate de un administrador único, de administradores solidarios o de miembros de un Consejo de Administración, la actividad de los administradores en cuanto órganos sociales queda excluida de la legislación laboral”²². “De ahí que, cuando se ejercen funciones de esta clase, la inclusión o exclusión del ámbito laboral no pueda establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquel consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que actúan directamente o mediante delegación interna, dicha relación no será laboral”.

La posterior STS de 29 abril 1991 recogerá –con otras palabras– la misma doctrina, aportando la idea del “fenómeno jurídico de retención de facultades propias” que se produce en los casos de confusión, en una misma persona, de las que llama “funciones atinentes a la propia titularidad empresarial” (facultades empresariales), con las correspondientes al cometido gerencial o directivo de la empresa (funciones laborales). En tal caso –afirma la sentencia–

²² Sigue diciendo que “es cierto que en los consejeros delegados y en los consejeros miembros de la Comisión ejecutiva hay un «plus» de actividad, respecto al resto de los integrantes del órgano de administración, lo que implica una mayor dedicación a la empresa, pero ello no altera el dato fundamental consistente en que se desarrolla una competencia propia de ese órgano por uno de sus miembros y a través de una delegación interna de funciones que coloca al consejero delegado y al miembro de la Comisión ejecutiva en una posición similar a la del administrador único o solidario, sin que el dato de que, en el primer caso, se trate de un órgano colegiado de administración sea suficiente a efectos de justificar un tratamiento distinto en orden a la exclusión. Por otra parte, hay que tener en cuenta que al órgano de administración de la sociedad le corresponden funciones de administración en sentido estricto (internas) y de representación (externas), comprendiendo las primeras, en principio y a reserva de previsiones estatutarias de las que aquí no hay constancia, la gestión de los intereses sociales y la dirección de la actividad de la sociedad, sin que nuestra legislación recoja con carácter general la separación existente en otros ordenamientos entre dirección y gestión”.

“no es dable compatibilizar la concurrencia de esos dos tipos de vinculación jurídica, haciéndolos objeto de un tratamiento jurídico separado” y nada impide retener las facultades organizativas y de dirección por los órganos rectores de la sociedad, “para un ejercicio conjunto e indismembrado de todo el poder empresarial propio”.

3.3. LA STS 13 MAYO 1991: DUALIDAD ESTATUTARIA

Hallándose la doctrina en el punto hasta aquí expuesto²³, aparece la STS de 13 mayo 1991 (rec. 977/90) en la que, si bien se acoge la doctrina del vínculo, se introduce como importante novedad la admisión de la posibilidad de que coexistan el cargo mercantil (consejero-delegado) y el puesto de alto directivo, cuando las normas que regulan la administración social –los estatutos– prevean la existencia de puestos directivos diferenciados de los órganos de administración social en sentido estricto, sin que ninguna regla de incompatibilidad impida la designación para este puesto de un miembro del consejo. Tal es lo que aconteció en el que caso que trata la sentencia, en el que los Estatutos establecían una Dirección General como órgano distinto del consejo y subordinado a este, ocupada por el que a su vez era consejero-delegado. Pues bien, afirma la comentada sentencia que “de ahí que las actuaciones del actor como consejero delegado y director general puedan aquí diferenciarse y aplicarse a la segunda la calificación de alta dirección”.

Asimismo, en la STS de 3 junio 1991 (rec. 679/1990), conocida como la sentencia del “caso Elosúa”, se razona ampliamente sobre la necesidad de la sociedad anónima –como entidad jurídica dotada de personalidad– de valerse de órganos para crear, emitir y ejecutar su voluntad, para concluir que las personas que integran los órganos sociales “están unidas a la compañía por medio de un vínculo de indudable naturaleza societaria mercantil y no de carácter laboral” y que “es equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orienta-

²³ No obstante, para tener una visión completa y certera de la situación, deben citarse, igualmente, los pronunciamientos del TS de esta misma época que contienen razonamientos contrarios a la teoría del vínculo (ignorándola, más que oponiéndose frontalmente a ella, como ha precisado MOLERO MANGLANO). Así, lo hacen las sentencias de 25-7-1990 (rec. 130/1990), 25-10-1990 (rec. 311/1990) y 6-10-1990 (rec. 454/1990), que admiten la coexistencia de las relaciones laboral y mercantil, a pesar de tratarse, en las dos primeras sentencias, de vocales del consejo, con participación accionarial (minoritaria) y del consejero-delegado director general, en la tercera de las citadas.

ción, pues, por el contrario, les compete la actuación directiva y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía”²⁴.

Posteriormente, la STS de 27 enero 1992 (rcud. 1368/1991), dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, aplicará la doctrina del vínculo al socio fundador con más del 25 por 100 del capital social, que ostenta el cargo de consejero delegado, aunque acepta también el planteamiento de la STS de 13 mayo 1991: “(..) otra cosa sería, si... el actor hubiera desempeñado además del cargo de consejero-delegado, el de director gerente, porque expresamente se hubiera establecido por la administración social, como órgano distinto del Consejo de Administración y subordinado a este último órgano, nombrándose para el mismo, a quien era consejero-delegado (..)”. Esta afirmación tiene una singular trascendencia, porque deja abierta la posibilidad de que coexistan el cargo de consejero o administrador y el puesto de trabajador directivo, por el simple dato formal de una previsión estatutaria o una decisión del órgano de administración, que podría implicar que situaciones materialmente iguales reciban soluciones judiciales opuestas, pues quedaría en manos de los propios interesados la identificación ontológica del negocio jurídico celebrado, contra lo que el ordenamiento laboral está acostumbrado a que suceda. Por otro lado, la aceptación de la mencionada concurrencia de relaciones –administrador social/alto directivo– puede traer consigo la cuestionada figura de la “autocontratación”²⁵. Más que supuestos de ocultación de fraude (que ni pueden presumirse, ni seguramente en puestos con elevados ingresos son el objetivo perseguido), lo que cabe imputar a esta doctrina es la posibilidad de elegir entre diversos estatutos jurídicos para una misma tarea. Pero no cabe ocultar que resulta opinable si tal consecuencia es positiva o negativa.

²⁴ Además, continúa diciendo la sentencia, “dada la imposibilidad de aplicar un doble tratamiento jurídico a un conjunto de funciones que pueden desarrollarse por igual como administrador social y como directivo y la necesidad de atender a la naturaleza del vínculo en virtud del que se ejercitan, la preponderancia de la mercantil no puede ser desvirtuada por hechos accesorios y formales como pueden ser el abono de remuneración fija, el alta en el RGSS o el hecho de que la sociedad califique de otro modo la relación”.

²⁵ A este respecto, se ha señalado que la ley imperativa estructura el contenido obligacional de la relación entre administrador y sociedad, quedando las zonas de carácter dispositivo –p. ej., la retribución–, en la esfera de la Junta General, con la exigencia de constancia estatutaria. Por eso los administradores no pueden alterar ellos mismos el contenido del vínculo social; y de ahí que la incompatibilidad de relaciones de administración y alta dirección clarifica las esferas de poder societario y evita situaciones que puedan generar abusos (ALCOVER GRAU. G.: “La retribución de los administradores de las sociedades de capital (coordinación de su régimen jurídico mercantil, laboral, tributario y contable)”, *Revista de Derecho Sociedades*, 1995, núm. 5, pág. 136).

3.4. CONSOLIDACIÓN DE LA DOCTRINA DEL VÍNCULO ÚNICO

Muy importante también será la STS de 22 diciembre 1994 (rcud. 2889/1993), que sigue la doctrina del vínculo y en la que se viene a precisar que, aunque los administradores sociales y los altos cargos realizan funciones análogas, “la naturaleza jurídica de las relaciones que cada uno de ellos mantiene con la entidad es marcadamente diferente”; entre las razones que fundan y justifican esa disparidad, la sentencia destaca “la circunstancia de que en la relación laboral del personal de alta dirección impera y concurre de forma plena y clara la ajenidad, nota fundamental tipificadora del contrato de trabajo, mientras que la misma no existe, de ningún modo, en la relación jurídica de los miembros de los órganos de administración, ya que estos (..) son parte integrante de la propia sociedad, es decir, la propia persona jurídica titular de la empresa de que se trate”.

La doctrina del vínculo ha sido confirmada en numerosos pronunciamientos posteriores de la Sala Cuarta del TS²⁶ y ha sido progresivamente asumida por los restantes tribunales del orden social²⁷; también por los del orden civil²⁸.

Resumiendo los planteamientos de una ya consolidada jurisprudencia, pueden señalarse como más relevantes en la materia los siguientes criterios:

- Es inherente a la propia condición de sociedad el que la empresa utilice sus propios órganos rectores para desplegar su actividad interna y externa; los integrantes de los órganos de gobierno vienen vinculados a la sociedad por nexos mercantiles de tipo societario. Debe descartarse la simplista idea de que los órganos de administración han de limitarse a funciones consultivas o decisorias y de que una sociedad precise imperiosamente de trabajadores (altos cargos) para llevar a cabo sus funciones ejecutivas.

²⁶ SSTS/Soc., de 4 junio 1996 (rcud. 3684/1995); 6 junio 1996 (rcud. 2916/1995); 12 junio 1996 (rcud. 2407/1995); 24 enero 1997 (rcud. 2217/1996) y 29 enero 1997 (rcud. 2577/1995).

²⁷ Entre muchas, SSTSJ Andalucía (Granada) 9-9-2003 (rec. 1847/2003) y Andalucía (Sevilla) de 20-9-1995 (rec. 1920/1994); SSTSJ Cataluña 11-10-1996 (núm. 6468/1996), 10-6-2003 (rec. 187/2003) y 28-4-2005 (rec. 314/2005); SSTSJ Comunidad Valenciana de 22-3-2001 (rec. 330/2001); SSTSJ Galicia 14-9-1995 (rec. 3827/1995) y 28-7-1999 (rec. 3112/1999); SSTSJ Madrid 22-7-1997 (rec. 2552/1996) y 4-5-2004 (rec. 6349/2003); SSTSJ Murcia 2-9-1997 (rec. 192/1997) y 16-4-1998 (sent. núm. 493/1998).

²⁸ En esta línea, la STS (Civ) de 26-4-2002 (rec. 3366/1996), señala: “Si se pone en relación tal precepto (el art. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores) con el art. 2.1 a) del mismo texto legal, se diferencian claramente dos situaciones que suelen confundirse en la práctica, pero que aparecen separadas normativamente en sus efectos. Por una parte, los miembros de los órganos de administración de las sociedades, cuya relación se incardina en el ámbito del Derecho mercantil y cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción civil y, de otro, el personal de alta dirección de las empresas no comprendido en el caso anterior y que da lugar al nacimiento de una auténtica relación laboral”.

- No todo aquel que desempeñe tareas ejecutivas de dirección, gestión y administración ha de tenerse por alto cargo laboral. Lo decisivo para calificar el tipo de vínculo existente no es solo el contenido de los cometidos desarrollados, sino también el fundamento o base de su desempeño. Compete a la autonomía de cada entidad la determinación de si la asunción de tales cometidos se encomienda a personal «externo», que tendrá la condición de laboral, regido por el RD 1382/1985, o es asumida por alguno de los componentes de tales órganos de gobierno, el cual mantendrá su vinculación societaria sin perjuicio de que perciba una retribución compensatoria.

- En particular, el consejero-delegado forma parte del Consejo de Administración en una Sociedad Anónima, de la que constituye un verdadero órgano, por lo que su vinculación es de tipo mercantil. Se trata de una relación de carácter «interno» en la que falta la necesaria bipolaridad para que exista contrato de trabajo y sus notas de ajenidad y dependencia. El Texto coetáneo Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (art. 141) contempla tres posibilidades de delegación de funciones: en Comisión Ejecutiva, en uno o varios consejeros-delegados o «en cualquier persona»; solo en el caso de acudir a alguien ajeno al órgano de gobierno societario surge la vinculación laboral. Esto es, únicamente, cuando la delegación se establezca con una persona ajena al Consejo de Administración o cuando, vinculándose con un consejero (Consejero Delegado), este ejerza las funciones directivas desde un órgano distinto al propio Consejo, la relación corresponde a la especial laboral de alta dirección. En este último supuesto, el órgano distinto (Dirección General, Gerencia, etc.) deberá ser expresamente creado por el Consejo de Administración o establecido en los Estatutos de la Sociedad.

- En definitiva, cuando una persona física, como es el consejero-delegado, o el administrador único o solidario, realiza funciones gerenciales o de gestión o de administración social y lo hace a título de órgano estructural de la sociedad, no estamos ante la figura del alto cargo, sino ante la situación de expresa exclusión laboral que contempla el art. 1.3.c) ET. Solo cuando esa función se realice por persona ajena a los órganos sociales, haciendo uso de los apoderamientos pertinentes y a virtud de un compromiso previamente contraído con los órganos sociales, que no a título de relación societaria, es cuando se da la figura del alto cargo o personal de alta dirección.

3.5. CONCORDANCIAS Y CONSECUENCIAS

Por su parte, la Sala Tercera del TS ha terminado por ajustar su doctrina a la de la Sala de lo Social, abandonando el criterio que venían manteniendo

–calificación como laboral de la relación de los administradores con funciones ejecutivas– en la resolución de los litigios originados por el levantamiento de actas de infracción en materia de Seguridad Social, cuando los administradores no estaban afiliados, en alta y cotizando al régimen general²⁹.

Cierto sector doctrinal ha querido ver en la STS/Soc. de 26 febrero 2003 (rcud. 2401/2002) una matización en la doctrina del vínculo que haría resurgir la tesis sobre la compatibilidad entre el vínculo mercantil de integración orgánica de los administradores y la relación contractual, incluso laboral especial³⁰. Bien mirado, la STS de 26 febrero 2003 en modo alguno desvirtúa o rectifica, sino más bien todo lo contrario, confirma la tesis orgánica o del vínculo, pues su objetivo último no es otro que el de conceder el complemento pensionístico reclamado a quien solo nominalmente figura como administrador social, pero en realidad no ejerce el papel de administrador, toda vez que actúa en todo momento sujeto a las instrucciones del consejo de administración de la sociedad (que es lo propio de un alto cargo) y no ha tenido nunca una participación relevante en las decisiones adoptadas por dicho órgano. Por ello, en la posterior STS de 17 julio 2003 (rcud. 4118/2002) se reitera la doctrina tradicional –del vínculo– aclarando expresamente que esta materia no ha sido afectada por la sentencia anterior –de 26 febrero 2003–, por ser “una resolución que no decide sobre esta cuestión, ni crea doctrina unificada, al desestimar el recurso por razones procesales”, volviendo de esta manera a ratificarse la incompatibilidad de la relación (mercantil) de administración y la (laboral) de alta dirección.

Consecuencia directa de la teoría del vínculo es que si un alto directivo se promociona a administrador-consejero con “facultades, poderes y condición propios de titular empresario”, la relación laboral especial se extingue “por confusión de las condiciones de empleado y empleador (...), dando pie a la nueva y distinta naturaleza asociativa y mercantil” (STSJ Cataluña 9 abril 2002, rec. 7061/2001). Se estaría en presencia de una novación propia o extintiva del contrato de alta dirección, de carácter tácito o presunto, por devenir incompatibles las figuras en cuestión (art. 1202 CCivil): una, el administrador societario, por ser la personificación del empresario social, y, la otra, el alto directivo, por seguir manteniendo, a pesar sus especiales peculiaridades, la

²⁹ Vid., entre otras, las SSTS/Cont. de 26-4-1991, 20-4-1992 y 14-6-1993.

³⁰ En este sentido, GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I.: ¿Hacia la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y de alto directivo laboral? La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2003”, *Información Laboral*, 2003, pág. 11.

cualidad de trabajador³¹. Y es que “la confusión, en una misma persona, de funciones atinentes a la propia titularidad empresarial con las correspondientes al cometido gerencial o directivo de la empresa (...) impide admitir la configuración de una simultánea relación de dependencia laboral” (STS de 29 abril 1991, rec. 621/1990). De esta manera, aunque se conserve, de forma nominal, el cargo de alta dirección –director general, gerente, etc.–, debiera considerarse tal relación absorbida por el nuevo vínculo mercantil referido a la “administración social”.

3.6. COMPATIBILIDAD CON TAREAS NO GERENCIALES

Además del supuesto ya indicado de previsión del puesto directivo en las normas estatutarias, como puesto diferenciado del órgano de administración social y sometido al mismo, en cuyo caso se admite que pueda ser designado para su desempeño un miembro del consejo de administración sin que la relación mercantil-societaria prevalezca o se imponga a la laboral, pudiendo compatibilizarse ambas, la jurisprudencia y la doctrina judicial ha identificado otros supuestos, ciertamente excepcionales, en los que se ha matizado o adaptado la tesis del vínculo a las particulares circunstancias concurrentes en cada caso.

En este sentido, la teoría del vínculo que postula la incompatibilidad entre la relación orgánica de administración social y la relación laboral especial de alta dirección no obsta al desempeño de cometidos o servicios para la misma compañía como trabajador común por quien es parte del órgano de administración. Las condiciones de administrador ejecutivo y trabajador de alta dirección son incompatibles porque la coincidencia de las funciones desempeñadas por las personas que ocupan ambos tipos de cargos haría artificioso aceptar que, en ese caso, existiesen simultáneamente dos vínculos (el mercantil y el laboral) entre un mismo trabajador y la empresa. Por ello, el desempeño de funciones propias de una relación laboral común resulta compatible con las funciones de administración de la empresa, sin que en este caso el vínculo mercantil se imponga o absorba al laboral, salvo que las funciones llevadas a cabo en ambos puestos sean idénticas y, obviamente, el administrador no posea una participación en el capital social que desvirtúe la nota de ajenidad impidiendo su contratación laboral (STS 18 marzo 1991).

³¹ SIERRA HERRERO, A., *Los altos directivos ante los administradores de sociedades*, tesis doctoral, Santiago de Compostela, 2007, pág. 188.

Aplicando la doctrina anterior, la STS 26 diciembre 2007 (rcud. 1652/2006) declara que no existe vínculo laboral entre la sociedad anónima y uno de sus socios, que titulariza el 33% del capital social, desempeña el cargo de administrador solidario junto con otros dos socios, cargo que comprende el desempeño de funciones gerenciales en la empresa, percibiendo por ello una retribución fija mensual. Años más tarde, la STS de 28 septiembre 2017 (rcud. 3341/2015) accederá a la conclusión de que tampoco existe relación laboral entre la sociedad anónima y el socio de esta que detenta el 33% del capital social y es presidente del Consejo de Administración, actuando con autonomía e iniciativa propia y plena responsabilidad, solo limitada por instrucciones del órgano de administración en decisiones conjuntas en las que el también influía, no constando que realizara tareas propias de una relación laboral común, ya que figuraba como jefe de un departamento, al igual que los otros dos socios, y como tal realizaba labores propias de la gerencia o dirección de la empresa.

4. Personal sanitario

La prestación de servicios por determinados profesionales liberales (abogados, médicos, arquitectos, psicólogos, ATS, etc.) en régimen laboral ha sido tradicionalmente una cuestión polémica que se ubica en la frontera siempre móvil y poco definida que separa el contrato de trabajo de otras formas contractuales civiles o mercantiles de cooperación social. Aunque, por lo común, estos profesionales ejercen su labor mediante el concierto de contratos de arrendamiento de obra o de servicios, en el actual estadio de evolución de la disciplina del trabajo asalariado es incuestionable que el profesional liberal también puede comprometer sus servicios en el marco de una relación laboral, concurriendo las notas características del contrato de trabajo que enuncia el art. 1º.1 del ET; lo cual es perfectamente compatible con el hecho de que, en el desenvolvimiento de su prestación, no exhiban la misma dependencia que un trabajador común, al gozar de una cierta autonomía de carácter técnico o funcional derivada de las reglas de la profesión (la denominada *lex artis*) y de sus conocimientos y cualificación profesional.

En el caso del Personal Facultativo, como en el de la Enfermería y análogos, la gama de situaciones es muy amplia y comprende desde la relación estrictamente laboral, funcionarial o estatutaria, al ejercicio libre de la profesión jurificado a través de un contrato civil de arrendamiento de servicios.

En el supuesto conocido por la STS de 22 de enero de 2001 –rcud. 1860/2000–, se trata de un médico radiólogo contratado por RENFE para aten-

der a los trabajadores ferroviarios, en cuya prestación de servicios concurre una serie de elementos que excluyen inequívocamente cualquier calificación de laboralidad:

- La empresa no decide unilateralmente el horario de atención a los enfermos, sino que debe fijarlo de mutuo acuerdo con el médico, con exclusión de ciertas horas para permitir a este la atención de su consulta en el Instituto Social de la Marina.

- La prestación de servicios no reviste carácter personalísimo, pues el médico puede y debe designar a un sustituto que cubra sus ausencias en casos de fuerza mayor, asistencia a congresos, vacaciones, enfermedad y otras situaciones similares; sustituto que era retribuido por el médico, no por la empresa, y que, además de atender a los pacientes que reconocía en el centro de trabajo de esta, también prestaba asistencia a otros trabajadores que acudían al gabinete sanitario del médico principal.

- La forma retributiva consiste en una cantidad fija mensual en concepto de “renta-canon o iguala”, no percibiendo pagas extraordinarias, ni retribución en el período de vacaciones, durante las cuales debe designar y pagar a otro médico que lo sustituya.

En STS de 23 octubre 2003 (rcud. 677/2003) se descarta la existencia de contrato de trabajo respecto de un médico que trabaja para el Patronato Militar de la Seguridad Social, siendo dado de alta en el RGSS y suscribiendo un contrato de arrendamiento de servicios profesionales para atender al personal afiliado y a sus beneficiarios, actividad compatible con el ejercicio privado. Se considera ausente la nota de dependencia, pues aquel conservaba su autonomía profesional de manera absoluta, su capacidad de compatibilizar el servicio contratado con la asistencia a sus propios pacientes, en el consultorio por él elegido, en horario que libremente establecía y sufragando los gastos originados por su suplencia.

Más adelante se referencian otros supuestos de profesionales de la medicina, al servicio de entidades privadas, cuya relación ha sido caracterizada como laboral por reunir los rasgos previstos en los arts. 1.1 y 8.1 ET.

5. Abogados

Por razones similares a las predicadas respecto del personal médico que arrienda sus servicios para una empresa o entidad privada, se ha caracterizado

como civil la relación del asesor jurídico de empresa con esta, al no existir dependencia y la compensación haberse acordado por el sistema de iguala³². El TS descarta la laboralidad a la vista de los siguientes datos:

- La asistencia letrada en juicio (función a la que se reducía exclusivamente la labor del actor a partir de enero del 2002) se caracteriza por la gran autonomía y libertad de carácter profesional y científico que la misma implica.
- La utilidad patrimonial que de la misma se deriva para el beneficiario de ella es exactamente la misma que la que le reportaría a cualquier cliente del Letrado a quien asistiese jurídicamente en un pleito, aunque esa asistencia letrada fuese totalmente ajena a un nexo contractual de naturaleza laboral.
- Para apreciar la dependencia, habría sido preciso que la asistencia letrada se hubiera llevado a cabo con un claro sometimiento a los mandatos y criterios de la Asesoría jurídica de las empresas o al correspondiente órgano directivo de carácter jurídico de ellas, pero nada de ello se ha acreditado.
- El actor tiene despacho profesional abierto al público en el que atiende a sus distintos clientes y en el que también desarrollaba buena parte de la labor que efectuaba, en pro de la defensa jurídica de las compañías del Grupo demandadas.
- La actividad que el actor efectuaba para estas empresas no estaba sujeta a ningún horario preestablecido, ni en lo esencial se realizaba en los locales de las mismas, limitándose su presencia en tales locales, generalmente, a unas pocas horas por semana, no existiendo control horario alguno sobre el actor.
- Cuando el actor acudía a la sede de la empresa no utilizaba ni los medios materiales ni los personales de esta.

6. Peritajes para compañías de seguros

Como ya precisara la STS de 8 octubre 1992 (rcud. 2754/1991), el trabajo de valoración de daños que llevan a cabo 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, visto 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. La

³² STS de 19 noviembre 2007 (rcud. 467/2007).

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. Si los servicios 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.

La facultad del perito tasador de rechazar las peritaciones ofrecidas, unida a la naturaleza meramente descriptiva de las instrucciones recibidas y a la existencia de peritos colaboradores a su servicio, son indicadores inequívocos del carácter autónomo de su actividad. La STS 26 noviembre 2012 (rcud. 536/2012), a cuya solución y argumentación se acogen, por resolver un caso prácticamente idéntico, las sentencias de 9 julio 2013 (rcud. 2569/2012) y 3 noviembre 2014 (rcud. 739/2013), excluye la consideración laboral de la relación, toda vez que, si bien concurren determinados 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.

7. Contrato de control y depósito de mercancías

La Sala Cuarta considera que el trabajo del depositario mercantil presenta los rasgos propios de un trabajo autónomo y por cuenta propia cuando concurren las siguientes notas³³:

- a) La exigencia pactada en el contrato de que el depositario y controlador, como comisionista autónomo, estuviera en posesión de la correspondiente licencia fiscal y dado de alta en la Seguridad Social;
- b) Que hubiera de prestar fianza antes de la iniciación del contrato para responder de los bienes y mercancías de la empresa depositante;
- c) Si fuera necesario para el normal funcionamiento y desarrollo del depósito y control de mercancías, el depositario y controlador debería, por su cuenta y riesgo, contratar al personal laboral necesario, obligándose a darlo de alta en Seguridad Social y al abono a su costa de los salarios, indemnizaciones y cotizaciones sociales que procedan;
- d) Que del valor del stock de mercancías depositadas respondiera el depositario con sus bienes personales y que el funcionamiento y control del depósito concertado se hiciera a través de una cuenta corriente en la que se registraba la entrada y salida de mercancía;
- e) El sistema de pago establecido, consistente en el devengo por el depositario de una comisión equivalente al 3 por 100 de la mercancía extraída para su venta, siendo de su cargo el abono del IVA correspondiente;
- f) Que el concertante del depósito no se hallara sujeto a jornada laboral, ejerciéndose la supervisión del stock de mercancías depositadas por una persona designada por la contraparte, que era quien poseía, en exclusiva, las llaves de la caja registradora instalada para efectuar el control.

8. Transportistas autónomos

Con anterioridad a 1994, el TS vino entendiendo que, en el supuesto-tipo del autodenominado contrato de transporte para repartir personalmente objetos con utilización de vehículo propio, conforme a instrucciones de una empresa principal, se estaba ante un contrato de trabajo, siendo competente la juris-

³³ STS 7 marzo 1999 (rcud. 615/1993).

dicción social para resolver los litigios surgidos³⁴. En todo caso, la conclusión anterior se predicaba de las demandas presentadas antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1994³⁵, así como de los expedientes sancionadores surgidos de actas de infracción levantadas con anterioridad a tal fecha³⁶, sin que fuera factible extenderla a las situaciones surgidas con posterioridad a la referida modificación legislativa, aunque trajeran causa de contratos precedentes³⁷.

La Ley 11/1994 modificó el Estatuto de los Trabajadores y, mediante su disposición final séptima, introdujo en el art. 1.3 un nuevo apartado –el «g»– por el que se excluye del ámbito de dicha Ley: «En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo», efectuando a continuación una aplicación singularizada de esta exclusión, afectante a los transportistas que desarrollen su actividad “*al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador*”.

Con esta caracterización normativa de extra-laboralidad, básicamente construida sobre el criterio-indicio de la titularidad y disponibilidad del medio de transporte empleado, el legislador español pretendió poner coto a cierta línea jurisprudencial ampliadora del ámbito contractual laboral que, con relación al colectivo de los mensajeros-repartidores, vino a inaugurar la STS de 26 febrero 1986.

Para la recta comprensión del alcance de la exclusión acogida en el art. 1.3.g) ET es imprescindible la consulta de la Ley 16/1987, de 30 de julio, sobre Ordenación del Transporte Terrestre, así como su Reglamento, aprobado por RD 1211/1990, de 28 septiembre (especialmente, su art. 41), a efectos de identificar los supuestos en los que se precisa una autorización administrativa para realizar el transporte. Si el titular de la referida autorización o licencia es el transportista, su actividad se sitúa extramuros de la legislación laboral, pese a que la prestación de servicios pudiera entenderse dotada de características propias de la relación laboral ex art. 1.1 ET en

³⁴ SSTS 17 mayo 1991 (rcud. 1338/1990); 3 diciembre 1991 (rcud. 544/1991); 16 marzo 1992 (rcud. 1105/1991); 22 y 24 julio 1992 (rcud. 2651/1991, 1860/1991); 19 noviembre 1991 (rcud. 709/1992); 22 diciembre 1992 (rcud. 2654/1991); 25 mayo 1993 (rcud. 2477/1991); 29 septiembre 1993 (rcud. 2821/1992); 27 enero 1994 (rcud. 2926/1992).

³⁵ SSTS 12 abril 1996 (rcud. 1292/1995) y 3 marzo 1997 (rcud. 3881/1995).

³⁶ STS 8 abril 1996 (rcud. 2651/1995).

³⁷ STS 22 diciembre 1997, rcud. 1165/1997.

consideración a otros elementos. Criterios interpretativos relevantes son los siguientes:

- La deslaboralización de la actividad de quienes transportan en las condiciones contempladas por la Ley 11/1994 se aplica tanto a las relaciones preexistentes como a las posteriores, incluso si judicialmente hubieran sido calificadas como laborales bajo la anterior normativa, sin que en ello haya inconstitucionalidad o discriminación³⁸.
- La autorización administrativa exigida por la ley es la específica para determinados vehículos (por ejemplo, en función del tonelaje) y no el permiso de circulación³⁹.
- Concurriendo las notas de laboralidad, existe contrato de trabajo con el repartidor que aporta vehículo propio de mediana cilindrada⁴⁰.
- La frontera entre el trabajo autónomo como transportista y la misma realidad llevada a cabo por cuenta ajena con vehículo propio viene fijada por la MMA [masa máxima autorizada] y esta se determina por la suma del peso del propio vehículo y el de la carga, que no por la exclusiva tara⁴¹.

9. Relación de Derecho Público

En varios pronunciamientos, además de la consideración preferente a la finalidad perseguida con el contrato (resultado o actividad) para determinar su naturaleza administrativa o laboral, se atiende, como instrumento complementario de calificación, a las circunstancias o condiciones en que se realizan los cometidos para sostener la existencia de contrato de trabajo cuando se cumplen las notas previstas en los artículos 1.1 y 8.1 del ET. La constatación de las notas de laboralidad será en cambio determinante para que aflore la relación laboral camuflada bajo el manto de una contratación de consultoría o asistencia técnica, si bien reaparecerá con frecuencia en los fundamentos jurídicos de las sentencias el argumento de que lo característico de la contratación administrativa de servi-

³⁸ SSTS 5 junio 1996 (rcud. 1426/1995); 18 julio 1996 (rcud. 2674/1995); 23 diciembre 1996 (rcud. 1534/1996); 6 febrero 1997 (rcud. 2058/1996); 15 junio 1998 (rcud. 3229/1997); 23 noviembre 1998 (rcud. 923/1998); 16 marzo 1999 (rcud. 681/1998). Los Autos de 11 marzo 1998 (rcud. 4012/1997) y 11 enero 1999 (rcud. 2359/1998) entienden que hay causa de inadmisión, por falta de contenido casacional, cuando se recurre propugnando doctrina contraria.

³⁹ STS 22 diciembre 1997 (rcud. 4469/1996).

⁴⁰ SSTS 19 diciembre 2005 (rcud. 5381/2004); 18 octubre 2006 (rcud. 3939/2005); 22 enero 2008 (rcud. 626/2007) y 30 abril 2009 (rcud. 1701/2008).

⁴¹ STS 28 marzo 2011 (rcud. 40/2010).

cios es la obtención de un resultado concreto, un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma, independiente del resultado final.

9.1. PERSONAL SANITARIO NO FACULTATIVO

El TS ha debido pronunciarse sobre la naturaleza del nexo existente entre la Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana y un auxiliar de enfermería que trabajaba para la misma, habiendo sido nombrado con carácter interino para el desempeño de una plaza, hasta tanto se produjera su cobertura en propiedad o su amortización, la cual cesó en su puesto una vez que la plaza fue cubierta mediante concurso de traslado.

La peculiar naturaleza del vínculo profesional existente entre el personal estatutario y los servicios públicos de salud ha dado lugar a numerosos pleitos, en los que el centro del debate giraba sobre la conveniencia de extenderles la aplicación de ciertos preceptos o instituciones no explícitamente contemplados en su normativa específica, pero sí en la funcionarial o en la laboral. Tras diversas vacilaciones y matizaciones, la jurisprudencia optó, finalmente, por aislar los bloques normativos de carácter laboral y estatutario, incluso descartando la supletoriedad del primero respecto del segundo, por entender que el vínculo estatutario queda más próximo del funcionarial “porque las normas generales de la función pública contienen una regulación propia incompatible con la laboral, que obedece a principios claramente distintos”⁴².

Proyectando la doctrina que la Sala Cuarta estableciera en su Sentencia de 14 octubre 1996 (rcud. 389/96), en la que declaró que el tipo de vínculo existente entre la Entidad Gestora y un facultativo designado como interino continuaba siendo estatutario, por más que se superaran los topes temporales máximos o se utilizara indebidamente el término “contratación”, la solución

⁴² En tales términos se manifestó la STS 17 octubre 1991 (rcud. 591/1991), que también recordó que el artículo 1.5 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, establece que «la presente Ley tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación».

La citada STS 4 diciembre 1992 (rcud. 578/1992) también resalta que hay una «clara condición de Derecho público» en este vínculo y que aún siendo un *tertium genus* se halla mucho más próximo al funcionarial que al laboral, en coherencia con la propia previsión del art. 1.3.a ET. Por ello, el acudimiento a instituciones laborales solo puede hacerse «muy excepcionalmente y con suma cautela».

En definitiva, como resume la STS 6 febrero 1995, recogiendo criterios de otras precedentes, quienes integran este colectivo «están sometidos a un régimen estatutario especial, no laboral, cuya regulación en función integradora del ordenamiento jurídico se ha de complementar en situaciones de similitud con la de los funcionarios, a los que dada su naturaleza administrativa se aproxima, sin perjuicio de que, por la razón de constituir una relación de prestación de servicios, pueda verse también excepcionalmente influida por la normativa laboral en aspectos peculiares de esta *no contemplados* en la regulación administrativa».

que adopta la STS de 9 noviembre 1999 (rcud. 4430/1998) no sorprende en absoluto: entre las partes contendientes no existió relación laboral alguna, sino un nombramiento interino como auxiliar de enfermería, el cual se produjo con arreglo a lo previsto en el RD 118/1991 sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social y al que resulta aplicable el Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo y no el de los Trabajadores.

9.2. CONTRATO ADMINISTRATIVO

A partir de un momento dado, al admitir la legislación de contratos con las Administraciones Públicas que uno de los objetos del contrato administrativo de servicios podía ser el desarrollo de una actividad en sí misma sin exigirse un resultado concreto (vid. art. 10 LCSP de 2007 y 2011), a la hora de determinar si estamos ante una relación administrativa o laboral, lo relevante no será, ya tanto el tipo de trabajo realizado, sino, sobre todo, la forma en que se realiza la actividad. Si en la actividad realizada para la Administración concurren las notas previstas en los artículos 1.1 y 8.1 ET (trabajo personal, voluntario, dependiente, por cuenta ajena y retribuido), aunque la contratación se haya suscrito formalmente como administrativa con un supuesto autónomo se impondrá su consideración como relación laboral. A tal fin, se analizarán los distintos elementos de la actividad realizada, escudriñando los indicios de laboralidad que puedan dar muestras de que la prestación de servicios se somete al mismo régimen que el resto del personal de la Administración y que, por tanto, el régimen administrativo no es el indicado⁴³.

Se ha concluido que es ajustada a Derecho la contratación administrativa temporal realizada a un grupo de profesores especialistas en el ámbito específico y especializado de la expresión corporal aplicada al lenguaje de signos, módulo de psicología de las personas sordas y sordo ciegas, módulo de sistema de signos internacional y módulo de interpretación de personas sordo ciegas, por tratarse de trabajos específicos y no habituales de la Administración contratante (Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha), sin que en su práctica se haya advertido desviación alguna, ni conste que se hubiera utiliza-

⁴³ Es decir, que si, pese a la suscripción de un contrato administrativo como autónomo, el contratista desarrolla su trabajo en las dependencias de la Administración pública de que se trate, recibe órdenes de sus superiores como cualquier otro trabajador y, en definitiva, se inserta en la organización propia de dicha Administración, el contrato se declara fraudulento y, en conclusión, dicho trabajador adquiere la consideración de personal laboral por tiempo indefinido de la Administración contratante.

do el sistema normativo administrativo para ocultar una realidad de actividad laboral por cuenta ajena alejada de las previsiones legales aplicables a profesores especializados⁴⁴.

10. **Maquilladora**

A la vista de los requisitos contemplados en los arts. 1.1 y 8.1 ET, el TS ha concluido que no encaja en el molde contractual laboral, sino en el propio del arrendamiento civil de servicios, la actividad de la maquilladora contratada por RTVE que trabaja en los locales de esta y con sus medios materiales, con retribución mensual según sesiones de maquillaje, pero sin sujeción al ámbito de esta (no se le indica cómo ha de trabajar ni se supervisa como lo hace y tampoco controla sus ausencias) y en forma no personalísima (cuando no es ella la que acude a trabajar, envía a persona de su confianza y elección), al faltar requisitos propios del primero de ellos⁴⁵.

11. **Integrantes de Fundación Musical**

La STS 862/2017 de 7 noviembre (rcud. 3573/2015) aborda un procedimiento de oficio, instado por la TGSS contra la demandada, Fundación de Música Sinfónica y de Cámara de San Cugat, donde está en juego la naturaleza de la relación que vinculaba a los músicos codemandados con la dicha institución. Se inclina por su carácter extralaboral, porque ni hay retribución, ni hay verdadera dependencia.

No existe relación laboral cuando una Fundación Musical compensa a los músicos por una parte de los gastos que su actividad genera (sin salario alguno), estos poseen libertad para acudir a ensayos o conciertos (no siendo sancionados si faltan), organizan su propia sustitución cuando su instrumento es imprescindible (para el ensayo o concierto) y aportan instrumental propio (cuyo mantenimiento soportan).

⁴⁴ STS 13 julio 2010 (rcud. 3142/2009).

⁴⁵ SSTs de 17 junio 2010 (rcud. 3847/2009) y 3 mayo 2011 (rcud. 2228/2010).

IV. ACTIVIDADES INCLUIDAS EN EL ÁMBITO LABORAL

1. Corresponsales no banqueros

Cuando el corresponsal no banquero desempeña funciones que exceden de las que legalmente le corresponden de manera exclusiva, la relación jurídica es laboral y no mercantil⁴⁶.

Tal y como su propia denominación indica, las entidades bancarias se valen, para propiciar la realización de su actividad allí donde no ha llegado la red de sucursales y agencias, de estas personas o corresponsales; su adjetivación refiere a que están ayunos de la condición de empresarios del sector por no venir inscritos en el Registro de Bancos y Banqueros del Banco de España. Los perfiles de su actividad funcional o mercantil (la prestación de servicios bancarios, en definitiva) se encuentran regulados por normas emanadas del Ministerio de Hacienda, que es el competente en la materia. Prescindiendo aquí de exponer el contenido de sus antecedentes inmediatos⁴⁷, sí debe advertirse que la vigente regulación se inspira claramente en ellos, con lo que la figura, con sus actuales contornos, posee una tradición de más de medio siglo.

Fue la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1965 (BOE del 12) la que, dejando intactas las competencias que ya poseían⁴⁸, afrontó la regulación global del corresponsal; el reglamento persevera en la actitud cautelosa de los precedentes, pues desea evitar que la potenciación de esta figura pueda dejar sin efecto las estrictas normas sobre expansión bancaria, al convertirse de hecho en una agencia local⁴⁹.

⁴⁶ SSTS 31 mayo 1991 (rcud. 29/1991) y 13 marzo 1997 (rcud. 1892/1996).

⁴⁷ Fundamentalmente, se trata de la OM de 20-septiembre-1944 (BOE del 24), que en plena etapa restrictiva de la expansión bancaria reguló su actividad, clarificando las operaciones que podían realizar, llevando mucho cuidado en que, mediante una ampliación de esas, pudieran burlarse las disposiciones restrictivas de índole general.

Al poco tiempo, la OM de 4-abril-1945 (BOE del 7), «perseverando en el camino emprendido y con la mira puesta en el mejor funcionamiento de los servicios bancarios», remodeló ligeramente las competencias de estos «comerciantes», flexibilizando algunas actuaciones. Por su lado la OM de 7-febrero-1955 (BOE del 14) retocó el régimen de sanciones administrativas aplicables.

⁴⁸ El mismo precepto, admitiendo su carácter clarificador más que innovador, deroga expresamente las tres disposiciones reglamentarias antes citadas, «de las cuales la presente es refundición y complemento». En el Preámbulo, también advierte que su promulgación se lleva a cabo «actualizando y complementando en cierto grado las normas hasta ahora vigentes, al mismo tiempo que se mantienen preceptos contenidos en las órdenes ministeriales anteriormente citadas». A la vista de todo ello, la OM de 17-noviembre-1981, sobre la que luego se reflexionará, afirmó en su Preámbulo que «el llamado corresponsal no banquero (es) institución mercantil de gran tradición en nuestro país».

⁴⁹ Tal finalidad se aprecia también en el elocuente primer párrafo del Preámbulo, donde se contemplan derechos de las entidades que van a instalar oficinas previa autorización, «evitándoles la competencia ilícita que supondría la posible actuación de oficinas bancarias no autorizadas y de corresponsales que se excedan de los límites que concretamente tienen atribuidos para sus operaciones».

Los corresponsales no banqueros vienen autorizados a la realización de las siguientes actividades: a) Al recibo o toma de efectos de giro y letras de cambio, endosadas a su orden por sus Bancos comitentes, valor en cuenta o comisión de cobro. b) Al cobro de dichas letras, con abono de su importe en cuenta o en dinero efectivo a sus endosantes o a la devolución de las mismas en caso de impago. c) A liquidar las cuentas y saldos en efectivo que resulten a favor de sus Bancos correspondientes, con deducción de la comisión pactada.

Por el contrario, en el lado de las prohibiciones pueden anotarse las siguientes: a) Recibir de los particulares cantidades en efectivo para su abono en cuenta corriente o para remesa a cualquier oficina bancaria. b) Realizar por cuenta propia o de sus representados operaciones de préstamo o de apertura de crédito de cualquier modalidad. c) Efectuar pagos a titulares de cuentas domiciliadas en cualquier oficina de la Entidad a la que representen⁵⁰.

Con fecha 17 de noviembre de 1981, el Ministerio de Trabajo aprobó una Orden Ministerial que acomete una tarea hasta la fecha jamás desempeñada por precepto alguno: catalogar de forma explícita la naturaleza del contrato existente entre Entidades Bancarias y corresponsales. La OM quiso salir al paso del malestar creado en ciertos sectores tras la aparente laboralización llevada a cabo por el RD 2033/1981 (en realidad, por el ET) y, consciente de la imposibilidad de modificar mediante norma de tan ínfimo rango el ámbito subjetivo del ordenamiento laboral, se autopresentó como una mera clarificación de lo que sucedía en la realidad⁵¹. En resumen, que a tenor de su artículo único se dispuso que «el contenido del RD 2033/1981, de 4 de septiembre, no es de aplicación a los corresponsales no banqueros, en razón de ser la relación jurídica que los une con el banco o bancos contratantes de carácter estrictamente mercantil, viniendo regida por sus específicas cláusulas contractuales y por lo dispuesto en la OM de 5 de mayo de 1965 y normas concordantes».

Esa exclusión recibió serias críticas doctrinales y la censura de algunos pronunciamientos judiciales, por lo que a fin de «retocar» diversos aspectos del articulado contenido en los dos reales decretos que regulaban la relación

⁵⁰ Atendiendo a finalidades de índole social, de tal prohibición se exceptúan los pagos y cobros que puedan realizarse según órdenes transmitidas por el Banco representado y dimanantes de Organismos estatales autónomos y Corporaciones administrativas o de Derecho público, así como el pago en pesetas o del contravalor en pesetas de los giros o remesas procedentes del extranjero.

⁵¹ La Orden, aparecida en el BOE del día 20, afirmaba que venía a «aclarar dudas planteadas» al tenerse que «deslindar las figuras que son objeto de regulación por el citado RD 2033/1981 de aquellas otras que, ofreciendo algunas similitudes externas con las primeras quedan fuera de su ámbito de aplicación». Buscando una justificación adicional a su intento reduccionista, la Orden mezclaba indebidamente supuestos laborales con otros claramente imposibles de encauzar a través del contrato de trabajo; así, decide englobar y dar el mismo tratamiento a todos «los corresponsales no banqueros, ya actúen por sí o por tercero interpuesto y tanto sean personas físicas como jurídicas».

especial de los mediadores mercantiles, el Gobierno decidió aprovechar la nueva habilitación que se le había conferido por Ley 32/1984 y aprobó una nueva regulación para tales contratos, mediante el RD 1438/1985, de 1 de agosto. Según esta norma tampoco se consideran titulares de un contrato especial de trabajo «las personas naturales incluidas en el ámbito de la normativa específica sobre (...) corresponsales no banqueros, siempre que, de acuerdo con dicha normativa, se configuren como sujetos de una relación mercantil»⁵².

Sobre tal trasfondo⁵³ se pronuncia el TS, en los siguientes términos:

- a) Los corresponsales no banqueros, excluidos de la legislación laboral, contraen su ámbito de actuación, en lo sustancial, a la cobranza de letras y efectos de giro, mediante las operaciones descritas en la OM de 5 de mayo de 1965.
- b) El representante de la Entidad de crédito que litiga en los supuestos que han accedido a conocimiento de la Sala Cuarta por la vía de unificación desarrollaban funciones que exceden claramente de las propias de un corresponsal no banquero.
- c) El contrato existente es de tipo laboral, pues concurren todos los elementos configuradores del mismo y las órdenes ministeriales de 1965 y 1971 no amparan las funciones desenvueltas.

De este modo, queda acogida con claridad la doctrina que mayoritariamente había venido abriéndose paso y definitivamente descartada la posición «nominalista» o «apriorista» preconizada en algunas ocasiones por diversas sentencias. Quiere ello decir que, en todo caso, habrá de considerarse si las funciones desempeñadas sobrepasan o no las específicas del corresponsal no banquero, tal y como lo configuran las disposiciones mercantiles, sin que pueda bastar con atender al tipo de relación que se quiso (o afirmó) formalizar. Tras la sentencia de 31 de mayo de 1991, el criterio imperante en la jurisdicción social es, desde luego, el que hace pivotar la naturaleza del contrato, existente entre Entidad crediticia y corresponsal, alrededor de la amplitud que posean las funciones desempeñadas⁵⁴.

⁵² El RD se publicó en el BOE de 15 de agosto y la exclusión de referencia aparece en el artículo 2.c del mismo.

⁵³ Con detalle, al respecto, SEMPERE NAVARRO A.V., “Estatuto profesional de los corresponsales no banqueros”, *Doctrina Judicial-La Ley*, número 2, Madrid 1992.

⁵⁴ Teniendo presente que la OM de 5 de mayo de 1965 delinea las tareas específicas de estos sujetos y que, tanto la OM de 17 de noviembre de 1981, cuanto el RD 1438/1985 los excluyen de la órbita laboral, se afirma que «el vínculo existente entre el corresponsal y la entidad crediticia es mercantil solo cuando aquel ejercita exclusivamente las funciones expresadas en dichas disposiciones (las propias del corresponsal no banquero), dejando de tener tal naturaleza cuando desempeña otras diferentes, que constituyan un ‘plus’ respecto de tales previsiones normativas».

Dicho de forma telegráfica: si estamos ante un verdadero corresponsal no banquero (pero bancario, como gusta de decir la jurisprudencia) el nexo que encauza su actividad es de naturaleza extralaboral. Cuando la corresponsalía no se amolda a lo previsto por las normas mercantiles (superando su estrecho marco) el contrato será laboral siempre que se cumplan las notas de actividad personal y voluntaria, retribuida y prestada en régimen de ajenidad y dependencia.

2. Empleados de Cámaras de Comercio

Entre los supuestos “dudosos” o incluidos en las “zonas grises” del ordenamiento laboral, a caballo de otros sectores (en este caso administrativo) del mismo, aparece el personal empleado por las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

El razonamiento seguido por el TS en sentencias de 10 diciembre 1991 (rec. 803/1991) y 13 julio 1992 (rcud. 418/1992) es tan contundente como sencillo y puede resumirse con facilidad:

- a) En la relación de referencia se dan todas y cada una de las notas exigidas por los arts. 1.1 y 8.1 ET para afirmar que existe un contrato de trabajo.
- b) La exclusión que permite el art. 1.3.a) ET exige la existencia de norma con rango legal que la lleve a cabo.
- c) Ninguna de las vigentes leyes dispone que los empleados de estas corporaciones quedan vinculados administrativamente.
- d) En consecuencia, es laboral el nexo que discurre entre las Cámaras y sus empleados, correspondiendo al orden social de la jurisdicción el conocimiento de sus litigios.

3. Encuestadores

La Sala Cuarta ha caracterizado como laboral la vinculación existente entre los encuestadores y las empresas de estudio de mercados⁵⁵. Como punto de partida para su pronunciamiento sobre el particular, reconoce la falta de una clara línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza afín, como pueden ser el de ejecución de obra, el de arrendamiento de servicios o el de comisión, cuyos borrosos perfiles tanto siguen dando que escribir y que litigar. Como segunda afir-

⁵⁵ SSTs 27 mayo 1992 (rcud. 1421/1991); 26 enero 1994 (rcud. 399/1993) y 14 febrero 1994 (rcud. 123/1992).

mación de partida, se alude a la presencia de múltiples manifestaciones del carácter laboral de la relación que vincula a los llamados encuestadores con las empresas para las que prestan sus servicios. En tercer lugar, se recuerda la existencia de un Acuerdo Colectivo para las empresas de estudios de mercados y opinión pública –aprobado por Resolución del 23 de mayo de 1988–, en cuyo preámbulo se ordena la regulación de la relación laboral por cuenta ajena del colectivo de encuestadores y su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social⁵⁶.

Partiendo de esas premisas y aplicando la (mal llamada) presunción de laboralidad establecida en el art. 8 ET se concluye que se dan todos los requisitos esenciales para la existencia del vínculo laboral entre los encuestadores y las empresas dedicadas a esta actividad y ello, aun cuando gocen de libertad de horario, no tengan obligatoriedad de aceptar cada uno de los encargos y cobren por encuesta realizada a satisfacción de la empleadora. A pesar de todo, este criterio merece alguna reflexión complementaria por nuestra parte:

- El Acuerdo Colectivo, regulador de las relaciones entre los encuestadores y las empresas de estudios de mercado, reconoce la existencia de una relación laboral entre los mismos, pero de su propio tenor literal se deduce que ello será así (como no podía suceder de otro modo) siempre y cuando se den las notas características de esta relación, a saber, voluntariedad, retribución, servicio por cuenta ajena e integración en el círculo rector de la empresa. Esto significa que puede darse una vinculación entre encuestador y empresa de estudio de mercado que no reúna tales caracteres y quede, por tanto, al margen del Acuerdo. En consecuencia, la relación laboral no puede predicarse del encuestador por el simple hecho de serlo, sino que habrá de analizarse en cada caso si concurren o no las notas que lo caracterizan.

- La flexibilidad total del horario y la retribución efectuada por cada encuesta que se realice no influyen en la naturaleza laboral del vínculo, pero resulta extremadamente dudoso que la libertad del encuestador para aceptar los encargos que la empresa le ofrezca no suponga un impedimento para la configuración laboral de la relación, ya que tal facultad, en la medida en que denota un marcado signo de independencia, es propia de los trabajadores autónomos y contrapuesta

⁵⁶ «Estableciendo la existencia de una relación laboral entre empleadores y empleados desde la firma del acuerdo en las que se dieran las notas de voluntariedad, retribución o salario, servicio por cuenta ajena y, sobre todo, integración en el círculo rector de una empresa». Aun cuando la Disposición Adicional del Acuerdo mencionado advierte que las relaciones laborales que se recogen en el mismo no se prejuzgan y sus disposiciones carecen de efecto retroactivo, el Supremo estima que la propia regulación revela una clara realidad social de querer otorgar a este tipo de relaciones tal carácter laboral, lo que no puede desconocerse a la hora de calificar la vinculación jurídica del encuestador establecida con anterioridad a la entrada en vigor del reiterado Acuerdo.

a la de los que prestan sus servicios por cuenta ajena, sujetos como están a las órdenes del empresario, sin margen para la desobediencia ni, por tanto, para decidir si desean o no realizar las encuestas que se les encomiendan.

4. Elaborador de informes

4.1. INFORMES COMERCIALES

La prestación de servicios consistente en la elaboración de informes comerciales y de Registro de la Propiedad Mercantil, a través de un programa informático confeccionado por la Empresa y bajo el control y la estricta dirección de la misma –que, por otra parte, penalizaba el retraso o incumplimiento del trabajo encomendado, el cual se desarrollaba según zonas geográficas asignadas por el empresario–, es una relación laboral, pues todos los factores descritos permiten concluir la existencia de dependencia propia del contrato de trabajo, la cual no se desfigura por la ausencia de presencia física del trabajador en las instalaciones empresariales, ni por la falta de sujeción a un horario determinado o de exclusividad en la prestación del trabajo⁵⁷.

Ello, aunque concurren otras notas que podrían, *ab initio*, desfigurar la laboralidad del vínculo, como son el alta en Licencia Fiscal y en el Régimen Especial de Autónomos, cobro de honorarios por trabajo realizado con IVA y deducción del IRPF, no existencia de vacaciones anuales pagadas por la empresa, realización del trabajo en la oficina del prestador de los servicios con los medios y organización propios del demandante, no abono de gastos de material y dietas, etc., al no existir en el presente caso una libertad de actuación profesional que es lo que caracteriza al arrendamiento civil de servicios, la relación jurídica debe calificarse como laboral.

4.2. INFORMES PERICIALES

En el concreto supuesto conocido por la STS de 10 julio 2000 (rcud. 4121/1999), la prestación de servicios del perito tasador de seguros demandante reúne los rasgos propios de una relación laboral. Así:

- a) Es la compañía aseguradora y no el perito la que programa el trabajo de este, mediante la asignación y rotación de zonas y la exigencia de

⁵⁷ STS 22 abril 1996, rcud. 2613/1995.

recogida y entrega diaria de partes de inspección y tasación de vehículos en la sede de la entidad aseguradora (entrega de peritaciones, recogida de facturas, atención quejas clientes, consulta expedientes o esporádicamente con el servicio técnico de la demandada), realizando visita diaria a los talleres concertados con la entidad aseguradora en la zona o zonas asignadas por esta, que variaban en función de la decisión de la entidad así como el número de talleres concertados asignados e incluso con independencia de que hubiera o no peritaciones a realizar el concreto día en el taller asignado.

- b) La prestación de servicios por parte del demandante no se efectuaba esporádicamente o por actos o peritaciones singulares, sino que de hecho se realizaba con permanencia, habitualidad y práctica exclusividad, adscrito a la organización de la demandada, como ponen de relieve el elevado número de peritaciones realizadas.
- c) La ordenación del trabajo se lleva a cabo mediante directrices (manual de usuario para la aplicación del programa de peritación) y comunicaciones o circulares de régimen interior detalladas y minuciosas, que exceden claramente lo que sería la mera concreción del objeto del contrato.
- d) La aceptación o rechazo de las peritaciones encargadas no depende de la voluntad del profesional tasador, que tampoco participa en la fijación del baremo de sus llamados «*honorarios*», sino que se adhiere al determinado por la empresa.
- e) El trabajo del perito es coordinado por un jefe de inspección de la compañía, que supervisa y controla su actuación técnica. Además, la compañía controla informáticamente el resultado de las peritaciones realizadas en conjunto por cada perito, comprobando posibles desviaciones y asignando mayor número de talleres y peritaciones a los que realizan el trabajo a su mayor satisfacción.
- f) El actor realizaba personalmente las peritaciones sin ayuda de tercero, sin contar con una organización empresarial propia y sin que conste que aportase más medio que su trabajo o que tuviera la facultad de rechazar las peritaciones ofrecidas, siendo muy escaso su margen de decisión sobre el concreto modo de ejecución de su actividad.
- g) Por último, la constitución de una sociedad mercantil por el perito tasador no supuso incidencia alguna en su relación jurídica con la entidad aseguradora, que continuó en los mismos términos expuestos sin modificación alguna de la actividad pericial desarrollada.

La STS 17 mayo 2012 (rcud. 871/2011) sostiene la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda de extinción de relación laboral al amparo del art. 50.1 ET, presentada por un perito tasador de los daños producidos en los vehículos asegurados por la empresa que ha contratado sus servicios, por concurrir en estos las notas de ajenidad y dependencia propias del contrato de trabajo.

La STS 27 marzo 2006 (rcud. 1621/2005) llama la atención sobre la necesidad de que se contrasten casos idénticos, lo que no sucede si en un supuesto ya se había calificado judicialmente el vínculo desde su origen y en el otro no sucede así.

5. Guías turísticos

Respecto a la actividad de los guías turísticos contratados por compañías o agencias de viajes, el TS se ha inclinado por el carácter laboral del nexo existente al entender que concurren todos y cada uno de los factores pedidos por el art. 1.1 ET para que así suceda⁵⁸. Como indicios relevantes para acceder a tal conclusión se señala la frecuencia de la actividad (prestada un número muy elevado de días al año), la exclusividad para un empresario, la necesidad de seguir las instrucciones de la empresa, la forma de ser remunerados. Frente a todo ello, los indicios en contra (colegiación, alta en RETA, posibilidad de declinar el servicio) son irrelevantes pues lo que prevalece es la realidad del nexo laboral.

6. Personal de limpieza

Entre los supuestos «dudosos» o incluidos en las «zonas grises» del ordenamiento laboral, a caballo de otros sectores, se encuentra el de la limpieza de edificios o locales, tanto de centros productivos cuanto de comunidades de propietarios, despachos, comercios o centros públicos, máxime cuando las tareas se llevan a cabo con libertad de horario, sin remuneración en metálico y con sustituciones esporádicas de la persona trabajadora por parte de terceras personas.

*Nota de dependencia

Cuando no se establecen ni fijan –ni siquiera por aproximación, referencia o denominación de la función– qué servicios son los que ha de prestar (el

⁵⁸ STS 10 abril 1995, rcud. 2060/1995.

trabajador, su actividad ha de considerarse excluida) de manera patente y casi palpable del ámbito de organización y dirección empresarial⁵⁹.

Pese a que no haya jornada exacta ni horario predeterminado con exactitud, la existencia de contrato de trabajo es posible precisamente por la recalcada flexibilidad con que se concibe tal dependencia. No puede considerarse elemento esencial del contrato de trabajo, aunque sea nota que frecuentemente concurra en el mismo, la de sometimiento a un horario⁶⁰. Como tampoco se opone a (la nota de dependencia) que el actor goce de libertad en el ejercicio de los (trabajos) encomendados, ni “el ejercicio de actividades por cuenta de otras personas”⁶¹, dado que “la exclusividad [no es] requisito de la relación laboral, en cuanto puede trabajarse en ocasiones por cuenta de varios empresarios, ni extraña a determinados contratos civiles en el área del arrendamiento de obras y servicios y apoderamiento”⁶².

*Sustituciones esporádicas a cargo de familiares

Pese al carácter personalísimo del compromiso asumido en virtud del contrato de trabajo, en ciertas ocasiones se admite que el trabajador sea sustituido por un tercero, generalmente familiar o allegado, por lo que conviene revisar los principales criterios jurisprudenciales al respecto.

- El carácter laboral queda excluido cuando el servicio sea realizado por otra persona, máxime si dicha sustitución viene determinada por la propia trabajadora en cuanto a la elección de la sustituta y la ocasión en que tenía lugar, sin que tenga especial relieve que pagase tal sustitución y sí, en cambio, que aquellas sustituciones fueran frecuentes (por ejemplo, cinco o seis al mes) con lo que se destaca que no es en consideración a la persona en sí misma, a lo que se atiende, sino al acto profesional, como objeto de la relación; en resumen, que la libre decisión de la demandante de ser sustituida sin tener que justificar la causa impediente, la excluye de suponerla sujeta a la dirección de otra persona⁶³.

- Ahora bien, la mera posibilidad de ser sustituido por otra persona en caso de enfermedad, o ausencia, no destruye la naturaleza personal de la prestación de aquel, pues frente a la presencia de rasgos laborales inequívocos, a la luz del art. 1.1. ET y a la continuada y real prestación del trabajo, sería nece-

⁵⁹ STS de 25 noviembre 1991, rec. 928/1990.

⁶⁰ STS 27 junio 1988.

⁶¹ STS 11 diciembre 1989.

⁶² STS 23 mayo 1985.

⁶³ Tal doctrina puede verse, por ejemplo, en SSTs 20 octubre 1983 o 7 junio 1986.

sario acreditar que tal posibilidad ha tenido en la ejecución del contrato una aplicación efectiva y de entidad suficiente para evidenciar que la persona del trabajador constituía un elemento indiferente en el establecimiento y desarrollo de la relación contractual⁶⁴.

*Denominación del contrato y retribución en especie

Es irrelevante la calificación que las partes otorguen a un contrato; la naturaleza de un negocio jurídico viene determinada por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan⁶⁵.

El artículo 26 ET admite la retribución en especie, viable “en las industrias u ocupaciones en que esta forma de pago sea de uso corriente o conveniente” (art. 4.1 Conv. núm. 95), disponiéndose que su cuantía máxima equivale al 30 por 100 de las retribuciones salariales brutas; las prestaciones en especie han de resultar apropiadas y útiles para el trabajador y/o sus familiares [art. 4.2.a) Conv. núm. 95] y su valor debe de ser “justo y razonable” [art. 4.2.b Conv. núm. 95]. Pero la infracción de las reglas que disciplinan esa modalidad retributiva es claro que en modo alguno puede servir para destipificar la naturaleza del contrato existente, sino para propiciar la aplicación de las lógicas consecuencias de tal incumplimiento.

De manera sumamente escueta y, sin duda, presuponiendo el conocimiento de las premisas antes expuestas, la STS 25 enero 2010 (rcud. 582/1999) se limita a proclamar la existencia de un contrato de trabajo, restando importancia a los indicios que aparecen en sentido contrario:

- La naturaleza de los contratos no se determina por la denominación que le otorgan las partes, sino por la realidad de las funciones que en su virtud tengan lugar.

- La ajenidad es indiscutida, como también es clara la retribución en especie del mismo, aunque no se haya respetado la proporción en el mismo establecida.

- La libertad de horario no significa ausencia de sometimiento en la ejecución del trabajo a la voluntad del empresario, como la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado, ausencia del carác-

⁶⁴ En este sentido, SSTS 28 septiembre 1987, 13 y 24 julio 1992 (rcud. 2194/1991 y 1860/1991), 28 septiembre 1987, 7 junio 1986, 6 mayo 1986, 27 diciembre 1985.

⁶⁵ Entre otras muchas, SSTS 20 septiembre 1995 (rcud. 1463/1994), 15 junio 1998 (rcud. 2220/1997) y 20 julio 1999 (rcud. 4040/1998).

ter personal de la prestación, pues esta sustitución ocasional también beneficia al empresario como lo muestra que es carácter ordinario que acompaña a los trabajos de empleados de fincas urbanas en los que la continuidad en el servicio prima sobre la prestación personal, constante y sin excepción del trabajo.

Aplicando los criterios anteriores a un supuesto de mujer contratada para realizar la limpieza de unas oficinas, y teniendo en cuenta la presunción de laboralidad del art. 8.1 ET, la Sala Cuarta concluirá en su sentencia de 20 julio 2010 (rcud. 3344/2009) que se daban en el caso las notas características de una relación laboral, dado que:

- La trabajadora asumía la obligación de prestar personalmente los servicios de limpieza y la de acudir regularmente a las oficinas de la entidad mercantil fuera del horario de apertura de las mismas con tal finalidad, cumpliendo efectivamente un horario, aunque lo fuera de manera flexible y bajo el control de su actividad por parte de la empleadora, que no precisaba darle instrucciones más allá de la efectiva limpieza e incorporándose su resultado al patrimonio de la entidad.

- Percibía una retribución fija y periódica, determinada en proporción con la actividad prestada.

- La trabajadora no corría con el riesgo de la actividad ni asumía los gastos que esta comportaba.

- La empresa le abonaba conceptos como aguinaldos, vacaciones y bono-bus.

- La trabajadora carecía de infraestructura empresarial y se insertaba en el círculo organizativo y rector de la entidad demandada.

- La sustitución esporádica por familiares no implica en el trabajo de limpieza ausencia del carácter personal de la prestación.

La laboralidad de la relación se impone también en el caso más recientemente decidido por STS de 20 enero 2015 (rcud. 587/2014). Tras apelar a la consolidada doctrina jurisprudencial respecto de los rasgos que definen el contrato de trabajo⁶⁶, la Sala sostiene que, por más que la trabajadora pudiera tener libertad en la concreción horaria de la prestación del servicio, lo cierto es que lo único que aportaba era su mano de obra, comprometiéndose, a cambio, a efectuar la limpieza durante determinado número de horas semanales, sometida a las lógicas indicaciones de la entidad empleadora (comunidad de propietarios), que es quien designaba las tareas y es titular del lugar en que aquellas se efectúan. No es la trabajadora la que posee una organización que ponga a

⁶⁶ Un compendio de dichos rasgos de laboralidad en STS de 23 noviembre 2009, rcud. 170/2009.

disposición de la empresa, sin que la cobertura de su baja por una familiar tampoco sirva para negar la laboralidad del vínculo, pues no es infrecuente que, en este tipo de trabajos, la búsqueda de una persona que sustituya al titular del contrato se haga mediante la referencia del mismo. Los servicios de la persona sustituta eran remunerados directamente por la misma empresa, sin que la trabajadora interviniera en la ejecución de esa relación de sustitución.

7. Servicios de telecomunicación en locutorios públicos

El TS ha dictaminado que la prestación de servicios de telecomunicación en locutorios públicos de Telefónica, bajo apariencia de una contratación civil, constituye en realidad una relación laboral⁶⁷.

Como en otras ocasiones, la descripción de notas concurrentes en la prestación de servicios cuya calificación se cuestiona compone el siguiente panorama: las actoras suscribieron con la CTNE, S.A. sucesivos contratos que denominaron de “prestación de servicios de telecomunicación en locutorio público”. En dichos contratos se comprometía la realización de cuantos actos fueran necesarios para la prestación de toda clase de servicios telefónicos en diversos locutorios públicos. La compañía impartía las instrucciones, efectuando las demandantes el cobro de los servicios prestados, quienes asimismo debían velar por el cuidado y limpieza de local y mobiliario, todos propiedad de Telefónica. Se obligaban a mantener el locutorio abierto como mínimo ocho horas diarias, o el superior que impusiera el servicio y se comprometían a emplear los servicios de un familiar mayor de 16 años, pero no pudiendo contratar a trabajadores por cuenta ajena. La retribución se fijaba en porcentaje sobre lo recaudado con la garantía de un mínimo. Bajo tales condiciones vinieron trabajando durante diversas temporadas anuales de cuatro meses de duración.

La Sala 4ª concluye, a la vista de las circunstancias descritas, que entre Telefónica y las telefonistas existió una relación laboral simulada bajo la apariencia de un vínculo civil, en la que se dan todas y cada una de las notas tipificadoras del contrato de trabajo que recogen los arts. 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores: prestación voluntaria de servicios, por cuenta y bajo la dependencia de Telefónica, que acababa asumiendo los resultados del trabajo realizado. Se recuerda la irrelevancia de la calificación que las partes otorguen a los contratos –*in casu*, contrato de arrendamiento de servicios–, pues la naturaleza jurídica de un ente contractual viene determinada por el conjunto de

⁶⁷ STS 20 julio 1999, rcud. 4040/1998.

derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan. Por lo demás, la laboralidad del vínculo no queda desvirtuada como consecuencia de dos de sus datos: la relativa libertad de horario y el tener que utilizar los servicios de un familiar. En cuanto a la primera, se considera enteramente compatible con la retribución a comisión y no se trataba de una libertad absoluta, sino relativa, inhábil para destruir la nota de dependencia. En cuanto a la necesidad de auxiliarse en el servicio por un familiar, es dato que según la sentencia acentúa el carácter laboral de la relación, pues no se permitía a la trabajadora elegir quién o quiénes le auxiliaran en su actividad, libertad que sería propia del arrendamiento civil de servicios. Se da entrada al art. 10.3 del ET, que contempla la figura del auxiliar asociado conforme a lo pactado por escrito entre el trabajador principal y la empresa, siendo también laboral la relación que surge entre el ayudante y el empresario.

En este orden de cosas, interesa recordar cómo, en ocasiones precedentes, la propia Sala Cuarta, resolviendo sobre los despidos planteados por trabajadores contratados por quien se hace cargo del locutorio mediante un contrato de la naturaleza aquí examinada –supuestos en los que se ha considerado al contratista como un mero empresario interpuesto y a Telefónica la empleadora real⁶⁸–, ha tenido que advertir de que cuando se discute si hay nexo laboral o civil entre Telefónica y la persona física con la cual se concierta una contrata de servicios para la regencia de un locutorio, es improcedente hablar de posible cesión de personal o aplicar las consecuencias de la cesión ilegal de trabajadores a que alude el art. 43 ET⁶⁹. Si se llega a la convicción de que ha existido contrato de carácter laboral –pese a la apariencia de lo contrario, dado el pacto formalmente existente y simulado– la realidad ha de prevalecer en todos los aspectos, incluido el concreto de que pueden reclamarse las retribuciones correspondientes a la categoría profesional adecuada a las tareas desempeñadas; intentar aplicar el particular régimen del art. 43 para permitir que se “elija empresario” es del todo inadecuado, ya que aquí solo uno puede ostentar tal condición.

8. Mantenedor de maquinaria dispersa

Pese a los importantes indicios adversos (alta en el RETA, IAE, denominación contractual, etc.), se ha concluido la existencia de contrato de trabajo

⁶⁸ SSTS 17 julio 1993 (rcud. 1712/1992); 15 noviembre 1993 (rcud. 1294/1992); 18 marzo 1994 (rcud. 558/1993).

⁶⁹ SSTS 31 octubre 1996 (rcud. 908/1996) y 19 noviembre 1996 (rcud. 1236/1996).

entre empresa propietaria de máquinas para refrescos y quien se encarga de su conservación siguiendo sus pautas⁷⁰.

Para aquilatar el alcance de la doctrina sentada, resulta indispensable tener a la vista las circunstancias en que se venía desempeñando la actividad de mantenimiento de máquinas expendedoras de refrescos: a) El actor estaba de alta en RETA e IAE, emitía facturas (con IVA) por los servicios prestados y había suscrito “contrato mercantil para la reparación y mantenimiento de la maquinaria descrita”. b) La empresa determina diariamente la planificación del servicio, debiendo ser avisada si surgen incidencias que puedan retrasarla; la tarea comienza a las ocho de la mañana y finaliza a las cinco de la tarde; también trabaja en fines de semana alternos y atiende las urgencias que se produzcan. c) Se abona la remuneración en función de las reparaciones realizadas y facturadas; cuando el trabajador está de baja se le abona una cuantía similar al promedio de lo que venía ingresando; la empresa facilita también las herramientas básicas, monos de trabajo, pegatinas para colocar en las máquinas, etc. y dispone de un servicio de inspección.

Sorprende un tanto que la Sala Cuarta haya admitido, como supuesto de contraste, aquel otro en el que un montador de muebles contratado por un gran almacén acude a los lugares donde se han transportado los muebles; el montaje se incluía en el precio pagado al almacén, facturando el demandante por trabajos realizados mensualmente y consistiendo su retribución en un 37% de la total factura de venta, estando dado de alta en el RETA y efectuando liquidación en el IAE.

No es que parezca mal que la sentencia se centre en los elementos fácticos relevantes desde la óptica jurídica, despreciando otras evidentes diferencias (tipo de clientela, variación de lugares donde se trabaja, sector de actividad, forma de cobro, tipo de contrato escrito, etc.) sino que choca ese criterio con el mayoritariamente adoptado.

La Sala realiza un detallado examen de cuantos obstáculos a la laboralidad aparecen sembrados en el relato fáctico para acabar desembocando en la afirmación de que existe un verdadero contrato de trabajo; no hay novedad, pero sí acertada y documentada solución, previa recopilación de criterios bien conocidos:

- Irrelevancia de la calificación que las partes otorguen a un contrato, pues la naturaleza jurídica de un negocio jurídico viene determinada

⁷⁰ STS 29 diciembre 1999, rcud. 1093/1999.

por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan.

- 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 contrato; si bien, el requisito de dependencia no concurre cuando el contratado actúa con plena autonomía, aunque “mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma” y “también es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial”.

- La exigencia de amplia disponibilidad horaria del actor con respecto a la empresa contratante, que obligaba de hecho a este a la prestación de servicios con carácter habitual y permanente durante un horario determinado, comporta entender que la libertad de horario pactada era un tanto relativa y más teórica que práctica; además, la amplia libertad de horario no desvirtúa la existencia del requisito de dependencia.

- Existía también, de hecho, una sumisión a las órdenes directas de la empresa (encargo diario de tareas, aviso de incidencias, pegatinas, fiscalización, etc.); los clientes no eran del actor sino de la empresa y la actividad permanente del demandante era la propia de la empresa y no la de él mismo, sin que en momento alguno percibiera un lucro como beneficio propio. “No solo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre, a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas para su desarrollo constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo”.

9. Agentes y subagentes de seguros

En numerosas ocasiones ha descendido la Sala Cuarta del TS al análisis de la cuestión relativa a la caracterización jurídica de la prestación de servicios realizada bajo apariencia de un contrato de agencia mercantil para una compañía de seguros. Como se expuso más arriba, la nota o característica profesional

que distingue la relación laboral especial del art. 2.1.f) del ET frente al contrato de agencia mercantil es la dependencia del trabajador, no la ajenidad, nota esta común a ambos tipos contractuales.

A este respecto, se ha caracterizado como relación laboral común y no de agencia la existente entre la empresa y quien presta servicios en la misma, desempeñando tareas de cobro de recibos, en la zona designada por la empresa y bajo sus directrices, a cambio de una retribución fija y compensando el abono de las cuotas de la Seguridad Social⁷¹.

Asimismo, existe relación laboral común y no mercantil de agencia entre la empresa y quien presta servicios para la misma, acudiendo todos los días a la oficina para realizar la jornada correspondiente y recibir instrucciones del gestor del grupo sobre el trabajo a desarrollar, utilizando los medios materiales de la empresa así como la cartera de clientes reales o potenciales de la misma, percibiendo una comisión por cada póliza que se suscribía mediante su intervención, sin que pudiese efectuar dicho trabajo para otra aseguradora sin permiso de la empresa y teniendo obligación de asistir a los cursos de formación organizados por la compañía. Todas estas condiciones son, a criterio del TS, reveladoras de la existencia de ajenidad y dependencia, notas propias de un contrato de trabajo, por más que la agente haya sido dada de alta en el RETA y en el IAE⁷².

La relación del subagente de seguros⁷³ que trabaja por cuenta y bajo la dependencia de un agente de seguros, a cambio de una remuneración, es laboral⁷⁴. La inclusión en el contrato de una cláusula por la que el subagente se compromete a responder del buen fin de las operaciones no significa necesariamente que así fuera, máxime cuando se tiene por probado que la trabajadora percibía una cantidad fija a cuenta de comisiones, cuya liquidación/compensación no consta⁷⁵. Es, asimismo, laboral el vínculo del cobrador de agencia

⁷¹ STS de 21 junio 2011 (rcud. 2355/2010).

⁷² STS de 14 julio 2016 (rcud. 539/2015).

⁷³ La distinción entre agente y subagente de seguros a los efectos de encuadramiento en uno y otro ámbito (mercantil o laboral) es válida y puede seguir aplicándose siempre y cuando el primero (el agente) lo sea real y propiamente, caracterizándose entonces, frente al subagente, por la autonomía de su gestión, de tal modo que si se evidencia que, en realidad, no ostenta tal condición independiente frente a la empresa, por más que así lo declare el contrato suscrito entre ambas partes, sino que se halla subordinado a la misma y encuadrado en su precitado ámbito de organización y dirección, la solución será igual para ambos casos.

⁷⁴ SSTs 16 febrero 1998 (rcud. 1636/1997) (Ponente, Sr. Fuentes López); 26 mayo 2006 (rcud. 1678/2005); 12 junio 2006 (rcud. 1173/2005); 4 y 14 julio 2006 (rcud. 1168/2005 y 1921/2005); 8 noviembre 2006 (rcud. 1920/2005); 6 febrero 2007 (rcud. 3596/2005); 25 junio 2007 (rcud. 5035/2005); 11 julio 2007 (rcud. 177/2006); 20 noviembre 2007 (rcud. 3572/2006); 28 febrero 2008 (rcud. 3174/2006).

⁷⁵ SSTs 15 octubre 2002 (rcud. 2130/2000) (Ponente, Sr. Martínez Garrido); 23 mayo 2007 (rcud. 3256/2005).

de seguros, sometido a vigilancia y control, que no asume el riesgo y que realiza tareas complementarias como subagente⁷⁶. Del mismo modo, se ha precisado que la calificación de este vínculo solo puede llevarse a cabo respecto de supuestos en los que se acredite la identidad fáctica⁷⁷.

Ahora bien, si el operador mercantil no disfruta de una mínima autonomía funcional, compatible con la nota de dependencia, su relación laboral no será especial, sino de naturaleza común⁷⁸. En efecto, rasgo característico de la actividad profesional del operador mercantil laboralizado es la amplia libertad de que disfruta para gestionar su tiempo de trabajo, como pone de relieve el art. 4º de su normativa específica (R.D. 1438/1985), que le exime de sujeción a jornada u horario de trabajo concreto sin perjuicio de las previsiones contenidas en los pactos colectivos o individuales, lo que es perfectamente compatible con la existencia de relación laboral, habida cuenta la relajación que con el devenir de los años ha experimentado la nota de dependencia al socaire de una muy densa y permanentemente actualizada elaboración jurisprudencial, todo ello partiendo del indeclinable presupuesto de que el trabajador no haya asumido el riesgo y ventura de las operaciones por él realizadas⁷⁹.

10. Contrato con apariencia de “comisión mercantil”

El TS ha resuelto que debe prevalecer la relación efectiva de carácter laboral sobre la apariencia de celebración de un contrato mercantil comprensivo de cláusulas que pretenden desnaturalizar, sin éxito, la laboralidad del vínculo⁸⁰. Tal es el caso del contrato mercantil concertado para gestionar la venta de productos del catálogo que la empresa facilitaba, llevando a cabo el gestor su actividad en el horario fijado por la empresa y sin posibilidad de vender más productos que los autorizados, manteniendo el “punto de venta” en las condiciones de exposición que le señalaba la empresa, que asimismo le daba instrucciones respecto a la contabilidad y al funcionamiento mercantil. Tal rela-

⁷⁶ SSTS 9 abril 2002 (rcud. 1381/2001) (Ponente, Sr. Varela Aufrán); 19 febrero 2003 (rcud. 3534/2001).

⁷⁷ SSTS 6 julio 2001 (rcud. 4019/2000) (Ponente, Sr. Marín Correa); 17 julio 2006 (rcud. 1923/2005) (Ponente, Sr. Souto Prieto).

⁷⁸ STS 13 mayo 1998, rcud. 4523/97).

⁷⁹ Por ello, no puede catalogarse como especial la relación laboral de quien, habiendo sido contratado como mediador mercantil, dependía estrechamente de su empleadora, estando sujeto a sus instrucciones, visitaba a los clientes que esta le indicaba, acudía todos los días a la empresa, cobraba una remuneración mensual fija incluidas pagas extraordinarias, careciendo, pues, en la realización de sus tareas de la independencia, libertad de horario y jornada que es típica de esta relación laboral especial.

⁸⁰ STS 15 junio 1998, rcud. 2207/1997.

ción jurídica goza de las notas o condiciones que, de acuerdo con el art. 1º. 1 y 8º.1 del ET, califican a una relación como laboral, sin que esta realidad se vea desnaturalizada por la inclusión en el contrato de cláusulas que carecen de operatividad alguna y que, únicamente, se predisponen para disfrazar o camuflar el sentido efectivo de la relación; cláusulas como el reconocimiento de una supuesta libertad al comisionista para el desarrollo de su actividad, que luego se acredita que no existe; o la posibilidad asimismo reconocida al mismo para que contrate personal colaborador o auxiliar, cuando lo cierto es que el reducido tamaño de la explotación proporciona a los denominados “comisionistas” una remuneración mensual, cuyo modesto importe les impide asalariar a nadie, más allá de la ayuda desinteresada que puedan prestarles familiares o amigos; o, en fin, la previsión de que los impagados correrán a cargo del trabajador, pues en un negocio en el que todas las operaciones se hacen al contado y en el que el encargado tiene que realizar a diario la liquidación de las ventas e ingresar lo recaudado, dicha cláusula carece de toda significación real.

11. Trabajadores en formación

11.1. ALUMNOS DE ESCUELAS-TALLER Y CASAS DE OFICIOS

Conviene anticipar la doctrina ahormada por el TS: superada la fase formativa, los alumnos de las escuelas-taller y casas de oficios que trabajan “en prácticas” lo hacen en el marco de genuinos contratos de trabajo⁸¹. Así, se ha proclamado respecto de jóvenes desempleados y formados para desarrollar la tarea de guías-intérpretes, que perciben una retribución de la Escuela Taller (Fundación que carece de ánimo lucrativo) y suscriben unos contratos de prácticas en los que se prevé la combinación de formación teórica y actividad productiva.

La regulación a la que se someten los Programas de las escuelas-taller y casas de oficios (por razones cronológicas, al supuesto examinado le es aplicable la OM de 29 de marzo de 1988) diferencia entre alumnos y trabajadores beneficiarios, lo que hace pensar que existe una diferencia entre la condición de becario y la de trabajador contratado por la Escuela-Taller⁸². Se diferencian

⁸¹ STS 7 julio 1998, rcud. 2573/1997.

⁸² Aunque no es aplicable al caso en cuestión, la posterior Orden de 3 agosto 1994 (que deroga a la precedente) aporta elementos auxiliares para determinar la naturaleza del vínculo descrito, debiendo destacarse lo establecido en su art. 5º, donde vuelven a diferenciarse dos etapas formativas, en la segunda de las cuales procede la contratación bajo la modalidad de contrato de aprendizaje, insitiéndose en que “durante esta etapa, los alumnos trabajadores percibirán las retribuciones salariales que les correspondan de conformidad con lo previsto en la normativa vigente y en la presente disposición”.

dos fases en los programas de las escuelas: una, en que se recibe formación profesional ocupacional (con posibilidad de becas y ayudas económicas) y, otra, en que son contratados (en prácticas o formación, percibiendo retribuciones, cotizando a la Seguridad Social, etc.). Tal dualidad constituye la clave para la clarificación del asunto:

- Durante la etapa formativa existe una beca: se adquiere una formación, cuyo coste soporta la entidad que la concede y los compromisos asumidos por el becario no desnaturalizan el perfil extralaboral que le es propio. Lo decisivo, entonces, es la ayuda que se presta a la formación profesional y no el beneficiarse de la actividad del becario.

- Durante la segunda etapa, existe retribución salarial, cotización, jornada de trabajo efectiva y, en definitiva, todos los elementos definidores del contrato de trabajo, bien que en su modalidad (aprendizaje o formación) correspondiente.

La Sala Cuarta recuerda que el rasgo principal de las becas consiste en facilitar el estudio y la incorporación del becario al mundo profesional, que no en propiciar la adquisición de los resultados de su actividad por parte de la empresa. En el caso considerado, sin embargo, es claro que durante la segunda fase formativa los trabajadores no perciben ya una ayuda o beca, sino la retribución salarial correspondiente: se está ante contrato de trabajo y han de aplicarse las normas laborales, conociendo de la materia los órganos de la jurisdicción social.

11.2. BECARIOS DE UNIVERSIDAD

La jurisprudencia social ha tenido una intervención determinante en la distinción entre contrato de trabajo y beca, tarea generalmente compleja, porque en ambos casos se realiza un trabajo y se percibe una compensación⁸³. Importa señalar que, por razones cronológicas, queda fuera del debate la regulación contenida en el RD 1326/2003, por el que se aprueba el Estatuto del becario de investigación, así como en el RD 63/2006, de 27 enero –que mejoró en varios aspectos el de 2003– y en el actual RD 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación.

⁸³ SSTS 22 noviembre 2005 (rcud. 4752/2004), 4 abril 2006 (rcud. 856/2005), 29 marzo 2007 (rcud. 5517/2005) y 29 mayo 2008 (rcud. 4247/2006).

Los rasgos que permiten marcar la diferencia entre beca y contrato de trabajo según la Sala Cuarta son:

- La esencia de la beca de formación es conceder al beneficiario una ayuda económica de cualquier tipo para posibilitar una formación adecuada al título que pretende o que ya ostenta, bien en centro de trabajo de la entidad que concede la beca, bien en centro de estudios ajeno al concedente.

- El importe de la beca no constituye una retribución de servicios.

- Las labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así y las tareas que se le ordena realizar integran los cometidos propios de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral.

- La relación laboral común no contempla ese aspecto formativo y retribuye, en los términos fijados en convenios colectivos o contratos individuales, los servicios prestados por cuenta y a las órdenes del empleador, con independencia de que la realización de los trabajos encomendados pueda tener un efecto de formación por la experiencia.

- Disfrazar una relación laboral con el ropaje de una beca constituye una actuación en fraude de Ley que lleva como consecuencia la nulidad del acto constitutivo del fraude y la producción de efectos del acto que se trata de encubrir, tanto si el beneficiario de la actuación fraudulenta es persona privada, como si es la Administración, sujeta al ordenamiento jurídico por mandato constitucional.

- El hecho de que la beca haya sido objeto de convocatoria, mediante un acto administrativo, no es determinante para calificar la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes, pues antes que al *nomen iuris* otorgado por la entidad convocante ha de estarse a la realidad de la prestación de servicios que ha tenido lugar amparada en esa convocatoria.

La conclusión en la que desembocan estas consideraciones es que ha de tratarse como contratado laboral al becario cuyas labores carecen de perfil formativo y se identifican por completo con las de una categoría profesional de las contempladas en el convenio colectivo.

12. Contratación administrativa fraudulenta

12.1 PLANTEAMIENTO

La coincidencia de objetos, el empleo de fórmulas legales excesivamente laxas y cierta obsesión por eludir las obligaciones impuestas por la legisla-

ción laboral, ha llevado a los poderes públicos a valerse de la contratación administrativa temporal para el desarrollo de cometidos de todo tipo, desbordando la vocación misma con la que nace esta contratación, que no es otra que la ocasional cobertura de aquellas necesidades de las que coyunturalmente no puede hacerse cargo el personal funcionario o laboral.

Si la Administración, resultando posible el desarrollo de la actividad indistintamente en régimen laboral o administrativo, opta por este último, pero la prestación de servicios se desarrolla materialmente con sometimiento a los principios propios de una contratación laboral, estaría procediendo en fraude de ley y la relación mantenida entre las partes debe ser calificada como laboral, con los efectos propios de esta. La contratación administrativa está siempre condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilitaba, la obtención de un producto concreto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma, de manera que, si no se contrataba ninguna obra o resultado que pudiera objetivarse, sino la actividad o el hacer del contratado, se incurría en fraude de ley y el contrato era considerado laboral.

La celebración de un contrato administrativo –o de una serie de contratos administrativos– para encubrir una verdadera relación laboral supone la sustracción al trabajador de todos los derechos que le concede el ordenamiento laboral y de Seguridad Social; derechos relativos, entre otras cosas, a la estabilidad laboral, tiempo de trabajo y descansos, retribución garantizada, modificación, suspensión y extinción del contrato laboral y acogimiento al Régimen General de la Seguridad Social con obligación de cotizar por parte de ambos contratantes, empresario y trabajador. Además, con esta práctica, se infringen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que deben regir el acceso al empleo público según los artículos 14, 23.2 y 103 de la Constitución, toda vez que la persona contratada administrativamente pasa a prestar servicios en la Administración sin haber superado el correspondiente proceso selectivo (exigible incluso para la contratación de trabajadores temporales).

12.2. ENCUBRIMIENTO DE CONTRATO LABORAL

Quien ha prestado servicios para la Administración o un organismo público, mediante uno o varios contratos administrativos concertados en fraude de ley laboral, puede acudir a la jurisdicción social para que se reconozca su condición de trabajador asalariado, sea durante el transcurso de

dicha relación (acción declarativa) o con motivo de su extinción (demanda por despido)⁸⁴.

Detectar el fraude de ley cuando se trataba del uso indebido de contratos para trabajos específicos era labor relativamente sencilla. Como estos contratos solo podían utilizarse para trabajos específicos, concretos y no habituales en la Administración, bastaba con apreciar desviación en su objeto respecto del legalmente permitido para caracterizar como laboral (e indefinida) la relación de servicios. De ahí que la jurisprudencia haya considerado laborales los celebrados bajo esta fórmula contractual, cuando el objeto contratado era una obra o servicio de duración indefinida⁸⁵, un conjunto difuso de actividades⁸⁶ o trabajos normales y permanentes⁸⁷.

12.3. ENCADENAMIENTO DE CONTRATACIONES

Se ha afirmado que la prestación de servicios realizada sin interrupción para un ente público a través de distintas formas contractuales, laborales unas, administrativas otras, constituye relación laboral indefinida por reunir las notas del artículo 1.1 ET y revelar la intención del organismo contratante de que el trabajador realizase siempre la misma actividad; sin que el hecho de que en algún tramo de la relación de servicios se haya camuflado bajo una apariencia contractual administrativa obstaculice la calificación laboral de la relación, pues además de que, conforme a reiterada jurisprudencia, la naturaleza del vínculo no depende de la denominación que las partes le adjudiquen, tal circunstancia solo refleja la utilización de un sistema totalmente irregular y *contra legem* de contratación administrativa, que solo procede en los supuestos legalmente tasados⁸⁸. En este sentido, la simple remisión al Real Decreto

⁸⁴ Jurisprudencialmente se ha resuelto que compete a la jurisdicción social calificar la naturaleza de las relaciones de servicios acogidas formalmente a un contrato administrativo (para realización de trabajos específicos en las Administraciones Públicas), cuando en dicha contratación existe una desviación evidente del cauce legal previsto. Cfr., entre otras, SSTS/Soc. de 24 abril 1997 (rcud. 3581/1996), 2 y 10 febrero 1998 (rcud. 575/1997, 2112/1997); 27 abril 1998 (rcud. 1696/1997); 17 (2) y 18 septiembre 2004 (rcud. 4178/2003, 1850/2003 y 4988/2002); 26 septiembre 2006 (rcud. 1462/2005); 22 enero 2008 (rcud. 4282/2006) y 11 febrero 2008 (rcud. 4588/2006).

⁸⁵ STS 22 octubre 1987.

⁸⁶ STS 13 abril 1989.

⁸⁷ SSTS 26 octubre 1992 (rcud. 2561/1991) y 2 febrero 1994 (rcud. 2909/1992).

⁸⁸ STS 24 abril 1997 (rcud. 3581/1996), calificando como laboral la contratación realizada con quien, de forma ininterrumpida, vino prestando servicios para la Consejería de Educación y Cultura de una Administración autonómica, como colaborador en acciones formativas y coordinador de actividades culturales, primero verbalmente, y después alternando contratos de trabajo temporales y para trabajos específicos al amparo del RD 1465/1985.

1465/1985 sobre contratación temporal para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales en la Administración no era suficiente para destruir la presunción de laboralidad de los servicios realizados cuando estos revestían carácter habitual y permanente, máxime teniendo en cuenta que el artículo 3.5 del ET invalida la renuncia de derechos por el trabajador⁸⁹.

12.4. TIPOLOGÍA

Es laboral la relación concertada entre el Ministerio de Defensa y cuatro profesores que habían sido contratados a través de sendos contratos administrativos, amparados formalmente en el RD 1465/1985, tres de ellos como profesores de inglés y, el cuarto, como profesor de matemáticas para impartir clases de las respectivas materias a marineros de la Armada, durante un número de horas determinado y a razón de una cantidad fija por hora trabajada, contra factura expedida por ellos, pues lo que la Administración pretendía no era la obtención de un resultado específico, concreto y no habitual, sino el desarrollo de una actividad (docente), aunque fuera por una temporada⁹⁰.

Es laboral la relación de una abogada contratada por un Servicio Público de Salud bajo la apariencia de régimen administrativo, cuando en lo que realidad se le pedía no era un resultado concreto, sino el desarrollo de su actividad como tal y por tiempo determinado, emitiendo mensualmente una factura sobre la que cargaba los correspondientes impuestos, que era abonada por la Administración, siendo su trabajo supervisado, dirigido y ejecutado bajo las órdenes de un Jefe de Servicio, con sometimiento a jornada y horario y utilizando, al igual que otros dos empleados (laborales) con los que compartía despacho, los medios materiales de la administración sanitaria, todo lo cual constituye el objeto propio de una contratación laboral, sin que operase la excepción que al amparo de las normas administrativas se halla prevista en el apartado a) del art. 1.3 ET⁹¹.

⁸⁹ SSTS 2 y 10 febrero 1998 (rcud. 575/1997 y 2112/1997); 27 abril 1998 (rcud. 2865/1997); 13 julio 1998 (rcud. 4336/1997); 24 septiembre 1998 (rcud. 3311/1997) y 29 septiembre 1998 (rcud. 3208/1997).

⁹⁰ STS 19 mayo 2005 (rcud. 2464/2004). En el mismo sentido, STS de 6 febrero 2006 (rcud. 646/2005) y 23 marzo 2006 (rcud. 821/2005).

⁹¹ STS 21 diciembre 2005 (rcud. 5212/2004). En las SSTS 25 mayo 2006 (rcud. 577/2005) y 7 junio 2006 (rcud. 639/2005) se considera laboral la contratación celebrada por el Ministerio de Defensa con profesor contratado para realizar funciones docentes en un acuartelamiento militar, procediendo el centro a fijar la materia a impartir y el horario de clases. Por su parte, la STS/Soc. de 26 septiembre 2006 (rcud. 1462/2005) considera fraudulenta la contratación administrativa de una profesora de Inglés, que había sido contratada por el Ministerio de Asuntos Exteriores durante diez años consecutivos y por un número de

Como vino a precisar la STS de 27 de julio de 2005 (rcud. 41/2004), la Administración, antes y después de la modificación de la Ley de Contratos de 1995 por la Ley 53/1999, podía contratar con empresas o con profesionales independientes la realización de trabajos o cursos para la formación de su personal y, por lo tanto, para participar en “seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad”, pero siempre que se tratara de profesionales con autonomía suficiente para estimar que lo hacían bajo su propia independencia de actuación y en atención al resultado de su actividad, más que a la propia actividad por ellos desarrollada; es decir, mientras no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena en los términos en los que los contempla el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores. Posibilidad de contratación por vía administrativa que no se corresponde con la contratación de una profesora para dar cursos de inglés a personal de la Armada Española, pues, bajo la apariencia de contratación de una profesional autónoma e independiente, sin embargo, estuvo prestando servicios continuados durante un largo período de tiempo, con cumplimiento de una jornada y sometimiento al programa establecido por la Administración contratante, es decir, con ajenidad y dependencia.

Se ha confirmado el carácter fraudulento de la contratación administrativa de una licenciada en Derecho, contratada por el Ministerio de Asuntos Exteriores, para realizar labores de asistencia técnica, por una duración de seis meses, acudiendo todos los días la trabajadora al centro de trabajo de la Agencia Española de Cooperación Internacional, cumpliendo un horario de 8 a 14 y de 16 a 19:30 horas, fichando a la entrada y a la salida, recibiendo órdenes directas de la subdirectora de AEI, consistiendo su trabajo en alimentar y gestionar una página web de la citada Agencia a la que incorporaba la información que se le ordenaba y percibiendo por ello 2.000 euros brutos⁹².

Del mismo modo, se ha calificado como laboral el contrato suscrito con la Junta de Andalucía, que las partes denominaron como de “Consultoría y Asistencia Técnica para prestar servicios en el Servicio de Infancia y Familia: Departamento de Centros de Protección de Menores”, toda vez que la actividad contratada, previa tramitación de un expediente administrativo de contratación, no consistía en la obtención de un resultado acorde con los conoci-

horas que cubrían todo el curso escolar, para impartir clases de Inglés en la Escuela Diplomática, a cambio de una cantidad a tanto alzado. Sobre la laboralidad de contratos aparentemente administrativos para la realización de actividades formativas en la Administración, vid. asimismo las SSTS de 30 abril 2007 (rcud. 1804/2006) y 20 junio 2007 (rcud. 2394/2006).

⁹² STS 17 octubre 2006 (rcud. 3195/2005). En el mismo sentido, STS 11 febrero 2008 (rcud. 4588/2006).

mientos o con la posible titulación o preparación de cada una de las demandantes, sino que se trató de realizar actividades normales y propias del contenido de la función a desarrollar por dicha Administración –funciones educativas, de asistencia psicológica a menores, jurídicas, etc.–, funciones estas que se llevaron a cabo durante un prolongado lapso temporal⁹³. La misma calificación (laboralidad) se sostendrá respecto de un aparente contrato administrativo de asistencia de servicios, formalizado entre un arquitecto y el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas (INVIFAS)⁹⁴.

Es laboral la vinculación de servicios formalizada como contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica con el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial (INTA), al tratarse de caso sustancialmente idéntico al resuelto en las antecitadas sentencias de 16 mayo y 10 junio 2012, atendiendo a la tipología contractual, cláusulas similares y circunstancias en que se desenvolvía la prestación de servicios de la demandante⁹⁵.

También la relación formalizada como contrato administrativo de asistencia técnica entre un arquitecto y un Ayuntamiento, para realizar las funciones propias de la gestión urbanística municipal; y ello, por cuanto: a) no eran cuestionables ni el carácter voluntario de la prestación de servicios, que se asumía contractualmente, ni la existencia de retribución; b) existía una cesión anticipada de la utilidad patrimonial del trabajo del actor al Ayuntamiento, cuyo título era el contrato y que esa cesión era anterior a la terminación de los trabajos; c) los servicios profesionales se prestaban durante varios días por semana con sujeción a un horario; d) el trabajo se ejecutaba en los locales del Ayuntamiento y con los medios de este, con aplicación de vacaciones y con una retribución fijada en un importe anual, que no tenía en cuenta los resultados concretos de la actividad profesional, sino la dedicación pactada; e) el hecho de que la retribución se documentase a través de facturas emitidas por la empresa solo era una cobertura formal que no alteraba la realidad de la existencia de una prestación y remuneración de servicios personales; f) el trabajo –atención al público, informes técnicos– se insertaba en el círculo rector y organizativo del ente local, si bien con la autonomía funcional propia de un profesional cualificado⁹⁶.

Asimismo, la relación, formalmente concertada como administrativa, de una asesora-lingüística de idiomas que ha prestado servicios para un colegio público, dependiente de la Consejería de Educación de la Junta de Comunida-

⁹³ SSTS 15 octubre 1997 (rcud. 3200/2006) y 22 enero 2008 (rcud. 4282/2006).

⁹⁴ SSTS 25 octubre 2007 (rcud. 3377/2006) y 26 febrero 2008 (rcud. 1063/2007).

⁹⁵ STS 15 julio 2013 (rcud. 3227/2012).

⁹⁶ STS 12 junio 2012 (rcud. 1831/2011).

des de Castilla-La Mancha, al amparo de los Convenios MEC-British Council⁹⁷. Se trataba de servicios docentes no acogidos a la posibilidad prevista en el artículo 32.2 de la LOGSE, conforme al cual, en los centros públicos, las Administraciones educativas podrán concertar, con profesores especialistas, contratos de carácter temporal y en régimen de derecho administrativo para la impartición de módulos profesionales integrados [de entre los del Catálogo Nacional de las Cualificaciones Profesionales] en los programas de iniciación profesional.

También en el ámbito docente se desenvuelve la prestación de servicios, formalizada como contratación administrativa, cuya calificación afronta la STS de 26 marzo 2014 (rcud. 1255/2013). En esta sentencia se aborda el supuesto de quien ha trabajado durante casi siete años como profesor especialista en un Instituto de Enseñanza dependiente de la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en virtud de sucesivos contratos denominados como “administrativos temporales”, coincidentes con la duración del curso académico, a partir del curso 2003–2004 y hasta el curso 2009–2010 inclusive, no siendo renovado para el curso 2010–2011. La Sala entiende que el contrato administrativo de servicios, cuya regulación se contiene en los citados artículos 277 y ss. de la Ley 30/2007, tiene por objeto, según la jurisprudencia, “un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma, independiente del resultado final”, por lo que no se corresponde con la actividad habitual de un profesor de un Colegio Público, en el que concurren las características definitorias del contrato de trabajo y no del arrendamiento de obra. La no renovación del contrato se considera despido improcedente.

La STS de 21 julio 2014 (rcud. 2676/2013) procede a calificar la naturaleza jurídica de la relación existente entre un técnico superior y la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, que las partes denominaron de consultoría y asistencia, con duración temporal de un año y objeto de “seguimiento y evaluación del impacto ambiental de los planes urbanísticos en la provincia de Jaén”. En dicha sentencia se razona: a) que a partir de la LCSP de 2007, la previsión legal de dos modalidades en los contratos de servicios, el desarrollo de una actividad o bien la obtención de un resultado, viene a contemplar una medida distinta de la tradicional en la separación de la relación administrativa y la laboral; b) que, con independencia del uso de medios materiales puestos a su disposición por la Administración empleadora –que no definen por sí solos la relación–, el técnico estaba sujeto al

⁹⁷ STS 16 diciembre 2013 (rcud. 3265/2012).

horario del departamento, firmaba a la llegada y a la salida y contaba con un mes de vacaciones, que debía disfrutar previa coordinación con el resto de compañeros para cubrir el servicio, así como para los permisos; en cuanto a sus funciones, compartía el reparto de expedientes administrativos con los otros técnicos, recibiendo apoyo del personal de la delegación para realizar las tareas encomendadas. Serán las características reseñadas las que lleven a calificar como laboral la relación existente entre las partes.

La misma solución abrazan, resolviendo un supuesto prácticamente idéntico, las SSTS de 27 abril 2015 (rcud. 1237/2014) y 23 junio 2015 (rcud. 2369/2014), donde, tras recordar que la delimitación del ámbito laboral y el administrativo se mueve en zonas muy imprecisas, dado que desde el punto de vista material la prestación de servicios profesionales se realiza, en ambos casos, en régimen de ajenidad y dependencia, la Sala insiste en que ello no significa que la Administración disponga de un cheque en blanco que le permita convertir en contrato administrativo cualquier contrato laboral, por el simple hecho de calificarlo como tal. Calificación de laboralidad que ha de prevalecer cuando el trabajador ha prestado servicios para la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, mediante diversos contratos administrativos de consultoría y asistencia técnica y servicios, realizando la actividad en idénticas condiciones que el personal de la Consejería y en régimen de completa dependencia.

12.5. FALSOS AUTÓNOMOS

Con estos presupuestos, las SSTS de 21 julio 2011 (rcud. 2883/2010) y 22 diciembre 2011 (rcud. 3796/2010), ante la prestación realizada bajo la cobertura formal de contratos administrativos de servicios entre una licenciada en Ciencias Ambientales y el Ministerio de Defensa, en un caso, y entre un licenciado en Ciencias Físicas y el Ministerio de Defensa, en otro, en los que se desarrollaba una actividad bajo la dirección de la persona designada por el director técnico del programa, con disponibilidad continua las 24 horas del día, en determinadas situaciones y percibiendo una remuneración, mediante expedición de facturas cada cierto tiempo, con aplicación de IVA, descartarán la existencia de una relación administrativa con estos “falsos autónomos”, en tanto que:

— la contratación atiende a una actividad en sí misma, independiente del resultado final y no a un producto delimitado de la actividad humana que,

según reiterada jurisprudencia, es lo propio de la contratación administrativa de servicios;

— la LCSP 2007, al exigir que las personas físicas o jurídicas que pretendan optar a ser adjudicatarias de un contrato administrativo deberán acreditar “solvencia económica, financiera y técnica o profesional” está pensando en una organización empresarial que tenga capacidad de alcanzar el objeto del contrato y no en un trabajador que se inserta en la organización de la Administración empleadora para llevar a cabo una tarea profesional del tipo que sea.

Aplicando estos mismos criterios, las SSTs de 16 mayo y 10 junio 2012 (rcud. 2227/2011 y 3159/2011) aprecian la existencia de relación laboral y no administrativa de asistencia técnica en la prestación de servicios mantenida con el Ministerio de Defensa (Instituto Tecnológico “La Marañosa”), siendo así que los falsos contratistas realizaban su actividad en las instalaciones del mencionado Instituto, dentro del horario laboral marcado por la Administración, con asistencia a reuniones y siendo convocados a la realización de cursos en el propio centro, con devengo de dietas cuando tenían que realizar desplazamientos por razón de su trabajo; los trabajadores únicamente aportaban como recurso propio sus conocimientos científicos y la prestación efectiva de sus servicios en el Instituto Tecnológico, que supervisaba y orientaba su desarrollo. En estas sentencias puede leerse que el producto de la contratación administrativa “no tiene que ser un objeto físico: puede ser un proyecto arquitectónico, un dictamen profesional, una conferencia..., en definitiva, algo que el profesional hace con sus propios medios y que entrega ya finalizado a la Administración contratante (...). Lo que no cabe es que el profesional se inserte en el ámbito organizativo de la Administración contratante para, codo con codo con el resto del personal funcionario y laboral de la misma y bajo la dirección de superiores jerárquicos de la propia Administración contratante y con los medios de esta, participe, como es el caso, en tareas habituales de la propia Administración contratante, por mucho que las mismas se subdividan en proyectos concretos, por cierto de varios años de duración”.

13. Profesores de Escuelas Universitarias no estatales y Colegios Universitarios

Considerando que el Convenio Colectivo del Personal Docente de los Centros no estatales de Enseñanza Universitaria de la provincia de Barcelona (BOP 26-3-85), aplicable al caso de autos, define al profesor agregado como el

que lleva a cabo la docencia de una o varias disciplinas, bajo la dirección del catedrático o en su defecto del catedrático jefe del Departamento, así como las tareas que en cada curso se le asignen por su respectivo Departamento, de acuerdo con la Dirección del centro y aquellas otras que se determinen de carácter docente; y no constando que la contratación de tales profesores viniera sujeta al Derecho Administrativo, ni la suscripción de contrato expreso de clase alguna, rige la presunción de laboralidad del art. 8.1 del ET, sin que la posterior configuración como Patronato de la Escuela en la que prestan sus servicios altere la consideración como trabajadores asalariados de dichos profesores, que ven disciplinadas sus condiciones laborales por el respectivo Convenio Colectivo provincial de personal docente de los centros no estatales de enseñanza universitaria⁹⁸.

También se ha considerado laboral la relación jurídica existente entre una Escuela Universitaria adscrita a una Universidad estatal y su profesorado, a condición de que no medie ulterior novación en contratos de naturaleza administrativa⁹⁹. Del mismo modo, la vinculación de los profesores con un Colegio Universitario adscrito a la Universidad Complutense, cuyo titular es una institución privada (Caja de Ahorros), posee carácter laboral y no administrativa, pues por más que en dicho Colegio se imparta docencia de nivel superior con adscripción a una Universidad pública, no posee naturaleza pública, no forma parte de la Administración Universitaria ni de la Administración en general, por lo que no puede acogerse al sistema de contratación de profesores previsto en el artículo 44 de la Ley de Reforma Universitaria (LO 11/1983) ni en el artículo 20 del Real Decreto 1200/1986, de 13 de junio, por el que se modifica y completa el Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre Régimen del Profesorado Universitario¹⁰⁰.

14. Profesores de religión católica en centros docentes públicos

Como laboral (y materialmente especial) se ha conceptualizado el vínculo que surge entre el profesorado de Religión Católica y la Administración Educativa que lo designa, por períodos anuales, a propuesta del Obispado¹⁰¹. La

⁹⁸ STS 9 febrero 1994 (rcud. 986/1993). El estatuto laboral de dichos profesores ya había sido proclamada anteriormente por STS de 6 junio 1990.

⁹⁹ STS de 7 diciembre 1999, rcud. 323/99.

¹⁰⁰ STS 18 marzo 2002, rcud. 2068/2000.

¹⁰¹ SSTS 19 junio 1996 (rcud. 2743/1995); 30 abril 1997, rcud. 3561/96; 27 abril 2000, rcud. 3295/99; 3, 8, 9 (5), 10, 16, 24, 25 y 31 mayo 2000 (rcuds. 3073/99, 3075/1999, 3067/1999, 3106/1999, 2712/1999, 2693/1999, 2735/1999, 3066/1999, 3294/1999, 3076/1999, 2695/1999 y 3899); 2 junio 2000,

Sala Cuarta concluye que el verdadero empleador de los profesores de religión es la Administración educativa, destinataria de los servicios que le presta este personal (planifica, organiza y controla el trabajo; ejerce la potestad disciplinaria y son de su cargo todos los gastos que con ello se ocasionen) y por ser el obligado a remunerar a este profesorado, pues si bien debe poner los fondos necesarios a disposición de la Conferencia Episcopal Española, la autoridad eclesiástica limita su intervención a la de simple pagador por cuenta de otro o distribuidor de los fondos recibidos. Además, la designación y el nombramiento de estos profesores se lleva a cabo por la autoridad docente del Estado, reservándose la jerarquía eclesiástica la única facultad de presentar los candidatos que considere más idóneos para impartir esta enseñanza, pero quien realmente crea el vínculo jurídico es la Administración del Estado al efectuar la designación y el nombramiento de cada trabajador.

15. Profesores de enseñanza no reglada

Tras hacer recuento de indicios de ajenidad y dependencia ahormados por la jurisprudencia para calificar la laboralidad de una prestación de servicios, en STS de 22 julio 2008 (rcud. 3334/2007) se concluye que es laboral la relación que mantienen determinados profesores con la entidad de enseñanza para la que prestan servicios, pues es esta la que dispone de la organización académica necesaria para la prestación de servicios, oferta los cursos al público, organiza los grupos de alumnos y fija los horarios, salvo que fueran personalizados, con un único alumno, en cuyo caso, eran los profesores, junto al alumno, quien organizaba los horarios; asimismo, era el centro de enseñanza el que cobraba los importes correspondientes a cada curso, todo lo cual demuestra la dependencia y la ajenidad que caracteriza a la relación laboral, pues la actividad se realizaba dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, percibiendo de retribución una cantidad fija con independencia del número de alumnos. No enerva la laboralidad del vínculo el hecho de que los profesores, en ejercicio de su libertad de cátedra, no estuvieran sometidos a la empresa en lo atinente al desarrollo de los cursos y a la evaluación de los conocimientos de los alumnos.

rcud. 2585/1999; 2 julio 2000, rcud. 3068/99; 3 julio 2000, rcud. 2692/99; 18 septiembre 2000, rcud. 2694/99; 11 octubre 2000, rcud. 3389/1999; 31 octubre 2000, rcud. 442/2000.

16. Profesorado de academia

La Sala Cuarta ha caracterizado como relación laboral el vínculo de los profesores que prestan sus servicios en academias que imparten cursos de formación profesional ocupacional, dándose un conjunto de circunstancias que permiten denotar la existencia de ajenidad y dependencia ¹⁰²:

- Las clases se impartían en los locales de la empresa.
- Era la empresa quien contrataba a los profesores para cursos específicos en contenido y duración, buscaba al alumnado y exigía a todos los profesores que daban clase estar dados de alta a efectos fiscales y de Seguridad Social como autónomos.
 - El Centro establecía el horario.
 - Si no se podía impartir la clase el día señalado, la tenía que impartir el mismo profesor otro día.
 - Los profesores tenían correo corporativo y acceso a una web mediante claves personales donde accedían a la formación *on line* y corregían los trabajos.
 - No tenían aula de profesores y no realizaban más funciones en el centro.

17. Psicólogos y médicos en centro de reconocimiento de conductores

En el caso resuelto por la STS de 20 septiembre 1995 –rcud. 1463/94–, se concluye la existencia de relación laboral entre una psicóloga que presta sus servicios profesionales, bajo la denominación de contrato de arrendamiento de servicios, para un centro médico de reconocimiento de conductores, cazadores, etc. La trabajadora aparece como directora del centro (de tamaño mínimo), acude para atender al público en horario prefijado; pasa facturas con IVA y tributa como profesional liberal; suele percibir todos los meses cantidades similares y, a fin de tomar sus vacaciones, designa sustituto; no figura inscrita en el Libro de Matrícula. En el presente caso, con clara mezcla de indicios laborales y de datos destipificadores, el TS ha ponderado el conjunto de circunstancias concurrentes en el sentido de afirmar la laboralidad. No hay más razonamiento que el implícito en la afirmación de que, al margen de apariencias, el principio de realidad debe de prevalecer y los hechos descritos calificarse como constitutivos de un contrato de trabajo: la dependencia y ajenidad no

¹⁰² STS de 29 octubre 2019, rcud. 1338/2017.

están ausentes. Da la impresión de que en esa valoración prima, sobre todo, la idea de que no hay independencia, propia de los trabajadores autónomos y contrapuesta a la de los que prestan sus servicios por cuenta ajena, sujetos como están a las órdenes del empresario, sin margen para la desobediencia ni, por tanto, para decidir qué tareas desean o no realizar.

Se analiza en la STS 20 julio 2001 (rcud. 4207/1999) un supuesto de médico al servicio de Centro de Reconocimiento, con la peculiaridad de que cuando no podía acudir al trabajo buscaba un sustituto que era pagado por él mismo, comunicándolo a la Dirección, sin que esta tuviera intervención ni en la elección, ni en el pago; sobre la base de tal dato la sentencia de suplicación entiende que no puede estarse ante una relación laboral, sino civil o de arrendamiento de servicios. Este elemento diferencial de la organización del trabajo y de las sustituciones a voluntad del prestador del servicio no puede pasarse por alto y ha de coincidir en el caso resuelto por la sentencia de contraste para que pueda la Sala adentrarse en el fondo del asunto. Por lo tanto, la Sala Cuarta conoce y respeta el criterio sentado por ella misma antes expuesto, pero entiende que el mismo no puede ser válido para cuantos profesionales vengan actuando en centros de reconocimiento, sino que habrá que estudiar en cada caso las circunstancias fácticas que presiden la prestación de actividad.

18. Reportero gráfico

Existe contrato de trabajo entre el reportero gráfico y la editora de un diario para la que presta servicios continuados, cediendo a la misma los derechos de explotación más importantes sobre el material obtenido, trabajando por encargo y siguiendo sus instrucciones, a cambio de una remuneración¹⁰³. La Sala Cuarta considera que la prestación de servicios reúne las notas de ajenidad, dependencia y remuneración que delimitan la existencia de una relación jurídico-laboral conforme a lo dispuesto en los art. 1º. 1 y 8º.1 del ET. En efecto:

- En cuanto a la nota de ajenidad, la misma concurre porque el reportero no presta servicios por propia iniciativa y para sí mismo, con la intención de proporcionarlos luego al mercado de la información (vía contrato de compraventa, arrendamiento, etc.), sino que trabaja por encargo de una empresa periodística, bajo sus precisas indicaciones temáticas, la cual tiene plenas facultades para seleccionar a precio preestablecido las fotografías que más le

¹⁰³ STS 31 marzo 1997 (rcud. 3555/1996).

interesan de los reportajes realizados, adquiriendo así el principal resultado del trabajo y, por ende, su utilidad patrimonial, constituido por los derechos de explotación y publicación en prensa de las fotografías seleccionadas. La nota de ajenidad no resulta desvirtuada, ni por el hecho de que el reportero estampe su firma al pie de las fotografías publicadas –pues ello forma parte de su intransferible derecho moral de autor–, ni, de acuerdo con reiterada jurisprudencia (recaída a propósito de la actividad desarrollada por mensajeros y pequeños transportistas) por el dato de que el trabajador aporte algunos útiles o herramientas de trabajo, pues tales aportaciones carecen en el contexto de la relación contractual concertada de la suficiente envergadura o importancia económica como para convertir al colaborador gráfico en empresario titular de su propia organización productiva, cuyo objetivo prioritario sea la obtención de un lucro por el capital invertido antes que la obtención de una renta por el trabajo realizado.

- La nota de subordinación o dependencia está presente desde el momento en que no se trata de un colaborador libre, que preste servicios esporádicamente o por actos o acontecimientos singulares, sino de un trabajador incorporado plenamente y con continuidad en un determinado medio de comunicación, que programa diariamente el trabajo a realizar, encargándole incluso en ocasiones trabajos o reportajes imprevistos.

- En cuanto a la remuneración del fotógrafo, habiéndose concluido que el mismo trabaja por cuenta ajena, resulta indiferente la concreta modalidad retributiva elegida para compensar sus servicios, aunque el sistema por el que se haya optado sea poco típico o convencional –el llamado de “retribución a la pieza”, esto es, por fotografía realizada y adquirida–, máxime teniendo en cuenta que el art. 26 del ET, cuando se da el *prius* de concurrir la notas de ajenidad y dependencia, considera “salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie..., cualquiera que sea la forma de remuneración.”

En el caso resuelto por la STS de 19 julio 2002 (rcud. 2869/2001), además, el Convenio Colectivo de la Empresa declaraba excluido de la relación laboral la de “los colaboradores a la pieza independientemente de que mantengan una relación continuada con la empresa”, pero la Sala Cuarta recuerda que los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de las obligaciones que incumben a las partes, sin que la misma pueda ser alterada, ni por acuerdos de la voluntad individual, ni de la colectiva. “De modo que los convenios colectivos podrán excluir de su aplicación una serie de categorías de trabajadores, siempre que ello no sea determinante de discriminación, pero no pueden ordenar que no tenga

naturaleza laboral una relación jurídica que, por sus características, sea subsumible en las previsiones del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores”.

19. Sindicalista y asesor

El debate sobre si es de naturaleza laboral (o solo asociativa) la relación contractual que une a un sindicato con uno de sus dirigentes, el cual, al tiempo que desempeñaba diversos cargos (miembro de la Comisión Ejecutiva, responsable de la Unión Local, etc.), venía vinculado por diversos contratos laborales (de obra o servicio determinado) para asesoramiento y gestión administrativa con determinación de la retribución a percibir, se resuelve por la Sala Cuarta afirmando que la relación asociativa no absorbe cualquier trabajo prestado para el sindicato ¹⁰⁴.

Sobre la conocidísima base de los artículos 1.1 y 8.1 ET, así como sobre la masa jurisprudencial recaída acerca de su alcance, la Sala Cuarta brinda una solución escueta (pero muy relevante en la práctica) al caso:

- La simultaneidad de estos contratos con el ejercicio de los cargos de responsabilidad, ya reseñados, en el sindicato no afecta de suyo al carácter laboral de la relación contractual establecida; su desempeño no constituye causa lícita de extinción del contrato de las que contempla el art. 49 ET, ni cabe entender tampoco que el ejercicio de tales cargos suponga una situación forzosamente incompatible con la relación de trabajo de modo que extinga esta última por novación (art. 1204 CC).

- La afirmación de que los mencionados contratos eran puro artificio para conseguir la protección de Seguridad Social (lo que implica una actuación fraudulenta) requiere una acreditación para desvirtuar la apariencia derivada de ellos.

- El criterio opuesto, sostenido por la STS 7 abril 1987, se justifica por las diferencias existentes entre el caso ahora resuelto y el entonces planteado (la carencia de documentación contractual, el alta tardía en Seguridad Social, el cobro en concepto de liberado, la constancia en nómina de la condición de Técnico).

Ya hace tiempo que la doctrina sostuvo que el sindicalista retribuido (para el desempeño, precisamente, de sus tareas directivas), desarrolla los cometidos

¹⁰⁴ STS 7 octubre 2005 (rcud. 2854/2004).

propios de ese cargo “y, en este sentido, no ostenta la categoría de trabajador por cuenta ajena, sino una mera vinculación asociativa”¹⁰⁵. Sin embargo, lo cierto es que los diversos tipos de trabajo que recibe el sindicato (militante, asalariado, profesional, sindical retribuido) pueden superponerse en una misma persona, surgiendo “la posibilidad de múltiples relaciones mixtas según la condición del trabajador y afiliado al sindicato”¹⁰⁶.

Siendo cierto que la relación laboral presupone la existencia de intereses contradictorios y la asociativa su coincidencia, es lógico que la delimitación de si estamos ante uno u otro tipo de vínculo se tenga por compleja, máxime cuando las mismas tareas pueden realizarse al amparo de cualquiera de los dos moldes. Por eso conviene no generalizar el criterio sentado por la jurisprudencia unificada, máxime sabiendo que en materia de calificación del tipo de relación existente hay que estar al conjunto de circunstancias del caso.

20. Socios minoritarios

Se ha caracterizado como relación laboral la existente entre la empresa y un trabajador, que, anteriormente, fue socio minoritario y vocal del consejo de administración de la misma¹⁰⁷.

Tomando como trasfondo las características concretas del supuesto suscitado (Director-Gerente contratado como alto cargo, luego novado su contrato en uno laboral ordinario, titular de un 20% de acciones que posteriormente vende, vocal del Consejo de Administración, despido cuando lleva varios años sin ser alto cargo ni accionista) es fácil detectar el problema jurídico subyacente: determinar si un trabajador que suscribe acciones (participación minoritaria) y desempeña un puesto en el Consejo de Administración, que no afecta ni absorbe la existencia de una relación laboral por cuenta ajena, se encuentra o no sometido a la legislación laboral¹⁰⁸.

¹⁰⁵ BLAT GIMENO, F.R., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986, pág. 272.

¹⁰⁶ TÁRRAGA POVEDA, J., *El sindicato como empleador. Estudio de las relaciones de trabajo en el interior del sindicato*, CES, Madrid, 2002, pág. 112.

¹⁰⁷ STS 24 octubre 2000, rcud. 292/1999.

¹⁰⁸ La situación jurídica que aquí se plantea es diversa a la resuelta por sentencias de la misma Sala Cuarta de 14 y 26 de mayo de 1997 (rcud. 1143/1996 y 1343/1996), las cuales, desde el presupuesto de la integración de determinados administradores sociales ejecutivos –los carentes de participación en el capital social o siendo esta inferior al 50% del mismo– en el ámbito protector del Régimen General de la Seguridad Social (pese a la mercantilidad de su relación), siguiendo tenor de lo que había dictaminado la propia Sala Cuarta en SSTs 29 enero 1997 (rcud. 2577/1995) y 17 febrero 1997 (rcud. 2507/1996), exclu-

El problema abordado puede suscitarse (como aquí) desde la perspectiva de la competencia jurisdiccional, del acceso al desempleo o de la reclamación de cualquier beneficio laboral inherente a la cualidad de trabajador. Pero la solución siempre ha de seguir el mismo método: examinar si se reúnen todos y cada uno de los requisitos de laboralidad contemplados en el artículo 1º del ET. Desde tal óptica es innegable la condición laboral de quien se encuentra en las condiciones descritas:

*No consta que la actividad del trabajador se proyectara de forma autónoma e independiente y en forma tal que, falto de toda dependencia o sujeción, sus facultades alcanzaran al control individual de la sociedad.

*Pese a su pertenencia al Consejo de Administración, en ningún acto se acredita que interviniera de manera decisiva, de modo que el vínculo laboral fuera absorbido por el vínculo mercantil.

*El trabajador asume temporalmente una participación minoritaria y, a la vez, de vocal del Consejo de Administración, cargo este quizá más «formal» que «real». No existen indicios de que el cargo en el Consejo de Administración haya «eclipsado» la posibilidad y realidad del trabajo dependiente desempeñado por el recurrente.

21. Médicos y odontólogos al servicio de entidades privadas

Aunque un gran número de médicos presta sus servicios en el marco organizativo del Sistema Nacional de Salud, son muchos los profesionales de la Medicina que desenvuelven su actividad en el ámbito de organizaciones privadas (hospitales, clínicas, consultorios) dispensadoras de servicios sanitarios, sea a través de contratos directos con los pacientes o previo el concierto de un contrato de seguro, que cubra el riesgo de enfermedad garantizando la prestación médica correspondiente.

21.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

En el orden jurídico se plantea, entre otros problemas, el de carácter del vínculo que une al médico con la entidad a la que el paciente acude para recibir

yeron, no obstante, que los mismos tuvieran derecho a prestaciones por desempleo una vez que hubieran cesado en sus cargos.

asistencia sanitaria. Se trata, básicamente, de saber si la relación que vincula al médico con la entidad sanitaria es un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios. Cuestión nada fácil, pues, como certeramente se ha señalado, “la profesión de médico, como en general sucede con todas las liberales, se sitúa dentro de las llamadas *zonas grises* entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios; entre el trabajo dependiente y el autónomo”¹⁰⁹.

Como siempre que se discute acerca del tipo de nexos existentes entre quienes vienen vinculados por mor del proceso de producción, interesa fijar los hechos concurrentes. En supuestos como el presente en que está en juego una calificación alternativa de contrato de trabajo o contrato de arrendamiento de servicios, es preciso referirse a la historia de la normativa legal en la materia. Como apunta la STS de 7 junio 1986, la configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de 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.

Entre los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial están la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por este y el sometimiento a horario; el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones (STS de 20 septiembre 1995 [rcud. 1463/1994]); la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad (STS de 8 octubre 1992 [rcud. 2754/1991] y STS de 22 abril 1996 [rcud. 2613/1995]); y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

¹⁰⁹ Cfr. MONTROYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A.: *Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas*, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 10.

Como indicios comunes de la nota de ajenidad se han considerado, 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 marzo 1997 [rcud. 3555/1996]); 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 de 11 abril 1990 y 29 diciembre 1999 [rcud. 1093/1999]); 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).

2.1.2 PLANTEAMIENTO ESPECÍFICO

La proyección del anterior sistema de indicios sobre la relación de servicios médicos controvertida conduce de manera inequívoca a la calificación de dicha relación de servicios como contrato de trabajo cuando:

- Es la entidad y no el médico quien dispone de organización sanitaria propia para la prestación de los servicios; el lugar, el horario, los medios e incluso, si bien indicativa y no imperativamente, el modo de trabajo han sido programados o predispuestos por aquella, a la que pertenece asimismo la clientela. Existe retribución garantizada a cargo de la entidad, que se calcula a razón de una cantidad fija por asegurado. Y el médico está obligado a la prestación personal de los servicios. En suma, todos los indicios habituales de dependencia y de ajenidad acreditan la calificación de laboralidad en el caso enjuiciado.

- La conclusión anterior no queda desvirtuada por las previsiones expresadas en el contrato de sustituciones o suplencias del médico en las licencias y otros supuestos singulares, pues “las sustituciones o suplencias son la excepción y no la regla en la relación de servicios concertada entre el médico demandante y la entidad de asistencia sanitaria demandada, al limitarse aquellas a los supuestos de imposibilidad o incapacidad de trabajo, con exigencia expresa de permiso de dicha entidad”. Es claro, por tanto, que tal previsión contractual no puede impedir la calificación de laboralidad.

Una vez aplicados con resultado positivo los indicios comunes de laboralidad al supuesto de la relación de servicios en litigio, la Sala Cuarta afirma que debemos plantearnos, en primer lugar, si la jurisprudencia ha elaborado indicios de dependencia o ajenidad específicos de la profesión médica o en general de las profesiones liberales y, en segundo lugar, si tales indicios conducen también a la misma conclusión. La respuesta es afirmativa para estas dos preguntas.

En el caso de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas (STS de 11 abril 1990) o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes (STS de 22 enero 2001 [rcud. 1860/2000]). En cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo, no del paciente, sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados (STS de 7 junio 1986) o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles (caso de la sentencia recurrida), constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena (STS de 20 septiembre 1995 [rcud. 1463/1994]).

Por último, la Sala estima conveniente recordar que, tanto en la profesión médica, como en general en las profesiones liberales, la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas (STS de 11 diciembre 1989).

21.3 TIPOLOGÍA

El supuesto analizado por la STS de 9 diciembre 2004 (rcud. 5319/2003) puede sintetizarse del siguiente modo: el actor es un médico que presta servicios para una entidad privada de asistencia sanitaria, que cuenta con un cuadro médico propio y con una organización de medios materiales y de gestión administrativa para la asistencia sanitaria de determinados grupos de asegurados; la prestación de servicios médicos del actor está determinada y programada por la entidad sanitaria, que proporciona el local y el instrumental de trabajo, fija el horario de consulta, acuerda con el propio médico el horario de trabajo y pone a disposición de este una administrativa y una enfermera; el médico se

compromete a la prestación personal de su trabajo, debe solicitar «permiso por escrito» en ausencias por imposibilidad o incapacidad «de pasar consulta» y está sometido a una concreta jornada; en fin, la entidad garantiza al médico una retribución calculada a razón de una cantidad fija por asegurado.

Aunque la calificación de la relación de servicios médicos aquí enjuiciada difiere de la abrazada en la STS de 22 enero 2001 (rcud. 1860/2000), no incurre en contradicción con ella, pues entonces se llegó a una conclusión contraria a la existencia de un contrato de trabajo en atención a hechos y circunstancias sustancialmente diferentes. En efecto, en dicha sentencia de 22 de enero de 2001: a) se reconocía al médico una facultad de decidir su sustitución en los servicios médicos por otro facultativo y no una mera previsión excepcional de suplencia; b) el régimen horario de prestación de los servicios lo fijaba el médico y no la empresa, que se limitaba a excluir una determinada franja de horas; y c) la forma de retribución concertada era, según se dice, la iguala, esto es, de acuerdo con el diccionario de la RAE, «el convenio entre médico y cliente por el que aquel presta a este sus servicios mediante una cantidad fija anual en metálico o en especie».

Sí guarda, en cambio, una evidente similitud con el caso aquí enjuiciado, en lo concerniente a forma de retribución y suplencias, el supuesto litigioso de la STS de 20 septiembre 1995 (rcud. 1463/1994), donde la Sala se inclinó también por la calificación de laboralidad de la relación de servicios de la directora de un centro sanitario, justificando la designación del suplente por la propia directora durante los períodos de vacaciones con base precisamente en la alta cualificación técnica de la misma.

Como es igualmente laboral la relación entre un facultativo de Medicina Interna y la Clínica que le ha contratado, al prestarse los servicios en el ámbito de organización y dirección del empresario, mediante la imposición de un horario y días de visita asignados, en los locales, con el instrumental y medio de aquel, recibiendo órdenes de la dirección médica y una retribución consistente en un porcentaje de la cantidad abonada por el paciente por el servicio médico recibido¹¹⁰.

2 I.4. EL CASO DE LA ODONTOLOGÍA

La doctrina expuesta ha sido trasladada al caso de odontólogos al servicio de clínica dental (en régimen de franquicia), con gran flexibilidad horaria, po-

¹¹⁰ STS de 29 noviembre 2010 (rcud. 253/2010) (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).

sibilidad de designar un sustituto e infraestructura utilizada propiedad de la empresa, correspondiendo a esta la organización del trabajo y percibiendo el odontólogo una cantidad fija por asegurado¹¹¹. Bajo tales circunstancias, la relación es laboral.

22. Contratación de servicios de asesoría jurídica

Como quedó dicho, la actividad de asesoramiento jurídico puede enmarcarse en diversos moldes contractuales, siendo el más habitual el arrendamiento civil de servicios. Con todo, nada impide que la actividad de abogados y asesores pueda desenvolverse al amparo de una relación laboral.

Así, la STS de 3 mayo 2005 (rcud. 2606/2004) califica como laboral la contratación de los servicios de un licenciado en Derecho por el Instituto Municipal del Suelo de Móstoles, S.A., contrato que las partes calificaron como “arrendamiento de servicios de asistencia jurídica”, llamando «honorarios» a la retribución, haciendo mención a que el letrado percibiría, asimismo, el IVA y pactando también que la relación contractual se basaba en la mutua confianza, por lo que se entendía que «su rescisión o su no renovación» (sic) no daría lugar a ningún tipo de indemnización más allá de la liquidación de los honorarios pendientes.

Por de pronto, la Sala Cuarta recuerda que no puede limitarse a contemplar la mera literalidad del documento en que dicho contrato aparece plasmado, sobre todo, cuando existe algún indicio que haga abrigar la sospecha en el sentido de que en el contrato ha mediado simulación. Y es que, en lo que al campo de las relaciones laborales se refiere, es harto frecuente que las partes contratantes atribuyan al genuino contrato de trabajo la apariencia documental de alguna de las modalidades del contrato civil de arrendamiento de servicios, plasmando documentalmente pactos que, o bien no responden a la realidad de lo acordado, o bien tratan de enmascararla de algún modo.

Concurre la *dependencia* porque el Letrado se hizo cargo del departamento jurídico, dependiendo orgánica y funcionalmente de la entidad empleadora¹¹². Los servicios se llevaban a cabo acudiendo tres días a la semana, de

¹¹¹ SSTS 19 junio 2007 (rcud. 5543/2005); 10 julio 2007 (rcud. 1412/2006); 7 y 27 noviembre 2007 (rcud. 5217/2000, rcud. 2211/2006); 12 diciembre 2007 (rcud. 2673/2006); 12 febrero 2008 (rcud. 5018/2005); 7 octubre 2009 (rcud. 4169/2008).

¹¹² Participaba en las reuniones de Dirección, formaba parte de la mesa de contratación e intervenía como asesor en cuantas actividades del Instituto podían entrañar un carácter o contenido jurídico. Además, en reunión del Consejo de Administración de 16 de marzo de 2001, se acordó que el demandante pasara a

diez a quince horas, a las oficinas del Instituto demandado, en las que, en ocasiones, el letrado atendía a algunos clientes particulares. Los medios de que disponía –básicamente un ordenador– pertenecen a la empresa, y el interesado disfrutaba de un mes de vacaciones anualmente, aunque a veces se tomaba períodos adicionales.

Por lo que hace a la nota de *ajenidad*, cuando se trata, cual es aquí el caso, de un profesional liberal, su constatación viene también íntimamente ligada a la forma de retribución, constituyendo un claro indicio que inclina a pensar en el arrendamiento de servicios el hecho de que la retribución se perciba en función de los asuntos en los que el profesional ha intervenido, mientras que juega a favor de la relación laboral el hecho de que la retribución obedezca a un parámetro fijo. Esto último es lo que acontece en el presente caso, pues la retribución percibida a cambio de los servicios prestados consistía en una cantidad regular por doce mensualidades, que se incrementaba anualmente¹¹³.

A la vista de todo lo cual, la Sala concluye apreciando, efectivamente, la existencia de una relación de naturaleza laboral. Los dos únicos obstáculos que pudieran contradecir esta calificación son neutralizados aduciendo: 1) en cuanto a la flexibilidad de horario, que ello es propio y habitual en trabajadores con alta cualificación; y 2) respecto al hecho de que, a veces, atendiera a clientes particulares en las instalaciones de la empresa y dentro del horario de trabajo que en ella tenía asignado, la Sala considera que este dato no es, por sí solo, bastante para desnaturalizar o neutralizar la nota de dependencia, pues perfectamente puede obedecer, bien a tolerancia por parte de la empresa, o simplemente a defectuoso cumplimiento de sus deberes por parte del empleado.

23. Inspector y organizador comercial

No existe doble relación, mercantil y laboral, sino solo la segunda entre la compañía de seguros y el trabajador que suscribió con esta un contrato de trabajo para la prestación de servicios como inspector y organizador comercial, siendo su actividad principal la captación y formación de agentes, con sujeción a los criterios establecidos por la empresa, aunque formalmente hu-

realizar funciones de asesoramiento jurídico del propio Consejo y del Gerente, con dependencia jerárquica directa y exclusiva de este último.

¹¹³ Es irrelevante la denominación que en el documento contractual inicial se otorgó a dicha remuneración: su verdadera naturaleza es la de salario de un trabajador y no la de honorarios de un profesional liberal.

biera suscrito también un vínculo mercantil, pues no consta probado que allegara seguros para la empresa¹¹⁴.

24. Profesionales de la información

24.1. REPORTERA

Se ha caracterizado como laboral la relación de una profesional de los medios de comunicación, contratada por RTVE, que realiza su actividad en una zona determinada por su empleadora, decidiendo esta qué crónicas y reportajes se emiten y retribuyendo solo las emitidas con una cantidad fija¹¹⁵. A la vista de estas circunstancias, para la sala Cuarta es claro que:

- Concorre la nota de voluntariedad y prestación de servicios *intuitu personae*, toda vez que la demandante realiza personalmente las crónicas informativas, en unas ocasiones por encargo de la demandada y, en otras, por decisión propia, procediendo con posterioridad RNE a determinar las que aceptaba y emitía, sin que en la realización de las mismas pudiera ser sustituida aquella por otra persona.

- La ajenidad de los resultados la refleja el dato esencial de que la demandante no realiza todas las crónicas informativas o los reportajes por propia iniciativa, con la finalidad de ofrecerlas posteriormente para su adquisición por un tercero, sino que las efectúa precisamente para RNE, que fijaba su duración, lugar y hora y RNE elegía los que eran de su interés, emitiendo aquellas crónicas que resultaban seleccionadas de entre todas las realizadas por la actora. Por otra parte, contribuye a la apreciación de la ajenidad, aunque no sea un factor decisivo, el dato de que para la realización de las citadas crónicas utilizara materiales de RNE, como grabadoras, micrófonos, etc.

- La dependencia, entendida como pertenencia al círculo rector y organizativo del empresario, también está presente, al constar que a la demandante se le transmiten órdenes, ya que RNE le señalaba la duración, lugar y hora de la emisión de cada crónica y de cada reportaje y RNE elegía el de su conveniencia. Asimismo, tenía limitada la zona geográfica en la que podía desarrollar su actividad. Es irrelevante que la demandada no transmitiera instrucciones sobre el modo de realizar las crónicas, ya que el profesional de la información goza

¹¹⁴ SSTS de 9 octubre 2006 (rcud. 2377/2005) y 20 noviembre 2007 (rcud. 2105/2006).

¹¹⁵ STS de 11 mayo 2009 (rcud. 3704/2007).

de un elevado grado de libertad a la hora de efectuarlas, trabajando habitualmente a considerable distancia del empresario en el lugar en el que se producen las noticias que va a comentar.

- Finalmente, por lo que se refiere a la retribución de los servicios, se efectuaba abonando una cantidad fija por crónica o por cada reportaje emitidos. Esta forma de retribución, por resultado, si bien no es la más habitual en el contrato de trabajo, es perfectamente subsumible en el concepto de salario recogido en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, que considera tal la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores por la prestación profesional de los servicios laborales, cualquiera que sea la forma de remuneración.

24.2. TERTULIANO RADIOFÓNICO

La Sala Cuarta –constituida en Pleno, dado el carácter polémico de la calificación– también ha apreciado la existencia de relación laboral entre la cadena de radio y el periodista tertuliano que presta servicios habitualmente para la misma en régimen de ajenidad y dependencia, pese a cobrar mediante facturas giradas a través de una sociedad mercantil de la que es administrador único y no recibir instrucciones sobre la forma de realizar su trabajo ¹¹⁶.

El supuesto nos describe la situación de un afamado periodista que ha prestado servicios en diversos programas de un canal de radio, como contertulio, desde el año 1994, aunque en los últimos años también ha colaborado en programas de otras cadenas de radio y televisión. La retribución se efectuaba a través de facturas, en número de doce al año, por una cuantía de seis mil euros más IVA. Las facturas se ingresaban en la cuenta corriente de una sociedad, de la que el periodista era administrador único. No se requería su presencia en los estudios de la emisora de radio, sino que su colaboración se hacía desde La Habana, Buenos Aires y Londres, donde tiene domicilio. En algunas ocasiones también colaboró en el programa desde Madrid. Su intervención se producía una vez a la semana y la duración de la tertulia era de una hora. Tenía libertad para decir aquello que entendiera procedente en dicho programa, aunque no intervenía en el diseño/formato del mismo, pudiendo cambiar el día que entraba en antena y, si el equipo lo decidía, podía entrar cualquier día de la semana. En un momento dado, el nuevo director de Informativos de la Ca-

¹¹⁶ STS, Pleno, de 19 febrero 2014 (rcud. 3205/2012) (Ponente, Sr. Alarcón Caracuel, con voto particular de los Magistrados Desdentado Bonete y López García de la Serrana).

dena comunica al tertuliano que no contarían con él para la próxima temporada. Presentada demanda por despido, el Juzgado de lo Social desestimó la demanda por apreciar incompetencia de jurisdicción, decisión que fue luego revocada por la Sala de lo Social del TSJ, ordenando al juez de instancia entrar a conocer del fondo del asunto.

Comienza la Sala reconociendo que la figura del colaborador periodístico se sitúa en esa zona fronteriza o gris de la que viene hablando hace tiempo la doctrina laboralista, en la que es sumamente complicado determinar la naturaleza laboral o civil de la prestación de servicios en cuestión. No obstante, acto seguido hace la Sala una precisión que no deja resultar polémica: la dificultad calificatoria se atenúa cuando el colaborador es una persona cuya profesión principal y quizás única es la de periodista, mientras que se acentúa cuando el tertuliano en cuestión es una persona que tiene su profesión principal fuera del mundo mediático y, de manera muy marginal, aunque a veces llegue a ser duradera y periódica, colabora con un determinado medio informativo. La distinción es, en efecto, polémica, porque la laboralidad o de una prestación de servicios viene dada por la presencia o la ausencia de las notas contenidas en el art. 1.1 ET (RCL 1995, 997), sin que para ello resulte determinante ni, en mi opinión, sea especialmente relevante la dedicación exclusiva o marginal a la actividad sometida a enjuiciamiento (pues, de sostenerse lo contrario, multitud de trabajos a tiempo parcial de escasísima dedicación quedarían por tal motivo expulsados del ámbito de afectación de la legislación laboral).

Acto seguido, la sentencia incluye otra importante afirmación que tiene que ver con la caracterización de la nota de dependencia como una manifestación o expresión de la nota de ajenidad, al sostener respecto a la misma que “en puridad y, pese a su importancia, no es sino un aspecto más de la ajenidad (en la organización de la prestación laboral...)”, privando con ello a la dependencia del carácter autónomo que como nota de laboralidad se le ha venido reconociendo doctrinal y normativamente, resultando determinante en algunos casos –no así la ajenidad– a la hora de calificar una prestación de servicios como realizada en el marco de un contrato de trabajo o en el de un contrato de naturaleza diversa (caso, sin ir más lejos, de los agentes mercantiles, cuya actividad se presume por cuenta ajena, sometidos a la Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre el Contrato de Agencia).

No obstante, la Sala invoca la jurisprudencia que en los últimos tiempos ha estudiado y delimitado los rasgos definitorios del contrato de trabajo, con cita expresa de una sentencia de la propia Sala Cuarta de 6 octubre 2010 (rcud. 2010/2009), sobre actores de doblaje, para, aplicando dicha doctrina jurisprudencial, concluir que en la prestación de servicios del tertuliano de la cadena

radiofónica ahora examinada concurren las notas de ajenidad y dependencia que llevan a caracterizarla como objeto de una relación laboral.

- En cuanto a la *ajenidad*, porque hay un encargo previo del trabajo y, mediante el concurso del tertuliano en ciertos programas, la empresa adquiere el fruto del trabajo de aquel y lo comercializa en espacios radiofónicos. En este caso, la ajenidad se pone de manifiesto, como se ha indicado, en la participación del periodista en un programa diseñado y dirigido por la empresa de comunicación. Es así como se manifiesta la “ajenidad en los frutos” (es decir, en los resultados del trabajo), pero también la “ajenidad en el mercado”: el periodista no ofrece el producto de su trabajo directamente a los clientes (los oyentes de la radio: la famosa “audiencia”, que es el mercado por el que compiten los diversos medios), sino a la empresa radiofónica, que es quien hace llegar ese producto a dicha audiencia, al mercado.

- Asimismo, hay *dependencia*, entendida como integración “en el ámbito de organización y dirección del empresario”, que es la fórmula que emplea el artículo 1º del ET, cristalización de una larga elaboración jurisprudencial en la que se concluyó que no se opone a que concorra esta nota de la dependencia la “autonomía profesional” imprescindible en determinadas actividades. Entiende la Sala, con la sentencia recurrida, que la nota dependencia se presenta muy atenuada en este caso pero existe, pues aunque la empresa no transmitiera instrucciones sobre el modo de realizar las crónicas, ya que el profesional de la información goza de un elevado grado de libertad a la hora de efectuarlas, fijaba el tema a debatir y se lo comunicaba al actor, quien además debía participar en los días que se le señalaban y en el horario de los programas en que intervenía, “*circunstancias que denotan todas ellas la existencia del presupuesto de dependencia o integración en el ámbito de organización y dirección de la empresa*”. No basta a excluir la concurrencia de este rasgo definitorio de la relación laboral el dato de que pueda existir alguna flexibilidad en cuanto a la concreción del día de intervención del periodista cuando este solicita algún cambio o el hecho de no resultar exigible su presencia física en la sede de la emisora, máxime cuando la conexión se realizaba con medios propios de la empresa. Y añade, con palabras nuevamente de la sentencia recurrida: “*Como dato relevante en cuanto a la concurrencia del presupuesto legal de la dependencia o inserción en el ámbito empresarial se ha de resaltar, asimismo, frente a la libertad de las partes propia del arrendamiento de servicios, la continuidad, regularidad y permanencia de la relación a lo largo de muchos años, sin que en ningún momento se haya acreditado, ni que la demandada dejara*

de contar con la prestación de ..., ni que este rechazara por motivos personales su participación en ocasión alguna”.

- Además de la “*profesionalidad*” del actor –frente a la figura del tertuliano no profesional, que no solamente no tiene relación laboral, sino que puede no tenerla tampoco civil–, otro dato muy importante es que quien presta servicios es personalmente el trabajador y no la empresa a través de la cual cobra una cantidad fija todos los meses. Esta peculiar forma de retribución, entiende la Sala, constituye un mecanismo interpositorio, realizado en fraude de ley, que en absoluto logra transformar lo que es una prestación personal de servicios en un inexistente contrato mercantil entre dos sociedades.

- Por último, se posiciona una vez más la Sala Cuarta a favor de la tesis de la sentencia recurrida cuando esta afirma que “*la existencia o no de vacaciones anuales no es un dato decisivo*”, puesto que “*el no disfrute de vacaciones no determina necesariamente la exclusión de la relación laboral*”; y también, finalmente, cuando afirma que “*la condición de consejero en varias sociedades o su participación en programas de otras emisoras son datos que no perturban la laboralidad de la relación con la demandada*”, no siendo la exclusividad un presupuesto del contrato de trabajo.

Que la calificación jurídica de una prestación de servicios es materia difícil y susceptible de muy diversas interpretaciones es algo que queda de manifiesto al leer los dos votos particulares que incorpora la sentencia objeto de este breve comentario.

El primero de ellos, del que fue autor el Magistrado Aurelio Desdentado Bonete, sostiene que no cabe otorgar carácter laboral a la relación controvertida, pues, admitiendo que se da la nota de ajenidad, el encargo de trabajo realizado es muy peculiar, dado que “participar en una tertulia no es exactamente un encargo de trabajo, sino un encargo de estar con otros y de comunicarse con ellos en condiciones que permiten afirmar, en principio, la libertad de los interlocutores a la hora de expresar y contrastar sus opiniones¹¹⁷”.

El segundo voto particular, autoría del Magistrado López García de la Serrana y al que se adhirió el Magistrado Gilolmo López, defiende la inexistencia de relación laboral por la concurrencia de los siguientes indicios de extralabora-

¹¹⁷ De ahí que se considere ausente la nota de dependencia que define el contrato de trabajo, atendiendo a que el tertuliano elige el lugar desde el que realiza las intervenciones, no recibe instrucciones sobre el contenido de las opiniones que formula, puede cambiar el día de su intervención... y esa espontaneidad de la tertulia escapa a la lógica del poder de dirección. El hecho de que la cadena fije el tema a decidir y exista un horario del programa en el que se tiene que estar disponible para establecer una conexión, no es un elemento de dependencia, sino que forma parte de las obligaciones de coordinación que son propias de todos los contratos de colaboración.

lidad: falta de exclusividad; libertad en la determinación del lugar de la prestación de servicios; prestación del servicio solo una hora a la semana y la elevada retribución del mismo; libertad de elección del día en que interviene como contertulio; no disfrute de vacaciones; no sometimiento al control y al poder disciplinario de la empresa; la forma de retribución, mediante ingreso en la cuenta de una sociedad mercantil que emitía factura por sus servicios con el correspondiente IVA. Todos estos son elementos extraños en una relación laboral.

25. Arquitecto contratado por Ayuntamiento

La Sala Cuarta también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la relación que vincula a un arquitecto con el Ayuntamiento que le ha contratado, esencialmente, para realizar asesoramiento profesional, visita de obras, informes y atención al ciudadano. Recordando la jurisprudencia sobre las notas que caracterizan la relación laboral, su distinción con la contratación administrativa y teniendo en cuenta la presunción de laboralidad, considera que la del caso es una relación laboral por cuanto que el trabajador despachaba los asuntos que le entregaba la Corporación local, sin facultad para rechazarlos, acudiendo al Ayuntamiento una vez por semana para atender consultas de personas que requerían sus servicios, percibía una cantidad mensual por su trabajo, sin atender al número de informes emitidos, utilizaba los medios materiales que el Ayuntamiento ponía a su disposición y disfrutaba de vacaciones anuales ¹¹⁸.

26. Actores/actrices de doblaje

El TS ha precisado que, para calificar como laboral el vínculo de los profesionales de doblaje, no es exigible ni la exclusividad ni la cesión de derechos de autor, pero sí deben concurrir las notas de ajenidad y dependencia ¹¹⁹.

Tras efectuar un muy interesante repaso sobre las principales características y singularidades que presenta la relación laboral especial de artistas profesionales, sobre la legislación aplicable a los mismos y sobre la jurisprudencia que ha establecido las pautas generales para la calificación de la laboralidad

¹¹⁸ STS de 23 noviembre 2009 (rcud. 170/2009).

¹¹⁹ SSTs de 16 y 19 (3) julio 2010 (rcud. 3391/2009, 2233/2009, 2830/2009, 1623/2009); 5, 6 y 7 octubre 2010 (rcud. 1766/2009, 2010/2009, 11/2009); 24 noviembre 2010 (rcud. 191/2010); 9 diciembre 2010 (rcud. 1874/2009).

del vínculo contractual a partir de la constatación de las notas contenidas en el art. 1.1 del ET (notas, en especial las de ajenidad y dependencia, que también han de cumplirse en la relación laboral especial de artistas), la Sala Cuarta pasa a examinar si concurren las notas características de la relación laboral. Y la respuesta es afirmativa, toda vez que:

- Los actores de doblaje no aportan infraestructura alguna, siendo la empresa que les contrata la suministradora de todos los medios técnicos y humanos necesarios para el desarrollo de la completa prestación de servicios.

- Es intrínseca a la propia prestación de servicios del artista el sometimiento del mismo a un director de doblaje. Así se evidencia en el texto del Convenio Colectivo que señala que «*La función del actor en el doblaje consiste en interpretar y sincronizar la actuación del actor original con la mayor fidelidad a la interpretación del mismo y siguiendo las indicaciones del director de Doblaje*» (art. 7 del Convenio Estatal de Profesionales del Doblaje (Rama Artística), reproducido literalmente por el Convenio Colectivo de Profesionales del Doblaje (Rama Artística) 1994-1996 del País Valenciano, modificado solo parcialmente por el Convenio Colectivo de Trabajo para los Profesionales del Doblaje (Rama Artística) para los años 2002 y 2003).

- También resulta propia de la esencia de la relación laboral especial la coincidencia del tiempo de prestación de servicios con la de desarrollo de la obra o trabajo artístico, sin que la exclusividad pueda exigirse como nota de la misma. El propio Convenio Colectivo antes indicado refleja el abanico de situaciones posibles en cuanto a la duración de los contratos, e incluye, entre las modalidades de contratación, el contrato por convocatoria.

- El que los actores de doblaje puedan decidir si aceptan o no participar en determinado doblaje y fijen los días de trabajo de mutuo acuerdo con la empresa –con la lógica consecuencia de que los periodos de descanso y de vacaciones quedan determinados por la voluntad de aquellos–, no cabe interpretarlo como una excepción a la dependencia.

- Si la prestación de servicio se perfila por cada obra el contrato nacerá cada vez que exista acuerdo de voluntades entre las partes sobre el objeto y circunstancia de la prestación, lo cual es congruente con la inexigibilidad de que el artista preste servicios en exclusiva para una empresa de doblaje, al no hallarse vinculado a esta de forma indefinida y continuada.

- La ajenidad queda también patente al examinar el sistema y cuantía de la contraprestación económica por la actividad de doblaje. Los artistas percibían sus emolumentos en atención a los parámetros de medición de la prestación de servicios pautados del convenio colectivo, en donde puede

apreciarse una regulación de la unidad de obra (el «take») y del canon de convocatoria general (cuantía fija en cada llamamiento), sistema plenamente coincidente con el empleado en el supuesto de la sentencia recurrida.

- Asimismo, no cabe negar la ajenidad por el hecho de que los actores de doblaje mantengan sus derechos de autor, sin cesión a la empresa. Los derechos de propiedad intelectual no se encuentran de modo necesario en el paquete de las obligaciones básicas del contrato de trabajo, pudiendo incluirse entre las respectivas contraprestaciones de las partes o quedar al margen de estas ¹²⁰.

27. Empleado del Centro Galego de Artes de la Presidencia de la Xunta de Galicia

Una trabajadora viene prestando servicios desde junio de 1998, ininterrumpidamente, sin firmar ningún tipo de contrato en el Centro Galego de Artes da Imaxe (CGAI), dependiente de la Consellería de Presidencia de la Xunta de Galicia, en las dependencias de dicho Centro, utilizando los medios materiales propiedad del mismo (mesa, ordenador, teléfono, fax, impresora y material de oficina en general) y teniendo una cuenta de correo electrónico personalizada, con horario de 8 a 15 horas, de lunes a viernes y en verano de 8:30 a 14 horas; disfruta de vacaciones retribuidas autorizadas por la Dirección del Centro, a quien igualmente se comunican las ausencias; ha constituido una sociedad civil con su marido, que factura contra la CGAI por los trabajos realizados. La gran duda es si la prestación de servicios por la actora se produjo en el marco de una relación laboral o como trabajadora autónoma y en su condición de socia de una sociedad civil constituida con su esposo.

Tras recordar la abundante doctrina unificada de la propia Sala, a propósito de la distinción entre el carácter laboral o civil de una relación, en STS de 25 marzo 2013 (rcud. 1564/2012) llega a la conclusión de que en el supuesto descrito concurren las notas características de la relación laboral: a) voluntariedad y prestación de servicios “*intuitu personae*” por parte de la demandante; b) ajenidad, ya que los frutos del trabajo pasan “*ab initio*” al CGAI dependiente de la Xunta (empleador) que, a su vez, asume la obligación de retribuir dichos servicios; c) los trabajos llevados a cabo por el demandante (traduc-

¹²⁰ Esta afirmación ya la hizo la STS de 31 de marzo de 1997 (rcud. 3555/1996), en la que se razonaba que «cuando el resultado del trabajo es una obra de autor... la cesión de dicho resultado no tiene por qué abarcar a la integridad de los derechos de propiedad intelectual, sino solo a los principales o más relevantes», entendiéndose en aquel caso que estos incluían «los de explotación de las mismas en atención a su actualidad».

ción al gallego para subtítulo de películas; traducción, revisión y corrección lingüística de publicaciones; página web y sección de biblioteca de dicha página) se prestan dentro del ámbito de organización y dirección del empleador (en las instalaciones del CGAI y dentro de una jornada); d) los medios materiales para la ejecución de los trabajos por el demandante los aporta gratuitamente el CGAI; e) recibe órdenes e instrucciones del director del CGAI, a quien comunica sus ausencias y con quien negocia las vacaciones; y, f) la retribución se abona por la demandada, si bien, a partir de marzo de 2003 —la demandante ingresó a prestar servicios en enero de 2000—, se efectúa a través de las facturas que emite una sociedad constituida junto con su esposo.

En relación con la constitución de una sociedad civil, que es la que formalmente factura al CGAI por los trabajos realizados, la sentencia considera que este hecho no cambia de ninguna manera la realidad de las personas, que son los verdaderos sujetos de aquella relación jurídica: el demandante a título personal de un lado y la demandada de otro; sin que, como ya tuvo ocasión de señalar la STS de 29 diciembre 1999 (rcud. 1093/1999), el no establecimiento de retribución o salario fijo, no es un elemento característico delimitador del contrato de trabajo respecto de otras figuras, dado el concepto de salario contenido en el art. 26.1 ET comprensivo de “la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración o los periodos de descanso computables como de trabajo”.

La opinión discrepante del voto particular se basa en dispar naturaleza de las funciones realizadas por los trabajadores en las sentencias recurrida y de contraste, lo que llevaría a tener que haber apreciado la inexistencia de contradicción, pues mientras la primera comprende tareas que pueden perfectamente ser objeto de un contrato de ejecución de obra desempeñado por un trabajador autónomo, por el contrario, en la sentencia recurrida, los servicios prestados por el demandante incluyen funciones típicamente laborales como la venta en taquilla y la atención y control de una sala de exhibición cinematográfica en la emisión de distintas películas o ciclos.

28. **Psicólogos contratados para prestar asistencia a las víctimas en oficinas judiciales**

La calificación del vínculo como laboral se ha impuesto en un supuesto en el que, como consecuencia del Convenio de Colaboración suscrito entre

la Consejería de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid y el Colegio de Psicólogos de Madrid, se procedió a seleccionar a un grupo de psicólogos/as para prestar servicios mediante turnos en el servicio de atención psicológica a las víctimas en las oficinas judiciales, proporcionando la CAM mobiliario, equipo informático y material de oficina, estando los trabajadores de alta en el RETA y emitiendo facturas por los servicios. La relación fue calificada expresamente por las partes como arrendamiento de servicios. Los trabajadores habían suscrito pólizas de responsabilidad civil en su condición de profesionales de la psicología.

La STS de 14 febrero 2015 (rcud. 2353/2013) entiende que se trata de una relación laboral, pues concurren en ella las manifestaciones más importantes de la ajenidad que caracteriza al contrato de trabajo, no siendo la denominación del contrato como de arrendamiento de servicios más que una simulación contractual, aderezada además con la forma de pagar el salario –contra factura con IVA– y la exigencia de que el trabajador se dé de alta en el RETA, que, a juicio de la Sala Cuarta, “no son más que elementos tradicionalmente característicos del fraude simulatorio”, desprovistos de todo valor definitorio.

Para la Sala, la prestación de servicios se realizaba en un indiscutible marco de trabajo por cuenta ajena, con empleo de los medios materiales de la empleadora (ajenidad del trabajador respecto a los medios de producción o de prestación del servicio), bajo las directrices de la CAM y bajo la dependencia directa de los funcionarios de la Oficina Judicial de la CAM a la que pertenecen (ajenidad respecto a la organización del servicio o dependencia) y sin tener relación jurídica alguna con los destinatarios del servicio (ajenidad en el mercado, que, en este caso, no es un mercado con ánimo de lucro económico de la entidad empleadora –puesto que los servicios eran gratuitos– sino un “mercado político”: los ciudadanos retribuirán con su voto a los responsables políticos de la CAM si el servicio es de su agrado y los penalizarán en caso contrario; pero a una cosa y a la otra son completamente ajenos los profesionales que prestan sus servicios y que, si trabajaran realmente por cuenta propia, lo que harían sería cobrar el servicio a sus clientes).

29. Operador de imagen

Un elemento que puede distorsionar la caracterización jurídica de la prestación de servicios es la interposición de un tercero en la contratación de los mismos. En el caso del que se ocupa la STS 24 junio 2015 (rcud. 1433/2014) la

particularidad estriba en que el trabajador no suscribió directamente el contrato cuya calificación se discute, sino que lo hizo a través de una sociedad mercantil constituida con otra persona, cuyo objeto social era el negocio de operadores de cámara, cine TV y vídeo. Era esta sociedad, constituida a requerimiento del medio de comunicación para mantener la relación con el trabajador, la que facturaba periódicamente los servicios prestados por el accionante a TVC como operador de imagen. La sociedad carecía de otros trabajadores o los tuvo de forma esporádica o para una puntual coyuntura, recibiendo el demandante indicaciones para realizar su trabajo y siendo la dinámica del mismo análoga a la que tiene lugar cuando el operador de imagen es trabajador de plantilla de TVC.

El contrato formalmente suscrito entre ambas entidades, en realidad, no hace sino sustituir indebidamente el de trabajo que debió suscribirse entre las partes, dada la naturaleza del mismo por cuanto concurren en él todos y cada uno de los requisitos a que alude la jurisprudencia acerca de la nota de la segunda de las referidas notas (dependencia), siguiendo después, con la misma base jurisprudencial, con la primera (ajenidad). Entiende la Sala que la sociedad fue constituida a instancia de la empresa (TVC), que requirió en tal sentido al trabajador para sostener una relación (la labor de un operador de imagen en una empresa) que se ha de considerar laboral; sin que, por lo tanto, se pueda entender justificada la medida extintiva, lo que lleva a la declaración de improcedencia del despido que realmente tuvo lugar.

30. Traductor/intérprete

Se ha apreciado la existencia de contrato de trabajo en la actividad desarrollada por quien realiza trabajos de traducción e interpretación para la Administración de Justicia, concurriendo las siguientes circunstancias¹²¹:

1º) El actor asumía la obligación de prestar personalmente los servicios de traducción e interpretación, carácter personal que no desvirtúa por el hecho de que esporádicamente lo sustituyera algún familiar.

2º) La actividad se desempeñaba a cambio de una retribución, percibiendo una cantidad fija y periódica (mensual) determinada por la demandada en proporción con la actividad prestada.

3º) Debía justificar las horas que había trabajado, mediante la presentación mensual de facturas y certificación del órgano judicial ante el que había intervenido.

¹²¹ STS de 16 noviembre 2017 (rcud. 2806/2015).

4º) No consta que el trabajador tuviera algún tipo de estructura empresarial; antes al contrario, se insertaba en la organización de trabajo de las entidades para las que trabajaba.

5º) No desvirtúa la laboralidad de la relación el hecho de que los servicios no se presten a tiempo completo ni en régimen de exclusividad.

6º) Tampoco impide la calificación de laboralidad el hecho de que la empresa no facilitase medios materiales al demandante ya que, dadas las características del trabajo que realizaba –traducción e interpretación– descansa fundamentalmente en el elemento personal, careciendo de relevancia los medios materiales.

31. Liberado sindical

La Sala Cuarta ha considerado que existe relación laboral entre la empresa y los trabajadores afiliados a un sindicato que, sin haber prestado servicios para la primera en ningún momento, obtienen la condición de liberados sindicales por ocupar cargos electivos sindicales sin haber asido nombrados o elegidos representantes unitarios o sindicales en la empresa, pese a lo cual son retribuidos por la misma ¹²².

El supuesto que se somete al test de laboralidad para inferir si existe o no relación de trabajo entre una empresa y un grupo de liberados sindicales es ciertamente peculiar, pues se trata de trabajadores a los que, desde el inicio de la relación y sin solución de continuidad, la empresa ha reconocido la condición de liberados sindicales, sin que tal liberación tuviera fundamento en la elección por parte de la plantilla de la empresa o por la condición de delegados sindicales en el seno de la misma; situación que se ha mantenido durante un considerable lapso de tiempo, sin prestar servicio alguno para la empresa que, no obstante, les abonaba la retribución como liberados. Es esta una actuación que, con independencia de que se justificara en la existencia de acuerdos con el sindicato de pertenencia de los liberados, pudiera presentar dudas sobre la acomodación a Derecho desde otra óptica jurídica, pero que ahora se estudia desde la perspectiva de la naturaleza del vínculo contractual entre los trabajadores y la empresa, cuya ruptura provoca el ejercicio de la acción (por despido) que pone en marcha el litigio.

La Sala Cuarta del TS entiende, tras examinar las circunstancias del caso, que no estamos ante una mera apariencia de contratación (simulación de con-

¹²² STS de 12 abril 2018 (rcud. 119/2016).

trato), en que, en todo caso, igualmente, habría participado la empresa, sino ante una verdadera relación laboral, “con independencia de cuales fueran las causas de la no prestación efectiva de servicios y de las responsabilidades que de ello pudieran derivarse frente a terceros”. Por otro lado, la entrada en vigor del RDL 20/2012 pudo implicar una revisión de la situación de los trabajadores en tanto liberados y hacer indiscutible la exigencia de que, para la liberación, cumplieran con los presupuestos de elección como representantes legales o sindicales dentro de la empresa, más en modo alguno altera la naturaleza del vínculo contractual que estaba vivo en aquella fecha.

32. **Transportista contratado a través de Cooperativa de Trabajo Asociado**

La caracterización de la actividad de transporte de mercancías ha sido abordada desde una perspectiva singular en la STS de 18 mayo 2018 (rcud. 3513/2016). Se discute en la misma la naturaleza jurídica de la prestación de servicios de conducción de vehículos de transporte por carretera que desempeña el socio colaborador de una cooperativa de trabajo asociado, siendo esta la titular de la tarjeta de transporte, cooperativa que carece de cualquier infraestructura propia, la cual pertenece a la empresa de transporte con la que concierta los arrendamientos de servicios y que es la que organiza el trabajo, las rutas y todo lo relativo a la gestión de cada uno de los encargos. ¿Estamos ante un verdadero contrato de trabajo con tercero interpuesto o la prestación se enmarca dentro de las previsiones del art. 1.3.g) ET, que excluye del ámbito laboral a las personas que realizan esa actividad al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares y con vehículos comerciales cuya propiedad o poder directo de disposición ostentan?

La sentencia de instancia declaró que la relación jurídica era laboral, condenando solidariamente por despido improcedente a la cooperativa y a la empresa de transportes codemandada. Por el contrario, la STSJ de la Comunidad Valenciana (recurrida) considera que la relación en litigio posee naturaleza civil y resulta incardinable en la exclusión del ámbito del derecho laboral a que se refiere el artículo 1.3.g) ET. Como elementos relevantes para la caracterización de la relación jurídica en litigio, importa señalar que:

1º) El conductor no es titular de la tarjeta administrativa de transporte, ni es propietario del vehículo, ni posee el poder de disposición sobre este.

2º) La titularidad de la tarjeta de transporte corresponde a la cooperativa de la que aquel es socio.

3º) Los vehículos pertenecen a la empresa de transporte, que los alquila a la cooperativa y que utilizan los conductores que están obligados a realizar los servicios que la empresa les ordena para atender a sus clientes, sin que se contemple un mecanismo que de alguna manera contemple la reversión de la titularidad o disponibilidad del vehículo en favor del conductor a título individual.

4º) Las cooperativas no disponen de clientes propios a cuyos encargos atiendan los conductores, sino que el trabajo es en exclusiva para la empresa de transporte, que es la que fija al conductor los servicios oportunos para atender a sus clientes y retribuye conforme a lo pactado con la cooperativa.

5º) La fórmula de pago de la contraprestación que la empresa abona a la cooperativa se recoge en el contrato de arrendamiento de servicios.

6º) El conductor figura dado de alta en el RETA y es compensado por la cooperativa en la cantidad resultante de deducir del total facturado los gastos realizados, el IVA, la cuota de autónomos (que la cooperativa ingresa por el transportista) y la cuota mensual a pagar a la cooperativa.

Con tales elementos fácticos de partida, la Sala Cuarta se enfrenta a la interpretación y aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.3.g) del ET, en cuanto dispone que “se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador”.

En relación con la actividad de transporte, la jurisprudencia ha entendido que el “criterio de la autorización administrativa exigido a los transportistas con vehículo propio a partir de un cierto tonelaje refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, que es indicativa a su vez del carácter por cuenta ajena o por cuenta propia del servicio de transporte realizado” (STS de 28 marzo 2011 [rcud. 40/2010]). Aquí está la clave en la que se sustenta la exclusión del ámbito laboral de una actividad que, en definitiva, se realiza dentro del ámbito de organización y dirección de un empresario (el cargador o comercializador), con sometimiento a las órdenes e instrucciones impartidas por el mismo y que reuniría en abstracto todos los elementos que caracterizarían el contrato de trabajo en aplicación de lo dispuesto en el art. 1.1 ET. Prueba de ello es que debe seguir calificándose como laboral la prestación de servicios de esa misma actividad de transporte, que se realizan en idénticas condiciones de dependencia organizativa y titularidad del medio

de transporte, pero con vehículos que no requieren por su tonelaje inferior a 2 TM la autorización administrativa o tarjeta de transporte.

Ahora bien, el art. 1.3.g) ET exige que el prestador de servicios (transportista) sea un verdadero empresario autónomo, en su condición de titular de la infraestructura empresarial conformada por la autorización administrativa y la propiedad o poder de disposición del vehículo, en atención al relevante valor económico en sí mismo considerado que ambos elementos conjuntamente representan. Estas exigencias deben aplicarse igualmente cuando la actividad se presta a través de la participación en una cooperativa, con lógica adaptación a las peculiaridades que conlleva el singular régimen jurídico de ejercicio de cualquier actividad económica cooperativizada, “pero sin que en ningún caso pueda admitirse que la fraudulenta utilización de las normas legales que permiten la creación de cooperativas sea utilizada como un mero subterfugio para la formalización aparente de este tipo de entidades, carentes de cualquier actividad económica propia y simplemente constituidas para poner a disposición de empresas del sector del transporte la mano de obra que supone la prestación de servicios de conducción”. Debe aplicarse en estos casos la doctrina del “levantamiento del velo” para discernir la posible existencia de una actuación fraudulenta con la que se busca perjudicar los derechos de los trabajadores con la utilización en fraude de ley de cualquiera de las distintas formas societarias que admite nuestro ordenamiento jurídico, creando entidades ficticias carentes de cualquier actividad económica real y que, por ello, vulneran las reglas que permiten su constitución. Bajo esta doctrina, elaborada a propósito de la figura de los grupos de empresa, deberá juzgarse la actuación de cualquier operador económico cuya intervención tenga incidencia en el ámbito del Derecho del Trabajo, de lo que no pueden quedar excluidas las cooperativas de trabajo asociado (STS 17 diciembre 2001 [rcud. 244/2001]).

Conforme a los principios enunciados, la Sala entra a analizar el régimen jurídico aplicable a las cooperativas de trabajo asociado, para determinar en qué circunstancias puede considerarse que la prestación personal de servicios de transportes para una tercera empresa en calidad de socio de una cooperativa excluye la existencia de una relación laboral, o constituye en realidad un subterfugio con el que eludir las previsiones del art. 1.1 ET bajo esa cobertura puramente formal.

De la definición de CTA contenida en el art. 80 de la LGC de 1999 se extrae que la actividad de esta clase de cooperativas y lo que motiva su existencia consiste, justamente, en la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros, con el fin de proporcionar un puesto de trabajo a los socios trabajadores. El nivel de cumplimiento de este mandato legal es

esencial para valorar hasta qué punto se ajusta realmente la actividad de la cooperativa a la que constituye el verdadero objeto de esta forma de organización del trabajo, cuya finalidad no es otra que la de proveer estructuras organizativas, materiales, financieras, de gestión o de cualquier otra clase, que permitan y faciliten la más eficaz prestación del trabajo autónomo a través de la puesta en común del esfuerzo personal y directo de los socios trabajadores que la integran. No es admisible que la cooperativa eluda esa obligación y se limite, pura y simplemente, a dar cobertura formal a situaciones con las que se pretende en realidad eludir las normas laborales que hubieren resultado de aplicación en el caso de que la actividad fuese realizada directamente a título individual por el trabajador o mediante cualquier otro tipo de entidad empresarial, no constituida bajo la fórmula de una cooperativa de trabajo asociado.

Las peculiaridades del singular régimen jurídico aplicable a las cooperativas de trabajo asociado sin duda les permite formas de organización del trabajo que no serían admisibles en otro tipo de empresas, pero tales peculiaridades no permiten llegar al punto de que pueda valer la mera y simple constitución puramente formal de una cooperativa de esta naturaleza para dar visos de legalidad a cualquier fórmula de relación con terceras empresas, si se demuestra que la cooperativa carece de cualquier infraestructura organizativa propia o actividad económica real y está siendo utilizada como un simple mecanismo para poner mano de obra a disposición de esas otras empresas.

Se suscita el problema relativo a la forma en que las cooperativas de trabajo asociado utilizan las autorizaciones –de las que pueden ser titulares con arreglo a derecho– en beneficio de sus asociados y la valoración que ese elemento merezca desde la perspectiva jurídica del art. 1.3.g) ET, en orden a la exclusión de la laboralidad del vínculo, en función de todas las demás circunstancias que en cada caso puedan concurrir en la prestación de este tipo de servicios, esencialmente, en lo que se refiere al mecanismo mediante el que concurre el segundo de los elementos a los que se refiere ese precepto legal, la propiedad o poder de disposición del vehículo utilizado por el prestador del servicio.

No sería de apreciar la menor tacha de ilegalidad en aquellos supuestos en los que la cooperativa titular de las tarjetas de transporte haya creado una infraestructura empresarial de la que sea titular, disponiendo de sus propios clientes y de la estructura organizativa y material con la que dar servicios a sus socios en los términos que ya hemos reiterado. En cambio, si la cooperativa carece de la más mínima estructura material u organizativa y su intervención se limita solamente a aportar la titularidad de la tarjeta de transporte y formalizar un contrato de arrendamiento de servicios con una empresa del mismo sector que es la propietaria de los vehículos y es esta empresa la que dispone

de los clientes, la que organiza el trabajo, las rutas y todo lo relativo a la gestión de cada uno de los encargos, hasta el punto de que trata directamente con los conductores sin la intermediación de la cooperativa, estaríamos ante una actuación interpuesta que simplemente busca facilitar la mano de obra para ponerla a disposición de la empresa transportista, con la intención de eludir las exigencias que impone el art. 1.3.g) ET para excluir del ámbito laboral la prestación de servicios de transporte. Es decir, la CTA es un mero subterfugio o estrategia jurídica para evitar la constitución de relaciones laborales directas entre la empresa de transporte y los conductores, que ni son titulares de la tarjeta administrativa de transporte, ni propietarios o poseedores del poder de disposición sobre los vehículos que utilizan para realizar los encargos.

33. Reparación de ascensores

Una empresa ha concertado un contrato marco de ejecución de obra con un trabajador (supuestamente autónomo) para la realización de actividades de montaje y reparación de ascensores. En el seno de dicho contrato marco, cada instalación de un aparato elevador constituía una contrata específica para la que se suscribían los oportunos documentos. En todo momento 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 que podía rechazar algunos encargos. No obstante, quedó acreditado que 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. Además, el trabajador estaba sometido a la imposición de plazos de realización y al resultado establecido por la mercantil demandada; en el caso de transporte de materiales pesados, se utilizaban vehículos de la empresa; el material necesario para efectuar la instalación era proporcionado por la mercantil, 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. El trabajador seguía las instrucciones de montaje emanadas de la empresa y los ascensores a instalar les eran entregados por la misma, así como el utillaje de montaje, específico para ascensores, que no podía adquirirse en ningún otro lugar.

Tras recordar su doctrina –ya muy reiterada– sobre la distinción entre el carácter civil o laboral de una relación –donde se afirma que la realidad fáctica debe prevalecer sobre la calificación que errónea o interesadamente puedan atribuirle las partes– y sobre los principales indicios de ajenidad y dependen-

cia como rasgos o elementos tipificadores de una relación laboral, la Sala Cuarta¹²³ resuelve que no estamos ante un contrato civil de ejecución de obra sino ante un contrato de trabajo, toda vez que:

1º) No cabe duda de la concurrencia de voluntariedad y de prestación de servicios personales por parte del demandante.

2º) En segundo lugar, aparece clara la característica de la ajenidad, ya que los frutos del trabajo pasan “ab initio” a la mercantil, que asume la obligación de retribuir dichos servicios que están garantizados, sin que el prestador de los servicios asuma riesgo empresarial de clase alguna, ni 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.

3º) Los trabajos 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 entregándoles los manuales de montaje y reparación.

4º) El demandante ha prestado sus servicios exclusivamente a la mercantil demandada, de forma habitual, personal y directa, realizando el mismo trabajo que un montador –oficial 2º– laboral de la empresa y que en su trabajo vestía con un mono que llevaba el distintivo de OTIS.

5º) 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.

6º) No obsta a la caracterización como laboral de la relación la existencia de determinados 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 en-

¹²³ SSTS, Pleno, de 24 (2) enero 2018 (rcud. 3595/2015, 3394/2015); STS de 8 febrero 2018 (rcud. 3389/2015).

trega 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).

7º) No estamos en el supuesto previsto en el art. 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 arts. 1.1 y 8.1 ET.

8º) Tampoco resulta aplicable el art. 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, ya que esta figura, al margen de sus peculiaridades, requiere, como todo trabajo autónomo, la realización de una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, circunstancias que no se dan en la actividad que aquí se considera.

34. Repartidores a domicilio al servicio de plataformas digitales (*riders*)

34.I. ANTECEDENTES

Recientemente (23.09.2020), el Pleno de la Sala Cuarta del TS ha declarado que la relación existente entre un repartidor (“*riders*”) y la empresa Glovo reviste naturaleza laboral, con lo que estaríamos ante la figura del “falso autónomo”. El TS, resolviendo el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4746/2019, anula la sentencia dictada el 19 de septiembre de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal TSJ de Madrid, que resolvió el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social número 39 de Madrid en el procedimiento 1353/2015.

Se trata de la primera vez que el TS analiza el modelo de negocio de las plataformas digitales y se pronuncia sobre la naturaleza jurídico del vínculo que éstas mantienen con sus proveedores de servicios. Mientras que los gestores de las plataformas defienden que su modelo de negocio se basa en la adscripción voluntaria de miles de trabajadores autónomos, la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, al igual que la mayoría de la doctrina, vienen sosteniendo que los *riders* son genuinos trabajadores asalariados, vinculados a la empresa titular de la *app* de reparto mediante una relación laboral en la que concurren las notas típicas de ajenidad y dependencia.

La sentencia del TS viene a zanjar por el momento una intensa batalla judicial en la que las plataformas de reparto a domicilio (Glovo, Deliveroo,

Uber Eats...) y los repartidores venían acumulando pronunciamientos contradictorios en instancias inferiores, tanto a favor como en contra de la laboralidad del vínculo. Todas las miradas estaban puestas en el Alto Tribunal, sobre todo después de que el TJUE, en un Auto de 22 abril 2020 (Asunto C-692/19, Yodel Delivery Network), tras afirmar que en el concreto caso planteado aparentemente no existían indicios de subordinación entre el *rider* y su supuesto empleador, mantuvo que debía ser en todo caso el órgano jurisdiccional nacional el que, teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes relativos a la persona trabajadora y a la actividad económica desarrollada, debía proceder a su clasificación profesional como trabajador autónomo o asalariado y determinar si procedía o no su inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

34.2. EL SUPUESTO DEBATIDO Y LA SENTENCIA RECURRIDA

En el caso decidido por la STJS Madrid de 19 septiembre 2019 (rec. 195/2019), se trata de un *rider* de la empresa Glovo, con la que había suscrito un contrato que las partes denominaron «*prestación de servicios profesionales para la realización de recados, pedidos o microtarefas como trabajador autónomo*», quien fue “desconectado” de la aplicación tras haber registrado una fuerte bajada de puntuación debido a que durante varios días no pudo trabajar por encontrarse enfermo. El “*glover*” presentó, primero, una demanda por despido tácito, a la que sucedieron una demanda instando la resolución del contrato de trabajo ex art. 50 ET y una tercera demanda por despido expreso. Las tres demandas fueron desestimadas por el JS n.º 39 de Madrid, de fecha 3 septiembre 2018, que calificó la relación como autónoma (TRADE).

La empresa Glovo es una mercantil dedicada a la gestión de una plataforma informática la cual, a través de una aplicación móvil o página web, permite, por un lado, que restaurantes y comercios locales ubicados en grandes ciudades oferten sus productos a través de dicha aplicación y, de otra, se permite a los consumidores finales acceder a dichos productos, siendo dicha plataforma la encargada del transporte y entrega de los productos a los clientes.

De la inmodificada relación de hechos probados contenida en la sentencia de instancia se desprende que el actor llevaba a cabo la prestación de servicios para Glovo del siguiente modo:

- a) Libertad de elección de la franja horaria en la que desea trabajar, con fijación de la hora de inicio y de finalización de su actividad.

- b) La libertad de aceptar aquellos pedidos (slots) que desea realizar, sin tener que ejecutar un mínimo de ellos, con posibilidad de su rechazo incluso una vez aceptada e incluso iniciada su ejecución (sin penalización alguna).
- c) Libertad de elegir la ruta para llegar al destino fijado por el cliente, siendo éste y no la sociedad demandada quien establece las características, bien del producto a adquirir, bien de la forma de entrega, estableciéndose una relación directa entre repartidor y cliente.
- d) Realización personal de la actividad por el *glover*, sin tener trabajadores a su cargo, poniendo por su parte los escasos medios materiales que se exigen para el desarrollo de la misma (moto, teléfono móvil...), con asunción de los gastos de su uso.
- e) Afiliación a la Seguridad Social a través de su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
- f) Retribución basada en el número de servicios prestados y no fijada por unidad de tiempo. No obstante, al cobrar también por kilometraje, resulta necesario su comprobación por un geolocalizador.
- g) Inexistencia de pacto de exclusividad.
- h) No necesidad de justificar las ausencias, bastando la mera comunicación, de ser posible con antelación, de su no disponibilidad para llevar a cabo los recados o encargos.
- i) Asunción de la responsabilidad del buen fin del servicio (cobrándolo solo si lo terminaba a satisfacción del cliente) y asunción frente al usuario/cliente final de los daños o pérdidas que pudiera sufrir el producto o mercancía durante el transporte.

El TSJ madrileño confirmará el pronunciamiento de instancia, descartando la existencia de vínculo laboral entre las partes. Para ello pone el acento en la conducta del propio recurrente, quien al considerarse «trabajador autónomo económicamente dependiente» y no «trabajador por cuenta ajena» instó de la mercantil Glovo, con fundamento en el art. 11 bis de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo, la formalización de un contrato de esa naturaleza. Asimismo, se advierte que el desarrollo diario de la prestación del servicio no se hizo de forma distinta de la libremente pactada por las partes, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad y sin prueba de la concurrencia de vicio alguno del consentimiento en el momento de su firma.

Partiendo de la consideración de Glovo como plataforma de intermediación en el transporte, y en su caso, compra de mercancías, el TSJ, a la vista de las características bajo las cuales se llevaba a cabo la actividad del demandan-

te, y no habiéndose discutido su carácter personal y retribuido, concluye que no existía relación laboral por faltar las dos notas esenciales de ésta, la ajenidad y la dependencia. Antes al contrario, califica al actor como trabajador autónomo pues “organizaba con total autonomía su propia actividad, sin sometimiento alguno al círculo rector y organicista empresarial, podía rechazar solicitudes de trabajo asignadas y disponía de la infraestructura productiva y del material propio necesario para el ejercicio de la actividad, aportando los medios necesarios para su desarrollo, siendo retribuido en virtud del resultado alcanzado en la ejecución”.

34.3. LA POSICIÓN DE LA SENTENCIA DE CONTRASTE

El recurrente aportó como sentencia de contraste para hacer valer la laboralidad de su vínculo con Glovo una sentencia del TSJ de Asturias de 25 julio 2019 (rec. 1143/2019), la cual, examinando un supuesto sustancialmente idéntico y referido a la misma empresa, sostendrá contrariamente, incuestionados el carácter voluntario de la relación que vinculaba a las partes y la naturaleza personal de la prestación, que también concurren las notas características de la relación laboral de ajenidad y dependencia, como apreció el juzgador de instancia.

Expuestos de forma sucinta, los argumentos que conducen a la Sala asturiana a mantener que la relación existente entre la mercantil Glovo y los *riders* que para ella realizan funciones de reparto a domicilio es laboral con arreglo a los arts. 1.1 y 8.1 del ET, y no la propia de un TRADE, son:

- a) Para realizar su actividad el repartidor, *rider* o *glover* necesariamente se integra en la plataforma y desde ella recibe las ofertas de servicios preseleccionados por Glovo, que mantiene un completo control de la actividad desempeñada.
- b) Es la tecnología de la plataforma la que facilita el contacto entre el usuario y el prestador del servicio, jugando los algoritmos un papel preeminente en las «tomas de decisión», si bien detrás de dicho conjunto de algoritmos existe un titular a efectos jurídicos que pretende desarrollar una actividad económica y ostenta la «propiedad de esos medios digitales», que es Glovo.
- c) Es impensable que el *rider* pudiera desempeñar su trabajo transportando comidas entre los restaurantes y los eventuales clientes, en calidad de trabajador autónomo, al margen de la plataforma y con sus

solos medios, ya que el éxito de este tipo de plataformas se debe precisamente al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo y a la explotación de una marca, en este caso Glovo, que se publicita en redes sociales.

- d) El hecho de que Glovo no sea propietario de los vehículos ni de los móviles carece de relevancia, ya que un empresario puede perfectamente realizar las prestaciones de servicio de transporte mediante vehículos pertenecientes a terceros; se trata de unos medios accesorios o complementarios, cuya importancia no es equiparable a la aportación por la empresa de los medios más específicos de instalación técnica.
- e) En cuanto a la libertad del *glover* para decidir cuándo trabaja y si acepta o rechaza encargos, en realidad tal libertad no es tal pues se encuentra muy condicionada por las constantes evaluaciones a las que los *riders* se ven sometidos, de suerte que los primeros en el ranking son los que tienen derecho a escoger aquellas franjas horarias más convenientes y en las que existe una mayor demanda.
- f) Además, las parcelas de libertad para decidir días y horas de trabajo y aceptación de servicios concretos no proporcionan al *rider* ninguna facultad o poder que pueda condicionar el desarrollo de la actividad empresarial. Estar libre y disponible es esencial al servicio que los repartidores prestan a Glovo y es precisamente esta facilidad para sustituir al trabajador lo que provoca que estos carezcan de todo poder de negociación para autoprotegerse y necesiten la ayuda del Derecho del Trabajo.
- g) La empresa Glovo dicta las instrucciones necesarias y suficientes para mantener el control sobre el proceso productivo.
- h) La aplicación es capaz de informar en todo momento a clientes y proveedores dónde se encuentra el repartidor.
- i) La empresa se reserva la facultad disciplinaria, añadiendo a las ocho causas de resolución previstas en el art. 15 .1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, hasta trece motivos disciplinarios que van desde la transgresión de la buena fe contractual o el retraso continuado en la prestación del servicio, a las ofensas verbales o físicas y causar perjuicio reputacional o de otro orden, etc., en claro paralelismo con las causas de despido censadas en el art. 54 del ET.
- j) Si todos los expuestos son rasgos o elementos que permiten concluir la existencia de dependencia, también está presente la nota de ajenidad: ajenidad en los medios, ya que el medio esencial de producción, sobre el que se construye la entera actividad de la plataforma digital,

es la instalación técnica que emplea para su desarrollo y la explotación de la marca, que se publicita en redes sociales y en cuya solvencia y eficacia confían restaurantes y clientes; ajenidad de los frutos, pues es la plataforma la que percibe la contraprestación del servicio de los restaurantes y establecimientos adheridos o girando las correspondientes comisiones a los usuarios finales, haciendo suyo de esta forma el resultado de la actividad del repartidor; ajenidad del mercado, pues es la plataforma la que fija los precios y elige a los clientes, constituyéndose en un intermediario imprescindible entre la tarea del repartidor y su destinatario final; y ajenidad en los riesgos, pues no consta que el repartidor asuma algún tipo de responsabilidad frente a los usuarios finales.

- k) La remuneración satisfecha al repartidor, con independencia de su cuantía, lo es por la actividad realizada y la devenga por el hecho de realizarla, por lo que debe calificarse como salario a tenor de lo previsto en el art. 26 del ET, teniendo el kilometraje la consideración de gasto de la empresa suplido por el trabajador como consecuencia de la actividad laboral.

34.4. LA DECISIÓN DE LA SALA CUARTA

Como se anticipó, el Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha unificado las tesis confrontadas que existían a propósito de la calificación jurídica de la relación existente entre la empresa Glovo y sus repartidores, proclamando que la misma reviste naturaleza laboral, sin que haya apreciado la necesidad de elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El TS estima el primer motivo del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador, argumentando que concurren las notas definitorias del contrato de trabajo, examinando en particular las de dependencia y ajenidad. A tal efecto, y apoyándose en los argumentos de la sentencia de contraste, la Sala Cuarta sostiene que Glovo no es una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores; es una empresa que presta servicios de recadería y mensajería fijando las condiciones esenciales para la prestación de dicho servicio. Y es, además, titular de los activos esenciales para la realización de la actividad (la app). Para ello se sirve de repartidores que no disponen de una organización empresarial propia

y autónoma, los cuales prestan su servicio insertados en la organización de trabajo del empleador.

La parte recurrente formuló un segundo motivo de casación, que es desestimado por incumplimiento de requisitos formales.

34.5. VALORACIÓN FINAL

A la vista de las específicas características que concurren en la actividad realizada por los *riders* integrados en plataformas digitales cuyo objeto social es la intermediación en la actividad de transporte y entrega de productos, no puede menos que compartirse su conceptualización como trabajadores titulares de una relación laboral, con los derechos y obligaciones inherentes a tal caracterización. Lo cual no significa necesariamente que cualquier otra actividad realizada en el marco de este tipo de plataformas deba merecer automáticamente dicha conceptualización, pues para obtener ésta habrá que acudir en cada caso al estudio y ponderación de los indicios y caracteres concurrentes en la prestación de servicios y así poder determinar si se dan o no las notas de laboralidad, fundamentalmente la ajenidad y la dependencia, que se recogen en los arts. 1.1 y 8.1 ET.

Lo que es claro es que los indicios de laboralidad que tradicionalmente ha barajado la jurisprudencia, aunque siguen siendo útiles para llevar a cabo tal operación calificatoria, deben ser reformulados y complementados con otros que derivan de la aparición de nuevas forma de trabajo asociadas a modelos de negocio en los que resulta determinante la contribución de las nuevas tecnologías. Dicho de otra manera, los indicios de laboralidad tradicionales deben ser mirados con ojos del siglo XXI, donde muchos de los empleos que actualmente conocemos van a desaparecer o se transformarán en otros a medida que progrese la robotización de las empresas y la inteligencia artificial asuma un protagonismo cada vez mayor en la planificación y gestión de los recursos humanos.

CAPÍTULO V

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (GRANADA)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

“[El Derecho social] hace en primer término visible detrás de la abstracción niveladora del concepto de persona, el carácter individual propio, el poder social y la situación de impotencia de los más débiles; ya no conoce solo a personas, sino a empresarios, obreros y empleados [...]. Con la visualización de las situaciones de poder o de impotencia del individuo se llega luego y, en primer término, a su consideración y se hace posible el apoyo a la impotencia social y el trazado de límites del predominio social”

GUSTAV RADBRUCH¹

¹ RADBRUCH, G.: “Del Derecho individualista al Derecho Social (1930)”, RADBRUCH, G: *El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, trad. Aníbal del Campo, revisión, edición y estudio preliminar, “Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social” (pp. IX-LXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2020, págs. 17 y ss., en particular pág.19.

SUMARIO: I. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.*—II. *Actividades religiosas (sacerdotes y otros ministros de culto; religiosos; capellanes en hospitales, centros penitenciarios, centros educativos y otros; profesores de Religión: remisión a personal docente).*—III. *Actividades sindicales y políticas (cargos sindicales, cargos políticos, trabajos burocráticos en sindicato o partido político, sindicalistas, afiliados).*—IV. *Socios, administradores, directores (socios, administradores, directores, promotor-fundador de entidad mercantil, CEO).*—V. *Relaciones con causa formativa (prácticas no laborales en empresas, alumnos de escuelas-taller y casas de oficios, becarios, becarios universidad, prácticas, peluqueros en formación, etcétera).*—VI. *Cooperativistas (pertenecientes a cooperativas de trabajo asociado adjudicataria de cementerio municipal, de cooperativas de trabajo asociado concesionaria de actividad jardinería municipal, de cooperativas vinculada a organismo público, etcétera).*—VII. *Actividades deportivas.*—VIII. *Profesiones liberales.*—IX. *Personal sanitario.*—X. *Profesionales de la comunicación.*—XI. *Comerciales, agentes, vendedores.*—XII. *Distribuidores, repartidores y transportistas.*—XIII. *Servicios prestados a la Administración.*

El marco difuso que desdibujan las actuales técnicas de división del trabajo conlleva el surgimiento de problemas para delimitar y fijar las fronteras entre el contrato de trabajo y otras figuras propias del Derecho Civil, Mercantil, Administrativo... etcétera². Con suma frecuencia, en la práctica ordinaria, los tribunales tropiezan con supuestos en los que la calificación de laboralidad de una relación de servicios resulta complicada, de ahí que tengan que recurrir a la ingente masa de normas jurídicas existentes para solventar posibles dudas interpretativas. Junto al trabajo clandestino, ilegal o fraudulento aparecen diversos supuestos de huida del Derecho del Trabajo que resultan de una confabulación de circunstancias que, principalmente, son el resultado de una voluntad permisiva y de allanamiento del ordenamiento jurídico³. En efecto, se presenta así una materia ardua y amplia, en donde se ha abierto el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo hacia otras relaciones, anteriormente, reguladas por el Derecho Mercantil o Civil⁴. No se puede ignorar que se ha producido un cambio del modelo antropológico de trabajador, el cual se proyecta en un doble plano: por un lado, dentro de la figura del trabajador por cuenta ajena, centro de referencia del Derecho del Trabajo clásico garantista, donde se aprecia la transición paulatina del “trabajador masa” al “trabajador heterogéneo”

² MARTÍN VALVERDE, A.: «Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº38, 2002, págs. 21 y 22.

³ ROQUETA BUJ, R.: «Introducción», en VV.AA., *Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios*, Madrid, Cinca, 2016, pág. 9.

⁴ HUERTAS BARTOLOMÉ, T. y LÓPEZ LÓPEZ, J.: «La ampliación de las fronteras del Derecho del Trabajo español tras la Ley del Estatuto de los Trabajadores», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº1, 1992, págs. 69.

del postfordismo; y, por otro, la expansión y “laboralización” parcial (que puede percibirse también, paradójicamente, como “huida” del ordenamiento laboral) de ciertas formas de trabajo autónomo o semi-autónomo (trabajadores “parasubordinados” o “semi-autónomos”; trabajadores por cuenta propia “dependientes” económicamente), en cuyo marco los trabajadores profesionales se encuentran en una situación económica y jurídica de debilidad contractual y de subordinación a los poderes directivos y de fijación unilateral de las condiciones de trabajo. Por lo demás, las fronteras entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo se hacen cada vez más difusas y fluidas⁵.

Principalmente representativa ha sido la jurisprudencia de los tribunales, a fin de fijar los rasgos caracterizadores de las relaciones de trabajo que describe el artículo 1.1⁶ del Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores, respecto de otro tipo de relaciones que se sitúan en una «zona gris» o «fronteriza».

I. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD

El concepto de trabajador asalariado en Derecho del Trabajo no es uniforme, sino que varía dependiendo de las disciplinas científicas en la que se emplee dicho término lingüístico. El carácter ambivalente del concepto también se proyecta a nivel europeo y, muy especialmente, en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien ya advierte de la falta de consenso entre la doctrina española y la de otros Estados comunitarios. La doctrina científica ha criticado duramente las distintas interpretaciones que ha venido arrojando el Alto Tribunal Europeo al entender que, cuando su orientación ha sido más protectora y tuitiva, el Tribunal Comunitario ha invadido competencias nacionales propias de los Estados miembro en la configuración de las fronteras de «su Derecho del Trabajo». Por contra, cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se apega más a la libertad de empresa y a la defensa de la competencia empresarial, parece que se le está legitimando para configurar un mo-

⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, págs. 35 y ss., en particular pág. 35; *Ibid.*, “El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación (I y II)”, en *Aranzadi Social*, Vol. 2º, nº. 4-5, 2009, págs. 79-106 y 71-101, respectivamente.

⁶ ALONSO OLEA, M: «Extensión y límites de la jurisdicción del trabajo», *Revista de Derecho Procesal*, nº2, 1959.

delo social de trabajo asalariado más acusado y condicionado por criterios economicistas⁷.

El término «trabajador asalariado» ha de construirse a partir del artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) en donde no se ofrece un concepto legal del trabajador asalariado, pero –en cambio– sí se delimitan las notas características de esta relación. Indica el artículo 1.1 del ET que el ámbito de aplicación de las relaciones de trabajo asalariado se efectuarán sobre: «...los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». De acuerdo con esta definición, será trabajador asalariado la persona que preste este tipo de servicios en régimen de ajeneidad y dependencia⁸.

El legislador, tras demarcar en sentido positivo las relaciones de trabajo objeto de regulación por el Derecho del Trabajo (a saber: trabajo voluntario, oneroso, por cuenta ajena y en régimen de dependencia y/o subordinación) define la figura, en sentido negativo, al establecer un catálogo de exclusiones legales expresas, esto es, de prestaciones de servicios que quedan fuera de dicho ámbito de aplicación y a las que no serán de aplicación las normas laborales: funcionarios públicos, prestaciones personales obligatorias, consejeros, trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad, trabajos familiares, operadores mercantiles con asunción de riesgo y transportistas.

La voluntariedad en el compromiso de trabajar implica que la prestación del trabajo se desarrolle basándose en el consentimiento y aceptación del trabajador, en una declaración de voluntad conforme con el compromiso de trabajo contraído, aunque dicha voluntad pueda estar condicionada desde un punto de vista económico y/o social⁹.

En lo que respecta al carácter retribuido, cabe señalar que el Derecho del Trabajo solo se aplica al trabajo oneroso y productivo, es decir, aquel que se realiza para procurarse medios de vida y subsistencia, con ánimo de obtener una ganancia o contraprestación económica. La propia denominación de traba-

⁷ SÁNCHEZ-URÁN AZANA, Y.: «Concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea. Una aproximación sistemática y un enfoque propositivo», en *Lección presentada al Concurso para la provisión de la Plaza de Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2017, págs. 7 y 8.

⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ámbito de aplicación (Artículo 1)”, en VV.AA.: *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), SERRANO FALCÓN, C. (Coord.), Granada, Comares, 2012, págs. 1-37.

⁹ STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de mayo de 1998 (rec. 501/1996).

jador asalariado, con la que se designa al destinatario de las normas laborales, pone de relieve la necesidad de que se perciba un salario a cambio del trabajo para que dichas normas se apliquen. Así pues, quedan al margen del ordenamiento laboral: 1) los trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad¹⁰; 2) la actividad de los becarios¹¹ y 3) los trabajos en beneficio de la comunidad, realizados en cumplimiento de condena penal.

La ajenidad en el resultado del trabajo¹² supone: a) ajenidad en los frutos o en el resultado del trabajo: se entenderá por frutos no solo los productos tangibles, sino, en general, toda clase de aprovechamiento y utilidades económicas generadas por el trabajo. Existirá ajenidad cuando la propiedad del fruto del trabajo se atribuye a otra persona, física o jurídica, distinta de quien lo realiza, de forma originaria y automática; esto es, sin necesidad de que se realice un acto particular de transmisión del bien o servicio producido. Cuando el resultado sea un servicio inmaterial, no susceptible de apropiación, la ajenidad se manifestará en la ejecución del trabajo, si este se desarrolla de manera que satisfaga las necesidades o conveniencias no del trabajador, sino de la persona a favor de la cual se presta; b) ajenidad en los riesgos: lo que comporta la actividad productiva en el marco de la cual se desarrolla la prestación del trabajador. Significa que este no participa económicamente en los beneficios o pérdidas derivados de la explotación, siendo el empresario quien debe soportar la incertidumbre derivada del funcionamiento de la empresa. Una acepción más depurada desde el punto de vista jurídico sería la de que el trabajador es ajeno a los riesgos de pérdida del salario cuando el trabajo resulte de imposible ejecución; y c) ajenidad en el mercado: aquí el producto del trabajo no pasa directamente del trabajador al mercado, sino única y exclusivamente a través de otra persona, concretamente, del empleador o empresario, que adopta todas las decisiones relativas a ese ámbito (precio de venta, clientela, etcétera).

Para el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) son indicios que indican la falta de ajeneidad en la prestación de servicios los siguientes:

— Cuando el contrato empleado es el de naturaleza administrativa y no laboral. No obstante, si se comprueba que el trabajador estaba sometido a un determinado control de horario, utilizaba los medios materiales del Organismo en cuyas dependencias trabajaba con utilización de clave de acceso personal a la red informática de dicha entidad y utilizando una dirección de correo elec-

¹⁰ Sentencias del TSJ de Andalucía (Granada) de 11 de mayo de 2005 (rec. 763/2005) y 07 de marzo de 2007 (rec. 3493/2006).

¹¹ STSJ de Andalucía (Granada) de 03 de diciembre de 2015 (rec. 2428/2015).

¹² STSJ de Andalucía (Granada) de 10 de septiembre de 2015 (rec.1749/2015).

trónico corporativo, percibiendo una retribución mensual fija y sometido, en sus permisos por asuntos particulares y enfermedad, así como vacaciones, a los mismos requisitos y trámites que el resto de personal funcionario y laboral, cabría hablar de la existencia de una verdadera relación laboral. En este supuesto se dan todas las notas a las que se refiere el artículo 1.1. del ET, esto es, voluntariedad, abono de una retribución, al igual que los restantes trabajadores, dependencia y/o subordinación y trabajo por cuenta ajena¹³.

— La adopción por el empresario y no por el 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 prestada¹⁴, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones.

— Cesión del negocio y autorización para que un trabajador dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) acceda a varias cuentas corrientes y de ahorro. Por lo que, siempre que el trabajador autónomo ejerza el cargo de administrador, estando la empresa sometida a su poder de dirección y organización, disponiendo además de las cuentas bancarias, hasta tal punto, de no estar sometido a órdenes de nadie. Todos esos extremos determinan la inexistencia de la nota de ajeneidad, entendida como aquella actividad cuyos frutos o resultados reviertan en beneficio, no del propio trabajador, sino de la persona o entidad para la que se llevan a cabo, en tanto que las tareas llevadas a cabo por el actor lo eran en beneficio propio¹⁵.

— La presencia de la independencia, autonomía y asunción propia de las fuentes del trabajo y de sus riesgos que caracterizan a las llamadas profesiones liberales, esto es, al libre ejercicio profesional¹⁶.

— La falta de responsabilidad por impagos y de una retribución garantizada. Como regla general, no existe ajeneidad cuando se haga responsable al trabajador del buen fin de las operaciones o del resultado obtenido con su prestación de servicios. No hay contrato de trabajo cuando al trabajador se le retribuye por comisiones y estas se hacen efectivas solo respecto a cantidades que hayan sido recaudadas, en cuyo caso no concurriría la mencionada nota.

¹³ STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de febrero de 2008 (rec. 700/08).

¹⁴ STSJ de Andalucía (Granada) de 15 de julio de 1999 (2108/1998).

¹⁵ STSJ de Andalucía (Granada) de 24 de mayo de 2012 (rec. 1388/12).

¹⁶ STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de mayo de 1998 (rec. 501/1996).

Ahora bien, en el caso de los encuestadores se ha señalado que no es obstáculo para la laboralidad de su relación el hecho de que se les pague por entrevista realizada, que su salario se devengue únicamente cuando la entrevista esté terminada y bien hecha, una vez controlada y supervisada por la empresa por cuenta de quien trabajan¹⁷. De igual modo, si el encuestador coordina una determinada actividad de campo y recibe, por su trabajo, una determinada retribución mensual en concepto de práctica formativa, cabe considerar también la existencia de una relación de laboral en cuanto que este trabaja para un empleador (la Administración pública) y las labores encomendadas son más las propias de una relación profesional que de formación (finalidad de la beca)¹⁸.

La ausencia de ajenidad sitúa determinadas prestaciones de servicios extramuros del Derechos del Trabajo. Ocurre así, entre otros, con los consejeros (art. 1.3 c) del ET), los trabajos familiares (art. 1.3 e) del ET), los operadores mercantiles (art. 1.3. f) del ET) y los transportistas (art. 1.3. g) del ET).

Las relaciones familiares están excluidas del ámbito regulado por el Estatuto de los Trabajadores, salvo cuando se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo (presunción «iuris tantum»). Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción. Conviene hacer algunas precisiones: A) La prueba de que se han prestado servicios, percibiendo el salario según convenio o contrato de trabajo, impide la efectividad de la presunción «iuris tantum» de no laboralidad establecida por la norma. B) A los efectos de esta exclusión, se consideran parientes a los que tienen su origen en uniones matrimoniales, sin comprender a las uniones estables de hecho. No obstante, puede entenderse que no hay relación de dependencia y ajenidad en la prestación de servicios, cuando existe una comunidad amplia de intereses y de fines que permiten llegar a la conclusión de que existe una comunidad de explotación. A este respecto, los tribunales han extendido la consideración de relaciones familiares cuando se constata la convivencia de un hombre y una mujer diaria, estable y con permanencia temporal consolidada a lo largo del tiempo (aunque no exista una unión matrimonial formal, sino de hecho), practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, que crea una comunidad de vida amplia, intereses y fines, que ha de ser reconocida en Derecho. Se llega así a la conclusión de

¹⁷ STSJ de Andalucía (Granada) de 19 de septiembre de 2019 (rec. 2077/19).

¹⁸ STSJ de Andalucía (Granada) de 03 de diciembre de 2015 (rec. 2428/2015).

que entre los convivientes no existe una relación de dependencia y ajeneidad en las relaciones laborales y de explotación del establecimiento, sino una comunidad de explotación entre ambos convivientes, sin existencia de relación de dependencia y ajeneidad¹⁹. C) No cabe hablar de «parientes del empresario», en puridad de concepto, cuando el empleador es una persona jurídica, pero las relaciones de parentesco entre los propietarios del capital pueden desvirtuar la condición de laboralidad. En este último supuesto, aun cuando se tomase en consideración la realidad de las personas físicas que la integran, tampoco podrían considerarse como trabajos familiares los del pariente de un socio cuando la participación que tiene este no alcanza el 50% del capital social. D) Finalmente, aun cuando se acredite la existencia «iuris tantum» de relación laboral, si, posteriormente a la venta de sus participaciones sociales a sus hijos y sobrinos, el trabajador deja de formar parte de la organización empresarial, se entenderá que no habrá una relación laboral, sino una colaboración familiar²⁰.

El art. 1.3 del ET excluye de la legislación laboral todas las actividades en las que falte alguna nota característica de la relación laboral, aunque recoge algunas exclusiones expresas. La mayoría de esas exclusiones resultan declarativas (prestaciones personales obligatorias, trabajos amistosos, etcétera), puesto que no concurre en ellas la voluntariedad, la ajeneidad, la dependencia o la retribución, aunque también se encuentra alguna exclusión constitutiva (funcionarios públicos).

Existen formas de prestación de servicios en régimen de autonomía que presentan zonas fronterizas con el trabajo en régimen de contratación laboral. Determinados oficios y profesiones, así como nuevas actividades empresariales y formas de organizar el trabajo, plantean dudas a la hora de decidir si corresponde calificarlas como trabajo asalariado. Además, determinadas tareas pueden ser desarrolladas por las empresas indistintamente, mediante la incorporación a su plantilla de trabajadores asalariados o a través de la colaboración de trabajadores autónomos.

La dependencia en la contratación laboral de esos servicios profesionales no se manifiesta en la sujeción estricta a órdenes sobre la ejecución de la prestación, sino en el de que las decisiones sobre la programación del trabajo las adopte la persona o entidad a la que se presta el servicio. Indican la no existencia de las notas dependencia y ajeneidad en la relación laboral en: 1) la amplitud del tiempo efectivo ocupado por cuenta de una determinada persona física o

¹⁹ STSJ de Andalucía (Granada) de 02 de julio de 1996 (rec. 450/1996).

²⁰ STSJ de Andalucía (Granada) de 12 de junio de 2000 (rec. 2785/1998).

jurídica); 2) la inserción del trabajador en la organización del trabajo del empleado nuevo empresario, que se traduce en el no sometimiento a un plan de trabajo encargado; 3) la realización personal de los encargos, incompatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; 4) la posibilidad de aceptar o rechazar libremente los encargos de un determinado cliente; 5) la posibilidad de asistencia al centro de trabajo del empleador cual lugar de trabajo designado por aquel; 6) la organización empresarial propia de profesional y 7) la adopción por parte del trabajador de las decisiones concernientes a la relaciones de mercado o la relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela indicación de personas a atender, de carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo.

Notas, todas ellas, que con mayor o menor intensidad se daban en la relación existente entre el demandado y los demandantes, siendo especialmente indiciarios de la relación societaria la aportación y entrega al negocio por parte del actor, de numerosos útiles propios de hostelería (comandera, máquina de cortar embutidos, robots de cocina, máquina de hielo, freidora, vajillas, etcétera). Por lo tanto, siempre que quede probado que entre los demandantes hubo aportación de menaje muy amplio y valioso a efectos de poder explotar el negocio; con convencimiento de que la relación entre las partes era la propia de unos socios, que se plantean la explotación conjunta de un restaurante, el demandante, como relaciones públicas y los actores para llevar el negocio en la barra y en la cocina, cabrá entender la existencia de una relación laboral²¹.

II. ACTIVIDADES RELIGIOSAS (SACERDOTES Y OTROS MINISTROS DE CULTO; RELIGIOSOS; CAPELLANES EN HOSPITALES, CENTROS PENITENCIARIOS, CENTROS EDUCATIVOS Y OTROS; PROFESORES DE RELIGIÓN: REMISIÓN A PERSONAL DOCENTE)

El carácter no retribuido de de los trabajos realizados a título de «amistad, benevolencia o buena vecindad» ha sido determinante para excluir determinadas relaciones de su consideración como por cuenta ajena o asalariadas²².

²¹ STSJ de Andalucía (Granada) de 10 de septiembre de 2015 (rec. 1534/2015).

²² MARTÍN VALVERDE, A.: «Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)»... *op.cit.*, págs. 48.

Así han sido, tradicionalmente, los supuestos típicos de trabajo benévolo que prestan los seglares de una iglesia o confesión religiosa²³.

La calificación de los servicios prestados por los religiosos en hospitales y centros de enseñanza han sido abordados múltiples veces por los tribunales, principalmente para determinar si el tiempo de trabajo prestado y la remuneración recibida son esenciales para su consideración como trabajo por cuenta ajena. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada)²⁴, siguiendo reiterada doctrina del Tribunal Supremo, ha entendido que existe una relación laboral cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) En el Acuerdo de 3 enero 1979 sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979, se establece, en su artículo 2, que los planes educativos en los niveles de Educación Preescolar, Educación General Básica, Bachillerato Unificado Polivalente y Grados de Formación Profesional correspondientes a alumnos de las mismas edades, incluirán la enseñanza de Religión Católica en todos los Centros de Educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales. b) En el art. 3 se dispone que los profesores de Religión formarán parte a todos los efectos del Claustro de Profesores de los respectivos Centros. c) En cuanto a sus retribuciones, en el artículo 7, se dice que la situación económica de los profesores de Religión Católica, en los distintos niveles educativos que no pertenezcan a los Cuerpos Docentes del Estado, se concertará entre la Administración Central y la Conferencia Episcopal Española y la Orden Ministerial de 26 septiembre 1979, en desarrollo de dicho Acuerdo, se previene, entre otras cosas, que las remuneraciones de los profesores de formación religiosa de los Centros Oficiales de Bachillerato serán análogas a las establecidas para el profesorado interino de dicho nivel educativo. d) En la Orden de 11 octubre 1982, sobre Profesorado de Religión y Moral Católica en los Centros de Enseñanzas Medias, entre los que figuran los Institutos de Formación Profesional, se dispone que los profesores de Religión y Moral Católica serán nombrados por la autoridad correspondiente a propuesta del Ordinario de la Diócesis. Dicho nombramiento tendrá carácter anual y se renovará automáticamente, salvo propuesta en contra del mencionado Ordinario, efectuada antes del comienzo de cada curso, salvo que la Administración, por graves razones académicas y de disciplina, considere necesaria la cancelación del nombramiento, previa audiencia de la autoridad eclesiástica que hizo la propuesta, añadiéndose que tales profesores podrán asumir en los Cen-

²³ Sentencia del TSJ de Andalucía (Granada) de 4 de marzo de 2003 (rec. 3040/2003) y 20 de octubre de 2010 (rec. 1806/2010).

²⁴ STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de abril de 2000 (rec. 2029/2000).

tros todas aquellas funciones que les pueden corresponder en cuanto miembros del Claustro de Profesores a todos los efectos según su dedicación y categoría académica y les sean encomendadas por la Dirección del Centro o autoridad competente.

III. ACTIVIDADES SINDICALES Y POLÍTICAS (CARGOS SINDICALES, CARGOS POLÍTICOS, TRABAJOS BUROCRÁTICOS EN SINDICATO O PARTIDO POLÍTICO, SINDICALISTAS, AFILIADOS)

El apartado 3 d) del artículo 1 del ET excluye, de su ámbito de aplicación, los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia y/o buena vecindad. La exclusión se justifica, por un lado, porque el prestador de servicios no tiene un vínculo obligatorio con el empresario y, por tanto, no existe deber jurídico de obedecerle, faltando el requisito de la dependencia. Sin embargo, de otro, hay además un servicio sin retribución, gratuito y cercano a la donación.

Dentro de la consideración de trabajos «benévolos» se incluyen el del militante de partidos políticos o sindicatos que presta sus servicios no retribuidos para la organización política o sindical a la que pertenece. En este ámbito, la retribución salarial puede ser un valioso, aunque no determinante, distintivo entre la relación laboral y otras prestaciones de servicio. En ocasiones, las retribuciones que perciben las personas implicadas en estas organizaciones suelen ser menores, incluso simbólicas, en comparación a las que percibirían los trabajadores por cuenta ajena. Ello se debe a que el concepto legal de salario goza de una enorme elasticidad que le permite remunerar distintas actividades, algunas en régimen de subordinación, otras en concepto de comisión/participación de beneficios, a tanto alzado o bien como una modalidad retributiva propia de otros contratos de servicios²⁵.

Ahora bien, la existencia o inexistencia de una correlación necesaria entre la forma de la retribución y el tipo de contrato de servicios no inutiliza por completo la retribución salarial como criterio del contrato de trabajo. En cualquier caso, la persona que se beneficie del trabajo ha de ser la encargada de probar que la relación tiene esta naturaleza. Estos presupuestos no se presumen.

Este tipo de trabajo se da también en las actividades sindicales y políticas. Son las relaciones que se dan en la prestación gratuita de servicios por parte de

²⁵ MARTÍN VALVERDE, A.: «Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)»... *op.cit.*, págs. 48.

los afiliados (partidos políticos, sindicatos, otras asociaciones, etcétera) las que determinan su exclusión. Por ello, será necesario que la actividad realizada por los afiliados sea en relación a la organización interna de la asociación y no la realización de trabajo burocrático (en el último caso se está ante una relación laboral común, si se hacen trabajos burocráticos). Los servicios prestados por los dirigentes sindicales y/o políticos quedan fuera del ET²⁶, no tanto por ser administradores, sino por prestarse en virtud de un vínculo asociativo y carecer de las notas de dependencia y ajeneidad, tal como sucede con los cargos de confianza o liberados.

En esta línea se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de Andalucía (Granada), quien de forma clara ha concluido que no puede atribuirse naturaleza laboral a quien ha ostentado cargos de representación en los órganos ejecutivos de un sindicato, pues es evidente que carece de los elementos de dependencia y ajeneidad. El de la ajeneidad porque el mismo exige actividad sujeta a la esfera organizativa y rectora del empresario y, en este supuesto, aunque con obvias limitaciones derivadas de la esencia misma de la organización demandada, quien ostenta un cargo en la comisión ejecutiva es quien, precisamente, de acuerdo con otros en similar situación, decide la marcha ordinaria de la organización a los niveles que cada uno de los miembros de la comisión ejecutiva tiene encomendados; y de la dependencia, porque el mismo carácter de responsable político, si bien lleva implícitas las limitaciones propias del fin y los medios en la organización, conlleva asimismo una cierta independencia de medios. Ni el dato formal de la inclusión en la Seguridad Social ni el hecho de percibir una retribución fija mensual determinan el carácter laboral de una relación como la analizada, pues el primero es un dato puramente formal y el segundo puede entenderse como una compensación por la dedicación exclusiva que corresponde al liberado sindical²⁷.

En un supuesto excepcional en el que no se acredita prestación efectiva de servicios para la empresa, pero sí una retribución con la correspondiente cotización, sí se ha reconocido la existencia de relación laboral. Es el supuesto de trabajadores afiliados a un sindicato que, sin haber prestado servicios para la empresa en ningún momento, desde el inicio de la suscripción del contrato, con base en un acuerdo con el sindicato, se les reconoce la condición de liberado sindical por ocupar cargos electivos sindicales, sin haber sido nombrados o elegidos representantes legales o sindicales en la empresa y, a pesar de todo, son retribuidos por la misma²⁸.

²⁶ STSJ de Andalucía (Granada) de 19 de noviembre de 2008 (rec.2354/2008).

²⁷ STSJ de Andalucía (Granada) de 12 de abril de 2012 (rec. 436/2012).

²⁸ STSJ de Andalucía (Granada) de 6 de septiembre de 2018 (rec. 867/2018).

IV. SOCIOS, ADMINISTRADORES, DIRECTORES (SOCIOS, ADMINISTRADORES, DIRECTORES, PROMOTOR-FUNDADOR DE ENTIDAD MERCANTIL, CEO)

El art. 1.3.c) del ET excluye de la legislación laboral: «... la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo».

Los caracteres de la prestación de servicios que realizan, en particular, los administradores de sociedades son los propios de una relación de carácter mercantil y no laboral²⁹. Indica el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) que lo que realmente determina la calificación de la relación, como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones, sino la naturaleza del vínculo, esto es, los derechos y obligaciones de las partes³⁰. Por lo que, si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, solo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como relación de trabajo común, cabe admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral³¹. En efecto, las funciones de gestión, dirección y control de la sociedad determinan la ausencia de ajeneidad en cuanto que los frutos revierten, no en beneficio del propio trabajador, sino de la persona o entidad para la que lleve a cabo su actividad³².

V. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA (PRÁCTICAS NO LABORALES EN EMPRESAS, ALUMNOS DE ESCUELAS-TALLER Y CASAS DE OFICIOS, BECARIOS, BECARIOS UNIVERSIDAD, PRÁCTICAS, PELUQUEROS EN FORMACIÓN, ETCÉTERA)

En particular la figura del becario o del personal investigador en formación (denominación actual) ha estado durante años devaluada y, por tanto, su-

²⁹ STSJ de Andalucía (Granada) de 15 de febrero de 2006 (rec. 3174/2005).

³⁰ STSJ de Andalucía (Granada) de 16 de octubre de 2013 (rec.1509/2013).

³¹ STSJ de Andalucía (Granada) de 11 de junio de 2001 (rec. 546/2001).

³² STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de junio de 2007 (rec. 886/2007).

jeta a un régimen peculiar que venía a precarizar a este colectivo³³. Así es, durante mucho tiempo la figura del becario de investigación ha estado desprovista de una regulación jurídica, por lo que debían ser las Universidades u otros organismos de investigación los que organizaran las condiciones de acceso y de prestación de servicios³⁴. Normalmente, la relación estaba constituida en cuatro años de beca en los que no constaba la existencia de ningún tipo de relación laboral y, por ende, de protección social. Esto implicaba más precariedad laboral y abuso a este colectivo, debido a que, en la práctica, se encontraban plenamente insertados en la organización productiva del ente beneficiario. Por lo que, habitualmente, venía desempeñando una actividad muy parecida a la que desarrollaban el resto de trabajadores y de la cual se beneficiaban las universidades.

Con posterioridad, el legislador comienza a percatarse de que la investigación constituye un elemento importante para la sociedad, siendo así esencial para el progreso de la colectividad³⁵. Comienza entonces, durante esta última década, un proceso de regulación de esta figura a la que todavía no se ha puesto punto y final. El camino recorrido, ciertamente, está lleno de obstáculos que dificultan la consecución de una ordenación acorde a la realidad que se vive. En este sentido, la historia del Derecho del Trabajo está llena de constantes vaivenes, algunos protagonizados por un mayor crecimiento en las medidas protectoras y círculo de personas protegidas, mientras que en otros la tendencia es de preocupación y retroceso en el reconocimiento de los derechos y deberes de las personas implicadas³⁶.

Hoy por hoy, la actividad que realizan los becarios no puede ser catalogada como por cuenta ajena (no es una relación laboral), sino que se trata de actividad formativa a cambio de una ayuda económica o beca que no puede ser considerada para nada salario³⁷. Y es que, según expresa el Tribunal Supremo:

³³ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.; GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: «El personal investigador en formación: una peculiar relación laboral», en VV.AA., *Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios. XXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Cinca, 2016.

³⁴ NOGUEIRA FERREIRO, L.: «La eficacia en el fomento de la investigación del contrato predoctoral y las ayudas a la formación de doctores y profesorado universitario», en VV.AA., GÓMEZ MUÑOZ, J.M. (Coord), *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público*, Sevilla, CARL, 2015.

³⁵ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.; GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: «El personal investigador en formación: una peculiar relación laboral»...*op.cit.*, pág. 1.

³⁶ MONTROYA MELGAR, A.: «El ámbito personal del Derecho del Trabajo: tendencias actuales», *Revista Aranzadi Social*, nº3, 2006, pág. 1 en su versión digital.

³⁷ Conforme al RD 1493/2011, de 24 octubre, puede definirse al becario como aquella persona que participa «en un programa de formación financiado por entidades u organismos públicos o privados que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, no tengan carácter exclusivamente lectivo sino que incluyan la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades y conlleven

«...solo cuando el aspecto productivo prime sobre el formativo, la actividad del becario será considerada como laboral, en cuanto incorporada a la organización o institución»³⁸. Indudablemente, el Alto Tribunal se encuentra muy lejos de la realidad, porque lo cierto es que el becario se integra de modo efectivo en la organización del sujeto otorgante de la ayuda, a quien sin duda transfiere los resultados del trabajo experimental ligado a su formación³⁹. Esta particular situación se debe a una razón objetiva, que tiene su base de ser en que»...el ordenamiento jurídico no siempre distingue con criterios materiales las respectivas situaciones jurídicas de beca y de contrato dentro del mismo personal en formación»⁴⁰, llegando a confundirlas y posicionando a este colectivo en una doble situación jurídica, que no llega a cambiar de modo material su naturaleza formativa hasta un tiempo posterior⁴¹.

Para la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) la distinción entre la beca y el contrato de trabajo ha de sustentarse en un análisis sobre la parte que obtiene el beneficio predominante y, en particular, sobre el carácter formativo o productivo de la prestación de servicios. Si el becario obtiene de esa práctica profesional un beneficio formativo predominante no basado exclusivamente en la adquisición de experiencia, sino en una mayor capacitación, la beca será legítima. En cambio, si la empresa obtiene el beneficio principal de la relación, porque el supuesto becario desarrolla un trabajo productivo, habrá nacido una verdadera relación laboral⁴².

En concreto, la relación del becario con la persona o entidad en el marco de cuya organización se realiza la actividad (universidad, empresa, etcétera) se rige por las bases establecidas en la convocatoria u oferta de la beca y no por la normativa laboral (art. 7 RD 1497/1981, de 19 junio que regula los Programas de Cooperación Educativa).

De igual modo, se excluyen expresamente del régimen laboral las prácticas de alumnos en empresas y otras entidades (art. 6.4 de la LO 5/2002, de las Cualificaciones y la Formación Profesional y Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes

una prestación económica para los afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba, siempre que la realización de dichos programas no dé lugar a una relación laboral que determine su alta en el respectivo régimen de la Seguridad Social».

³⁸ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a.N., Y VILA TIERNO, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, 17^a Edición, Comares, 2019.

³⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Las relaciones jurídicas de formación a través de beca o estipendio», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n^o83, 2009, pág. 252 y siguientes.

⁴⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Las relaciones jurídicas de formación a través de beca o estipendio»... *op.cit.*, pág. 252.

⁴¹ STSJ de Andalucía (Granada) de 29 de enero de 2015 (rec.2309/2014).

⁴² STSJ de Andalucía (Granada) de 29 de enero de 2015 (rec.2309/2014).

universitarios), las prácticas en empresas al amparo de las acciones formativas dirigidas a trabajadores desempleados (art. 24.3 de la RD 694/2017), entre las que se encuentran las prácticas profesionales de demandantes de empleo en tecnologías de la información y de las comunicaciones, así como en otras actividades emergentes que utilicen nuevas tecnologías (art. 3.2 de la Orden 2965/2006, de 26 septiembre); la fase formativa en las escuelas-taller, que se instrumenta con una beca, pero no así la segunda fase, en la que nace un contrato para la formación; las prácticas externas a realizar bajo la tutela de un abogado o procurador exigidas para poder ejercer la abogacía o la procura (art. 6.1 de la Ley 34/2006, de 30 octubre) y las actividades propias de los becarios de investigación universitarios; en este sentido, el art. 4 del extinguido RD 63/2006, 27 enero, que aprobaba el Estatuto del personal investigador en formación, distinguía dos fases en las actividades de formación y especialización científica y técnica realizadas en el marco de los estudios de doctorado y sufragadas por programas de ayuda a cargo de entidades públicas o privadas: una primera fase de beca, (los dos primeros años del programa) y una segunda fase de contrato (en prácticas) (como máximo los dos años siguientes). Actualmente, el Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación crea, al amparo del ET y con las especialidades de la Ley de la Ciencia⁴³ y el Real Decreto 103/2019, una modalidad contractual específica con una duración mínima de un año y máxima de cuatro años.

VI. COOPERATIVISTAS (PERTENECIENTES A COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO ADJUDICATARIA DE CEMENTERIO MUNICIPAL, DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO CONCESIONARIA DE ACTIVIDAD JARDINERÍA MUNICIPAL, DE COOPERATIVAS VINCULADA A ORGANISMO PÚBLICO, ETCÉTERA)

Supuesto distinto es el de trabajo de los socios de cooperativas. La participación en el capital de la empresa podría ser un indicio de falta de ajenidad, sin embargo, la condición de trabajador y de socio pueden ser, en algunos supuestos, perfectamente compatibles. Así sucede en las sociedades capitalistas (anónimas y de responsabilidad limitada), en las que el patrimonio, la personalidad jurídica y la responsabilidad del socio y de la sociedad están claramente

⁴³ Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Investigación.

separados. El vínculo de quien es a la vez socio y trabajador con la sociedad se regirá, en ese caso, tanto por normas laborales como mercantiles, aplicándose unas u otras en función del problema o cuestión litigiosa que deba ser solucionado en cada momento. La Ley admite expresamente la compatibilidad entre la condición de socio y de trabajador asalariado en las sociedades laborales, que están constituidas precisamente por «trabajadores que prestan en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral es por tiempo indefinido».

La existencia de una relación laboral no queda desvirtuada, sin más, porque el trabajador sea a la vez socio de la empresa, pues para ello sería necesario que su participación le proporcionase el control efectivo de la sociedad. Existe un verdadero contrato, al margen de la relación societaria, cuando se trata de trabajadores que tienen una participación mínima e igual en el capital social, lo que les impide controlar individualmente la sociedad, máxime si las facultades de gestión les son otorgadas mancomunadamente. Por el contrario, no es posible la compatibilidad cuando el trabajador es socio mayoritario de la sociedad o cuenta con una participación muy considerable en su capital, prevaleciendo entonces la condición socio. Puede coexistir la condición de trabajador asalariado con la de socio si hay separación formal entre la persona física y la jurídica y el contrato social no obliga a prestar servicios. Así pues, la dualidad no suscita problemas de calificación en las sociedades anónimas, pero cabría hacer alguna matización en las de responsabilidad limitada, pues en ellas se permite que la escritura fundacional establezca con carácter obligatorio prestaciones accesorias para todos o algunos socios, distintas a las de capital.

Casos particulares son los socios trabajadores en cooperativas y los socios industriales, cuya relación es societaria, no laboral, por más que su aportación a la sociedad esté constituida, precisamente, por trabajo.

La subordinación (o dependencia jurídica) como inserción en el círculo rector y organizativo del empresario. La subordinación (o dependencia jurídica) debe entenderse como el sometimiento del trabajador a los poderes empresariales (se trata, pues, de dependencia en sentido «funcional», alusiva al modo de realización del trabajo). Trabajador asalariado es aquel que presta servicios dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, que será su empleador o empresario (art. 1.1 del ET). En la actualidad, entienden los tribunales que para que exista dependencia no es necesaria una subordinación absoluta, sino únicamente la inclusión del trabajador en el ámbito organicista de la empresa o, en otras palabras, la integración en el círculo rector y disciplinario del empresario. Esta flexibilización de la nota de dependen-

cia ha permitido extender la consideración de trabajo asalariado a prestaciones de servicios en las que aparece muy atenuada, como en el caso de las relaciones laborales especiales (artículo 2 del ET).

El contenido y alcance de la subordinación (o dependencia) será distinto en función del tipo de trabajo. Deberá graduarse en atención a factores como la cualificación del trabajador, el lugar o la clase de trabajo realizado. En función de esos factores, la jurisprudencia determinará los indicios que pueden tenerse en cuenta para declarar la concurrencia de dicha nota en una prestación de servicios. Como se ha señalado reiteradamente por el Tribunal Supremo: «tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que guardan entre sí una estrecha relación y que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, por lo que para su identificación se suele recurrir con frecuencia a indicios o hechos indiciarios, algunos comunes a la generalidad de las actividades y otros específicos de algunos trabajos. No concurre este requisito respecto de quienes ostentan cargos en federaciones deportivas en puestos recogidos en el capítulo IV del Real Decreto 1835/1991».

Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son: la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por este y el sometimiento a horario, si bien este dato no es significativo cuando la actividad se realiza sin recibir orden alguna acerca de la forma de desarrollar su trabajo y sin que este se coordine, supervise o controle por el empleador; el desempeño personal del trabajo, aunque se considere 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, es decir, quien determina el lugar, horario, los medios y el modo de trabajo, así como de la imposibilidad de rechazar los asuntos propuestos por una determinada persona o empresa; y su reverso, la falta de una organización empresarial por parte del trabajador y de medios de producción; el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras y el ulterior control del trabajo encomendado, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas para su desarrollo, así como la amplitud del tiempo efectivo ocupado por cuenta de otro, esto es, de la permanencia, habitualidad y práctica exclusividad en la dedicación⁴⁴.

⁴⁴ STSJ de Andalucía (Granada) de 03 de diciembre de 2015 (rec. 2428/2015).

VII. ACTIVIDADES DEPORTIVAS

Las sucesivas incorporaciones al terreno del contrato de trabajo se refieren, en particular, a los deportistas profesionales. Así es, para determinar si la relación existente entre las partes es o no laboral, hay que partir del artículo 1.2 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. En lo que se refiere al ámbito de aplicación se indica lo siguiente: «Son deportistas profesionales quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución. Quedan excluidos del ámbito de esta norma aquellas personas que se dediquen a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club, percibiendo de este solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva».

En la relación de un futbolista profesional o de uno aficionado con el Club de fútbol concurren notas que no sirven por sí solas para determinar cuándo estamos presentes en una u otra relación. Será necesario, por lo tanto, para poder distinguir una de otra si se dan las características de toda relación laboral, esto es, las de dependencia o sometimiento a la dirección y organización en el trabajo del Club, la de ajeneidad en la prestación del mismo (es decir, por cuenta del Club) y la retribución por dicha prestación de servicios. La naturaleza del contrato es la que debe determinar la existencia o no de una verdadera relación laboral. En este sentido, si la actividad del sujeto es la de «estudiante» se entenderá, entonces, que la compensación económica irá destinada a cubrir los gastos que derivan de la práctica deportiva y no de la actividad profesional. Aparte, no cabe deducir —en este caso— que el «estudiante» se encuentra sometido a la dirección y organización del empresario en cuanto a tiempo y lugar de trabajo⁴⁵.

En otros casos, por el contrario, las fronteras entre el Derecho del Trabajo y otras ramas del Derecho no aparecen tan nítidamente delimitadas. Para la contratación de los profesionales deportivos pueden emplearse fórmulas como: el contrato de trabajo, el de arrendamiento de servicios o aquel otro, como es el de comisión. La diferencia entre el arrendamiento de servicios —o cualquier otra relación asociativa o societaria civil— del contrato de trabajo lleva a hablar de dos regímenes jurídicos distintos para una misma realidad o substrato social, lo que determina la necesidad de indagar y constatar si acompañan a la relación de servicios las notas de voluntariedad, remuneración, ajeneidad y de-

⁴⁵ STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de abril de 2006 (rec. 3203/2005).

pendencia al ámbito de organización y dirección de la empresa, que caracterizan el contrato de trabajo. No es suficiente para la configuración de la relación laboral la existencia de un servicio o actividad determinada y de su remuneración por la persona a favor de la que se prestan para que, sin más, nazca a la vida del derecho el contrato de trabajo; su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta un servicio a las personas a favor de quien se ejecuta, bastando para que concurra que el trabajador se halle comprendido en el círculo orgánico rector y disciplinario del empleador por cuenta de quien realice una específica labor, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil⁴⁶.

VIII. PROFESIONES LIBERALES

En el caso de las profesiones liberales no cabe exigir una dependencia técnica, esto es, el sometimiento del trabajador a órdenes sobre el modo de ejecución del trabajo. En ellas la nota de la dependencia se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas. Como señala el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada)⁴⁷, en estas profesiones son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes y son favorables, en cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente, sino de la entidad empleadora en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles. Se considera que el trabajo se inserta en el círculo rector y organizativo de la empresa cuando se ejecuta en los locales de la misma y con los medios de esta, con aplicación de vacaciones y con una retribución fijada en un importe anual sin tener en cuenta los resultados concretos de la actividad profesional, sino la dedicación pactada, en relación con el trabajo realizado por un arquitecto para una administración local).

La falta de ajeneidad y dependencia o, por «contrario sensu», la presencia de la independencia, autonomía y asunción propia de las fuentes del trabajo y de sus riesgos son las notas dominantes de esta institución, que viene a limitar-

⁴⁶ STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de mayo de 2011 (rec. 893/2011).

⁴⁷ STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de febrero de 2008 (700/2008).

se al libre ejercicio profesional. Como bien indica el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada)⁴⁸, la línea de separación es a veces difícil, imprecisa y muchas veces borrosa, por ello hay que centrarse en la naturaleza jurídica del contrato para determinar el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y que realmente se ejercitan. Debe prescindirse al respecto del «nomen iuris» que las partes hayan utilizado en el contrato que las liga, siendo la graduación de la nota de dependencia o subordinación lo más importante a la hora de determinar el mayor o menor nivel de la misma para así decidir la inclinación del signo hacia una u otra opción. La diferencia en la práctica entre un contrato de arrendamiento de servicios y uno de naturaleza laboral se basa, asimismo, en la sujeción a jornada y horario, el grado de libertad o autonomía en la realización del trabajo. La ausencia de control o la supervisión de sus trabajos por un Jefe que pudiera hacer suponer la existencia de la «dependencia» que caracteriza el contrato de trabajo del art. 1 del ET⁴⁹, la naturaleza de la prestación, la periodicidad, forma y el carácter cíclico de la cuantía de la retribución, la asunción del riesgo, el lugar de la prestación de servicios, las obligaciones concretas que asuman las partes, la situación producida en las causas de ausencia –por enfermedad por ejemplo– del prestatario, la aportación de medios materiales, de duración del vínculo y otras manifestaciones más o menos variadas, que giran principalmente en torno a la característica de la dependencia.

IX. PERSONAL SANITARIO

La prestación de servicios de los profesionales de la sanidad se rige por el principio de libertad de opción del régimen (laboral o no) que ha de regular los correspondientes contratos, opción de la que no solo se derivará el entramado de derechos y deberes de las partes, sino también el encuadramiento procedente a efectos de protección social. La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, regula los aspectos básicos de las profesiones sanitarias tituladas en lo que se refiere a su ejercicio por cuenta propia o ajena.

La diferenciación entre los supuestos que quedan enmarcados en el Derecho del Trabajo y los que se sitúan al margen de él resulta ser una tarea bastante complicada. La atenuación de alguno de los criterios distintivos clásicos

⁴⁸ STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de mayo de 1998 (rec. 501/1996).

⁴⁹ STSJ de Andalucía (Granada) de 4 de diciembre de 2014 (rec. 2158/2014).

(la dependencia) y la posibilidad de que en una misma relación concurren factores de laboralidad y de no laboralidad no siempre resultan fáciles de distinguir. En efecto, aparecen profesionales de la sanidad incorporados al Sistema Nacional de Salud y, por lo tanto, regulados por el Derecho Público, mientras que otros se configuran jurídicamente como trabajadores dependientes incluidos en el Derecho Laboral. De igual modo, otros profesionales vienen prestando sus servicios como profesionales liberales, ya sea por cuenta de una clientela o sea colaborando con entidades sanitarias o aseguradoras del ramo de enfermedades, a través de contratos civiles o mercantiles⁵⁰.

En el caso de los psicólogos se entenderá que existe una relación laboral y no contrato de arrendamiento de servicios, cuando la relación mantenida entre el profesional y una Comunidad Autónoma sea para prestar servicios profesionales en un servicio de atención a víctimas de delitos, al concurrir las notas de ajenidad respecto a los medios de producción o de prestación del servicio (utilización de los medios materiales de la empleadora), ajenidad respecto a la organización del servicio o dependencia y ajenidad en el mercado (inexistencia de relación jurídica con los destinatarios del servicio), sin que sea obstáculo a dicha calificación el hecho de que dicho servicio se hubiera prestado al amparo de un convenio de colaboración con el Colegio de Psicólogos, quien seleccionó a los psicólogos contratados.

Por el contrario, se entenderá que no hay una relación laboral cuando la relación entre un psicólogo y una Asociación (en este caso de Mujeres) se formalice mediante un contrato de arrendamientos de servicios. En efecto, el artículo 1 del ET exige para calificar una prestación de servicios como laboral, la constatación de la concurrencia de cinco elementos imprescindibles: trabajo personal, voluntario, dependiente, por cuenta ajena y retribuido. Si bien, entre aquellos requisitos, la dependencia se erige en el elemento realmente identificador, puesto que los otros cuatro pueden estar presentes en otras figuras contractuales afines que también tienen por objeto una actividad de prestación de servicios. Por su parte, la ajeneidad carecerá de virtualidad diferenciadora entre el contrato de trabajo y el de arrendamiento de servicios, pues la transmisión originaria de los frutos se produce tanto a favor del empresario como del arrendatario de servicios. No obstante, a la hora de analizar el caso concreto, el Juez habrá de detenerse en la comprobación del *modo de la prestación del servicio*, distinguiendo si se realiza con la inde-

⁵⁰ MONTROYA MELGAR, A.: «Trabajo autónomo y contrato de trabajo en las profesiones sanitarias», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N°83, 2009, pág. 179.

pendencia propia de un profesional libre o, por el contrario, mediante la integración en una organización ajena.

En este caso concreto⁵¹, se eleva a elemento fundamental la dependencia, como rasgo constitutivo del contrato de trabajo, para lo que se deben tener en cuenta las siguientes consideraciones: A) sin perjuicio de que deba existir cierto grado de autonomía en la prestación del servicio, es básico un sometimiento a las directrices marcadas por la empresa, la que, además, puede evaluar y supervisar periódicamente el desarrollo en sí mismo de la prestación del servicio, es decir, el empleador, permanentemente puede «modalizar» el contenido de la prestación del servicio exigible al trabajador, de lo contrario, el trabajador queda fuera del círculo organicista, rector y disciplinario, ya que se estaría comportando como un empresario con su propia organización; B) la nota de la dependencia puede y suele manifestarse a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar y modo de realización del trabajo, como jornada y horario preestablecidos, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos y eventual ejercicio del poder disciplinario; C) y, aun en ausencia de tales manifestaciones, la dependencia, también puede reflejarse en otros posibles aspectos en la ejecución del trabajo, como son la puesta a disposición de los medios necesarios para la prestación del servicio, cuya adquisición, conservación y continuo suministro deben ser por cuenta del empleador; D) igualmente debe concurrir la ajeneidad en los resultados; E) y la retribución, cuyo lugar, modo y forma de pago son fijados por el empleador, adecuadamente a las normas que rijan la relación.

X. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN

Los medios de comunicación social (emisora de radio o televisión, periódico o revista) son otro colectivo problemático en torno a su consideración o no como relación laboral. En cualquier caso, habrá que atender al fin u objetivo que persiguen (emisión, edición, colaboración, etcétera). Cabe diferenciar tres tipos específicos de colaboraciones:

- a) Colaboraciones de producción propia: este tipo de actividades son propias de un fotógrafo, un redactor de noticias, el corresponsal, el crítico, el columnista u otros profesionales del sector, que forman parte de la plantilla de las redacciones o de los equipos móviles. Su vin-

⁵¹ STSJ de Andalucía (Granada) de 12 de julio de 2018 (rec. 2998/2017).

culación con la empresa será netamente laboral, en virtud de contrato de trabajo, aunque también puede ser esporádica y, por tanto, no encuadrable en el ámbito laboral. En este último caso, la figura contractual que se emplea es la del contrato de arrendamiento de servicios.

- b) Colaboraciones elaboradas por empresas de información o comunicación, con su organización empresarial propia. Aquí no existe una relación laboral propia del Derecho del Trabajo, pues el vínculo es entre dos empresarios. No hay contrato de trabajo.
- c) Colaboraciones de corresponsales externos no permanentes: en donde los individuos conectan con la emisora, periódico o revista de que se trate y les ofrecen sus artículos, reportajes, crónicas o noticias, desarrollando por encargo trabajos más o menos ocasionales (*free lance*). Se tratará normalmente de trabajadores autónomos vinculados por contrato civil (arrendamiento de servicios, arrendamiento de obra) con la empresa correspondiente, con la posibilidad de ser trabajadores autónomos económicamente dependientes (en adelante TRADEs) si cumplen las condiciones legalmente previstas al efecto.

La calificación jurídica de la relación entre el medio de comunicación y el profesional resulta muchas veces difícil, sobre todo cuando este realiza trabajos o encargos concretos. Habrá que valorar cuidadosamente en cada caso el conjunto de circunstancias concurrentes para averiguar si existen indicios de las distintas notas características del trabajo asalariado, al que debe aplicarse el Derecho del Trabajo.

Son factores importantes para concluir que existe dependencia y, por tanto, un contrato de trabajo: 1) la amplia disponibilidad del colaborador; 2) la dimensión temporal del compromiso de colaboración contraído; 3) que el colaborador o reportero gráfico no haga los trabajos por propia iniciativa y para sí mismo, con el propósito de ofrecerlos luego en el mercado, sino que los realice atendiendo a precisas indicaciones temáticas o de objeto de una empresa periodística y 4) la atención por parte del colaborador de las normales y ordinarias necesidades productivas, utilizando los medios e infraestructura de la empresa y habiendo sustituido a trabajadores de plantilla en caso de ausencia.

El Tribunal de Justicia de Andalucía (Granada) ha descartado que exista una relación laboral entre una fotógrafa y una empresa editorial al comprobar que no concurren los elementos característicos del artículo 1.1 del ET, a saber: A) en orden a la ajeneidad, cabe tener en cuenta si la trabajadora utiliza el material de la empresa, emplea el vehículo de la empresa o se le abonan des-

plazamientos para realizar su tarea y si lo que se le abona por la empresa es el «resultado» del trabajo por unidades. B) Respecto a la nota de dependencia se verifica que no le era exigido rendimiento preestablecido, carecía de jornada, horario y no estaba sujeta a las órdenes o bajo la superior dirección de persona alguna del diario en que sus fotos eran publicadas. Esa jerarquización administrativa obligaba a que su actividad estuviese sujeta a un control «diario» que no se tiene por probado. C) No realizaba su función en Centro de Trabajo, no tenía que fichar, no utilizaba los medios del mismo y carecía de «asentamiento físico» en lo que era el local de la empresa. D) Tampoco estaba sometida al ámbito organizativo de la empresa por cuanto, de ser así, es evidente que la relación con sus compañeros tenía que ser distinta determinando, lo que no sucede, que el servicio quedara cubierto. Esto se evidencia cuando en las vacaciones a las que se refiere el hecho probado cuarto ella se desliga, absolutamente, de la labor que podría desarrollar en una distribución de vacaciones que es «normal» entre los trabajadores de un determinado servicio. En efecto, se indica expresamente que los trabajadores, para disfrutar vacaciones, debían respetar una solicitud y recibir el VB de la empresa, como es lógico, para cubrir así las necesidades diarias del periódico. E) Determinante, finalmente, es la nota característica de la remuneración, por cuanto la trabajadora carecía de retribución fija siéndole abonada, mensualmente, una cantidad variable en función de las fotografías que, realizadas a instancias de la empresa, hubiesen sido publicadas. Tampoco se le abonaba cantidad alguna durante las vacaciones o periodos de inactividad, lo que evidencia la ausencia de aquel vínculo por cuanto todo trabajador tiene derecho a vacaciones «retribuidas». La ausencia de salario queda patente cuanto, en el mismo ordinal fáctico, se dice que, en el periodo de un año, solo se retribuye el trabajo de la trabajadora con la cantidad de 459 euros. Tales son honorarios profesionales de quien acciona, en atención al beneficio reportado a la demandada, y no el «salario» que es nota consustancial del contrato de trabajo.

En resumen, para conocer si la relación es laboral o civil (propia de profesionales liberales) ha de estarse, en cada caso concreto, a las circunstancias establecidas en el contrato y que tienen su plasmación en la «actividad» del profesional, a la remuneración y, en suma, aun cuando atenuadas, a si se dan o no las notas definitorias del contrato de trabajo. Estas notas particulares, existentes en los negocios jurídicos que vinculan a las partes, son las que, a la postre, determinaran la naturaleza del vínculo que lleva aparejada la Jurisdicción que ha de conocer de las problemáticas que de ella surjan⁵².

⁵² STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de mayo de 2011 (rec. 893/2011).

XI. COMERCIALES, AGENTES, VENDEDORES

La prestación libre de servicios como mediador, comercial o agente que promueve o concluye para otros actos u operaciones de comercio puede realizarse en virtud de un contrato de trabajo o de un contrato de naturaleza mercantil. El empresario interesado en que alguien realice por su cuenta dicha actividad podrá optar entre dos posibles sistemas de distribución de sus mercancías o servicios.

En particular, la normativa laboral será de aplicación a las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas. En unos casos tendrán una relación laboral especial con los empresarios para los que promueven o conciertan las operaciones (art. 2.1.f) ET y RD 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas). En otros casos, cuando la actividad descrita se desarrolle en los locales de la empresa por cuenta de quien se promueven o conciertan las operaciones, teniendo en ellos su puesto de trabajo y sujetos al horario laboral de la misma, serán sujetos de una relación laboral común, a la que se aplicarán todas las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores (de conformidad con lo dispuesto por el art. 1.2.a) del RD 1438/1985).

De acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de Andalucía (Granada) el Derecho del Trabajo no resultará de aplicación en los siguientes supuestos:

— Cuando la actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura de la misma (art. 1.3.f) ET).

— A los que sean titulares de una organización empresarial autónoma, es decir, que cuenten con instalaciones y personal propio (art. 1.2.b) del RD 1438/1985). La relación se formaliza aquí mediante un contrato de agencia (Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia). Cuando el representante es empresario, especialmente si cuenta con personal propio para el desarrollo de su industria, queda excluida su consideración como trabajador, siendo entonces irrelevante que responda o no del buen fin de las operaciones en que intervenga⁵³.

⁵³ STSJ de Andalucía (Granada) de 15 de febrero de 2006 (rec. 3174/2005).

— El RDL 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, contempla diversas categorías de profesionales autónomos o independientes en este ámbito. La categoría general es la de mediadores de seguros o reaseguros, que se clasifican a su vez en agentes de seguros (que pueden ser «exclusivos» o «vinculados») y corredores de seguros, con la función en todo caso de mediar entre los tomadores de seguros y las entidades aseguradoras, ya sea para la toma de contacto a los efectos de aseguramiento o para la celebración de contratos y la consiguiente asistencia técnica al cliente.

Los mediadores se relacionan con la entidad aseguradora a través de un contrato mercantil, que en el caso del agente es un contrato de agencia. El deber de inscripción en el registro administrativo competente es un indicador específico del carácter autónomo o independiente de estos profesionales.

Aclara el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, que un contrato de agencia únicamente guarda analogía con el contrato de comisión mercantil en lo que concierne a sus funciones. Esto es: en cuanto que realiza una actividad de mediación –en la mayor parte de las ocasiones se encontraba normada por el R.D 1438/1985–, en cuanto que mantiene una ampliación de los posibles sujetos del contrato (si atendemos a la definición del Contrato de Agencia, de conformidad con lo dispuesto en sus artículos, 10 al 30, observamos como su ámbito coincide con el Real Decreto anteriormente mencionado aun cuando existe –lo que es el caso que ahora se plantea–), de forma que el nuevo puede efectuarlo una persona jurídica, de conformidad con el artículo primero de la Ley 12/1992, por lo que no puede hablarse de un contrato propio de la relación laboral, cuando carece del carácter «intuitu personae». No es determinante, en mayor abundamiento, la responsabilidad sobre el éxito de las operaciones y, así, el mismo Tribunal Supremo expresa la existencia de diferencias entre el Contrato de Agencia con el de comisión mercantil, en cuanto que: «Una segunda diferenciación radica en el hecho de no ser determinante de la laboralidad el responder del buen fin de las operaciones, desde el momento en que el artículo 1º de la Ley, el contrato de Agencia permite excluir de sus obligaciones el riesgo y ventura de las mismas, es decir, desde el 1 de enero de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley, el responder del buen fin, no es dato de exclusión para esa valoración de la relación entre las partes, para excluirla o incardinarla en el contrato de trabajo. Existe pues la necesidad de encontrar otro dato de diferen-

ciación que la Ley lo establece, atendiendo al criterio de la dependencia, entendiendo que existe esa vinculación, si quien se realiza a estas funciones de mediación no puede organizar su actividad profesional, y el tiempo dedicado a la misma conforme a sus criterios y tiene que seguir las instrucciones de la empresa»⁵⁴.

La relación entre los mediadores y la entidad aseguradora se formaliza a través del contrato de agencia (de naturaleza mercantil). A este respecto, la Ley 12/1992 permite la configuración de una relación jurídica no laboral, en la que pueden concurrir ciertas notas o elementos típicos del contrato de trabajo en general y, más frecuentemente los propios de la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles actuando como representantes de comercio. Así es, mientras que el artículo 1.3 f) del Estatuto de los Trabajadores excluye del ámbito laboral a quienes intervienen en operaciones mercantiles asumiendo el riesgo y ventura de la misma, por su parte, el artículo 2.1 f) califica como relación laboral la relación jurídica del representante de comercio que no asume el riesgo y ventura de las operaciones en que interviene. A este respecto, el artículo 1 del Real decreto 1438/1985 y la Ley 12 /1992, permite la configuración de una relación no laboral a los representantes de comercio, aunque no asuman el riesgo y ventura de las operaciones. En este sentido, se pronuncia el artículo 1 de dicha Ley, el cual determina que: «Por el contrato de agencia, una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones»⁵⁵.

Tras esta doctrina se rompe con aquel criterio, tradicionalmente imperante en nuestro ordenamiento jurídico, según el cual se consideraba de naturaleza laboral la relación entre la empresa y el representante, cuando este último no respondía del buen fin de las operaciones y, al contrario, tan solo quedaban excluidos del Derecho de trabajo los supuestos en que el representante asumía el riesgo y ventura de las operaciones. De acuerdo con el artículo 1 de Ley 12/1992, no solo permite la válida formalización de un contrato de agencia excluido del ámbito laboral, aunque el representante no responda del buen fin de las operaciones, sino que, expresamente, establece como norma general que el agente no asuma el riesgo y ventura de las operaciones que concierne, siendo necesario pacto en contrario para imponerle esta obligación. En consecuencia,

⁵⁴ STSJ de Andalucía (Granada) de 4 de julio de 2007 (rec. 1500/2007).

⁵⁵ STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de junio de 2007 (rec. 871/2007).

la Ley 12/1992 viene a invertir los términos de la cuestión, permitiendo la calificación como mercantil de la relación mantenida entre la empresa y el representante de comercio, aún en el caso de que este último no asuma el riesgo y ventura de las operaciones en que intervienen⁵⁶.

Una vez determinada cuándo una relación es mercantil, conviene ahora precisar cuándo la relación de una representación mercantil se encuentra sometida al contrato de agencia (Ley 12/1992) y, cuándo, al Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas, en los casos en que, efectivamente, no se haya pactado que el representante deba responder del buen fin de las operaciones. Esta última cuestión resulta aún más compleja desde el momento en que los artículos 7 y 9 del Real Decreto 1438/1985, al regular las obligaciones del empresario y el trabajador, vienen a establecer un régimen jurídico muy similar al contemplado en los artículos 9 y 10 de la Ley 12/1992, por lo que no varía en lo fundamental la forma de prestación de la relación laboral de carácter especial y la sometida al contrato de agencia. Igualmente, respecto de otras materias, tales como sistema de remuneración, devengo de la comisión, inventarios, pacto de no competencia, duración y extinción del contrato, indemnización por clientela, etc., la regulación de ambas normas es muy similar, sin diferencias sustanciales⁵⁷.

La clave para diferenciar una y otra situación jurídica es la mayor o menor independencia, respecto de la empresa, con que cuente el representante de comercio para realizar su labor. En este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ya ha señalado que: «... la delimitación del ámbito de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1.f) del ET, desarrollada por el Real Decreto 1438/1985, y sus fronteras con la que se genera por el contrato de agencia, regulado por la Ley 12/1992, ha de efectuarse teniendo presente la Directiva 85/653 CEE, de 18 de diciembre de 1986. Por esta vía se refleja el ámbito de la exclusión de laboralidad que consagra el artículo 1.3.f) del Estatuto de los Trabajadores y el de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1. f) del mismo cuerpo legal. La nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral especial antes citada, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, radica esencialmente en la dependencia, la que ha de presumirse

⁵⁶ STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de abril de 2010 (rec. 533/2010).

⁵⁷ STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de junio de 2007 (rec. 871/2007) y STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de abril de 2010 (rec. 533/2010).

excluida, como consecuencia eliminatória de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover o a promover y concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, el asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicarse a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal respecto la empresa por cuya cuenta actuare»⁵⁸.

Constituyen, en definitiva, manifestaciones externas del indicado requisito de la dependencia, conforme a la doctrina jurisprudencial: i) el carácter personalísimo *-intuitu personae-* de la prestación o imposibilidad de que el trabajador sea sustituido por otro, supuesto este que llevaría a contratos diversos, como el de arrendamiento de obra, transporte o servicios, siquiera la sustituibilidad debe ser de cierta entidad y no limitarse a casos esporádicos; ii) la asistencia regular al mismo puesto de trabajo y el sometimiento a jornada y horario determinados, si bien cabe atenuaciones –incluso extremas– que no desvirtúan la dependencia; iii) la asiduidad o la exclusividad en la prestación de servicios; iv) la asistencia al centro de trabajo y el hacer publicidad de la empresa en ropas y medios de trabajo; y v) la rendición de cuentas al empresario respecto del trabajo realizado. Por lo tanto, siempre que el agente comercial tenga plena libertad para organizar su actividad y lo desarrolle con criterios propios se entenderá que queda fuera del ámbito de regulación del Derecho del Trabajo⁵⁹.

— Por su parte, cabe preguntarse por los mediadores de seguros o reaseguros que, a su vez, contraten en régimen mercantil a colaboradores externos para que realicen actividades de colaboración en la distribución de seguros. Estos actúan por cuenta del profesional que los contrata, en régimen de responsabilidad y capacidad financiera, por lo que están excluidos igualmente de la legislación laboral.

La derogada Ley 9/1992, ya contemplaba la figura de los subagentes de seguro como colaboradores de los agentes. Sin embargo, la norma no determinaba expresamente la naturaleza de esta relación jurídica, de ahí que la jurisprudencia viniera señalando que para su calificación, en cada caso, habría de examinarse si concurren o no las notas que configuran la relación jurídico la-

⁵⁸ STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de noviembre del 2000 (rec. 2062/2000).

⁵⁹ STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de junio de 2013 (rec. 765/2013).

boral del artículo 1.1 del ET. En este sentido, la doctrina judicial ya consideraba que, aunque se hubiera suscrito un contrato de agencia, no puede calificarse de mercantil una relación jurídica en el ámbito de los seguros en la que el subagente carece de la cartera de clientes, se limita a vender seguros telefónicamente –siguiendo las instrucciones de la agencia de seguros–, se halla controlado por una Monitora-Jefe y no tiene instalaciones, personal o materiales propios, sino que utiliza los de la expresada agencia, circunstancias, todas ellas, que determinan la existencia de relación laboral. Por su parte, el Tribunal Supremo ya establece la posibilidad de una vinculación laboral o mercantil en función de las condiciones en que se realice el trabajo. Con la nueva regulación contenida en el art. 8 Ley 26/2006, que califica expresamente como mercantil la relación jurídica existente entre el agente y el auxiliar de seguros, no parece probable que pueda seguir aplicándose este criterio jurisprudencial⁶⁰.

La jurisprudencia, por otra parte, ha admitido una duplicidad de relaciones, mercantil y laboral, del agente con la misma empresa, que admite la compatibilidad de la actividad de agente de seguros con el cargo de director de sucursal. También ha calificado como laboral la relación de los cobradores de primas de pólizas de seguros que, teniendo una zona asignada por la agencia para la que trabajan, reciben mensualmente de la misma la relación de cobros a efectuar, siendo su trabajo controlado por un Inspector de la agencia, que puede hacer visitas a los clientes acompañado de los reclamantes o por su cuenta. En el mismo sentido, se pronuncian los tribunales cuando el trabajador tiene como actividad fundamental el cobro de primas y esta se completa con otras labores secundarias, entre las que ocasionalmente puede darse la suscripción de algún producto en el círculo de los afectados por el cobro y otras personas relacionadas con ellos⁶¹.

La legislación de seguros excluye expresamente de su ámbito a los empleados que formen parte de las plantillas de entidades aseguradoras que se encarguen de la promoción de la distribución de seguros a favor de estas, en cuyo caso se entiende que los contratos resultantes han sido celebrados por las entidades aseguradoras a todos los efectos (y de conformidad con el art. 138 del RDL 3/2020). En todo caso, para que las entidades puedan utilizar esta vía de distribución de seguros deben garantizar que los empleados que participen directamente en ella, la persona responsable de la actividad de distribución o, en su caso, las personas que formen parte del órgano de dirección responsable de la actividad de distribución, cumplen los pertinentes requisitos de honora-

⁶⁰ STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de abril de 2010 (rec. 533/2010).

⁶¹ STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de junio de 2007 (rec. 871/2007).

bilidad comercial y profesional y que poseen los conocimientos y aptitudes apropiados mediante la superación de cursos de formación (art. 139 del RDL 3/2020). La pertenencia a la plantilla de la empresa da a entender que son empleados laborales, sin perjuicio de que, llegado el caso, haya que examinar para su calificación jurídica las circunstancias concretas de realización del trabajo⁶².

XII. DISTRIBUIDORES, REPARTIDORES Y TRANSPORTISTAS

Las actividades de transporte y distribución de personas y/o mercancías pueden realizarse, únicamente, por dos vías: a través de un contrato de trabajo o por medio de un contrato mercantil de transporte.

El contrato de transporte se define como: «aquel por el que el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato» (art. 2 de la Ley 15/2009, de 11 noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías). Ahora bien, la actividad de transporte puede prestarse también en régimen de ajenidad y dependencia, notas cuya presencia puede advertirse a través de una serie de indicios establecidos por los tribunales. De conformidad con dicha doctrina jurisdiccional, el Estatuto de los Trabajadores excluyó expresamente de su ámbito de aplicación la actividad de determinados transportistas.

Siguiendo la doctrina judicial y el artículo 1.3 g) del ET, se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte, a cambio del correspondiente precio, cuando se desarrolle en las siguientes condiciones:

- a) Con un vehículo comercial de servicio público, cuya propiedad o poder directo de disposición ostente también el transportista. No importa que esos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador.
- b) Al amparo de una autorización administrativa de la que sea titular el transportista. De este modo se podrá conocer cuándo se califica al transporte como público, siendo necesaria la posesión de una autorización que debe consultarse la legislación estatal ordenadora del trans-

⁶² STSJ de Andalucía (Granada) de 4 de julio de 2007 (rec. 1500/2007).

porte terrestre arts. 42 y siguientes de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre.

A este respecto, el intérprete que se enfrente con el problema de calificar la naturaleza de los servicios de los transportistas deberá, primero, proceder a comprobar si concurre o no en el caso controvertido la realización del transporte al amparo de una autorización administrativa. Y, segundo, si se dan las condiciones del art. 1.3.g) del ET. En cuyo caso, queda liberado de la apreciación pormenorizada de la concurrencia de las notas generales del contrato de trabajo⁶³.

Tal y como indica el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada)⁶⁴ –siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo–, esta exclusión: 1) afecta a determinados transportistas, responde a un criterio objetivo y ajustado a la Constitución, como es el de la consideración como empresario autónomo del transporte de quien presta el servicio con la habilitación requerida por las normas administrativas. 2) La autorización administrativa que excluye el carácter laboral de la relación de servicios es aquella a la que se refieren la Ley y el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres y no cualquier otro tipo o modalidad de autorización o licencia administrativa para conducir o circular con vehículos susceptibles de servir como medio de transporte que pudieran requerir otras normas administrativas de nivel estatal o autonómico. 3) El tonelaje determinante de la autorización administrativa es el existente en la legislación del Estado en el momento de la aprobación de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores y del Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y que solo puede ser modificado por el propio legislador estatal. El criterio determinante de la exclusión de laboralidad ha quedado por tanto congelado en el precepto legal citado, sin que pueda ser modificado por la potestad reglamentaria o por los organismos legislativos de las Comunidades Autónomas. 4) La exclusión del ámbito laboral alcanza a los contratos de transporte con vehículo propio celebrados con posterioridad a la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que introdujo esta exclusión y también a los efectos producidos a partir del 12 de junio de 1994 por los contratos de servicios de transportistas autorizados con vehículo propio anteriores a dicha fecha. La declaración con base en la misma del carácter

⁶³ STSJ de Andalucía (Granada) de 14 de abril de 2010 (rec. 493/2010).

⁶⁴ STSJ de Andalucía (Granada) de 14 de abril de 2010 (rec. 493/2010).

mercantil del transporte no alcanza, por contra, a los efectos de la relación que hayan tenido lugar cuando estaba vigente la norma precedente.

Por contra, cuando concurren los requisitos del artículo 1.1 del ET se consideran relaciones de trabajo asalariado, a saber: a) siempre que se traten de repartidores que no utilizan su vehículo propio, pero sí el transporte público conducidos por otros; b) los que realizan tareas de transporte privado complementario (art. 102 de la Ley 16/1987) para empresas o establecimientos cuyas finalidades principales no son de transporte de mercancías o viajeros, como complemento necesario o adecuado para el correcto desarrollo de sus actividades principales, por precisar estas la movilización de materiales o mercancías entre los distintos centros de trabajo o hasta el domicilio de los clientes o porque los usuarios son los propios trabajadores asalariados de los respectivos centros; c) Los repartidores que conduzcan un vehículo de transporte que no supere las 2 TM de peso. En función de las circunstancias en que se desarrolle la actividad, su relación podrá ser la laboral especial de representantes de comercio⁶⁵.

XIII. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

De conformidad con el artículo 1.3 a) del ET quedan excluidas del ámbito propio de las relaciones de trabajo objeto de regulación por el Derecho del Trabajo: «...la relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones locales y las Entidades públicas autónomas, cuando al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias».

Se trata de una exclusión que afecta a todas aquellas personas que se encuentran sometidas a un régimen administrativo o estatutario, a saber: a) funcionarios públicos del Estado (civiles y militares), de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales, así como a quienes sean funcionarios en los organismos autónomos de cualquiera de esas Administraciones; b) aquellos que, sin tener plaza en propiedad, ocupan un puesto de funcionario en régimen de interinidad, prácticas o expectativa de destino; c) personal eventual, nombrado con carácter no permanente para realizar las funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, a los que les resul-

⁶⁵ SUÁREZ CORUJO, B.: «La controvertida figura de los transportistas con vehículo propio y su exclusión del ordenamiento laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N°94, 1999, págs. 251-280.

ta aplicable el régimen general de los funcionarios de carrera, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición; d) quienes tengan un contrato administrativo, incluidos los contratos de servicios, actualmente contemplados en la Ley 30/2007, reguladora de los contratos de las administraciones públicas.

Por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) se han analizado las diferencias entre el contrato laboral y el contrato administrativo. En efecto, para calificar de laboral un determinado vínculo contractual es preciso que en la prestación servicial concurren las circunstancias que se recogen en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, voluntariedad en la prestación de servicios, abono de una retribución, realización del trabajo dentro del ámbito y organización del empresario y desarrollo del mismo bajo su dependencia y dirección. Mientras que las exigencias de voluntariedad y onerosidad pueden ser comunes al contrato de trabajo y al contrato administrativo, ciertamente, la tercera y cuarta nota característica no son específicas del contrato administrativo. En este sentido, siempre que lleve a cabo la labor con autonomía, no quedando sometido el trabajador a instrucciones en cuanto a la manera de llevar a cabo su trabajo, régimen disciplinario de quien le empleaba, no sometimiento a la jornada establecida, ni a control de horario, etcétera. De todo lo cual se deduce que el trabajador mantiene con la Consejería una relación de naturaleza administrativa, derivada de los diferentes contratos de esta naturaleza, suscritos con la finalidad de llevar a cabo una función de consultoría y asistencia consistente en estudiar y elaborar informes técnicos, económicos o sociales, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión⁶⁶.

Los contratos son lo que se deduzca de su verdadera naturaleza en función de su real contenido obligacional, prescindiendo de la denominación que las partes les hayan querido dar. Las normas laborales sobre la contratación son de derecho necesario y su aplicación no depende de la autonomía individual ni colectiva⁶⁷. Por otra parte, la prestación de servicios en régimen administrativo no es comparable a aquel que se efectúa en régimen laboral. Y es que, el contrato administrativo celebrado al amparo del Real Decreto 1465/85 exige que se contrate un producto delimitado de la actividad humana, que sea específico y no habitual en la Administración y no la realización de labores permanentes o indefinidas en el tiempo, que forman parte de las necesidades habituales del funcionamiento administrativo. De otro lado, la exigencia de un horario y de un sometimiento a órdenes e instrucciones mediante el control y

⁶⁶ STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de febrero de 2001 (rec. 2844/2000).

⁶⁷ STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de febrero de 2008 (rec. 224/2008).

la supervisión de un superior, como aquí ha ocurrido, son datos caracterizadores del elemento de dependencia propio del contrato de trabajo⁶⁸.

En definitiva, la diferencia entre el contrato administrativo y el contrato de trabajo estriba en que el contrato administrativo da lugar a obligaciones de resultado y no a una prestación de actividad. Siguiendo esta doctrina, cuando los servicios prestados para una administración Pública, al amparo de un contrato administrativo, llegan a ser habituales en la administración en la que trabajó, ese contrato es incardinable en la relación laboral del art.1 del ET. Lo mismo ocurre cuando el técnico contratado no mantiene la autonomía propia de quien contrata en esa esfera, sino que desaparece totalmente acreditando que queda sometido a un horario, disfruta de sus vacaciones y permisos en coordinación con el resto del personal para que el servicio quede cubierto y ajusta su tarea a la distribución de los expedientes con otros técnicos trabajadores de la administración⁶⁹.

Finalmente, el personal estatutario de las instituciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud aparecía recogido/ regulado en estatutos especiales y aunque, en un principio, se encontraba muy influido por la legislación laboral, progresivamente se han visto afectados por la legislación de la función pública que ha ido asumiendo el papel de normativa supletoria, por declaración jurisprudencial y por indicación de algunas normas posteriores. Cumpliendo lo previsto en el art. 84 de la Ley General de Sanidad, tales estatutos han sido derogados y sustituidos por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, tanto de las Comunidades Autónomas como de la Administración General del Estado, utiliza expresamente la calificación de «relación funcional especial» para referirse al mismo, y declara el carácter supletorio de «las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente» (arts. 1 y 2).

Dicha exclusión no afecta, por el contrario, a los empleados de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, cuya relación de trabajo es de régimen laboral⁷⁰. También son personal laboral los empleados de Cámaras de la Propiedad Urbana, los empleados de Registros y Notarías y los empleados de la ONCE y el personal del Consorcio de Compensación de Seguros (art. 22 del RDLeg 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros)⁷¹.

⁶⁸ STSJ de Andalucía (Granada) de 16 de enero de 2008 (rec. 3419/2007).

⁶⁹ STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de febrero de 2008 (rec. 224/2008).

⁷⁰ GALLEGO MORALES, Á. J.: *Las Cámaras de comercio: ¿organizaciones de intereses o administración?*, Móstoles, Ibidem, 1997.

⁷¹ MESEQUER YEBRA, J.: «Una perspectiva nueva para las Cámaras de la Propiedad Urbana», *Administración de Andalucía: Revista andaluza de Administración pública*, Nº35, 1999, págs. 52-71.

CAPÍTULO VI

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (MÁLAGA)

SERGIO GONZÁLEZ GARCÍA

Profesor Ayudante Doctor
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.* a) Trabajo autónomo. b) Trabajo no remunerado. b.1. Trabajos amistosos, benévolo, de buena vecindad. b.2 Especial atención a voluntariado y cooperantes. b.3. Trabajos familiares.–II. *Actividades religiosas.*–III. *Socios, administradores, directores.*–IV. Cooperativistas.–V. Relaciones con causa formativa.–VI. Actividades deportivas. a) Deportistas. b) Entrenadores.–VII. *Espectáculos públicos.*–VIII. *Profesiones liberales.* a) Abogados. b) Servicios contables, economistas, consultores. c) Peritos tasadores.–IX. *Personal sanitario.*–X. *Profesionales de la comunicación.*–XI. *Comerciales, agentes, vendedores.*–XII. *Distribuidores, repartidores y transportistas.*–XIII. *Servicios prestados a la Administración.*–XIV. *Varios: empleados de fincas urbanas y comunidades de propietarios.*

I. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD

El artículo 1.1. del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabaja-

dores (ET), establece que son trabajadores aquellos que voluntariamente prestan servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, el empleador o empresario; a lo que el artículo 8.1 añade que existe relación laboral entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución. De modo que, cuando una prestación de servicios se lleva a cabo de forma voluntaria, dependiente, por cuenta ajena y a cambio de una retribución, nos encontramos ante una relación laboral con independencia de cuál haya sido la voluntad de las partes a la hora de calificar el contrato¹.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía (Málaga) sigue el método indiciario –admitido en la Recomendación de la OIT núm. 198 sobre la relación de Trabajo– para determinar la concurrencia de las notas de ajenidad (cuenta ajena) y dependencia (organización y dirección): “los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son”, por lo que da igual la calificación que hayan hecho estas últimas; el contrato de servicios es el género y el de trabajo la especie, por la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia; el análisis de estas últimas requiere acudir a un catálogo de indicios; los indicios comunes de la nota dependencia son el lugar de trabajo (la asistencia a un centro de trabajo de titularidad empresarial o a un lugar de trabajo designado por este), el sometimiento a reglas de jornada y horario de trabajo, el desempeño personal del trabajo, la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario y la ausencia de organización empresarial propia del trabajador; los indicios comunes de la nota de ajenidad son 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 de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público (fijación de precios o tarifas, selección de clientela, etc.), el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo y su cálculo, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones; y otros específicos para determinado tipo de actividades como las profesiones liberales².

Entre los trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad suelen incluirse las tareas sin compromiso personal, las prestaciones obligatorias, el trabajo autónomo y el trabajo no remunerado. Las sentencias más

¹ Por todas, la STSJ Andalucía (Málaga) 17 enero 2018 (rec. 1879/2017).

² STSJ Andalucía (Málaga) 17 enero 2018 (rec. 1879/2017) y 5 de junio de 2019 (rec. 2368/2018), que recogen la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Entre otras, STS 26 noviembre 2012 y 12 septiembre 2014.

representativas de la sala relativas a este primer bloque se refieren a estos dos últimos supuestos.

a) Trabajo autónomo

La definición de trabajo autónomo se encuentra en el artículo 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA), que entiende por tal, la persona física que realiza 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, con independencia de que dé o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. El carácter personal y directo implica que solo puede ser trabajador autónomo una persona física, por lo que se excluyen los servicios que se prestan a través de una organización productiva y, en general, otros que son prestados por una persona jurídica. El carácter habitual y lucrativo se refiere a la finalidad económica y profesional de la actividad y da lugar a la exclusión de las actividades ocasionales o esporádicas y a título benévolo o gratuito³. El trabajo “por cuenta propia” entraña la apropiación directa y automática de los frutos o productos del trabajo (o, en su caso, el núcleo familiar o societario en el que participe)⁴, asumiendo los riesgos económicos o de resultado propios de la actividad. Y, finalmente, la autonomía se manifiesta en la capacidad del profesional para operar sin sujeción a las órdenes de otro, sin perjuicio de las necesidades de coordinación que suelen presentarse cuando el trabajo se realiza en grupo (por ejemplo, una cuadrilla de albañiles actúa de forma autónoma cuando no recibe órdenes o instrucciones de sus pagadores, sino encargos de obras o servicios, tiene la titularidad de una organización provista de medios materiales y humanos que le permita desarrollar su actividad económica y goza de absoluta libertad de organización y gestión, sin una jornada mínima)⁵.

La definición de trabajo autónomo que proporciona la LETA comprende prácticamente todas las modalidades, dejando a salvo las particularidades de los TRADE. Entre las inclusiones expresas previstas en el artículo 1.2 LETA encontramos: los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias; los comuneros de las comunidades de bienes y socios de las sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la

³ STSJ Andalucía (Málaga) 26 mayo 2000 (rec. 395/2000).

⁴ Entre otras, STSJ Andalucía (Málaga) 2 julio 2012 (rec. 317/2012).

⁵ STSJ Andalucía (Málaga) 17 octubre 2002 (rec. 204/2002).

mera administración de los bienes puestos en común; personas que ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero administrador o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella; y trabajadores económicamente dependientes (TRADE).

La LETA excluye expresamente las relaciones de trabajo por cuenta ajena comprendidas en el artículo 1.1 ET, que nacen de un contrato de trabajo y se someten a la legislación laboral; las relaciones laborales de carácter especial a las que se refiere el artículo 2 ET; y la actividad que se limita pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad (artículo 1.3.c) ET).

La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Málaga) toma como punto de partida el análisis de las notas definidoras de la laboralidad a la hora de examinar el trabajo autónomo⁶. El único supuesto en el que se separa de esta forma de proceder es el del TRADE, figura que se define en el artículo 11 LETA y que se desarrolla en el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos. A diferencia de otros autónomos, el TRADE realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que depende económicamente por percibir de él, al menos el 75% de sus ingresos por rendimiento de trabajo y de actividades económicas o profesionales. Es autónomo en el plano jurídico, pero depende de la empresa en el plano económico; posee autonomía en lo relativo a la organización y ejecución del trabajo, pero siempre dentro del encargo concertado con el cliente. Y por este motivo se parte de la autonomía funcional y la dependencia económica de este tipo de profesionales para descartar las dos figuras entre las que se sitúa: el autónomo y el trabajador por cuenta ajena⁷.

El TRADE debe reunir las siguientes condiciones (artículo 11.2 y 3 LETA): no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena (salvo los supuestos previstos en la LETA para conciliar la vida personal familiar: situaciones de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, períodos de descanso

⁶ STSJ Andalucía (Málaga) 17 enero 2018 (rec. 1879/2017).

⁷ STSJ Andalucía (Málaga) 24 mayo 2018 (rec. 460/2018) y 8 mayo 2014 (rec. 357/2014).

por nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, por cuidado de menores de siete años que tengan a su cargo, por tener a su cargo un familiar en situación de dependencia debidamente acreditada o por tener a su cargo un familiar con una discapacidad igual o superior al 33% debidamente acreditada); no contratar ni subcontratar con terceros, en todo o en parte, la actividad contratada con sus clientes; no ejecutar su actividad de manera “indiferenciada” con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente; disponer de una infraestructura productiva material propia que se distinga de la del cliente y que sea suficiente para el desarrollo de la actividad; desarrollar la actividad bajo criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas de carácter general que pueda recibir del cliente; percibir de este último una contraprestación económica en función del resultado de su actividad y asumir el riesgo y ventura de la misma; no ostentar la titularidad de un establecimiento o local comercial o industrial u de oficinas o despachos abiertos al público; y no ejercer su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho⁸.

Las situaciones de conflicto suelen tener su origen en el requisito de la autonomía funcional. Algunos TRADE consideran que no tienen una verdadera autonomía organizativa. Por este motivo, cuando el cliente decide poner fin a la relación, solicitan que se declare que han prestado sus servicios como trabajadores por cuenta ajena y reclaman una indemnización por despido. En la mayoría de los casos examinados por la sala, la autonomía organizativa se encuentra limitada por el encargo del cliente, que goza de un amplio margen de maniobra⁹. De hecho, se observa una cierta propensión hacia la conversión del trabajo por cuenta ajena en trabajo autónomo económicamente dependiente. En una de las sentencias se examina la vida laboral de una masajista o esteticista que pasa de trabajadora por cuenta ajena a autónoma y de ahí a autónoma económicamente dependiente. La sala reconoce que, durante el último periodo, el tiempo de trabajo de la mujer venía condicionado por la relación con el cliente, pero matiza que no existía una obligación de realizar un determinado número de servicios; admite que la infraestructura productiva y material la ponía el cliente (local, mobiliario y aparatos), pero considera que lo importante era el “saber hacer” de la trabajadora; señala que esta última se ajustaba al manual de calidad del cliente y a las instrucciones generales de trabajo, pero no considera que esas indicaciones desnaturalizasen su trabajo,

⁸ *Ibíd.*

⁹ STSJ Andalucía (Málaga) 24 mayo 2018 (rec. 460/2018).

simplemente estandarizarían u objetivarían los servicios que se ofrecen a la clientela; y, finalmente, indica que, aunque prestaba los mismos servicios que los trabajadores asalariados del cliente, el contenido de su contrato era distinto¹⁰. Por lo visto en esta sentencia, las cosas son lo que el contrato dice que son y no lo que deberían ser.

b) Trabajo no remunerado

En el segundo bloque de trabajos carentes de alguna nota esencial de la laboralidad se examinan tres grupos de casos: los trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad; el voluntariado y los cooperantes; y los trabajos familiares. En todos ellos, la falta de retribución excluye la laboralidad.

B.1.) TRABAJOS AMISTOSOS, BENÉVOLOS, DE BUENA VECINDAD

La falta de retribución determina la exclusión de los trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad (artículo 1.3.d) ET). Así, por ejemplo, la apertura y limpieza de unas instalaciones deportivas por parte de unas personas a las que se ha cedido gratuitamente una vivienda y la explotación del kiosco-bar que hay dentro de las referidas instalaciones no sería más que una actividad de colaboración (aunque el cedente pague los productos de limpieza). La sala considera que la ausencia de ajenidad con respecto a la explotación del kiosco-bar (los rendimientos económicos son para los cesionarios) y de dependencia con respecto al cedente (no hay un horario, una disciplina laboral o unas instrucciones concretas) son argumentos de refuerzo, pero al final la causa real de las actividades no es otra que la concesión gratuita de la explotación del kiosco y del uso de la casa¹¹.

B.2.) ESPECIAL ATENCIÓN A VOLUNTARIADO Y COOPERANTES

Una de las principales formas de trabajo no remunerado es el voluntariado social, cuya regulación se encuentra en la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de voluntariado. La norma define el voluntariado como un conjunto de activi-

¹⁰ STSJ Andalucía (Málaga) 8 mayo 2014 (rec. 357/2014).

¹¹ STSJ Andalucía (Málaga) 26 mayo 2000 (rec. 395/2000).

dades de interés general, desarrolladas por personas físicas, que tienen carácter solidario, se realizan libremente, se llevan a cabo sin contraprestación económica o material, sin perjuicio de la retribución de los gastos, y se desarrollan a través de entidades de voluntariado¹². A estos efectos, dentro de las actividades de interés general se incluyen aquellas que pueden quedar dentro del ámbito del voluntariado conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la norma; y se dejan fuera las que se ejecuten al margen de entidades de voluntariado, por razones familiares, de amistad o de buena vecindad, en virtud de relación laboral, funcionarial, mercantil o por cualquier otra forma mediante contraprestación de orden económico o materiales, los trabajos de colaboración social, las becas o actividades análogas, cuyo objetivo principal sea la formación o las prácticas no laborales en empresas o grupos empresariales y las prácticas académicas externas (artículo 3.3).

La existencia o no de una contraprestación económica es el elemento clave. La actividad de voluntariado puede enmascarar una relación laboral. Un supuesto muy habitual en la zona costera ha consistido en la asignación por parte de algunos ayuntamientos de la prestación de servicios de vigilancia y socorrismo a agrupaciones de voluntarios. La sala considera que cuando los socorristas reciben una cantidad fija por día trabajado –con independencia de los eventuales gastos de desplazamiento, manutención, etc., variando el importe únicamente en función del número de horas de servicio– y la suma final supera el salario mínimo interprofesional diario, nos encontramos ante una relación laboral¹³. Y si además la jornada y el puesto de trabajo viene fijado por el coordinador de playas del Ayuntamiento, la ropa de trabajo la facilita la Federación Española de Municipios y Provincias, las lanchas son del Ayuntamiento, hay que solicitar los días de descanso al coordinador de playas, el Ayuntamiento ejerce poder disciplinario...¹⁴.

B.3.) TRABAJOS FAMILIARES

El artículo 1.3.e) ET excluye los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los lleven a cabo. A estos efectos, se consideran familiares, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguini-

¹² STSJ Andalucía (Málaga) 24 mayo 2013 (rec. 90/2012).

¹³ STSJ Andalucía (Málaga) 14 mayo 2015 (rec. 384/2015).

¹⁴ STSJ Andalucía (Málaga) 29 octubre 2015 (rec. 1197/2015).

dad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción (se excluyen, por ejemplo, las relaciones de noviazgo)¹⁵. La Ley exige la concurrencia de dos requisitos para que opere la exclusión: la condición de «familiar»; y la condición de «no asalariado» del trabajador¹⁶. Y establece una presunción *iuris tantum* de no laboralidad que opera cuando el empresario es una persona física o sujeto individual¹⁷ o cuando, siendo una persona jurídica, tiene el control un familiar del empleado que cumple los requisitos previstos en la norma¹⁸.

Las principales sentencias en las que se desvirtúa la presunción de no laboralidad tienen su origen en la actividad de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Algunos empleadores incluyen a sus familiares en la plantilla para que puedan cobrar la prestación de desempleo. La existencia de un contrato indefinido¹⁹, la atribución de una determinada categoría (por ejemplo, dependiente), la existencia de otros trabajadores asalariados que prestan los mismos servicios²⁰, las nóminas o la afiliación y cotización a la Seguridad Social no pasan de ser meras apariencias formales que pueden estar enmascarando un trabajo meramente familiar²¹ en el que el familiar no se encuentra sometido al ámbito de dirección y organización del empleador y/o no concurre el requisito de la ajenidad porque exista un patrimonio o fondo común²².

La idea de “fondo común” o confusión patrimonial permite trasladar la regla prevista en el artículo 1.3.e) ET a aquellos supuestos en los que el empleador es una persona jurídica con personalidad propia. Aunque no pueda hablarse en puridad de parientes del empresario, esto no impide que pueda aplicarse la doctrina del levantamiento del velo para analizar las relaciones económicas efectivas que subyacen bajo la fórmula societaria, en el caso de que la persona jurídica estuviese siendo utilizada instrumentalmente²³. La circunstancia de que la empresa familiar revista la forma jurídica de sociedad no desvirtúa por sí sola el juego de la presunción y la posible influencia del parentesco sobre la calificación de la prestación de servicios como extralaboral²⁴. Cuando la empresa es estrictamente familiar (el 100%), no hay demasiados

¹⁵ STSJ Andalucía (Málaga) 5 mayo 2005 (rec. 310/2005).

¹⁶ STSJ Andalucía (Málaga) 2 julio 2012 (rec. 317/2012).

¹⁷ STSJ Andalucía (Málaga) 19 diciembre 2002 (rec. 1909/2002).

¹⁸ STSJ Andalucía (Málaga) 9 marzo 2001 (rec. 122/2001).

¹⁹ STSJ Andalucía (Málaga) 4 julio 2018 (rec. 314/2018).

²⁰ STSJ Andalucía (Málaga) 28 noviembre 2013 (rec. 1176/2013).

²¹ STSJ Andalucía (Málaga) 14 enero 2000 (rec. 1729/1999).

²² STSJ Andalucía (Málaga) 2 julio 2012 (rec. 317/2012).

²³ STSJ Andalucía (Málaga) 29 enero 2015 (rec. 1549/2014).

²⁴ STSJ Andalucía (Málaga) 31 mayo 2003 (rec. 465/2003).

problemas (el familiar controla la empresa). Ahora bien, cuando la participación familiar concurre con la de personas extrañas a la familia es necesario valorar la intensidad de la participación en el capital y en la administración de la empresa. Y para ello, la sala señala –siguiendo el criterio del Tribunal Supremo– que no podrán considerarse trabajos familiares los del pariente de un socio cuando la participación de este último no alcance el 50% del capital social²⁵ (por ejemplo, si la participación en el capital social, aun siendo elevada, no alcanza la mayoría ni la administración aparece asumida exclusiva o principalmente por miembros de aquella, se tienen elementos de juicio para sostener la ruptura de la presunción de trabajo familiar)²⁶. Superada esta barrera, entraría en juego la presunción (por ejemplo, en el caso de un trabajador de una sociedad anónima, suscriptor de una acción y cuyo cónyuge, con el que convive, es accionista mayoritario y uno de los dos administradores solidarios de la compañía)²⁷ que decaerá, obviamente, si se acredita el carácter retribuido de la relación y la falta de confusión patrimonial (aunque el familiar tenga el 10% del capital social y conviva con la parte empleadora, titular del 80% de las acciones y administradora única de la sociedad, el primero puede trabajar para el segundo sin que se confundan sus patrimonios)²⁸. Al igual que sucede cuando el empleador es una persona física, la “familiaridad” y la “convivencia” no excluyen el análisis del contenido patrimonial de la relación: es necesario determinar si hay una confusión de patrimonios (opera la presunción) o si estos están perfectamente separados (decae)²⁹.

En la otra cara de la moneda nos encontramos con las situaciones de conflicto familiar. Aquí no se trata de proteger al ser querido, sino todo lo contrario. La ruptura del vínculo matrimonial pondrá fin a la relación afectiva y afectará a la relación laboral o de trabajo familiar que pudiesen tener las partes. En estos casos, habrá que analizar la situación del familiar que no tiene la condición de empleador para determinar si procede abonar una indemnización por despido (si dirigía el negocio en su ausencia, tenía total flexibilidad horaria, daba órdenes a los empleados, recibía las mercancías, pagaba a los proveedores, no formaba parte del ámbito de organización del empleador y no se sujetaba a su poder directivo y sancionador, la ausencia de laboralidad excluiría esta indemnización)³⁰. Hay que tener en cuenta que el artículo 1.1 LETA otor-

²⁵ SSTSJ Andalucía (Málaga) 29 enero 2015 (rec. 1549/2014) y 15 marzo 2002 (rec. 1903/2001).

²⁶ STSJ Andalucía (Málaga) 26 febrero 2002 (rec. 1659/2001).

²⁷ STSJ Andalucía (Málaga) 31 mayo 2003 (rec. 465/2003).

²⁸ STSJ Andalucía (Málaga) 9 marzo 2001 (rec. 122/2001).

²⁹ STSJ Andalucía (Málaga) 29 enero 2015 (rec. 1549/2014).

³⁰ STSJ Andalucía (Málaga) 9 enero 2003 (rec. 1960/2002).

ga la condición de autónomo al familiar del titular del negocio que trabaja en el mismo y sin tener la condición de trabajador asalariado.

II. ACTIVIDADES RELIGIOSAS

Los profesores de Religión tienen una relación laboral que es especial por cuestiones formales –su relación se sujeta a las reglas previstas en un acuerdo internacional suscrito por el Estado español con la Santa Sede– y materiales –en atención a las peculiaridades que concurren en la relación de servicios– tal y como ha venido señalando la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Málaga) desde hace más de una década³¹. El Real Decreto 696/2007 de 1 de junio por el que se regula la relación laboral de los profesores de Religión prevista en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006 establece en su artículo 2 que «La contratación laboral de los profesores de Religión se regirá por el Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica de Educación, por el presente Real Decreto y sus normas de desarrollo, por el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, de 3 de enero de 1979, suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede, así como por los Acuerdos de Cooperación con otras confesiones que tienen un arraigo evidente y notorio en la sociedad española». De este marco normativo se infiere que la relación laboral de los profesores de Religión es objetivamente especial, de modo que, por aplicación de la normativa específica deviene en relación laboral de naturaleza indefinida (artículo 4.1 RD 696/2007) y, por su naturaleza de contrato a tiempo completo o parcial, queda sometida a las necesidades de los centros públicos y a la planificación educativa que corresponde a las Administraciones educativas competentes (artículo 4.2 RD 696/2007), que pueden acordar las modificaciones pertinentes formalizándolas por escrito con anterioridad al comienzo del curso escolar. Las necesidades cambian de un curso escolar a otro por el propio carácter voluntario de la asignatura y por ello se permite una cierta flexibilidad para aumentar o reducir la jornada siempre que esta esté debidamente justificada (artículo 5.1 RD 696/2007)³². El Real Decreto 696/2007 es producto del desarrollo reglamentario de la Disposición Adicional segunda y tercera de la Ley Orgánica 2/2006, en la que encuentra su

³¹ SSTSJ Andalucía (Málaga) 24 mayo 2002 (rec. 768/2002) y 2 octubre 2002 (rec. 1457/2002).

³² STSJ Andalucía (Málaga) 3 diciembre 2009 (rec. 2070/2009), que debe ponerse en relación con la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) 11 noviembre de 2009 (rec. 1305/2009).

fundamento legislativo, por lo que la sala considera que la especialidad de la norma no se opone a las reglas previstas en los artículos 12.4 y 41 ET.

III. SOCIOS, ADMINISTRADORES, DIRECTORES

El artículo 1.3.c ET) excluye de la legislación laboral “la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes al cargo”. La relación entre el administrador y la sociedad surge a raíz de la designación o nombramiento por el órgano de gobierno de la sociedad. La responsabilidad de los primeros frente a la sociedad y los accionistas no se deriva de un contrato de trabajo sino de una relación de carácter civil o mercantil. Y sus funciones son de carácter consultivo, sin que se excluya la asunción de funciones de carácter ejecutivo (consejeros delegados).

La concurrencia de la condición de trabajador ordinario y administrador no plantea problemas de incompatibilidad. Sin embargo, cuando el consejero delegado es a su vez alto cargo, esto es, personal de alta dirección (artículo 2.1.a) ET que se desarrolla en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección) que realiza funciones de dirección, gestión, representación de la empresa, surgen las dudas: el personal de alta dirección desarrolla “facultades inherentes a la empresa” y relativas a los “objetivos generales de la misma”, con “autonomía y responsabilidad”, sujeto a los criterios e instrucciones emanadas del dueño de la empresa o de los órganos de gobierno de la misma³³; mientras los miembros de los órganos de administración son parte integrante de la propia sociedad, la representan, determinan su voluntad y actúan por ella³⁴. Conforme a la teoría del vínculo, prevalecería la condición de administrador y, por tanto, nos encontraríamos ante una relación de naturaleza jurídico mercantil³⁵. El criterio es parecido al que se sigue cuando un socio con una cuota de capital superior al 50% ofrece sus servicios a la empresa. El alto porcentaje de participación determina que su labor sea más propia de la dirección y administración de la empresa, no existiendo la nota de la ajenidad. Sin em-

³³ STSJ Andalucía (Málaga) 23 enero 2019 (rec. 1395/2018).

³⁴ STSJ Andalucía (Málaga) 26 enero 2001 (rec. 1751/2000).

³⁵ STSJ Andalucía (Málaga) 24 noviembre 2000 (rec. 1602/2000).

bargo, a raíz de la entrada en vigor del artículo 249 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC) que impone la celebración de un contrato con el consejero delegado, se plantean ciertas dudas que, hasta la fecha, la sala no ha tenido la oportunidad de resolver.

La distinción entre el directivo de alta dirección y el directivo sujeto al régimen laboral común pone de manifiesto la importancia de las funciones desempeñadas. Detrás de la figura de los administradores o de los directivos de alta dirección puede haber directores de departamento que –dependiendo jerárquicamente del primero– desarrollen tareas de alta responsabilidad y confianza (por ejemplo, otorgar y firmar de documentos para el ejercicio de los poderes conferidos, tareas de supervisión y control del departamento, gestión, coordinación y supervisión del personal asignado, etc.), pero sin llegar a desempeñar las funciones inherentes a la titularidad de la empresa (por ejemplo, realizar negocios jurídicos en nombre de la empresa, ejecutar actos de disposición patrimonial, obligar a terceros, nombrar o separar el personal de plantilla, etc.) que afecten a sus objetivos generales (por ejemplo, participar en planes de dirección que afecten a todos los departamentos) con autonomía y responsabilidad. En estos casos, se presume *iuris tantum* el carácter ordinario de la relación laboral, salvo que se pruebe la especialidad, esto es, los tres requisitos a los que ya se ha hecho referencia; y ello, aunque el directivo haya sido contratado de manera discrecional³⁶.

IV. COOPERATIVISTAS

La huida del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de la simulación de contratos administrativos con cooperativas de trabajo asociado ha sido una práctica relativamente habitual en la Ciudad Autónoma de Melilla. En dos sentencias de la sala queda acreditado que la prestación de servicios de vigilancia en exclusiva, con sujeción a un horario, uso del vestuario municipal, adecuación de la prestación de servicios a las órdenes e instrucciones recibidas de los funcionarios o empleados y percepción de un salario (aunque se enmascare bajo la forma de una factura expedida por la Cooperativa de Trabajo Asociado) no era sino una consecuencia de la forma jurídica elegida para emplear a los demandantes sin tener que darlos de alta en Seguridad Social³⁷. En este

³⁶ STSJ Andalucía (Málaga) 23 enero 2019 (rec. 1395/2018).

³⁷ SSTSJ Andalucía (Málaga) 19 abril 2002 (rec. 28/2002) y 20 septiembre 2002 (rec. 1072/2002).

primer grupo de casos no se aprecia mala fe de los miembros de la cooperativa (trabajadores), se descarta la cesión ilegal de trabajadores (no hay más que una prestación de servicios) y se declara que el cese de la relación debe ser calificado como despido. Sin embargo, un año después, a raíz del análisis del contrato de mantenimiento del cementerio municipal suscrito por la referida Ciudad Autónoma con una cooperativa de trabajo asociado, se mantiene idéntica conclusión con un matiz importante: se afirma que, como la actividad de la cooperativa se limita a la cesión de trabajadores, también debe responder solidariamente³⁸. La dependencia es, una vez más, el factor clave. Aunque la conclusión de la sala en esta última sentencia plantea algunos interrogantes.

V. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA

Las becas son subvenciones para realizar estudios o investigaciones. La distinción con el trabajo por cuenta ajena es compleja, puesto que en ambos casos se desarrolla una actividad que es objeto de remuneración sin que la normativa vigente delimite con precisión los contornos: no existe una regulación sobre la figura del becario posgraduado en entidades privadas (y, en el ámbito público, el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación, en vigor desde el 16 de marzo de 2019, todavía no ha tenido suficiente recorrido). Los dos principales criterios delimitadores que ha venido siguiendo la sala –al igual que el Tribunal Supremo– atienden al beneficio obtenido por las partes y, en particular, al carácter formativo o productivo de la prestación. Si predomina el beneficio formativo y este no se basa exclusivamente en la adquisición de experiencia, sino en una mayor capacitación, la beca será legítima. Aunque el becario deba cumplir ciertas tareas, no puede realizarlas a modo de contraprestación, sino de aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca³⁹. La concesión de esta última es un acto de liberalidad que tiene como objetivo básico facilitar el estudio y formación del becario y no la incorporación de los resultados de este estudio o trabajo de formación al patrimonio de la persona que concede la beca⁴⁰. Si la empresa obtiene el beneficio principal, porque el becario desarrolla un trabajo puramente productivo, nos encontraremos ante una relación laboral⁴¹.

³⁸ STSJ Andalucía (Málaga) 30 abril 2003 (rec. 351/2003).

³⁹ STSJ Andalucía (Málaga) 12 enero 2001 (rec. 1837/2000).

⁴⁰ STSJ Andalucía (Málaga) 19 julio 2017 (rec. 670/2017).

⁴¹ *Ibíd.*

A la vista de los últimos pronunciamientos, los criterios delimitadores parecen conceder un amplísimo margen de apreciación a la sala. Sirva como ejemplo una sentencia de 2017, donde se analizan las subvenciones que se concedieron con motivo de un Programa de Experiencias Profesionales. El Servicio Andaluz de Empleo (SAE) suscribió un convenio de colaboración con una empresa de mantenimiento para la realización de prácticas profesionales; y los becarios firmaron sus respectivos convenios formativos para la realización de las prácticas cuyo contenido formativo –esencialmente práctico–, a desarrollar en horario de lunes a jueves de 9.00 a 14.00 horas, con una tutoría semanal el viernes, consistía en la realización de actividades de mantenimiento y limpieza general de parques urbanos, jardines y playas, incluyendo mobiliario propio de estos, así como parques de juegos infantiles, junto con los trabajadores de la empresa que les ofrecía la experiencia profesional y con las mismas herramientas. La dotación de la beca se fijó en 399,38 euros al mes y su duración era de tres meses. Los “becarios” desarrollaban un trabajo puramente productivo para una empresa de mantenimiento que prestaba sus servicios a la Administración y lo hacían en una aparente situación de dependencia (las tutorías de los viernes solo podían servir para organizar y dirigir una actividad que, por sus propias características, no parecía requerir una formación teórica). Sin embargo, como el convenio se firmó al amparo de la Autorización General de Políticas Activas del Empleo del SAE y conforme a lo dispuesto en la resolución que esta dicta, por la que se aprueba la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, la sala considera que no están integrados en el ámbito de organización y dirección de la empresa. Y, como argumento de “refuerzo”, indica que esta última no podía seleccionar al personal que se incluía en el programa⁴².

VI. ACTIVIDADES DEPORTIVAS

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.1.d) del ET, que considera relación laboral de carácter especial la de «los deportistas profesionales», y, en particular, en el artículo 1.2 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, son deportistas profesionales “quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad

⁴² STSJ Andalucía (Málaga) 19 julio 2017 (rec. 670/2017).

deportiva a cambio de retribución”. Se incluyen asimismo las relaciones establecidas entre deportistas profesionales y empresas cuyo objeto social consista en la organización de espectáculos deportivos, así como la contratación de deportistas profesionales por empresas o firmas comerciales para el desarrollo, en uno y otro caso, de las actividades deportivas (artículo 1.3 del Real Decreto 1006/1985).

La dependencia tiene mayor intensidad en este tipo de relaciones que en cualquier otra –ordinaria o especial–, puesto que el deportista está sujeto permanentemente a las órdenes e instrucciones de los técnicos y responsables del equipo y estas pueden afectar a aspectos muy diversos: horario, lugar y forma de entrenamiento, concentraciones y desplazamientos, apariciones en público, alimentación, régimen de descanso, indumentaria, etc. Y ello por no hablar de los casos en los que el deportista entrena libremente, de forma autónoma e independiente, pero con el consentimiento del club, cuando la especificidad de la disciplina así lo determine.

a) **Deportistas**

La distinción entre aficionado o profesional es independiente de la calificación que pueda efectuar la federación o el organismo competente en el ámbito administrativo. Un deportista que no tenga licencia federativa de profesional puede tener esta condición en el ámbito laboral y viceversa. Lo que verdaderamente determina la profesionalidad en materia laboral es la existencia de una retribución a cambio de los servicios prestados (por lo que, en sentido contrario, la ausencia de salario califica al deportista aficionado), exigencia legal que no va referida a la percepción mínima del salario interprofesional puesto que, al igual que sucede con el resto de relaciones laborales, es posible –y de hecho muy habitual– el trabajo a tiempo parcial. La profesionalidad no comporta la exclusividad de medio de vida⁴³.

El Real Decreto 1006/1985 deja fuera de su ámbito de aplicación el deporte amateur y, en particular, el conocido como “amateurismo compensado”, esto es, cuando se percibe del club una compensación por los gastos derivados de la práctica del deporte. La sala aplica tres reglas para distinguir el deporte “compensado” y el propiamente “retribuido”: en primer lugar, el deportista tiene que acreditar la existencia de la contraprestación económica, pero una vez probada esta, se presume que las cantidades abonadas tienen naturaleza

⁴³ STSJ Andalucía (Málaga) 8 noviembre 2017 (rec. 1180/2017).

retributiva (artículos 26.1 ET y 8.2 Real Decreto 1006/1985), de forma que debe ser la entidad deportiva quien acredite que estas tienen carácter simplemente compensatorio, lo que únicamente tendrá lugar cuando pruebe que no exceden de los gastos que en realidad tenga el deportista por la práctica de su actividad; en segundo lugar, la naturaleza compensatoria o retributiva de las cantidades percibidas es independiente del término que al efecto hubiesen empleado las partes; y, finalmente, la periodicidad en el devengo y la uniformidad de su importe son indicios de naturaleza retributiva, al ser tales notas características del salario, frente a la irregularidad y variabilidad que son propias de las verdaderas compensaciones de gastos⁴⁴.

Aunque el elemento retributivo es esencial, también hay otros factores como la primacía del trabajo y los estudios sobre la actividad deportiva, la libertad para poner fin a dicha actividad y la propia naturaleza de la entidad deportiva que pueden servir para decantar la balanza a favor de la calificación de deporte amateur⁴⁵. La precariedad laboral en el ámbito de los deportes minoritarios amateur –como, por ejemplo, el balonmano amateur– sitúa al juez y a las partes en una situación delicada: si el club o entidad deportiva hace frente a los gastos que se derivan de la actividad profesional de sus jugadores (entre otros, los derivados de las cotizaciones a la Seguridad Social) puede encontrarse con problemas de solvencia; y si mantiene la condición amateur de los deportistas no podrá acceder a los mejores jugadores y será menos competitivo en el ámbito nacional e internacional. El amateurismo marrón es uno de los males endémicos del deporte español. Cuando no hay negocio, no hay trabajo.

b) Entrenadores

Lo anterior no significa que los deportes minoritarios caigan siempre dentro del ámbito del amateurismo marrón. Un buen ejemplo lo podemos encontrar en el caso de un entrenador y un ayudante de entrenador de balonmano que percibían una cantidad mensual de 70.000 y 60.000 pesetas al mes, respectivamente, y que, con motivo de los malos resultados, fueron cesados por el club. Los entrenadores y sus ayudantes se incluyen en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1006/1985 cuando concurren las notas de laboralidad. La ajenidad en los riesgos y en los frutos de su trabajo, la dependencia en cuanto

⁴⁴ STSJ Andalucía (Málaga) 8 noviembre 2017 (rec. 1180/2017).

⁴⁵ *Ibid.*

que se integraban dentro del círculo organizativo y disciplinario del empresario y la cuantía de la retribución –que se situaba al nivel de otros técnicos de la División de Honor B de la Federación Española de Balonmano– dieron lugar a que, en este caso, se declarase la laboralidad de la relación y se reconociese el derecho a una indemnización por despido⁴⁶.

VII. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

Los profesionales que prestan sus servicios en espectáculos públicos pueden hacerlo como autónomos, por cuenta ajena o sujetos a una relación laboral especial. Los artistas, las personas que participan en concursos de televisión, los modelos y las personas que trabajan en el ámbito de la publicidad, los directores y técnicos (directores artísticos, cámaras, técnicos de luz y sonido, etc.), entre otros, tienen uno u otro estatuto en función de su actividad. En todos estos casos, es necesario diferenciar la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos de otras relaciones que se sitúan en la frontera del Derecho del Trabajo o, aún dentro, en el ámbito de las relaciones laborales ordinarias.

Conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, queda dentro de su ámbito de aplicación la relación establecida entre un organizador de espectáculos públicos o empresario y quienes se dedican voluntariamente a la prestación de una actividad artística por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de aquel a cambio de una retribución. La libertad en la actuación o en la interpretación no impide la sujeción a las reglas establecidas por el empresario en cuanto a fechas, horarios, etc. La especificidad de la prestación viene determinada por el entorno en el que se desarrolla y el modo en el que se ejecuta, motivo por el que quedan fuera del ámbito de aplicación del Real Decreto 1435/1985 –de forma expresa– las actuaciones artísticas que se desarrollen en un ámbito privado y la relación laboral del personal técnico y auxiliar que colabora en la producción de espectáculos públicos (artículo 1.4).

La aplicación del régimen jurídico previsto para la relación especial de los artistas requiere la concurrencia de las cinco notas caracterizadoras de la laboralidad (artículo 1.1 ET). De modo que, por ejemplo, se excluyen por faltar el requisito de la dependencia las actividades artísticas prestadas de forma

⁴⁶ STSJ Andalucía (Málaga) 30 enero 2003 (rec. 1992/2002).

autónoma, sin sometimiento al ámbito de organización y dirección del empresario (un pianista que toca en distintos hoteles con total autonomía)⁴⁷; aquellas que surgen como resultado de la inspiración del artista, sin que el empresario pueda organizar la actividad (sin caer en situaciones ficticias⁴⁸); o cuando entre la actuación artística y quien la contrata media la participación de otro sujeto (productor artístico), que es el que organiza la actividad.

Las actuaciones de artistas no profesionales a veces se sitúan a medio camino entre los trabajos amistosos, benévolo y de buena vecindad o a título de colaboración voluntario y la relación laboral especial prevista en el Real Decreto 1435/1985. En una de las sentencias de la sala se indica que cuando el artista (músico de jazz) se integra dentro del ámbito organizativo de la empresa (local, medios, horarios fijados, etc.), esta asume el riesgo y obtiene los beneficios que se deriven de su actividad y paga por ella, nos encontramos ante una relación laboral. El artista no se sube al escenario de forma voluntaria o por mera inspiración cuando el empresario organiza la actividad. La dependencia, la ajenidad y la retribución existen al margen del *nomen iuris* elegido por las partes para calificar la relación y la contraprestación (por ejemplo, gastos de transporte)⁴⁹.

Otro supuesto limítrofe es el de los becarios que forman parte de un coro de una fundación musical dedicada al desarrollo y fomento de la música. De acuerdo con el criterio de la sala, no puede aceptarse el símil con el deportista profesional que se distingue con el aficionado, porque para el primero la actividad deportiva es su medio de vida y para el segundo una actividad de ocio y entretenimiento. Los músicos que se integran dentro de una banda municipal no pueden ganarse la vida con lo que reciben al final de mes por sus servicios: 177,68 euros (trompetista)⁵⁰, 205,96 euros (saxofonista)⁵¹, etc. Sin embargo, cuando reciben una cantidad fija mensualmente, acuden a los ensayos de forma obligatoria (bajo pena de sanción), en el local del empleador (Ayuntamiento) y actúan cuándo y dónde indica este último, se considera que existe un contrato de trabajo⁵². De hecho, si a raíz de la jubilación de parte de la banda se invierte en la formación de un grupo de jóvenes, habrá que determinar en qué momento pasan de educandos a trabajadores⁵³.

⁴⁷ STSJ Andalucía (Málaga) 8 febrero 2002 (rec. 1973/2001).

⁴⁸ STSJ Andalucía (Málaga) 31 enero 2018 (rec. 1682/2017).

⁴⁹ STSJ Andalucía (Málaga) 31 enero 2018 (rec. 1682/2017).

⁵⁰ STSJ Andalucía (Málaga) 23 marzo 2006 (rec. 894/2006).

⁵¹ STSJ Andalucía (Málaga) 9 febrero 2006 (rec. 2919/2005).

⁵² SSTSJ Andalucía (Málaga) 23 marzo 2006 (rec. 894/2006), 9 febrero 2006 (rec. 2422/2005), 9 febrero 2006 (rec. 2919/2005), 16 enero 2003 (rec. 2022/2002) y 24 octubre 2002 (rec. 988/2002).

⁵³ STSJ Andalucía (Málaga) 24 octubre 2002 (rec. 988/2002).

VIII. PROFESIONES LIBERALES

El asesoramiento o asistencia de abogados, graduados sociales, médicos, economistas, asesores fiscales, arquitectos, peritos-tasadores de seguros, veterinarios, etc., son actividades típicas de los profesionales liberales. La relación entre estos profesionales y otras personas físicas o jurídicas se articula a través de contratos de servicios (artículo 1588 CC) salvo que exista una relación de dependencia o subordinación. Cuando el profesional liberal goza de libertad de actividad y autonomía y no está sujeto a las notas del trabajo por cuenta ajena ni inserto en el ámbito de organización y dirección del empleador, su relación queda fuera del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores⁵⁴. En estos casos, los principales indicios de laboralidad son el tiempo efectivo ocupado, el sometimiento a un plan de trabajo, la realización personal del encargo sin posibilidad de sustitución y la imposibilidad de aceptarlos o rechazarlos libremente. El alta en el Régimen de Autónomos, la licencia fiscal o el Impuesto de Actividades Económicas y la colegiación no influyen de forma decisiva⁵⁵.

La sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este grupo de profesionales liberales que prestan sus servicios en las fronteras del Derecho del Trabajo en repetidas ocasiones. Destacan, en particular, sus sentencias sobre abogados, consultores y peritos.

a) **Abogados**

El artículo 2.1.k.) ET califica como especial la relación de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados individuales o colectivos. El Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, desarrolla este precepto y excluye expresamente a los abogados que ejerzan la profesión por cuenta propia, ya sea individualmente o asociados con otros; así como las colaboraciones entre abogados cuando se mantiene la independencia de sus respectivos despachos. Los abogados colegiados tienen una relación laboral especial cuando prestan sus servicios bajo la organización y dirección de un despacho profesional de abogados individual o colectivo. Y esto último es importante. La prestación de

⁵⁴ STSJ Andalucía (Málaga) 14 noviembre 2018 (rec. 927/2018).

⁵⁵ STSJ Andalucía (Málaga) 20 febrero 2003 (rec. 118/2003).

servicios por abogados que trabajen en régimen de ajenidad para empleadores públicos o privados que no revistan el carácter de despachos de abogados cae fuera del ámbito de aplicación de la norma especial y se considera que constituyen relaciones laborales ordinarias⁵⁶.

b) **Servicios contables, economistas, consultores**

Algunos contables, consultores y economistas desarrollan o han desarrollado su actividad profesional en la frontera del Derecho del Trabajo. La distinción entre el contrato de arrendamiento de servicios profesionales y el contrato de trabajo y, entre este último y los antiguos contratos administrativos de asistencia técnica, no siempre es pacífica.

Con respecto al primer grupo de casos, a veces se llevan a cabo actividades administrativas, fiscales y contables para varios consorcios empresariales ocultando la verdadera naturaleza laboral de la relación bajo la apariencia de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales. Cuando media abuso o fraude de derecho, el principio general de independencia y no comunicación entre las sociedades que integran el grupo cede para que se pueda valorar la verdadera naturaleza de la relación. La confusión de plantillas no puede servir para evitar el pago de la indemnización por el despido del trabajador. La doctrina jurisprudencial ha declarado la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes de un grupo en los siguientes casos: a) prestaciones laborales indiferenciadas (los trabajadores, con independencia de cuál sea la sociedad a la que estén formalmente adscritos, realizan su prestación de modo simultáneo e indiferenciado a varias sociedades del grupo); b) confusión de patrimonios sociales (existe unidad empresarial cuando las sociedades operan con un elevado grado de comunicación entre sus patrimonios sociales, que da lugar a una confusión patrimonial entre ellas); c) la apariencia externa unitaria (la existencia aparente de una única empresa de cara al exterior lleva consigo la responsabilidad solidaria del grupo); y d) la dirección unitaria (si las empresas actúan conjuntamente, bajo unos mismos dictados y coordinadas, el fenómeno supone la presencia de un único órgano rector y, por lo tanto, patrono a efectos laborales, de lo que es consecuencia la asunción, por todas las sociedades, de las obligaciones nacidas del contrato de trabajo). La sala señala –apoyándose en la jurisprudencia más reciente– que la dirección unitaria y la apariencia externa de unidad no revelan por sí mismas la existencia del grupo de empresas

⁵⁶ STSJ Andalucía (Málaga) 13 diciembre 2017 (rec. 1772/2017).

patológico con repercusiones laborales, sino que lo trascendente es la concurrencia de las notas de confusión de plantillas y confusión patrimonial⁵⁷.

En relación con el segundo grupo, la confusión entre contratos administrativos y laborales ha dado lugar a un amplio número de pronunciamientos judiciales. Por ejemplo, hace una década –en plena crisis– la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía necesitaba personal para cubrir el Servicio de Protección de Menores de la Delegación de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social y, en lugar de aumentar la plantilla, contrató a un grupo de consultores. La actividad de estos últimos consistía en realizar informes en relación con la idoneidad o no de las familias solicitadas para el acogimiento de menores y posterior formación de las mismas, previo examen de la documentación y tras la realización de entrevistas, proponiendo la adopción de las medidas que estimase más convenientes. A pesar de que los contratos firmados se denominaban formalmente “administrativos”, los trabajadores estaban sujetos a un horario, vacaciones, licencias, permisos, etc., con igual control horario que el resto de personal laboral o funcionario que trabajaba en el Servicio. La utilización fraudulenta de contratos administrativos de asistencia técnica que enmascararan una relación propiamente laboral ha sido –como veremos en el apartado 13– bastante habitual⁵⁸.

c) Peritos tasadores

El trabajo de valoración de daños de los peritos tasadores de seguros puede realizarse en régimen laboral (contrato de trabajo) o en régimen de ejercicio libre de la profesión (arrendamiento de servicios) y, desde la perspectiva de las compañías aseguradoras, la tasación pericial de daños puede llevarse a cabo con recursos personales propios o mediante encargo a peritos colaboradores externos o a sociedades de peritación. La elección depende de las compañías y de los peritos tasadores que, de común acuerdo, pueden dar a la relación de servicios la configuración que tengan por conveniente. La línea divisoria entre una y otra vendrá determinada por la nota de la “dependencia”⁵⁹.

Los principales indicios de dependencia que suelen tenerse en cuenta son: el desarrollo de la actividad en las instalaciones de la empresa demandada y utilizando los medios materiales de la misma; la existencia de una jornada y

⁵⁷ STSJ Andalucía (Málaga) 18 octubre 2017 (rec. 1344/2017).

⁵⁸ STSJ Andalucía (Málaga) 4 mayo 2006 (rec. 933/206).

⁵⁹ STSJ Andalucía (Málaga) 22 abril 2004 (Rec. 515/2004).

un horario; el pago de la misma cantidad de dinero todos los meses (lo que se contradice con el abono de honorarios profesionales en función del número de peritaciones realizadas); y el pago de retribuciones durante los meses de baja. No afecta a la calificación final que el perito esté dado alta en el Régimen de Autónomos o se le haya cargado el IVA en el abono de sus honorarios (no significa que sea autónomo), ni tampoco que no preste sus servicios en régimen de exclusividad para la demandada (hay trabajadores con varios empleadores)⁶⁰.

El análisis de estos indicios adquiere especial relevancia cuando los peritos asumen nuevas funciones que transforman su relación profesional con la empresa. En una de las sentencias de la sala se analiza el caso de un perito tasador que, a raíz de un cambio de puesto, pasó a trabajar *de facto* bajo la organización y dirección y por cuenta de la empresa. En su primera etapa era autónomo: le remitían la información correspondiente a los datos del asegurado que había comunicado el siniestro y el tipo de avería, se ponía en contacto con el cliente, concertaba la cita, acudía al lugar del siniestro y realizaba el peritaje correspondiente, dependiendo su retribución de las peritaciones efectuadas y sin sujeción a horario. En la segunda, se convierte en un trabajador asalariado de la empresa por las características de su actividad: le nombran jefe del equipo de reparaciones de la compañía y pasa a percibir una retribución fija y periódica (aun cuando se encuentra enfermo), le pagan los gastos por comidas, viajes, kilometraje y vacaciones, se integra dentro de una estructura jerárquica, sigue los criterios organizativos de la empresa (que le compele a que incremente el número de visitas, fija sus objetivos, controla su dedicación y el gasto del teléfono móvil y le clasifica a nivel nacional en función de su cumplimiento), para la que trabaja en exclusiva y dirige un equipo de profesionales que le facilita esta última⁶¹.

IX. PERSONAL SANITARIO

Los médicos y odontólogos, psicólogos, oftalmólogos y optometristas, anestesistas, dietistas, terapeutas, logopedas, personal de enfermería, auxiliares médicos y auxiliares de enfermería, veterinarios, etc., que trabajan en mutuas y clínicas privadas se encuentran en una situación limítrofe que requiere

⁶⁰ STSJ Andalucía (Málaga) 20 febrero 2003 (rec. 118/2003).

⁶¹ STSJ Andalucía (Málaga) 22 abril 2004 (rec. 515/2004).

examinar las notas que definen el carácter laboral o autónomo de su relación y, en particular, el carácter personalísimo, la dependencia y la ajenidad.

En el caso concreto de los médicos, se considera que el carácter personalísimo de la actividad laboral impide que el facultativo pueda ser sustituido libremente por otro médico⁶². Hay indicios claros de dependencia cuando la prestación de servicios médicos tiene como finalidad atender a las empresas asociadas y a los empleados de una mutua, el servicio se presta en un local y con el material sanitario propiedad de la mutua o clínica, el facultativo asiste diariamente a la consulta y tiene la obligación de estar localizable el resto del día, etc.; y, en sentido contrario, se descarta la concurrencia de este requisito cuando estos profesionales no realizan guardias, establecen su agenda, pueden rechazar ciertas citas concertadas o modificarlas, no están sujetos a horario ni jornada de trabajo, no tienen plan de vacaciones y no están sometidos a la disciplina de la empresa⁶³. El importe de los servicios, la forma de cobro (a través de facturas o de una iguala) y/o la posible existencia de una relación de exclusividad no son elementos decisivos⁶⁴, pero suelen tenerse en cuenta. No se aprecia la nota de la ajenidad cuando cobran por acto médico realizado, fijan los precios de cada tratamiento y asumen los riesgos derivados de la falta de abono de honorarios⁶⁵.

X. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN

La colaboración entre la empresa y los profesionales de la comunicación en prensa escrita y otros medios audiovisuales se sitúa en las fronteras del Derecho del Trabajo cuando estos últimos realizan trabajos o encargos concretos. Son indicios de laboralidad: el grado de disponibilidad del colaborador; la duración del compromiso con la empresa; la posibilidad de ofrecer el trabajo para ofrecerlo en el mercado o siguiendo instrucciones precisas de la empresa; o la atención por parte del colaborador de las necesidades productivas ordinarias de la empresa, utilizando sus medios e infraestructuras y sustituyendo a trabajadores de plantilla en caso de ausencia. La sala ha abordado, principalmente, tres grupos de casos: los redactores reporteros, los fotógrafos y los especialistas de programas de radio.

⁶² STSJ Andalucía (Málaga) 14 noviembre 2018 (rec. 927/2018).

⁶³ STSJ Andalucía (Málaga) 11 noviembre 2004 (rec. 1488/2004).

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ STSJ Andalucía (Málaga) 14 noviembre 2018 (rec. 927/2018).

El análisis de la dependencia de los redactores reporteros atiende principalmente a la fijación de la jornada y del horario de trabajo y al poder de dirección del empresario⁶⁶. En particular, cuando se trata de redactores de prensa que cubren eventos deportivos en distintos puntos geográficos se presume que tienen una relación estable y en exclusiva con la empresa si gozan de los medios materiales y técnicos necesarios para ejercer su actividad, disponen de un puesto físico en el centro de trabajo, con ordenador, mesa, clave de acceso, tarjeta de aparcamiento, etc., perciben una retribución fija con independencia de las funciones realizadas, no pueden organizar su actividad profesional conforme a criterios propios y prestan sus servicios a tiempo completo; admitiéndose una cierta flexibilidad horaria y la posibilidad de cumplimentar su actuación en diversos puntos geográficos⁶⁷. Algo parecido sucede con los fotógrafos. Hay indicios de laboralidad cuando tienen una llave del local de la empresa (periódico), mesa y ordenador, asisten diariamente a la oficina, revelan allí las fotos, cubren los encargos del director o del redactor y cuentan con la acreditación de enviado especial para determinados eventos⁶⁸.

XI. COMERCIALES, AGENTES, VENDEDORES

La prestación de servicios como mediador, promoviendo y concluyendo para otros actos u operaciones de comercio, puede llevarse a cabo a través de un contrato mercantil o de un contrato de trabajo. La normativa laboral se aplica a las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo o ventura de aquellas. En algunos casos, realizarán su actividad por cuenta de la empresa, en sus locales, con su puesto de trabajo, conforme a un horario laboral, sujetos a una relación laboral común (artículo 1.2.a) de Real Decreto 1438/1985 de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas); y, en otros, tendrán una relación especial (artículo 2.3.f) ET y Real Decreto 1438/1985)⁶⁹. Fuera de estos supuestos, esto es, cuando no haya una relación de dependencia y ajenidad, nos encontraremos ante una relación mercantil⁷⁰.

⁶⁶ STSJ Andalucía (Málaga) 23 enero 2003 (rec. 1794/2003).

⁶⁷ STSJ Andalucía (Málaga) 26 abril 2017 (rec. 367/2017).

⁶⁸ STSJ Andalucía (Málaga) 12 septiembre 2002 (rec. 1266/2002).

⁶⁹ STSJ Andalucía (Málaga) 4 julio 2002 (rec. 1299/2002).

⁷⁰ STSJ Andalucía (Málaga) 9 mayo 2018 (rec. 341/2018).

El Derecho del Trabajo no se aplica a las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, cuando queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura (artículo 1.3.f) ET); a los que sean titulares de una organización empresarial autónoma, entendiéndose por tales a los que cuentan con instalaciones y personal propio (artículo 1.2.b) Real Decreto 1438/1985), que normalmente estarán vinculados a un contrato de agencia (Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia); a las personas naturales incluidas en el ámbito de la normativa específica sobre producción de seguros (Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados), donde se incluye a los mediadores de seguros –que se clasifican en agentes de seguros y corredores de seguros– y a los auxiliares externos de los mediadores de seguros (artículo 8 de la Ley 26/2006); y a los corresponsables no banqueros (artículo 1.2.c) Real Decreto 1438/1985), siempre que, de acuerdo con su normativa (OM 17 de noviembre de 1981) estén sujetos a una relación mercantil que consista básicamente en la cobranza de letras y efectos de giro (OM 5 de mayo de 1965).

La nota que diferencia al representante de comercio –relación laboral especial prevista en el artículo 2.1.f) ET–, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia (mercantil), es la dependencia, circunstancia que no concurre cuando este último promueve o promueve y concluye, actos u operaciones de comercio por cuenta de una o varias empresas, organizando su actividad profesional y su tiempo conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare⁷¹. No habrá dependencia –y estaremos, por tanto, ante una relación de agencia– cuando desarrolle con sus propios medios, por su cuenta y riesgo (sin perjuicio de la asistencia proporcionada por la empresa), el servicio de captación de clientes, contactos comerciales clientes y oportunidades; no esté sujeto a control horario o fichaje de la empresa; y pueda subcontratar el objeto del contrato suscrito con la demandada⁷². Y, en sentido contrario, habrá dependencia –relación laboral especial– cuando deba acudir todos los días laborables a las oficinas de la empresa para recoger los listados de clientes y dar cuenta al final de la jornada de las operaciones realizadas, actuando en todo momento bajo la inmediata y directa supervisión del jefe de grupo, corriendo a cargo de la empresa los gastos que les ocasionaba su activi-

⁷¹ SSTSJ Andalucía (Málaga) 12 diciembre 2003 (rec. 1506/2003) y 16 enero 2003 (rec. 1863/2002).

⁷² STSJ Andalucía (Málaga) 9 mayo 2018 (rec. 341/2018).

dad y sin tener la infraestructura necesaria para el desarrollo de la misma (por ejemplo, no llevar una contabilidad independiente de los actos y operaciones mercantiles, tal y como exige el artículo 9 de la Ley 12/1992)⁷³.

XII. DISTRIBUIDORES, REPARTIDORES Y TRANSPORTISTAS

Las actividades de transporte y distribución de personas y/o mercancías pueden llevarse a cabo, principalmente, mediante un contrato de trabajo o un contrato mercantil de transporte. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3.g) ET se entiende excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte a cambio del correspondiente precio, cuando ostenten la propiedad o poder directo de disposición sobre un vehículo comercial de servicio público y ofrezcan sus servicios al amparo de una autorización administrativa de la que sean titulares conforme a lo dispuesto en la Ley 16/1987, de Ordenación del Transporte Terrestre. Esta regla responde a un criterio objetivo: la consideración como empresario autónomo del transporte de quien presta el servicio con la habilitación requerida por las normas administrativas⁷⁴. Cuando concurren las condiciones previstas en el artículo 1.3.g) ET no suelen analizarse de forma pormenorizada las notas generales del contrato de trabajo⁷⁵.

El artículo 1.3.g) ET introduce un criterio objetivo que permite diferenciar el contrato de transporte del contrato de trabajo. De modo que, excluida la aplicación de la normativa de transporte (por ejemplo, porque no conste el tonelaje y/o la existencia de autorización administrativa), procederá el análisis de las notas de laboralidad⁷⁶. En este sentido, se considera que son trabajadores asalariados –en los términos previstos en el artículo 1.1 ET– los repartidores que no utilizan vehículos (los llamados “andarines”) y aquellos que utilizan transportes públicos conducidos por otros; los que realizan tareas de transporte privado complementario para empresas o establecimientos cuyas finalidades principales no son de transporte de mercancías o viajeros (artículo 102 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres) y los repartidores que conduzcan un vehículo de transporte que no supere las 2 TM de peso⁷⁷.

⁷³ STSJ Andalucía (Málaga) 16 enero 2003 (rec. 1863/2002).

⁷⁴ SSTC 227/1998, de 26 de noviembre, y 9/1999, de 8 de febrero.

⁷⁵ STSJ Andalucía (Málaga) 13 junio 2013 (rec. 1114/2013).

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ STS 15 de junio de 1998 (recud. 3229/1997).

La LETA parece cerrar la puerta a interpretaciones subjetivas del criterio objetivo previsto en el artículo 1.3.g) ET, al señalar que son trabajadores autónomos “las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostente, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada por un mismo cargador o comercializador” (DA 11 LETA).

El precintado objetivo previsto en la normativa laboral conduce a unas normas de carácter administrativo que, en los últimos años, han estado sujetas a múltiples cambios. El análisis de la actividad de los conductores que prestan sus servicios para plataformas digitales –como Uber y Cabify– puede ser una interesante piedra de toque. No parece razonable que el contrato de una empresa de transporte de pasajeros con los conductores que posibilitan el objeto de su actividad pueda quedar al margen del estudio de las notas que definen la laboralidad. Habrá que estar pendiente de los futuros pronunciamientos de la sala.

XIII. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

Se excluye del ámbito de aplicación del ET “la relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regirá por las correspondientes normas legales y reglamentarias, así como la del personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias” (artículo 1.3.a) ET). Esta exclusión comprende los siguientes supuestos: los funcionarios públicos del Estado (civiles y militares), de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales, así como a quienes sean funcionarios en los organismos autónomos de cualquiera de esas Administraciones; aquellos que, sin tener plaza en propiedad, ocupan un puesto de funcionario en régimen de interinidad, prácticas o expectativa de destino; el personal eventual, nombrado con carácter no permanente para realizar las funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial (se les aplica el régimen general de los funcionarios de carrera); quienes tengan un contrato administrativo, incluidos los contratos de servicios que contempla la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febre-

ro de 2014 (LCSP), la contratación de militares profesionales de tropa y marinería (artículo 4 de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería) y, hasta hace unos años, los profesores (disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades); y el personal estatutario de las instituciones sanitarias del Sistema Nacional de la Salud⁷⁸.

La exclusión prevista en el artículo 1.3.a) ET no se aplica a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, a las Cámaras de la Propiedad Urbana, a los empleados de registros y notarías y al personal de la ONCE, a pesar de que el Gobierno, a través de distintos ministerios, controle y supervise su actividad. Así lo entendió la sala en una sentencia de hace veinte años y desde entonces no ha vuelto a pronunciarse de forma distinta⁷⁹. Los vendedores del cupón de la ONCE efectúan sus ventas en los lugares fijados al efecto por la empresa, están sujetos a un horario de trabajo, así como al régimen disciplinario de la organización, percibiendo sus retribuciones consistentes en un módulo salarial diario con un mínimo garantizado más las comisiones por los cupones vendidos y trienios, pagas extraordinarias y complementos por festivos y vacaciones, ofreciendo todo esto las características del contrato de trabajo por cuenta ajena y sin que constituya una relación laboral especial. El artículo 1.1 del Real Decreto 1438/1985 incluye dentro de su ámbito de aplicación las relaciones en virtud de las que una persona natural, actuando bajo la denominación de representante, mediador o cualquier otra con la que identifique en el ámbito laboral, se obliga con uno o más empresarios a promover o concertar operaciones mercantiles por cuenta de los mismos, sin asumir el riesgo y ventura de tales operaciones, pudiendo venir acompañada o no dicha actividad principal de la obligación de distribuir y repartir los bienes objetos de la operación. Sin embargo, como ya se ha indicado, quedan excluidos de su ámbito de aplicación: “los trabajadores de la empresa que aun dedicándose a promover o concertar operaciones mercantiles para la misma lo hagan en sus locales o teniendo en ellos su puesto de trabajo y sujetos al horario laboral de la empresa” (artículo 1.2.a) del Real Decreto 1438/1985).

Una de las cuestiones más debatidas –durante casi una década– fue la distinción entre los contratos administrativos de consultoría y asistencia, o de servicios y los contratos laborales, que se suscribieron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, autorizó la contratación por parte de las Administraciones de los

⁷⁸ STSJ Andalucía (Málaga) 19 abril 2002 (rec. 2414/1999) y 7 febrero 2000 (rec. 1992/1999).

⁷⁹ STSJ Andalucía (Málaga) 30 noviembre 2000 (rec. 365/2000).

trabajos de consultoría y asistencia para los servicios y trabajos concretos no habituales, lo que se condujo en realidad a hacer posible la contratación de lo que en términos tradicionales se denominaba «arrendamiento de obras», aun cuando dentro de tal denominación pudieran incluirse no solo las obras físicas sino también las obras resultado de una actividad intelectual⁸⁰, o «un producto delimitado de la actividad humana y no esa misma actividad en sí mismo considerada, en cuanto que esa contratación, llevada a cabo con retribución y con dependencia es lo que constituye el objeto del moderno contrato de trabajo conforme a lo dispuesto en el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores»⁸¹. Poco tiempo después, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, suprimió la posibilidad de celebración de «contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales» –anteriormente permitida al amparo del artículo 197.4 del texto de 1995–, regla que se mantuvo en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que principalmente modificó el régimen administrativo de la contratación. Dentro de este marco normativo apareció la mayoría de los problemas.

En algunos casos, la Administración había optado por suscribir contratos menores para paliar la falta de recursos (y atender, por ejemplo, las funciones que desarrollaban los trabajadores sociales dentro de los Servicios de Protección del Menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía)⁸². El Real Decreto Legislativo 2/2000 regulaba en su artículo 196 los contratos de consultoría y asistencia y los contratos de servicios; y en su artículo 201 calificaba como contratos menores a aquellos cuya cuantía fuera inferior a los 12.000 euros. Para que existiese un contrato de consultoría y asistencia era necesario que el objeto de la prestación fuese la investigación o realización de estudios, el asesoramiento en la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter, el estudio o asistencia en la redacción de proyectos y anteproyectos o la modificación de unos y otros, la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos, o la realización de cualesquiera otras prestaciones di-

⁸⁰ STSJ Andalucía (Málaga) 29 octubre 2009 (rec. 1556/2009).

⁸¹ STSJ Andalucía (Málaga) 4 julio 2013 (rec. 679/2013), que reitera lo dicho en sentencias anteriores de la sala de 13 de junio de 1998 (Rec.4336/1997), 15 de septiembre de 1998 (rec. 3453/1997), 9 de octubre de 1998 (rec. 3685/1997), 4 de diciembre de 1998 (rec. 598/1998), 21 de enero de 1999 (rec. 3890/1997), 18 de febrero de 1999 (rec. 5165/1997), 3 de junio de 1999 (Rec.2466/98) y de 29 de septiembre de 1999 (rec. 4985/1998) y cita varias sentencias del Tribunal Supremo, entre las que destacan las SSTS 25 de mayo de 2006 (recud. 577/2005) y 20 de junio de 2007 (recud. 2394/2006), 26 de marzo de 2014 (recud. 1255/2013) y 21 de julio de 2014 (recud. 2676/2014).

⁸² STSJ Andalucía (Málaga) 17 marzo 2006 (rec. 282/2006).

recta o indirectamente relacionadas con las anteriores en las que predominasen las de carácter intelectual. Asimismo, el contrato de servicios podía tener un objeto de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, era complementario con el funcionamiento de la Administración, podía atender al mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones, consistir en el desarrollo de programas de ordenador a medida para la Administración, en la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos, o en la gestión de los servicios de información. Algunos contratos tenían como finalidad la realización de las funciones propias de la Administración (emisión de informes, preparación de documentos, entrevistas, etc.) sin que el personal contratado contase con una organización de elementos personales y materiales suficientes para la ejecución del contrato y con sujeción al mismo horario que el resto de personal laboral o funcionario, por lo que no encajaban dentro de la figura del contrato de consultoría y asistencia, ni tampoco del contrato de servicios. En estos casos, se consideró que la Administración debió proceder a la dotación de personal sin perjuicio, mientras tanto, de la contratación del personal interino que fuese necesario y se calificó la relación como laboral⁸³.

Posteriormente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público definió los contratos administrativos de servicios –con la Administración– en su artículo 10 como aquellos “cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro”. El criterio ya estaba establecido y la amplitud de la nueva definición dejó un amplio margen de maniobra a la Administración. Por ejemplo, con motivo de la contratación administrativa de un fotógrafo –por un Ayuntamiento– a través de contratos menores se planteó el posible carácter laboral de la relación entre las partes. El fotógrafo cubría las actividades municipales en actos, presentaciones, conferencias, ruedas de prensa, etc., emitía facturas con IVA (abonadas posteriormente por el Ayuntamiento mediante transferencia bancaria), el precio del contrato se abonaba mensualmente de forma proporcional al total, no acudía diariamente a las dependencias municipales, no estaba sometido a ningún control en su horario, no disfrutaba de vacaciones retribuidas ni dietas, no estaba sujeto a la dirección u organización por parte del Ayuntamiento, ni al ejercicio de su potestad disciplinaria, ofertaba sus servicios en internet y prestaba servicios para otras personas o entidades al margen del Ayuntamiento, sin estar

⁸³ *Ibid.*

sometido a ninguna incompatibilidad⁸⁴. La contratación se ajustaba a lo dispuesto en la norma administrativa y la prestación encajaba perfectamente dentro del objeto de los contratos menores de servicios, por lo que la sala no tuvo demasiadas dudas a la hora de apreciar la falta de laboralidad.

La entrada en vigor de la Ley 30/2007 no revirtió de forma sobrevenida al mundo de la legalidad administrativa las relaciones laborales que se habían articulado fraudulentamente bajo el amparo formal de la contratación administrativa⁸⁵. La doctrina judicial sobre el fraude contractual y su eficacia en supuestos de contratos sucesivos resulta aplicable a estos casos, por lo que la irregularidad del primer contrato laboral sucesivo concertado sin solución de continuidad convierte la relación laboral en indefinida desde el comienzo, salvo que se rompa la cadena contractual (para lo que se tiene en cuenta el periodo previsto como plazo de caducidad para la acción de despido o la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones de los contratos sucesivos)⁸⁶.

La sala ha tenido la oportunidad de examinar la aplicación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –que deroga la Ley 30/2007– en una de sus últimas sentencias. Los artículos del Real Decreto Legislativo 3/2011, relativos al contrato de servicios (artículo 10) y a su contenido y límites (artículo 301), reproducen la redacción de los artículos 10 y 277 de la Ley 30/2007, por lo que no se aprecian cambios con respecto a la doctrina jurisprudencial anterior. Hay que tener en cuenta el ámbito normativo regulador y no la naturaleza del servicio, lo que no significa, obviamente, que la Administración pública pueda convertir en contrato administrativo cualquier contrato laboral por el mero hecho de calificarlo como tal. La prestación de servicios profesionales en régimen de ajenidad y dependencia es de naturaleza jurídico laboral salvo que una ley permita que se califique el contrato como administrativo. Y esta exclusión constitutiva tiene que estar fundamentada para no entrar en contradicción con lo dispuesto en el artículo 35.2 CE (“la ley regulará un estatuto de los trabajadores”) y en el artículo 103.3 CE (“la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos”). No importa que el trabajador haya prestado sus servicios para la administración mediante contratos laborales con anterioridad, hay que analizar el contrato en vigor⁸⁷. De modo que si actualmente presta sus servicios a través de un contrato admi-

⁸⁴ STSJ Andalucía (Málaga) 7 mayo 2015 (rec. 498/2015).

⁸⁵ STSJ Andalucía (Málaga) 20 diciembre 2012 (rec. 1694/2012).

⁸⁶ STSJ Andalucía (Málaga) 4 julio 2013 (rec. 679/2013) y 23 octubre 2014 (rec. 1304/2014).

⁸⁷ SSTSJ Andalucía (Málaga) 5 junio 2019 (rec. 2368/2018).

nistrativo con un objeto válido (por ejemplo, servicios jurídicos⁸⁸ o prestación de actividades docentes en centros del sector público⁸⁹), sin que concurran las notas de ajenidad y dependencia, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa administrativa.

La posterior Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público –que deroga el Real Decreto Legislativo 3/2011– por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, no entró en vigor hasta el 9 de marzo de 2018, por lo que todavía no ha tenido suficiente recorrido. Habrá que esperar.

XIV. VARIOS: EMPLEADOS DE FINCAS URBANAS Y COMUNIDADES DE PROPIETARIOS

Un supuesto habitual que, por su interés, merece cerrar este apartado, es el de los empleados de fincas urbanas y comunidades de propietarios. La ajenidad –tanto en los frutos como en los riesgos–, la dependencia –como inserción en el círculo organicista y disciplinario del empleador– y la percepción de una contraprestación económica o retribución –a cambio de la prestación– son esenciales a la hora de determinar la naturaleza de la relación que vincula a un conserje y una comunidad de propietarios. No importa que el primero tenga la propiedad de una vivienda del edificio o que dedique únicamente tres horas a la limpieza de los elementos comunes. Cuando la comunidad programa el trabajo, controla la actividad y paga un salario, hay una relación laboral con independencia del *nomen iuris* que las partes otorguen al contrato⁹⁰.

⁸⁸ SSTSJ Andalucía (Málaga) 13 diciembre 2017 (rec. 1572/2019).

⁸⁹ SSTSJ Andalucía (Málaga) 17 julio 2019 (rec. 353/2019) y 3 julio 2019 (rec. 212/2019) y 5 junio 2019 (rec. 2368/2019).

⁹⁰ SSTSJ Andalucía (Málaga) 9 febrero 2001 (rec. 1833/2000) y 2 febrero 2001 (rec. 1828/2000).

CAPÍTULO VII

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (SEVILLA)

JUAN PABLO MALDONADO MONTOYA

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad CEU-San Pablo.
CEU Universities.

SUMARIO: I. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.* a) Trabajo autónomo. b) Trabajo no remunerado. b.1. Trabajos amistosos. b.2. Voluntariado. b.3 Trabajos familiares.–II. *Actividades religiosas.*–III. *Socios, administradores, directores.*–IV. *Cooperativistas.*–V. *Relaciones con causa formativa.*–VI. *Actividades deportivas.* a) Deportistas. b) Profesores de deporte.–VII. *Espectáculos públicos.*–VIII. *Profesiones liberales.* a) Abogados. b) Arquitectos. c) Peritos tasadores.–IX. *Personal sanitario.* a) Médicos. b) Odontólogos. c) Oftalmólogos. d) Fisioterapeutas. e) ATS. f) Veterinarios.–X. *Personal docente.*–XI. *Profesionales de la comunicación.* a) Tertulianos, comentaristas, presentadores, periodistas. b) Reporteros gráficos. c) Gabinetes de prensa.–XII. *Comerciales, agentes, vendedores.* a) Vendedores y comerciales. b) Contrato de agencia. c) Agentes de seguros.–XIII. *Distribuidores, repartidores y transportistas.*–XIV. *Servicios prestados a la Administración.*–XV. *Actividades de alterne y similares.*–XVI. *Vario.*

I. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD

a) Trabajo autónomo

En el arrendamiento de servicios, el profesional realiza su cometido con entera independencia, con libertad para aceptar o rechazar los encargos y, normalmente, cuenta con una organización propia, en ocasiones con trabajadores asalariados, que le permite ofrecer sus servicios en el mercado con autonomía; percibe sus retribuciones en forma de honorarios, que fija valorando por sí mismo los servicios prestados, ateniéndose en su caso a los establecidos por la corporación profesional respectiva. Por el contrario, el contrato de trabajo implica la integración en el ámbito de organización y dirección de otra persona, el empleador, y ello significa la incardinación del trabajador en la estructura empresarial sin libertad para aceptar o rechazar el trabajo que se le asigna y sin que exista o se haya considerado la existencia de una organización propia del trabajador. La dependencia no ha de entenderse como un concepto necesariamente rígido, como subordinación estricta en todos los aspectos y circunstancias de tiempo, lugar y modo, sino que también, en su modalidad flexible, es acomodación de la actividad laboral a los condicionamientos y programas de la organización productiva en la que aquella se inserta.¹

El régimen jurídico del contrato del TRADE no se aplica a quien reúne los requisitos constitutivos, sino a quien, cumpliéndolos, concierta un contrato de esa naturaleza², pero la forma escrita no tiene carácter constitutivo³. No acreditados indicios de autonomía, es decir, no habiéndose probado condiciones determinadas de la prestación de servicios contrapuestas a las utilizadas como indicios de dependencia, la línea de separación entre el trabajador autónomo y el trabajador dependiente se desdibuja en favor de este último. Así ocurre, por ejemplo, cuando no se prueba la posibilidad de que el trabajador se provea de un sustituto para el cumplimiento de sus obligaciones, ni la aportación por el trabajador de los medios o útiles de trabajo, ni la solicitud de licencia fiscal o el pago del impuesto de actividades económicas o la inscripción como empresa para subcontratar en la construcción, y sí se acreditan indicios de dependencia como: la ordenación del trabajo por parte de la empresa mediante directrices en lugar de la mera concreción del objeto del contrato, la

¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 26 abril 2018, rec. 2095/2017.

² SSTSJ Andalucía (Sevilla) 10 octubre 2010 (rec. 1950/2010) y 13 marzo 2013 (rec. 1462/21012).

³ STSJ Andalucía (Sevilla) 13 marzo 2013, rec. 1462/21012.

sujeción a horario, la asignación en exclusiva a la empresa del régimen de programación de la actividad, la supervisión y control por parte de la empresa de la calidad del servicio a efectos de posibles quejas de los clientes y valoración de la actuación del profesional, el desempeño personal de la prestación de servicios, la regularidad en la prestación (con permanencia, habitualidad y exclusividad), la percepción de la retribución decidida por la empresa, la imposibilidad de rechazar encargos, la no incorporación de colaboradores por parte del profesional para la realización del servicio, la no aportación de los medios de trabajo, el pago por la empresa de los gastos que genera el desarrollo de la actividad profesional.⁴

No es trabajador quien dado de alta en el RETA para la actividad de “reparación de equipos de comunicación” presta servicios de ese tipo a productora de televisión, sin que conste horario ni reciba instrucciones u órdenes de dicha productora, más allá de los encargos, por los que mensualmente factura un precio unitario de 3.000€⁵. Ni lo es el masajista y encargado de sauna ubicada en el hotel y con los medios del establecimiento hotelero, porque lo hace sin horarios ni instrucciones por parte del personal del hotel, tomando las vacaciones sin más requisito que ponerlo en conocimiento de la dirección del hotel, se queda con la percepción íntegra de lo pagado por el cliente (lo que lo separa del salario a comisión) y atiende a clientes ajenos al hotel⁶. Tampoco quien tiene constituida una sociedad con otros dos socios, quienes en las dependencias de esa sociedad y haciendo uso del equipo y material de la misma, con base en un contrato de arrendamiento de servicios, se encargan de cobrar créditos morosos a concesionario de coches, a cambio de un porcentaje de los cobros obtenidos, sin sujeción a horario ni jornada⁷.

A pesar de la apariencia mercantil, es trabajador asalariado quien presta sus servicios en tareas de mantenimiento del *hardware* y comunicaciones de grupo empresarial como responsable del sistema informático (atiende a los servidores informáticos de las tiendas del grupo) percibiendo por sus servicios la suma de 2.833,33 euros mensuales, acudiendo regularmente a su puesto de trabajo, ocupando una misma mesa y utilizando los medios materiales de la empresa, con tarjeta de acceso al centro de trabajo, con tarjeta de empresa, formando parte de listín telefónico de la empresa, con cuenta corporativa de correo electrónico, constando correos sobre comunicaciones horarias, actuaciones y programas de trabajo, órdenes de trabajo y control del mismo, cuadros de entrada y salida de

⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 14 marzo 2013, rec. 1462/2012.

⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 26 abril 2018, rec. 2095/2017.

⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 8 enero 2009, rec. 4200/2007.

⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 4 marzo 2008, rec. 1952/2007.

personas donde figuraba el actor, se recogían períodos de vacaciones y correos sobre salidas para ejecución de trabajo de la misma empresa en otros centros⁸. Lo mismo ocurre con el montador que tiene suscrito un contrato de prestación de servicios con empresa de aire acondicionado percibiendo su contraprestación en función de las horas trabajadas, sin aportar medios productivos propios (el mobiliario a instalar y las herramientas manuales y máquinas las proporciona la empresa), emite semanalmente facturas bajo el concepto genérico de “factura correspondiente a los trabajos realizados en las distintas obras ejecutadas” (se desglosan en “horas de mano de obra, horas de desplazamiento, horas festivas, desayuno, comida y horas de desplazamiento”, mensualmente emite una factura por importe de 170 euros en concepto de “aportación aparcamiento de vehículo”, facturándose aproximadamente de 38 a 43 horas semanales) y está incluido en el plan de seguridad y salud de la empresa, habiéndosele entregado para los equipos de seguridad necesarios y pasado reconocimiento médico en el servicio de prevención contratado por aquella⁹. Con claridad, es trabajador asalariado el técnico de comercio exterior que presta servicios para Cámara Oficial de Comercio, sometido al control organizativo y directivo de la misma, en sus más variados aspectos: formativos, régimen de vacaciones, deber de residencia, permisos, dedicación, emolumentos mensuales, bajo la supervisión de un jefe de oficina o tutor destacado en la localidad¹⁰.

b) Trabajo no remunerado

B.I.) TRABAJOS AMISTOSOS

No es laboral, sino colaboración voluntaria y de buena vecindad, la actividad de monitora de baile de sevillanas y castañuelas en taller municipal establecido con ciudadanos que desinteresadamente organizan los cursos, aunque se satisfagan compensaciones económicas por la colaboración prestada en concepto de indemnizaciones, que en realidad encubren un regalo o gratificación, sin que ello suponga que las Juntas de Distrito participaran en forma alguna en la organización de estos talleres, ya que no imparten instrucciones relativas a la forma de dirigir las clases, ni siquiera exigen a la monitora una mínima acreditación profesional, limitándose a facilitar el local donde se imparten las clases y a evitar la

⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 6 febrero 2019, rec. 225/2018.

⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 15 marzo 2017, rec. 946/2016.

¹⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 29 enero 2008, rec. 1596/2007.

coincidencia horaria¹¹. Tampoco tiene naturaleza laboral la actividad ocasional de chapista que pinta el camión de un amigo, a ratos, sin sujeción a tiempo ni horario y sin retribución, sin que la expectativa de obtener una gratificación por parte de quien está desempleado empece la consideración de trabajo amitoso¹². Ni es trabajador asalariado quien en alguna ocasión acompaña a amiga que trabaja en una inmobiliaria a enseñar algún piso a potenciales compradores¹³.

B.2.) VOLUNTARIADO

Abundante es la litigiosidad en relación a voluntariado en protección civil, bomberos voluntarios sobre todo. En principio, dicha actividad se integra en la exclusión del trabajo voluntario, por no estar retribuida, sin perjuicio de las dietas e indemnizaciones a las que tiene derecho en virtud de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 7/2001, de 12 de julio, del Voluntariado de Andalucía, siendo irrelevante que el bombero voluntario no considere dicha actividad altruista¹⁴. El abono de una dieta, con carácter incluso diario, a lo largo del mes puede simplemente obedecer a establecer un reintegro a los bomberos voluntarios de los gastos y desplazamientos inevitablemente derivados de su actividad, “no pudiéndose atribuir carácter salarial a falta de prueba en contrario a los abonos que en la cuantía de 28,21€ diarios se han venido satisfaciendo [...], importe que no se corresponde con el que debería satisfacerse a la categoría profesional que considera la demandante que le correspondería”¹⁵. Tampoco son salario las cantidades abonadas a los sanitarios voluntarios que ascienden a 24,90 euros por día efectivo en que realizan sus funciones como voluntarios y se abonan como dietas, gozando de libertad para acudir o no al trabajo, estableciéndose los turnos y sustituciones entre ellos¹⁶. No altera esa circunstancia el hecho de que la compensación por gastos como bombero voluntario conste expresamente en el recibo de salarios como conserje de ayuntamiento (que compatibilizaba con su actividad de bombero voluntario)¹⁷. Sin embargo, no existe mera compensación por gastos, sino salario, cuando la cantidad que otros bomberos reciben es incluso más elevada que la que venían percibiendo en puestos de trabajo que ocuparon con anterioridad a que asu-

¹¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 30 septiembre 2008, rec. 4137/2007.

¹² STSJ Andalucía (Sevilla) 12 julio 2001, rec. 777/2001.

¹³ STSJ Andalucía (Sevilla) 24 julio 2007, rec. 4441/2006.

¹⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 13 junio 2016, rec. 1883/2015.

¹⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 9 enero 2014, rec. 164/2013.

¹⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 13 febrero 2013, rec. 2130/2011.

¹⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 7 marzo 2018, rec. 840/2017.

mieran dicho cometido para la misma entidad, lo que no encaja en el supuesto de voluntariado¹⁸.

La obligación de participar en pruebas de acceso y superar los cursos de formación como bombero voluntario impartidos o homologados por la Escuela de Seguridad Pública no altera la consideración de bombero voluntario¹⁹. Tampoco lo hace la asignación de los turnos o tareas de los servicios prestados entre los distintos voluntarios, dentro de los fines propios de protección civil, pues son meros elementos de la organización precisa en cualquier actividad, independientemente de su carácter altruista o no; ni la asistencia a actos deportivos, fiestas locales u otros caracterizados por la concurrencia de público que origine una eventual situación de riesgo, pues privaría de su carácter propio a la actividad desempeñada, que por razones evidentes se desempeña en múltiples ocasiones en días festivos; ni que el ayuntamiento aporte los materiales necesarios para el desempeño de la actividad de bombero voluntario, pues es claro que el voluntario no tiene que aportarlos, supuesto el carácter público del servicio prestado²⁰.

Sin embargo, se ha considerado laboral el bombero voluntario que sus servicios, en idénticas condiciones que los bomberos profesionales del mismo parque de la localidad, interviniendo con aquellos, sin diferencias en sus funciones, disponiendo de los mismos medios materiales, sujeto a las órdenes del jefe de bomberos y al mismo horario, jornada, coordinación de vacaciones, uniforme y disponibilidad (con prohibición de alejamiento más de 11 km) que los profesionales, percibiendo un salario mensual en torno a 600€ al mes, como cantidad fija, de donde se extrae que no se limita el ayuntamiento a abonar los gastos ocasionados por la actividad desarrollada, sino que paga una retribución o salario por su actuación²¹.

No es laboral el graduado social ejerciente libre, dado de alta en el RETA y el IAE, que, con sus propios medios materiales y personales (solo en ocasiones se le facilita material de oficina de escaso valor), en su propio despacho, regularmente realiza cometidos propios de su profesión (gestión de altas y bajas en la seguridad social, confección de nóminas, etc.), más aún si su colaboración es voluntaria y desinteresada²². Tampoco tienen naturaleza laboral los servicios de ese mismo profesional como “delegado de campo” de club deportivo en partidos de fútbol, aun cuando pudiera apreciarse el requisito de

¹⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 14 febrero 2019, rec. 4263/2018.

¹⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 13 junio 2016, rec. 1883/2015.

²⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 9 enero 2014, rec. 164/2013.

²¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 19 diciembre 2013, rec. 239/2013.

²² STSJ Andalucía (Sevilla) 21 enero 2010, rec. 2470/2009.

dependencia, al no existir retribución o ser esta simbólica²³. En ambos casos, no cabe atribuir relevancia alguna al hecho de que los contratos suscritos por el actor con la demandada se autodenominen contratos de trabajo, ni tampoco que el actor, en su condición de gestor de altas y bajas en Seguridad Social del personal del club demandado, se haya dado de alta en el régimen general y cotizado por una base de cotización que no corresponde a salario alguno devengado.²⁴

B.3.) TRABAJOS FAMILIARES

No debe aplicarse la exclusión de familiar a supuestos de convivencia *more uxorio*, en los que el titular de la empresa y el trabajador no están casados. No habiéndose equiparado a estos efectos el matrimonio a la convivencia “*more uxorio*”, no puede efectuarse una interpretación analógica con la exclusión del artículo 1.3 e) ET²⁵. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de existencia de supuestos de fraude en materia de prestaciones de seguridad social, que no se presume²⁶.

Tampoco puede aplicarse la exclusión familiar a todo matrimonio. La imposibilidad de que una persona pueda encontrarse de alta en seguridad social en razón exclusivamente de la existencia de un vínculo matrimonial con el empleador para el que presta sus servicios resulta contraria al artículo 14 CE, por lo que, habiendo existido una efectiva prestación de servicios laborales retribuidos, primero para su suegro y después para la sociedad civil constituida al 50 por 100 por su esposo y por su suegro, la trabajadora reúne todos los requisitos exigidos para ser beneficiaria de la prestación por desempleo²⁷. Sin

²³ STSJ Andalucía (Sevilla) 21 enero 2010, rec. 2470/2009: La específica naturaleza de los servicios de que se trata, que son de muy corta duración (unas horas a la semana, durante la celebración de los partidos) y conllevan la gratuidad de la asistencia a los mismos determina que, aun cuando puedan ser retribuidos, sea habitual su gratuidad, por lo que, negada su retribución, la carga de probar esta incumbe a quien reclama, no siendo infrecuente que en los pactos suscritos por las partes se fije como retribución la de 0,00 euros (como ocurría en el caso a que se refiere la sentencia citada) o la simbólica de 1€ o 2€/mes; y así ocurre en el presente caso, en que, en los recibos de salarios aportados por el actor a que alude el hecho probado tercero, se indica como salario devengado en el período de abril a septiembre de 2006 el de 0,00€, y en el período de octubre 2006 a diciembre 2008 el de 2,00€. En el mismo sentido, STSJ Andalucía, Sevilla, de 30 octubre 2008, rec. 2356/2007.

²⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 21 enero 2010, rec. 2470/2009.

²⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 12 septiembre 2019, rec. 937/2018. En similar sentido, sentencias de 13 septiembre 2002 (rec. 2354/2002), 15 marzo 2002 (rec. 4032/2001) y 3 mayo 2007 (rec. 699/2006).

²⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 13 septiembre 2002, rec. 2354/2002.

²⁷ STSJ Andalucía (Extremadura) 29 octubre 2009 (rec. 3838/2008), con apoyo en las SSTs 22 diciembre (rcud. 571/1997) y 25 noviembre 1997 (rcud. 771/1997), y en las SSTC 79/1991 y 2/1992.

embargo, se entiende que no es laboral la solicitante de empleo despedida de empresa cuya titularidad está compartida al 50% entre su marido y su cuñado, cuando no se acredita la falta de convivencia con su esposo.²⁸

En algún caso, el TSJ Andalucía, Sevilla, entiende acreditada la realidad de los servicios del familiar prestados por cuenta ajena a través del contrato de trabajo, las nóminas del total período trabajado y las declaraciones del IRPF realizadas por la actora²⁹. Pero, para la mayoría de las sentencias de la Sala, no basta con la presentación de documentos que reflejan solo el aspecto formal de la relación de trabajo, como son el contrato de trabajo, la cotización a la seguridad social y las hojas de salario, si no se prueba cumplidamente la realidad del trabajo ni la percepción de la retribución, debiendo exigirse una más amplia actividad probatoria³⁰; más aún si la única prueba consiste en contratos de trabajo formalizados por escrito, aunque estos sean de duración determinada³¹. Sin embargo, la extinción de un contrato de trabajo, tras la conversión en duración indefinida de un contrato de trabajo temporal, sí se ha tenido en cuenta para romper la presunción de trabajo familiar³². La separación de bienes de los esposos no altera la presunción de familiaridad del artículo 3.1 e) ET³³.

Queda destruida la presunción de trabajo familiar del artículo 3.1. e) ET, así como la de control efectivo de la sociedad del apartado 1.1º de la Disposición Adicional 27ª de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, en la redacción que le dio la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, en supuesto de solicitante de prestación de desempleo, cónyuge de socia del 50 por 100 del capital social de la empresa y padre de socios del otro 50 por 100, al haberse acreditado la existencia de un verdadero contrato de trabajo acompañado de

²⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 6 noviembre 2009, rec. 3872/2008.

²⁹ STSJ Andalucía (Extremadura) 29 octubre 2009, rec. 3838/2008.

³⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 2 julio 2002 (rec. 1338/2002). En el mismo sentido, SSTSJ Andalucía (Sevilla) 12 julio 2001 (rec. 582/2000) y 6 noviembre 2009 (rec. 3872/2008): El mero hecho de existir un contrato, nóminas y cotizaciones, hechos puramente formales, imprescindibles si se pretende crear una apariencia de trabajo, pero que no garantizan la real prestación del mismo.

³¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 23 julio 2003, rec. 1790/2003.

³² STSJ Andalucía (Sevilla) 8 junio 2000, rec. 3265/1999: “El simple parentesco con socios miembros del consejo de administración de la empresa no permite presumir que con el cese se persigue el cobro indebido de prestaciones por desempleo y que tal conclusión la corrobora el hecho de que hacía poco tiempo que se había convertido un contrato temporal en fijo, ya que, si ese era el objetivo perseguido, no hacía falta la conversión en indefinido del contrato temporal porque ese fin podía lograrse con la simple expiración de esos contratos [...], máxime cuando no consta que los hermanos del recurrente fuesen titulares de más del cincuenta por ciento del capital social, participación mayoritaria sin la que no podían tener el control de los actos sociales, ni urdir la actuación fraudulenta que argumenta, olvidando que, como el trabajador no es el obligado a probar que su cese laboral viniese justificado por razones objetivas, obligación que incumbe a la empresa, del hecho de que se conformara con la decisión empresarial y consintiera la rescisión indemnizada de su contrato no puede derivarse sin género alguno de duda que el mismo obrase en fraude de Ley”.

³³ STSJ Andalucía (Sevilla) 13 marzo 2003, rec. 77/2003.

retribución y del cumplimiento de las correspondientes obligaciones sociales y tributarias³⁴. También queda destruida la presunción en caso de solicitante de prestación por desempleo de trabajadora que tiene un 25 por 100 del capital social de la empresa y cuyo marido lo es de otro 25 por 100, pues aunque entre ambos disponen de la mitad del capital social, queda acreditado que realiza un trabajo por cuenta ajena y retribuido³⁵.

Tampoco juega automáticamente la presunción de trabajo familiar cuando la relación laboral arranca más de seis años antes que la conyugal; no puede pensarse, al menos no sin que se haya producido cambio alguno acreditado, que automáticamente la trabajadora, por el hecho de casarse va a dejar de percibir el salario y va a pasar a ser dependiente y vivir a cargo de su marido; en estos supuestos, la presunción es justamente la contraria, esto es, que el trabajo sigue prestándose en las mismas condiciones en que se llevaba a cabo, dado que, entender lo contrario supondría tanto como penalizar el matrimonio³⁶. Tampoco cuando, tras tres años en la empresa, la trabajadora contrae matrimonio con uno de los socios, máxime cuando existen contratos de trabajos posteriores, hojas de salarios, cotizaciones a la seguridad social y su esposo solo es titular del 33% del capital social y administrador solidario junto con los otros tres socios³⁷.

Se aplica la exclusión de trabajo familiar, así como la de control efectivo de la sociedad, a solicitante de prestación de desempleo hijo del titular del 50 por 100 del capital social de la empresa que no acredita precepción de retribución mientras que dura la convivencia con el padre³⁸. La presunción de familiaridad decae en caso en que la trabajadora presta servicios para la empresa, comunidad de bienes de su padre y de su tío, cuando únicamente convive con el primero de ellos, que además no es el gerente de la empresa, y el contrato de trabajo ha sido registrado, se le ha dado de alta en la seguridad social y percibe retribución³⁹. También decae en supuesto de solicitante de prestación por desempleo cuyos padres, con quienes convive, ostentan el 50 por 100 del capital social de la empresa, siendo además su madre administradora solidaria, en supuesto en que el otro 50 por 100 corresponde a tercera persona, sin parentes-

³⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 11 octubre 2001 (rec. 1985/2001) la presunción no puede aplicarse radicalmente porque admite prueba en contrato, creando un criterio diferenciador que permite la concurrencia de una relación familiar con otra de carácter laboral.

³⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 15 enero 2004, rec. 2455/2003 (JUR 2005, 75043).

³⁶ SSTSJ Andalucía (Sevilla) 5 julio 2010 (rec. 760/2010) y 14 enero 2010 (rec. 459/2009).

³⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 25 mayo 2000, rec. 3270/1999.

³⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 21 diciembre 2017, rec. 105/2017. En el mismo sentido, STSJ Andalucía (Sevilla) 23 julio 2003, rec. 1790/2003.

³⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 11 septiembre 2003, rec. 1967/2003.

co, que también es administradora, al considerar probado el juez de instancia la condición de asalariado durante aproximadamente seis años⁴⁰. Se considera trabajador asalariado a quien, al tiempo del accidente laboral, presta servicios a una sociedad limitada en la que tiene el 25 por 100 del capital social, estando el 50 por ciento del capital en poder de su padre y el resto en el de un hermano, pues la presunción en favor de la existencia de trabajos familiares queda destruida cuando se prueba que el trabajador cobra regularmente su nómina⁴¹.

Teniendo en cuenta la Disposición Adicional 27^a de la vieja Ley General de la Seguridad Social, ha de darse de alta en el régimen especial de autónomos el trabajador que tiene cien participaciones de las mil que conforman el capital social, que convive en el domicilio de su padre, que tiene setecientas participaciones y es el administrador único de la sociedad, aunque se formalice un contrato de trabajo y se haya cotizado por el trabajador, e incluso que se hayan expedido nóminas o que se hayan efectivamente percibido cantidades expresadas en las nóminas⁴².

La falta de convivencia de solicitante de prestación por desempleo con su padre, socio mayoritario de la empresa, queda acreditada mediante certificado del Ayuntamiento (departamento de Estadística) en el que se asevera que la demandante y su esposo viven en domicilio distinto al de su padre; el hecho de que exista otro certificado previo del mismo organismo en el que aún consta el domicilio en la casa paterna queda neutralizado por la abundante prueba documental: contrato de arrendamiento de vivienda, rentas, recibos de luz, agua, teléfono y gas, facturas de grandes almacenes, certificado de la Agencia Estatal Tributaria acreditativa del domicilio fiscal de la actora, certificado de la comunidad de propietarios y las propias resoluciones dictadas por el Instituto Nacional de Empleo⁴³.

Queda destruida la presunción de trabajo familiar y de control efectivo de la sociedad del solicitante de prestación por desempleo, cuyo padre es propietario del 70 por 100 de las participaciones sociales; la presunción se desvirtúa por la prestación de trabajo, por la retribución que percibía y por las cotizaciones efectuadas a la Seguridad Social, pero es que, además, ya existen dos sentencias firmes de Juzgados de lo Social condenando a la empresa al pago de salarios y de indemnización por despido⁴⁴.

⁴⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 11 julio 2004, rec. 1571/2003.

⁴¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 13 junio 2003, rec. 1251/2003.

⁴² STSJ Andalucía (Sevilla) 23 julio 2003 (JUR 2004, 139428).

⁴³ STSJ Andalucía (Sevilla) 10 mayo 2002, rec. 609/2002.

⁴⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 15 marzo 2002, rec. 4045/2001.

La presunción de no laboralidad de los familiares que convivan con el empresario del artículo 1.3 a) ET no alcanza a la relación familiar de cuarto grado (los padres del trabajador y del empresario son primos)⁴⁵.

Adviértase que algunas sentencias antiguas aplican la presunción de control efectivo de la sociedad a familiares con los que no hay convivencia, por tratarse de supuestos afectados por la primera versión de la vieja disposición adicional 27ª de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 introducida por la Ley 66/1997, en la que no se exigía específicamente, como luego sí se hizo, el requisito de convivencia.

II. ACTIVIDADES RELIGIOSAS

Numerosas y antiguas son las sentencias que declaran la naturaleza laboral de la relación entre profesores de Religión en centros educativos de titularidad pública con la Administración educativa. Concurren las notas previstas en el art. 1.1 ET para calificar de laboral la relación jurídica entre el profesor de Religión y la Administración educativa, a saber, voluntariedad en la prestación de servicios, ajenidad y sometimiento a una organización empresarial docente, sin que exista norma que atribuya a dichos profesores condición funcional ni carácter administrativo al vínculo, pues si bien la disposición adicional 15ª.3 de la Ley de reforma de la Función Pública dispone que “los puestos de trabajo docentes serán desempeñados por funcionarios de los cuerpos y escalas docentes”, agrega que, no obstante, podrán desempeñarse por personal laboral –entre otros– “los puestos que en razón a su naturaleza no se correspondan con las titulaciones académicas existentes”, siendo claro que cabe encajar el supuesto en esta previsión normativa, como también en la salvedad contemplada en el art. 15.1.c) de la citada ley, referente a “los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados, cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño”^{46, 47}.

⁴⁵ STSJ Andalucía (Extremadura) 10 abril 2007 (rec. 3347/2006), al no concurrir aquella contraria presunción, si se dan los elementos a los que legalmente se asocia (art. 8.1 ET) la laboralidad del nexo, la carga de destruirla recae sobre el empresario (y no sobre el reclamante).

⁴⁶ Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, tras modificación por Ley 23/1988, de 28 de julio.

⁴⁷ SSTSJ Andalucía (Sevilla) 16 enero 2001 (sent. 145/2001), 11 enero 2001 (sent. 43/2001), 13 junio 2000 (rec. 3401/1999) y 7 junio 2000 (rec. 3128/1999).

III. SOCIOS, ADMINISTRADORES, DIRECTORES

A. Numerosas sentencias (la mayoría en procedimientos de seguridad social derivados de la denegación de prestaciones por desempleo o accidente de trabajo) analizan la naturaleza de la relación del socio que además trabaja para la sociedad, con conclusiones muy variadas según circunstancias y legislación vigente en cada momento. Ténganse en cuenta las sucesivas leyes de seguridad social y sus modificaciones, pero también que “el campo de aplicación de la legislación laboral y de la legislación de seguridad social (en lo que concierne a la protección de los trabajadores por cuenta ajena) no son exactamente idénticos o coextensos”⁴⁸. En cualquier caso, la posibilidad de reconocer la laboralidad en el supuesto de socios administradores y a su vez trabajadores de una sociedad exige que se den los requisitos que conforman la naturaleza laboral de la relación, esto es, la ajenidad y la dependencia, lo que el juzgador debe analizar, sin que sea posible reconocer tal carácter por el mero hecho de que la participación social sea inferior al 50 por 100⁴⁹. En este sentido, se considera trabajador asalariado:

— El socio del 50 por 100 del capital social y administrador mancomunado que nunca ha ejercido las funciones de gerencia propias del cargo de administrador, pues si bien operaba la presunción *iuris et de iure* de que posee el control efectivo de la sociedad, no ha ejercido aquellas funciones⁵⁰.

— El socio que ostenta la titularidad del 25 por 100 del capital social, pero no tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ya que el poder que se le ha dado por la entidad concursada es mancomunado, sin que posea el control efectivo de la sociedad⁵¹.

B. No obstante, la mayoría de las sentencias niegan la laboralidad de la relación, considerando muchas de ellas que existe control efectivo de la sociedad por parte de quien alega ser trabajador asalariado:

— Quien, recién cesado como administrador de la sociedad, con escasos días de diferencia entre el cese y la contratación, es contratado como gerente e inmediatamente se le otorgan por el nuevo administrador poderes tan amplios

⁴⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 23 julio 2003, rec. 1563/2003.

⁴⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 17 marzo 2004, rec. 3751/2003

⁵⁰ STSJ Andalucía (Sevilla), 13 diciembre 2017, rec. 252/2017.

⁵¹ STSJ Andalucía (Sevilla), 8 marzo 2017, rec. 449/2016.

que en la práctica vino a ostentar las mismas facultades que tenía cuando era administrador único⁵².

— El socio minoritario que ejerce la dirección efectiva de la empresa, aunque solo tenga el 10 por 100 del capital social, pues lo que determina la condición de trabajador no es la titularidad de las acciones –salvo en determinadas condiciones de mayoría– sino la forma en que se presta el servicio, esto es, con ajenidad y dependencia, sin ostentar el control de las decisiones y de la gestión de la sociedad⁵³.

— El socio minoritario (33 por 100 del capital social) dado de alta en el RETA, que no precisa autorización de la empresa para tomar vacaciones, sino que se las concierta con los otros dos socios, que falta al trabajo sin pedir permiso, que no cumple horario⁵⁴.

— El socio minoritario que, junto a su madre y su hermano, tiene el 50 por 100 del capital social y es administrador solidario con su tío (socio del otro 50 por 100), que no percibe nóminas, sin que puedan considerarse como tales la percepción de algunas cantidades variables aisladas, ni tampoco acredita que su trabajo fuese distinto de la gerencia o dirección, limitándose sus servicios a la gestión de la empresa de forma solidaria con el otro socio, sin sujeción a un horario, ni a recibir órdenes o directrices de ninguna otra persona⁵⁵.

— El socio de una tercera parte del capital social y en un primer momento administrador único de empresa dedicada a realizar viajes en globo, que realiza toda su actividad sin personal, haciéndose cargo los propios socios (correspondiendo al demandante, piloto de aerostáticos, el pilotaje del globo y la organización de los viajes), que firman sus nóminas en la misma cantidad y por los mismos conceptos y reciben cheques de la sociedad también por iguales

⁵² STSJ Andalucía (Sevilla) 10 mayo 2017, rec. 1421/2016. Si a ello unimos el hecho de que unos días antes de haber sido formalmente contratado como gerente, el actor vende a su hermano 44 acciones y dona a su hijo, con quien convivió durante gran parte del tiempo, 54 acciones del total de las 328 que poseía, lo que le permitió quedarse con el 23% del accionariado y a ello adicionamos que no consta en los hechos probados de la sentencia que el actor fuera retribuido por su trabajo de gerente, hay que concluir que ha ejercido para la sociedad las funciones de dirección y gerencia, teniendo el control efectivo de la misma (entre sus acciones y las que donó a su hijo con el que convivió superaba el 25% del total), sin ser retribuido por ello.

⁵³ STSJ Andalucía (Sevilla) 1 diciembre 2016, rec. 256/2016. Suscribía en nombre de la empresa los negocios jurídicos inherentes a la gestión diaria de la sociedad, tales como contratos de trabajo, contrato de suministro de electricidad, certificado de prácticas, pólizas de crédito, solicitud de aplazamiento de deudas, solicitud de baja en contrato de electricidad.

⁵⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 29 enero 2014, rec. 137/2013.

⁵⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 26 septiembre 2013, rec. 2335/2012.

cantidades, sin que existan horarios, instrucciones, órdenes recibidas, estructuración y organización impuesta del trabajo⁵⁶.

— Quien ostenta un 30 por 100 de las participaciones sociales, es consejero delegado y ejerce funciones de dirección y gerencia, pues detenta un control efectivo de la sociedad hasta que en fechas próximas al cierre se le revocan los poderes⁵⁷.

— Quien tiene el 50 por 100 de una sociedad privada civil, teniendo el otro 50 por 100 su cónyuge, por tener el control efectivo⁵⁸.

— El hecho de que el socio cuya participación supera la cuarta parte del capital social no sea administrador de la sociedad no impide que entre en juego la presunción de control efectivo de la sociedad cuando ejerce funciones de dirección y gerencia⁵⁹.

— Ostenta el control efectivo de la sociedad el administrador societario mancomunado y gerente que posee el 25 por 100 del capital social, ya que ninguno de los demás socios controla la mayoría del capital social, sin que pueda pretender que los ingresos que percibe de la sociedad se califiquen como salarios por el hecho de que se documenten en una nómina indebidamente emitida⁶⁰.

C. Numerosos son también los supuestos de coincidencia de cargo de administrador de la sociedad y actividad dentro de la empresa. Así:

— Siguiendo la teoría del vínculo, no es laboral el socio administrador único, con todas las facultades de dirección de la sociedad, que realiza solo funciones de dirección, gestión y administración o representación de la sociedad⁶¹.

⁵⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 13 diciembre 2012, rec. 592/2012. Lo único que se manifiesta como existente es la situación de conflictividad en la que se encuentra inmerso en relación con los demás socios (lesiones, correos electrónicos, solicitud de una auditoría de la cuenta de la sociedad ante el Registro Mercantil por parte del demandante, escritos denunciando irregularidades en la toma de acuerdos societarios).

⁵⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 30 septiembre 2010, rec. 1540/2010.

⁵⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 19 diciembre 2002, rec. 1903/2002. Incluso, para el caso de que se considerase que la sociedad privada civil no tuviese el carácter de sociedad capitalista, también habría que tener en cuenta el carácter de empresa familiar, salvo que se demuestre la condición de asalariado hasta el punto de que la empresa es exclusiva de la actora y su marido.

⁵⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 21 enero 2010, rec. 624/2009. Y “gerente”, según la Real Academia de la Lengua, es la persona que lleva la gestión administrativa de una empresa, por lo que es un concepto amplio que no tiene que ser equiparable necesariamente al de administrador, no constando además que la gestión administrativa de la empresa la lleve ninguna otra persona.

⁶⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 26 febrero 2002, rec. 2221/2001.

⁶¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 16 mayo 2008, rec. 2805/2007. En supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de Administración de la sociedad y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el

— En general, cuando se simultanean las actividades de administración de la sociedad y de alta dirección o gerencia de la empresa de la que se es titular, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral sino mercantil y la competencia jurisdiccional es civil⁶²; sin embargo, este criterio solo puede aplicarse automáticamente cuando la simetría directiva sea jurídicamente perfecta, excluyéndose los supuestos en los que la relación mercantil no colme el ámbito directivo de la relación laboral, por ser representativamente efectiva, supuestos en los que resulta de aplicación la jurisprudencia del TS en unificación de doctrina de que prevalece el carácter de ajenidad cuando el administrador societario no es titular del 50 por 100 de las acciones y la inclusión o exclusión del trabajador –socio– gestor de una sociedad dotada de personalidad jurídica de la esfera laboral depende de la verdadera naturaleza del vínculo y de la posición y actividad que realice en el seno de la sociedad; por lo que, si el socio no es titular del 50 por 100 de las participaciones sociales, ni aun contabilizando las ostentadas por su esposa y, además del cargo de administrador, existe un importante componente de actividad ordinaria y no directiva en su quehacer, existe relación laboral⁶³.

— No es laboral quien, desde la constitución de la empresa ha ejercido las funciones de consejero delegado, con amplísimas facultades, sin que el hecho de que alguna de ellas las debiera de ejercer mancomunadamente suponga la pérdida de la condición de miembro de los órganos de administración de la empresa o una mayor subordinación, sino una forma de organización de la administración, por lo que su actividad como consejero delegado en funciones ejecutivas es autónoma, sin ningún vínculo de subordinación a otros órganos de dirección superiores, ya que formaba parte integrante de los mismos⁶⁴.

— No es laboral el consejero delegado con amplias facultades de representación de la empresa que simultáneamente actúa como gerente, está dado de alta en el RETA y percibe una retribución mensual, pues no se da la nota de dependencia⁶⁵.

campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, solo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral.

⁶² SSTs de 27 de enero de 1992 (rcud. 1368/1991) y 22 de diciembre de 1994 (rcud. 2889/1993).

⁶³ STSJ Andalucía (Sevilla) 15 noviembre 2007, rec. 2052/2006.

⁶⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 22 julio 2008, rec. 1472/2007.

⁶⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 9 septiembre 2009, rec. 3949/2008. Se hace eco la resolución de, entre otras, la STS 20 de noviembre de 2002, rcud. 337/2002, según la cual en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de Administración de la Sociedad y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral no es el contenido

— Quien se dedica a funciones de dirección y gestión que no se pueden desligar de su cargo de administrador, siendo irrelevantes las tareas comunes eventualmente desarrolladas⁶⁶.

D. Sin embargo, resulta incuestionable el derecho a las prestaciones de desempleo del actor socio y consejero delegado, no retribuido por el desempeño de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, pues el apartado 2 a) del artículo 21 de la Ley de Sociedades Laborales, según la redacción dada por el artículo 34 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, solo excluye de aquella protección a los socios trabajadores cuando por su condición de administradores sociales realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por el desempeño de este cargo. Mientras esto no ocurra, se ha de reconocer en el actor la existencia de relación laboral con primacía sobre las funciones de dirección y gerencia, que no tienen entidad suficiente para absorber la actividad laboral del socio trabajador. Esto es lo que ocurre normalmente en las sociedades laborales: admiten naturalmente la compatibilidad de socio trabajador y administrador social⁶⁷.

E. Otros supuestos de socios, administradores y directores:

— Es laboral la socia de asociación sin ánimo de lucro que no forma parte de la junta directiva ni ostenta cargo alguno de responsabilidad en la misma cuando se constata el trabajo efectivo y la percepción del salario; por lo que se refiere a la ajenidad, también puede apreciarse en la prestación de servicios de la actora, por cuanto que a ella no aprovechaban directamente los frutos de su quehacer, sino que redundaban en beneficio del cumplimiento de los fines sociales⁶⁸. Sin embargo, no es laboral la presidenta de esa misma asociación, que suscribe sus propios contratos de trabajo, sus nóminas y el certificado de empre-

de las funciones, sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración en el órgano de administración de la sociedad, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, solo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral.

⁶⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 23 julio 2003, rec. 1563/2003.

⁶⁷ STSJ Andalucía (Sevilla), 11 enero 2017 (rec. 15/2016), con base en las SSTs de 5 de marzo de 2013 (rcud. 932/2012), 17 de mayo de 1999 (rcud. 3046/1998) y 17 de febrero de 1999 (rcud. 739/2008); en supuesto en que el actor la sociedad la constituyeron el esposo de la actora, dos hermanos y su suegro, ostentando cada uno el 25% de participaciones sociales.

⁶⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 19 noviembre 2009, rec. 83/2009. En el mismo sentido, en la misma entidad benéfica, STSJ Andalucía (Sevilla) 16 julio 2009, rec. 2793/2008.

sa, sin que aporte prueba alguna que permita corroborar un seguimiento mínimo del efectivo pago del salario, así como que la categoría profesional que figura en los contratos sea la de “coordinadora”, categoría de contenidos indeterminados, sin un cometido fácilmente identificable y precisable.⁶⁹

— No concurre el supuesto de ajenidad en el caso de administradora y socia única de entidad mercantil que factura a la empresa importantes sumas de dinero, es partícipe de dos de las sociedades que integran el grupo y responsable (junto con otro) de compañía del grupo, factura a título personal facturas a otras compañía del grupo por elevados importes, disfruta de un vehículo siendo la contratante del seguro una de las empresas del grupo, goza de los más amplios poderes de disposición de los fondos de las sociedades demandadas, que efectivamente ejerce, sin limitación alguna y sin necesidad de la conformidad del supuesto jefe, lo que apunta hacia una división de responsabilidades y funciones por los copartícipes del conglomerado montado de forma que la actora asumía en plenitud y con total autonomía y libertad las de carácter financiero⁷⁰.

— La suscripción de un acuerdo documentado de “reparto de ingresos de facturación», suscrito por todos los socios, en el que figura un porcentaje del 40 por 100 por la realización del trabajo se asemeja más a las características de una mera relación mercantil que laboral, a pesar de tratarse de un socio minoritario⁷¹.

— Es nulo el objeto del contrato de trabajo suscrito entre una comunidad de regantes y su secretario –cargo electo– que ocasionalmente realiza alguna actividad, hecho para dar apariencia de laboralidad⁷².

— No puede calificarse como laboral el apoderado general que desarrolla las funciones propias de un órgano de gobierno y administración de una sociedad panameña que, abusando de sus facultades, se autocontrata como capitán, sin titulación para ello, atribuyéndose formalmente tal cualidad sin contenido efectivo alguno⁷³. Y es inválido el contrato de alta dirección suscrito con la empresa en el que se encomiendan funciones como consejero delegado de sociedad anónima y director general, objeto claramente fraudulento, al corresponder el nombramiento de consejero delegado al consejo de administración de la sociedad, conforme al artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, que exige un voto favorable de 2/3 partes de los com-

⁶⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 15 octubre 2008, rec. 3319/2007.

⁷⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 3 octubre 2019, rec. 2129/2018.

⁷¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 17 marzo 2004, rec. 3751/2003.

⁷² STSJ Andalucía (Sevilla) 16 junio 2009, rec. 3330/2008.

⁷³ STSJ Andalucía (Sevilla) 8 noviembre 2002, rec. 2003/531.

ponentes del consejo de administración, por lo que no es un nombramiento discrecional del presidente del consejo de administración, que no está facultado para realizarlo⁷⁴.

— No hay relación laboral cuando, en lo que parece un subarriendo encubierto, el aparente trabajador se compromete a pagar cantidades fijas mensuales (4.000€) a los titulares de restaurante por gestionarlo y estos últimos a abonarle una cantidad mensual inferior (1.500€) en concepto de salario por la gestión y un porcentaje del 70 por 100 de los beneficios anuales, cuando además no tiene dependencia alguna con los titulares del negocio, carece de horarios, toma decisiones sobre la llevanza y organización del negocio sin consultar (contrata con proveedores, con clientes, empleados, compra menaje de cocina, contrata reformas en el local, cambia el nombre del restaurante), invita a los amigos sin que estos paguen consumición alguna, a pesar de la existencia de contratos escritos y alta en seguridad social.⁷⁵

E. El valor probatorio de los documentos que normalmente acreditan la existencia de relación laboral merma de modo considerable cuando se trata de socios, administradores y directores. Más que al *nomen iuris* que las partes den a la relación, hay que estar a la realidad de los hechos⁷⁶. En nada influye la existencia de un contrato de trabajo suscrito por las partes, cotizaciones o nóminas, siendo únicamente documentos “formales”, cuyo contenido no se ha correspondido con la verdadera naturaleza de la relación mantenida por las partes⁷⁷. El simple hecho de que, en una fecha determinada, se formalice un contrato de trabajo cuya suscripción fue decidida unilateralmente por la actora carece de eficacia a los efectos de laboralidad de la relación, máxime si se tiene en cuenta que ni siquiera se encuentra firmado, cuando no ha quedado acreditado que las condiciones en que la demandante desarrollaba su actividad experimentasen variación alguna respecto de las precedentes como socia y administradora.⁷⁸ El hecho de que en las nóminas aparezca como director comercial primero y jefe administrativo después no es determinante, toda vez que se trata de documentos formales que necesariamente han de confeccionarse para aparentar una relación laboral, siendo

⁷⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 22 julio 2008, rec. 1472/2007.

⁷⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 31 octubre 2013, rec. 1526/2012. Abogado que gestionaba un negocio que desde un principio crea deliberada y ficticiamente la apariencia de una relación de carácter laboral.

⁷⁶ STSJ Andalucía (Sevilla), 22 junio 2017, rec. 2306/2016; administrador solidario que ejerce facultades de dirección frente a terceros, sin horario y sin someterse a instrucciones, por lo que no hay relación laboral a pesar de la calificación de las partes.

⁷⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 31 octubre 2013, rec. 1526/2012.

⁷⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 3 octubre 2019, rec. 2129/2018.

así que lo fundamental no es lo que conste en nóminas, sino el trabajo real prestado y, lo más importante, la forma en que se prestó⁷⁹. Aun siendo socio minoritario, el contrato de trabajo, documento meramente formal, no fija ni una sola condición de trabajo, salvo la determinación de la categoría, derivando el salario a la simple fórmula “S/A” (según acuerdo) y sin que se haya aportado ni una sola evidencia de la realidad de tal trabajo, ni se conozca cuánto ni cómo se paga a la actora, ni si se paga; no se aportan nóminas, ni siquiera extractos bancarios que acrediten la periodicidad de los salarios o la realidad de su percepción, sin que la simple constancia de la cantidad en las declaraciones fiscales dé fehaciencia sobre la realidad laboral de su percepción como salario⁸⁰. El hecho de que la socia y administradora única perciba algunas cantidades como rendimientos del trabajo personal, esto es, como supuesta empleada de la sociedad, no la convierte en laboral.⁸¹

IV. COOPERATIVISTAS

La verdadera naturaleza jurídica de la relación obligacional que liga a la cooperativa de trabajo con sus socios trabajadores no es laboral, sino societaria⁸². El alta en la seguridad social como trabajador agrario por cuenta ajena del socio de cooperativa agrícola no lo es por naturaleza sino por asimilación⁸³. Existe en las cooperativas un cierta organización y jerarquización y una retribución, razones por las que el legislador dota a los socios trabajadores de cierta protección, muy parecida a la de los trabajadores asalariados, aunque no lo son⁸⁴ y es por ello que, de los conflictos entre las sociedades laborales y las cooperativas de trabajo asociado con los socios trabajadores “exclusivamente

⁷⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 1 diciembre 2016, rec. 256/2016. Suscribía en nombre de la empresa los negocios jurídicos inherentes a la gestión diaria de la sociedad, tales como contratos de trabajo, contrato de suministro de electricidad, certificado de prácticas, pólizas de crédito, solicitud de aplazamiento de deudas, solicitud de baja en contrato de electricidad.

⁸⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 17 marzo 2004, rec. 3751/2003.

⁸¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 3 octubre 2019, rec. 2129/2018.

⁸² STSJ Andalucía (Sevilla) 10 noviembre 2015 (rec. 2826/2014), que tiene en cuenta la ley estatal (Ley 27/1999, de cooperativas) y la autonómica, Ley de Andalucía 14/2011, de sociedades cooperativas andaluzas, cuyo art. 84 establece que “la relación de las personas socias trabajadoras con la cooperativa es de carácter societario”, indicando además el art. 87.1 que los anticipos societarios que los socios trabajadores perciben periódicamente “no tienen la consideración de salario», así como la STS de 23 de octubre de 2009, rcud. 822/2009.

⁸³ SSTSJ Andalucía (Sevilla) 15 abril 2010 (rec. 1325/2009); 19 enero 2000 (rec. 1445/1999). También, en supuestos de trabajo a tiempo parcial: SSTSJ Andalucía (Sevilla) 19 junio 2002 (rec. 1362/2002) y 12 junio 2002 (rec. 867/2002).

⁸⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 28 enero 2000, rec. 4009/1999.

por la prestación de sus servicios”, conoce el orden social de la jurisdicción (art. 2 c) LJS)⁸⁵, mientras que los relacionados con la naturaleza societaria de la relación competen al orden jurisdiccional civil⁸⁶.

V. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA

Son trabajadores salariales los supuestos becarios de entidad financiera que aprovecha una convocatoria masiva de becas para cubrir necesidades básicas y permanentes y el puesto de “cajero” con estudiantes a punto de terminar las licenciaturas de Derecho, Económicas o la diplomatura de Empresariales, teniendo estos más formación que la exigida para el puesto de cajero y la comercialización de productos bancarios, con sujeción a un horario determinado de 8 a 15 horas, coincidente con la de los demás empleados en la sucursal, con sometimiento a las órdenes de la entidad, con utilización de los medios de la misma y —es concluyente— a los que se proporciona muy escasa formación (una o dos tardes de formación sobre el arqueo de caja y el manejo del programa informático)⁸⁷.

No es becario quien realiza una actividad ordinaria como la que habría correspondido a cualquier otro trabajador asalariado en la empresa, bajo la dirección de personal de la misma y no bajo su tutoría o instrucciones de formación; más aun, cuando ha desarrollado una actividad previa de varios meses en la empresa y esta no cuenta con trabajador alguno en alta en Seguridad Social⁸⁸.

Son trabajadores asalariados los becarios que desarrollan su labor en el servicio de Gestión Tributaria de la Junta de Andalucía, cumpliendo un horario de 8,30 a 14,30 de lunes a viernes y de 16 a 18,30 horas durante dos días a la semana, disfrutando de los mismos días de vacaciones que los empleados de la Delegación, desarrollando tareas análogas e indiferenciadas a las de estos últimos, ocupando puestos de trabajo como los de estos y con sus mismos medios materiales, con tareas básicas o necesarias para la Administración, que se incorporan al ciclo productivo de la misma, haciéndolas suyas, y con una escasísima actividad formativa por parte de la Administración (se les auxilió prin-

⁸⁵ El art. 2 de la vieja LPL era menos preciso: “...por su condición de tales” (trabajadores).

⁸⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 29 noviembre 2018, rec. 3907/2017: “El socio trabajador es titular de dos relaciones jurídicas independientes, una mercantil, como partícipe en el capital de la compañía, y otra laboral”, lo que hay que entender en el sentido arriba iniciado.

⁸⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 24 abril 2014, rec. 335/2013. No se cumplen las exigencias del artículo 5 RD 1497/1981, de 19 de junio.

⁸⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 1 marzo 2012, rec. 1449/2010.

cialmente en su familiarización con la aplicación informática utilizada), de tal manera que con su labor liberaban la carga de trabajo del servicio, habiendo tenido que realizar sus empleados las tareas desarrolladas por los becarios de no haber sido realizadas por estos⁸⁹.

No existe ánimo formativo, sino lucrativo, por parte de la Administración, Consejería de Hacienda de la Junta de Andalucía, cuando la actividad desarrollada por el supuesto becario consiste en la apertura, comprobación, tratamiento y grabación de expedientes y en la comprobación y calificación de los hechos imponible en relación con el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados con tareas iguales y puesto de trabajo idénticos al del resto del personal del servicio, sin que haya existido formación alguna más allá de la propia de cualquier trabajador, ya que ni siquiera el actor ha llegado a asistir al único curso impartido para los supuestos becarios⁹⁰.

No es becario quien realiza actividad normal y permanente de investigación en materia agroalimentaria en organismo público cuando las labores encomendadas a la demandante tienen una escasa proyección formativa más allá de la que puede dar la experiencia en un puesto de trabajo de cierta cualificación, al tratarse de tareas indispensables y necesarias para el desarrollo de la actividad normal y propia de dicho organismo público, que de no llevarse a cabo por el becario, tendría que realizarse por personal laboral propio o ajeno⁹¹.

Los cometidos encomendados al becario no están en consonancia con la finalidad de la beca y son laborales cuando, dedicándose la empresa a la fabricación de alimentos compuestos para animales, actividad en la que evidentemente podrían proporcionar una mayor inserción en el mundo laboral, encomienda a los becarios la actividad administrativa accesoria de su actividad principal⁹².

La actividad de aplicación de conocimientos informáticos para la conservación de material multimedia utilizado en la docencia por parte de los becarios no puede confundirse con la utilización efectiva de los medios audiovisuales de que dispone el centro universitario para realizar actividades extra-académicas, tales como reproducir imágenes, ayudar a conferenciantes, que en algunos casos habían contratado las dependencias universitarias y, no exige colaborar con el per-

⁸⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 4 diciembre 2013, rec. 1880.

⁹⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 25 mayo 2010, rec. 662/2010.

⁹¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 19 mayo 2010, rec. 3844/2009.

⁹² STSJ Andalucía (Sevilla) 30 noviembre 2012, rec. 784/2011.

sonal laboral subalterno de la universidad, por lo que en vez de becario es técnico auxiliar de medios audiovisuales⁹³.

En cualquier caso, el hecho de hallarse las retribuciones pactadas por debajo de las establecidas en convenio colectivo no constituye circunstancia que excluya la propia existencia de la relación laboral⁹⁴.

VI. ACTIVIDADES DEPORTIVAS

a) **Deportistas**

No es deportista profesional, sino aficionado, el futbolista que no pertenece a la plantilla del club de fútbol ni tiene obligación de asistir a los entrenamientos y se le abonan cantidades que constituyen simplemente una compensación de los gastos derivados en su práctica deportiva, no retribución salarial, sin pacto alguno sobre su devengo e importe⁹⁵.

El contrato es de trabajo, no de patrocinio deportivo con sociedad interpuesta, el del futbolista profesional que, durante dos temporadas, percibe de esta una contraprestación dineraria fija por temporada (30.000€ y 33.000€, respectivamente) que se incrementa cada vez que juega un partido oficial con un determinado club de fútbol, habiéndose pactado que el actor juegue de manera exclusiva dentro del ámbito de dicho club⁹⁶.

No es trabajadora asalariada la vocal de delegación provincial de federación autonómica de fútbol, que tiene encomendadas tareas de relación directa con equipos de fútbol femenino y de fútbol sala, organizando competiciones, miembro del comité de competición, que asiste a las reuniones de la junta directiva, con labores de coordinación con los servicios centrales de la federación autonómica, cuando desempeña esas funciones con total independencia y autonomía, sin dar cuenta de las gestiones realizadas, sin sujeción a directrices y sin someterse a jornada alguna o a control horario, asistiendo a la sede de la delegación cuando lo considera oportuno (normalmente por las tardes, sobre todo en otoño o invierno, siendo mucho más irregular y ocasional su asistencia cuando presta servicios por cuenta ajena para otros empresarios) y recibiendo una cantidad mensual de 500€ en concepto de compensa-

⁹³ STSJ Andalucía (Sevilla) 19 julio 2004, rec. 35/2004.

⁹⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 1 marzo 2012, rec. 1449/2010.

⁹⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 10 abril 2003, rec. 749/2003.

⁹⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 22 febrero 2017, rec. 498/2016.

ción de gastos y dietas por desplazamientos a los partidos y relacionados con las funciones que desarrollaba⁹⁷.

En todo caso, la calificación de deportista “profesional” o “aficionado” hecha por los organismos federativos no produce efectos en el ámbito jurídico-laboral ni vincula a los órganos jurisdiccionales⁹⁸.

b) Profesores de deporte

No es asalariada la socia y profesora de un club hípico que carece de horario, que ofrece su disponibilidad y el club le asigna los alumnos de nivel básico o iniciación (más del 80 por 100 socios) en el horario por ella indicado, percibiendo una compensación económica por los gastos realizados (comida, desplazamiento) y a veces alguna compensación económica por impartir las clases, siendo los caballos y demás material utilizado propiedad de los socios, aunque las clases se impartían en las instalaciones del club⁹⁹. No hay contrato de consultoría administrativa, sino contrato de trabajo cuando el objeto de la contratación es la mera actividad de trabajo del actor como monitor deportivo, sin que se le exija ningún resultado, por lo que carecía de las notas de autonomía, especificidad, concreción y “inhabitualidad” que exige la jurisprudencia para considerar válido el contrato de consultoría y asistencia técnica, realizando el demandante una prestación de servicios por cuenta ajena, dentro del ámbito organizativo y directivo de ayuntamiento¹⁰⁰.

VII. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

Es trabajador asalariado el violinista que actúa en un espectáculo organizado por compañía lírica, aun cuando la actuación dure solo un día¹⁰¹. El vínculo entre los artistas y el organizador del grupo artístico (cuadrilla, orquesta o similar) es laboral cuando se aprecian facultades directivas y organizativas que el organizador del grupo se reserva respecto al trabajo del actor y los frutos de este le son ajenos, por cobrar del mismo una cantidad alzada por actuación,

⁹⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 7 septiembre 2017, rec. 2807/2016.

⁹⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 10 abril 2003, rec. 749/2003.

⁹⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 8 junio 2016, rec. 1980/2015.

¹⁰⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 15 febrero 2011, rec. 2878/2010.

¹⁰¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 23 mayo 2003 (rec. 1178/2003), en caso de fallecimiento por accidente de trabajo.

no una porción de lo que se perciba del organizador del espectáculo, aunque aporte algún material propio¹⁰².

VIII. PROFESIONES LIBERALES

a) **Abogados**

Es asalariado el abogado de corporación jurídica que realiza su actividad profesional cumpliendo órdenes y directrices, con horario de prestación de servicios, con retribución regular aunque variable por doce mensualidades¹⁰³. Igualmente, es asalariada la abogada que presta servicios en el centro asesor de mujeres y adolescentes en un local del ayuntamiento, con material de este, jornada de 8,30 a 13,30 horas, disfrutando de un mes de vacaciones retribuidas, percibiendo su retribución documentada como minuta de honorarios y que, posteriormente, continúa desarrollando esa actividad mediante un contrato de trabajo con el ayuntamiento¹⁰⁴.

Ahora bien, la dependencia laboral no se manifiesta necesariamente por los indicadores clásicos de jornada, horario preestablecido, puesto de trabajo en las dependencias de la empresa, ordenación y control continuos; puede reflejarse en otros aspectos de la ejecución del trabajo, como la programación exclusiva del mismo por la empresa para todos o la mayoría de los períodos de servicio, la ordenación de las tareas mediante directrices detalladas y minuciosas, la imposibilidad de aceptar o rechazar las tareas encomendadas, así como la de no contar con colaboradores (esto es, la insustituibilidad del prestador de los servicios), la existencia de mecanismos de control y supervisión de la actuación profesional y la determinación de la retribución del abogado por decisión exclusiva de consorcio de compensación de seguros¹⁰⁵.

Sin embargo, no es contrato de trabajo, sino civil de arrendamiento de obra o servicios, el de abogada-partícipe con despacho de abogados que como tal acude a las juntas generales, cumple con las obligaciones fiscales como abogado por cuenta propia, percibe sus retribuciones mediante las oportunas facturas trimestrales de honorarios, sin que exista subordinación o control de la actividad de la actora por parte de los abogados fundadores, ejerciendo su prestación de servicios de forma libre y sin sujeciones, sin perjuicio de las

¹⁰² STSJ Andalucía (Sevilla) 13 febrero 2003 (rec. 3948/2002, en caso de mozo de espadas.

¹⁰³ STSJ Andalucía (Sevilla) 3 mayo 2007, rec. 3185/2006.

¹⁰⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 10 diciembre 2003, rec. 2446/2003.

¹⁰⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 23 junio 2003, rec. 1063/2003.

funciones de dirección y coordinación por parte de los fundadores del despacho, pues todo grupo que actúa precisa de una ordenación ¹⁰⁶.

b) Arquitectos

Es trabajador asalariado el arquitecto técnico de ayuntamiento que, tras varios contratos de trabajo temporales sin apenas interrupción celebra un contrato administrativo de “consultoría y asistencia para la prestación de servicios provisionales” (con objeto declarado de «realización de Informes, Proyectos Técnicos, Direcciones de Ejecución de Obras, coordinaciones de Seguridad y Salud, Informes de licencias de obras, visitas y seguimiento de obras, así como otras actuaciones requeridas por ese Ayuntamiento, a través de la Alcaldía-Presidencia o la Delegación de Urbanismo, dentro del ámbito de las competencias profesionales de arquitecto técnico...»), facturando una cantidad fija mensual y repercutiendo el IVA correspondiente, pero que en realidad atiende necesidades permanentes del ayuntamiento, con idénticas funciones y circunstancias que las de los anteriores contratos de trabajo, con despacho propio en dependencias municipales, utilizando los medios, instrumentos y herramientas de propiedad municipal, dividiéndose con el otro arquitecto técnico del ayuntamiento y titular de la plaza las funciones propias de esa categoría ¹⁰⁷.

Es laboral el arquitecto técnico que desarrolla su actividad con plena integración en la estructura laboral y de personal de la empresa pública demandada, con sujeción a los mismos horarios, a los mismos criterios de asignación y periodos de disfrute de las vacaciones, al ámbito de dirección y organización en las mismas condiciones que el resto del personal laboral de la misma, usando los medios materiales propios del personal de la misma (mobiliario de individualizado, equipo informático con claves de acceso personalizadas y teléfono) ¹⁰⁸.

Es laboral el arquitecto al servicio de ayuntamiento que recibe una remuneración periódica, mensual, que va aumentando con el tiempo (es indiferente que para recibir esa contraprestación el actor gire facturas o minutas en las que liquida el IVA), cumpliendo un horario determinado por el ayuntamiento y sometido al círculo organizativo, rector y disciplinario del Ayuntamiento, quien le da instrucciones, no tanto en cuanto al resultado del trabajo, cosa di-

¹⁰⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 10 enero 2007, rec. 2040/2006.

¹⁰⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 20 noviembre 2014, rec. 2736/2013.

¹⁰⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 20 marzo 2013, rec. 1979/2012.

fácil, pero no infrecuente, cuando se trata de profesionales de alta cualificación técnica o científica, sino en la forma de llevarlo a cabo, integrado en la organización municipal, cubriendo las tareas que el anterior arquitecto titular realizaba y, en definitiva, las diseñadas para la prestación de servicios por un empleado público de plantilla, aunque la Corporación decidiera no cubrirla con funcionario, como estaba previsto, aparte de encontrarse en las correspondientes dependencias municipales, que era donde desarrollaba su labor; más aún cuando la relación de las partes tiene la cobertura formal de administrativa solo en los comienzos, por pocos meses, dejando luego de existir tras muchos años, actuando por vía de hecho o informal¹⁰⁹.

No es laboral el arquitecto que no consta que acuda todos los días laborales a la obra (solo lo hace cada dos días) ni que esté sometido a un horario fijado por la empresa, sin que el hecho de haber tenido una relación laboral previa puede considerar indicio de la laboralidad a la vista del dilatado período que medió entre la finalización de aquella y el inicio de la presunta relación civil (poco más de un año), sin que tampoco conste que las condiciones en la prestación de servicios sean similares en una y otra relación, constando además que en la prestación de servicios puede ser sustituido cuando lo considere conveniente sin otra limitación que la cualificación profesional del sustituto¹¹⁰.

Es trabajadora asalariada la arquitecta que presta servicios en colegio oficial de arquitectos y que, posteriormente, es contratada laboralmente para realizar las mismas funciones en ese colegio profesional (poner en marcha el archivo de planeamiento y estar al día del planeamiento vigente y del que se encontraba en tramitación, recabando la información oportuna de los ayuntamientos, e informando a los colegiados de dichos extremos referidos al planeamiento y sus consecuencias), que se prestan en la sede del colegio y con los medios de este, tratándose de una labor permanente y continua, no esporádica, siendo la responsabilidad definitiva por la labor de la actora el colegio profesional demandado y siendo el destinatario final de los servicios los colegiados a los que el Colegio Oficial de Arquitectos de Sevilla ofrece los servicios, aunque los pagos se realizan con periodicidad anual y en concepto de honorarios profesionales, sin que existan documentos que acrediten la facturación desglosada por servicios, encontrándose sometida a horario, coincidente con la apertura del colegio (el hecho de que no siempre se encuentren en el centro era explicable por los desplazamientos que aquella tiene que realizar para la ejecución de su trabajo), sin que nada obste que la demandante preste asimis-

¹⁰⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 24 abril 2003, rec. 834/2003.

¹¹⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 24 enero 2013, rec. 1576/2011.

mo trabajos por cuenta propia¹¹¹. Son también laborales los servicios realizados por arquitecto técnico (informes sobre licencias urbanísticas, atención a las visitas, atención a los colegiados) que se realizan dentro de las instalaciones del colegio de arquitectos, con despacho propio, a jornada completa, durante tres días en semana, cumpliendo un horario, siendo el colegio profesional quien marca y encarga previamente las tareas, poniéndose de acuerdo con los trabajadores del servicio para que este no quedara nunca sin cubrir, siendo irrelevante que desde el principio de la relación la retribución se documente con facturas emitidas por el propio trabajador y que, a partir de un determinado momento, se emiten por sociedad civil de la cual el actor es administrador único, pues ni se aprecia cambio alguno en la prestación de servicios antes y después de comenzar a facturar a través de la sociedad, ni consta que el actor haya dejado de prestar personalmente los servicios¹¹².

c) **Peritos tasadores**

No es asalariado el perito tasador de seguros que organiza el trabajo según sus propios criterios, sin que la compañía aseguradora programe su trabajo de forma detallada, aunque tenga que realizar los informes encomendados, cuando no existan directrices ni comunicaciones sobre las tareas, falta ordenación y coordinación del trabajo por la compañía y, aunque no ocurra de forma permanente, el actor es un profesional liberal, al servicio de muy numerosas compañías de seguros, sin exclusividad¹¹³. Tampoco lo es el perito tasador que presta servicios para una aseguradora, aun cuando tiene instalada una aplicación en su teléfono móvil para comunicarse con ella y remitir los informes de verificación de vehículos, cuando no hay un control diario o permanente de su actividad ni está obligado a reportar diariamente el resultado de su trabajo, decide la aceptación o rechazo del encargo, fija la hora de cita y la modifica si lo estima pertinente, efectúa las verificaciones con arreglo a sus criterios profesionales y conocimientos, decide sobre sus períodos vacacionales, el precio de los pedidos está pactado contractualmente (así como los trabajos que tiene que realizar), decide las variaciones de zonas, aporta una estructura empresarial consistente en la totalidad de los medios materiales (salvo una aplicación informática) y personales (se sirve de colaboradores), organiza su agenda con-

¹¹¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 16 noviembre 2017, rec. 3419/2016.

¹¹² STSJ Andalucía (Sevilla) 11 mayo 2016, rec. 1062/2015.

¹¹³ STSJ Andalucía (Sevilla) 23 marzo 2000, rec. 659/2000.

tactando con los titulares de los vehículos y determina sus rutas de trabajo, presta sus servicios fuera de las instalaciones de la aseguradora, el precio de los servicios lo es por servicio realizado y ofrece servicios de manera activa para otras compañías ¹¹⁴.

IX. PERSONAL SANITARIO

Un enfoque más laxo de la nota de subordinación es característico de ciertas profesiones, como las sanitarias, en las cuales el servicio prestado ha de desarrollarse por el profesional de acuerdo con sus conocimientos, deduciéndose la subordinación de extremos tales como la efectiva realización de las tareas encomendadas o “cómo” llevarlas a cabo en términos de rentabilidad económica ¹¹⁵.

a) Médicos

Es trabajadora asalariada la psiquiatra cuyo cometido es el de emitir informes previos a interrupciones voluntarias del embarazo inserta en el cuadro profesional de clínica privada, que pone a su disposición el lugar, los medios humanos de auxilio en el trabajo y los medios materiales, determinando la clínica el modo en que se habrían de prestar los servicios, programándolos, siendo la clínica la que recibe el precio de los servicios por parte del paciente y quien retribuye a la psiquiatra, sin que esta última intervenga en el precio del servicio ¹¹⁶. También lo es el médico integrado en clínica privada que presta servicios médicos en el lugar, el horario, los medios e incluso –si bien indicativa y no imperativamente– el modo de trabajo programados o predispuestos por la clínica, atendiendo a pacientes, clientes de la demandada y no del facultativo, garantizándose la retribución por la clínica, que se calcula a razón de una cantidad fija por hora y estando obligado a la prestación personal de los servicios ¹¹⁷. Es asalariado el médico de empresa sometido al control y dirección de la empresa, teniendo un turno de trabajo, que con otros 3 compañeros completan las 24 horas que la fábrica permanece abierta, atendiendo a los trabajadores de la empresa, en el local y utilizando materiales de esta, sin que

¹¹⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 15 marzo 2017, rec. 1196/2016.

¹¹⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 20 septiembre 2001, rec. 3967/2009.

¹¹⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 30 junio 2016, rec. 1715/2015.

¹¹⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 24 julio 2007, rec. 4625/2006.

obste que el abono de las retribuciones se hiciera en forma de facturas ¹¹⁸. Son asalariados los médicos y ATS que prestan servicios integrados en equipo sanitario de urgencias sin que exista posibilidad de sustituciones por personal ajeno a ellos, retribuidos por unidad de tiempo con independencia del mayor o menor número de asistencias o actos médicos realizados (fijándose por la empresa según baremo), en los locales e instalaciones del hospital, con utilización de los medios materiales y personales precisos, vistiendo ropa de trabajo suministrada por el mismo y dentro de un horario de trabajo impuesto ¹¹⁹. Son trabajadores asalariados los analistas que compatibilizan el trabajo de su especialidad en el centro con otras actividades profesionales, acudiendo en horario de mañana o tarde prácticamente todos los días, localizables todo el día y a disposición del hospital, aun sin control horario, atendiendo las peticiones analíticas indicadas por otros facultativos del centro, con medios propios de este y con la colaboración de personal de laboratorio del mismo centro, que cobran cantidades mensuales fijas a modo de iguala; sin que aquella calificación quede desvirtuada por el hecho de que alguno de ellos realice ciertas analíticas en su propio laboratorio cuando los medios del hospital son insuficientes, lo que implica la confluencia y compatibilidad de un trabajo dependiente y otro trabajo autónomo para el mismo hospital, sin que la compensación económica por los servicios autónomos integren el salario ¹²⁰. Son asalariados los médicos que prestan servicios para patronato militar a cambio de una retribución fija con periodicidad mensual al margen del número de asistencias atendidas, con jornada y horario fijos, en los locales y con los medios del patronato militar, el cual imparte instrucciones sobre la forma en que deben prestarse los servicios médicos y determina las sustituciones en supuestos de enfermedad o ausencia, sin que sea óbice el que los médicos hayan firmado contratos de arrendamiento de servicios, careciendo de trascendencia la existencia de exclusividad o no y la forma de retención a efectos fiscales ¹²¹.

No es asalariada la pediatra que fija las horas que trabaja en clínica, que se limita a controlar las horas de prestación de servicios y que presta servicios similares en otras clínicas ¹²². No es laboral el médico que, aun prestando servicios para y en instalaciones de mutua, en unidad de rehabilitación cardiaca, a diferencia de los empleados de plantilla, goza de libertad horaria absoluta, atiende otros compromisos profesionales y presta servicios en otros hospitales,

¹¹⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 6 mayo 2003, rec. 3688/2002.

¹¹⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 27 diciembre 2002, rec. 3219/2002.

¹²⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 19 diciembre 2002, rec. 3105/2002.

¹²¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 15 noviembre 2012, rec. 3063/2002.

¹²² STSJ Andalucía (Sevilla) 14 septiembre 2010, rec. 379/2009.

anula y cancela cita con pacientes a su libre criterio, no ficha, no disfruta de vacaciones pagadas ni pagas extraordinarias, se encarga de cubrir sus bajas y ausencias, no recibe directrices ni instrucciones sobre cómo hacer su trabajo, no está cubierto por la póliza de responsabilidad profesional de la mutua, ni ha visto reducida su facturación en un 5 por 100 tal y como el RD 8/2010 estableció para todos los empleados del sector público¹²³. Tampoco es trabajador asalariado de entidad que colabora voluntariamente con la Seguridad Social en la gestión de la incapacidad temporal, sino personal estatutario, el médico del Servicio Público de Salud que presta servicios profesionales en el local de la entidad colaboradora (la cual pone a su disposición los medios materiales necesarios), que se puede servir de personal auxiliar a su cargo y que puede nombrar a su sustituto, aunque cobre una cantidad fija al mes, pues actúa no por cuenta de la entidad colaboradora, sino en función del deber de asistencia que tiene frente a la entidad gestora de la Seguridad Social, que le nombró¹²⁴.

b) **Odontólogos**

El trabajo de odontólogo, como el de otras profesiones, puede realizarse tanto en régimen laboral, como en régimen de ejercicio libre de la profesión. La elección entre una y otra posibilidad corresponde a ambas partes, quienes, de común acuerdo, pueden dar a la relación de servicios la configuración que tengan por conveniente¹²⁵.

Aunque gocen de un elevado grado de independencia organizativa, no son TRADE, sino asalariados, los odontólogos que prestan servicios en clínica privada que si bien disponen de un horario flexible, intervienen a los pacientes a diario de lunes a viernes, por encargo del asesor odontológico, pieza clave en estos negocios franquiciados, el cual no solo decide qué odontólogo concreto interviene en cada caso, sino también el alcance de la intervención, según el calendario anual de trabajo impuesto por la clínica, con la que negocian el disfrute de la vacaciones y aporta el material preciso para las intervenciones¹²⁶. También es asalariada la odontóloga que se sirve de la infraestructura material y personal que le proporciona la propia clínica dental, siendo esta última la que factura a los clientes, no siendo sus servicios esporádicos o por actos singulares, sino permanentes y habituales, ha sido seleccionada tras aportar su currí-

¹²³ STSJ Andalucía (Sevilla) 11 octubre 2017, rec. 3553/2016.

¹²⁴ STSJ Andalucía (Sevilla), rec. 2203/2002.

¹²⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 14 abril 2009, rec. 2703/2008.

¹²⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 20 septiembre 2001, rec. 3967/2009.

culo y superar una entrevista y es retribuida con una cantidad proporcional en función del importe de los trabajos, en sistema retributivo similar al salario a comisión ¹²⁷.

No hay contrato de trabajo, sino un contrato mixto de arrendamiento de servicios y contrato asociativo, conforme al cual el odontólogo utiliza las instalaciones, los instrumentos, el material y el personal de la empresa, que explota una conocida franquicia dental y ejerce su actividad profesional de odontólogo aprovechando parte de la clientela obtenida por la franquicia y la publicidad realizada por la misma a cambio de ceder parte de sus ingresos a la empresa y abonar una cantidad mensual por la utilización de las instalaciones, instrumental y personal, aportando, a su vez, clientes que conoce a través de su ejercicio profesional, sin estar sometido a horario, ni a directrices, que fija libremente las vacaciones y planifica la agenda de citas con la recepcionista, suspendiendo las citas unilateralmente sin necesitar permiso de la empresa, utilizando laboratorios ajenos al proporcionado por la empresa y dependiendo su retribución del número de clientes que asiste y de los pagos realizados por los mismos y dado de alta en el RETA ¹²⁸.

c) **Oftalmólogos**

No es trabajador asalariado el oftalmólogo que desempeña su actividad profesional para más de 15 entidades médicas y contrata los servicios de otro profesional que atienda las labores de pre y post operatorio de los pacientes, estando además dado de alta en el RETA ¹²⁹.

d) **Fisioterapeutas**

Son trabajadores asalariados los fisioterapeutas que prestan servicios en las instalaciones y con los medios materiales proporcionados por la clínica, careciendo aquellos de organización empresarial propia, con horario de atención a pacientes fijado por la clínica, ajenos a la captación y derivación de pacientes, debiendo seguir las indicaciones sobre el tratamiento rehabilitador a seguir por los pacientes marcadas por el médico rehabilitador que es personal

¹²⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 14 abril 2009, rec. 2703/2008.

¹²⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 19 mayo 2008, rec. 3014/2007.

¹²⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 17 octubre 2017, rec. 1698/2013.

del hospital, a pesar de que son los propios fisioterapeutas quienes gestionan sus suplencias y vacaciones ¹³⁰.

e) **ATS**

No hay contratos de trabajo, sino de arrendamiento de servicios, en el caso de varias ATS que pactaron verbalmente con la federación autonómica de natación hacerse cargo del botiquín reglamentario en piscina pública, al distribuirse las propias ATS entre ellas los turnos, horarios, licencias y vacaciones, simultaneando alguna de ellas esta actividad con otra ¹³¹.

f) **Veterinarios**

No es trabajador asalariado el veterinario que presta servicios a agrupación de defensa sanitaria ganadera, que le retribuye, encargado de desarrollar el programa sanitario, la asistencia técnica de las explotaciones de la agrupación y cumplir lo establecido en la legislación sobre las obligaciones inherentes a los veterinarios responsables de agrupaciones de defensa sanitaria ganadera, siendo el actor quien contacta directamente con los ganaderos, se organizaba el trabajo, fija las citas y decide su horario, en función de las necesidades del servicio, poniéndose de acuerdo con el otro veterinario a la hora de fijar sus vacaciones, expidiendo sus propias facturas a la agrupación, que le adelanta pagos periódicos, sin perjuicio de liquidaciones, determinados en función de las subvenciones y de las cabezas de ganado de las asociaciones y realiza su trabajo en su propio vehículo, pagando su combustible y usando su propio teléfono, facilitando las vacunas y el material sanitario la comunidad autónoma, prestando servicios al mismo tiempo para otros clientes ¹³².

X. **PERSONAL DOCENTE**

Son trabajadores asalariados los profesores de empresa de formación que realizan idéntica actividad que los contratados por ella en régimen laboral,

¹³⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 8 marzo 2017, rec. 795/2016.

¹³¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 29 noviembre 2002, rec. 3286/2002.

¹³² STSJ Andalucía (Sevilla) 30 enero 2013, rec. 24/2012.

aportando la empresa los medios y fijando horarios, programas, número de alumnos ¹³³. Es trabajador asalariado el profesor de danza que presta sus servicios para Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, siendo esta la que organiza el curso y determina su contenido, duración, lugar y tiempo de impartición de las clases, dentro de instalaciones y con el empleo de los medios materiales y recursos humanos del centro, a lo que no obsta la suscripción de contratos formalmente administrativos, alta en el RETA y emisión de facturas para el pago de los servicios ¹³⁴. No lo es la profesora que presta servicios en un programa académico cultural que recibe estudiantes extranjeros, al carecer de horario, jornada y vacaciones y ser retribuida por servicio prestado ¹³⁵. Tampoco lo es quien se compromete a impartir un curso de adiestramiento de perros en residencia canina que se rompe por discrepancias entre ella y la propietaria sobre la forma en que ha de adiestrar a los perros ¹³⁶.

XI. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN

a) **Tertulianos, comentaristas, presentadores, periodistas**

Son trabajadores asalariados los periodistas deportivos que desarrollan una jornada habitual en el centro de trabajo y utilizan los medios materiales y línea telefónica de la empresa informativa, que perciben la misma retribución incluso en el mes de vacaciones y desempeñan sus funciones a las órdenes del responsable de deportes del periódico, aunque la empresa no controle el contenido de sus artículos ¹³⁷. Es trabajador asalariado el comentarista deportivo de radio sometido a horario, que participa en varios programas de la emisora, que es la que fija los contenidos, sin que el comentarista tenga libertad para participar o no en estos programas, percibiendo por ello una retribución por colaboración, que se enmascara mediante facturas, aunque la empresa no dé instrucciones sobre el modo de realizar las crónicas ¹³⁸.

Es asalariado el realizador y presentador de programa en televisión local que no puede ser sustituido, indicando la cadena el lugar, hora de emisión y duración de los programas, que hace con materiales de la empresa y ayudado

¹³³ STSJ Andalucía (Sevilla) 9 mayo 2013, rec. 3620/2011.

¹³⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 10 enero 2018, rec. 439/2017.

¹³⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 7 marzo 2018, rec. 319/2017.

¹³⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 14 junio 2012, rec. 2468/2011.

¹³⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 21 abril 2009, rec. 381/2008.

¹³⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 12 febrero 2015, rec. 3344/2013.

por uno de los trabajadores de esta última, a la que corresponde la propiedad intelectual y los derechos de explotación, a cambio de una retribución fija mensual¹³⁹.

La mera acta de la Inspección de Trabajo en la que consta que la colaboradora participó en una única sesión de un programa de televisión a cambio de una retribución no es suficiente para declarar laboral la relación¹⁴⁰. Tampoco es asalariado el colaborador periodístico que con sus propios medios y autonomía redacta los artículos que tiene por conveniente sobre la actualidad local y los remite al periódico mediante soporte informático, siendo la empresa la que decide qué artículos publicar, sin perjuicio de ocasionalmente requerirle que cubra algún evento¹⁴¹. No es trabajador asalariado el colaborador de prensa que ofrece el trabajo al medio y lo desarrolla con plena autonomía organizativa¹⁴². No es asalariado el colaborador a la pieza o *freelance* sin exclusividad, que sin continuidad ni regularidad publica hasta 90 artículos en el periódico, sin que conste que esté sujeto a órdenes ni jornada laboral¹⁴³. No es trabajador asalariado el colaborador de medios de comunicación que carece de horario, que no hay que confundir con el hecho de que el programa tuviera que emitirse a una hora concreta, pues tiene libertad para prepararlo cuando tenga por conveniente, ni dependencia, que no existe por el hecho de que los contenidos estén limitados a temas de carácter local o comarcal, pues esta es una directriz genérica, que incluso le venía impuesta a la empresa por el contrato establecido con el ayuntamiento concesionario de la emisora de radiodifusión y de la televisión¹⁴⁴. Tampoco se considera trabajador asalariado el locutor, guionista y presentador de programa de radio municipal que no recibe instrucciones sobre el contenido de las opiniones que expresa ni sobre el contenido del programa, ni sobre los temas a debatir, ni sobre los cantantes y artistas a entrevistar¹⁴⁵. En fin, no es trabajador asalariado quien con plena autonomía, con material radiofónico y equipos de radio de su propiedad, sin sujeción a horario y sin que conste retribución gestiona una emisora de radio de cuya licencia es titular el ayuntamiento¹⁴⁶.

¹³⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 7 octubre 2010, rec. 1443/2010.

¹⁴⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 1 marzo 2018, rec. 2018/1570.

¹⁴¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 9 octubre 2014, rec. 2015/35689.

¹⁴² STSJ Andalucía (Sevilla) 30 noviembre 2001, rec. 470/2000.

¹⁴³ TSJ Andalucía (Sevilla) 19 enero 2019, rec. 477/2016.

¹⁴⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 15 septiembre 2000, rec. 3910/1994.

¹⁴⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 17 octubre 2019, rec. 1146/2018.

¹⁴⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 19 diciembre 2002, sent. 4865/2002.

b) **Reporteros gráficos**

No es *free-lance*, sino trabajador asalariado el fotógrafo que durante cinco años y medio ininterrumpidos presta servicios para ayuntamiento que le comunica de forma regular las fotografías que ha de facilitar y los acontecimientos que debe cubrir (especificando a veces el tipo de imágenes que interesan), con plena disponibilidad horaria, que no rechaza encargo alguno, que cuenta con credenciales como fotógrafo municipal, que entrega puntualmente en las dependencias municipales el material solicitado o lo transmite mediante un dispositivo electrónico propiedad del ayuntamiento, y que es retribuido mensualmente con independencia del número de encomiendas realizadas, del número de fotografías proporcionadas y del destino dado a las mismas, sin que el hecho de que la máquina de fotografías sea de su propiedad desvirtúe la laboralidad¹⁴⁷. Es trabajador asalariado el fotógrafo cuyos trabajos publicados “pasan a ser” propiedad de la empresa que adquiere los derechos de explotación, siendo esta quien le transmite las órdenes, indicándole qué noticia ha de cubrir, día y hora, sin que la falta de constancia de remuneración “excluya, como es evidente, la existencia de relación laboral, siendo más que dudosa por el contrario la prestación de servicios por el afectado a título de amistad y benevolencia respecto de una empresa periodística”, siendo común en este sector de actividad que el trabajador sea dueño de la máquina fotográfica, “puesto que la empresa solo espera el buen resultado gráfico final con independencia del material empleado, elección que normalmente quedará a la voluntad del trabajador y de sus preferencias técnicas y artísticas”¹⁴⁸. Es trabajador asalariado la reportera gráfica y redactora de agencia que recibe órdenes de trabajo casi a diario, con retribución salarial de cuantía fija por día trabajado, elección empresarial de las noticias a cubrir y tratamiento a dar, jornadas y horarios determinados, facilitación de todo tipo de medios precisos para desarrollar el trabajo, existencia y utilización de centro de trabajo por la reportera, que posee llaves, credenciales de la agencia, exclusividad y disponibilidad¹⁴⁹. En supuesto muy similar, es trabajador asalariado la reportera gráfica que hace fotografías (y algunos reportajes fotográficos) para una agencia de noticias, cubriendo una provincia, de forma habitual y cotidiana (cada mes la agencia le publica entre 30 y 65 fotos), con carné de la agencia como fotógrafo autorizado, proporcionándole la agencia pases para que pueda estar en determinados acontecimientos (corridas de toros, pases de callejón, congresos, fotografiar a

¹⁴⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 28 marzo 2019, rec. 192/2018.

¹⁴⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 22 marzo 2007, rec. 3437/2006.

¹⁴⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 17 julio 2007, rec. 4371/2006.

personalidades), siendo la agencia la que selecciona el tema, el motivo de la fotografía a realizar y el lugar donde debe de hacerse, pagándole el desplazamiento cuando ha de salir fuera de la capital, que no corre con los gastos de revelar fotos, pues normalmente lo hace en la propia agencia (y cuando no puede hacerlo en la agencia, lo hace en tiendas de fotografía pero la agencia le reintegra los gastos), que transmite las fotos desde la agencia, a la que asiste diariamente para tal transmisión, posee llaves para acceder a las oficinas y que, en ocasiones, ha de ir vestida de acuerdo con el entorno en que se desarrolla el reportaje fotográfico, siendo irrelevante que la máquina fotográfica y vehículo utilizado para los desplazamiento sean de su propiedad y que la forma de retribución sea, no por día o unidad de tiempo, sino en la denominada retribución a la pieza¹⁵⁰. También lo son los fotógrafos de periódico que carecen de facultad de organizar su trabajo, haciéndolo la empresa, la cual adquiere la propiedad de las fotografías, que aparecen frente a tercero como fotógrafos del periódico, que perciben una retribución mensual fija incluso durante las vacaciones y se rotan durante los turnos junto con los fotógrafos de plantilla, sin que la laboralidad quede desvirtuada por los términos de los contratos escritos, el alta en el RETA, la propiedad de las cámaras ni el margen de libertad en la ejecución del trabajo¹⁵¹.

Sin embargo, no es trabajador asalariado el reportero gráfico que no acude regularmente al centro de trabajo, ni tiene horario, que organiza los reportajes de forma autónoma utilizando sus propios medios, decide qué encargos realizaba y cuáles no, y –lo más importante– percibe la mitad del precio de venta del reportaje obtenido por la agencia¹⁵². Tampoco lo es la fotógrafa que, cubriendo diversas facetas de la actividad periodística de un grupo de diarios, preferentemente de carácter local, desde el inicio de la relación disfruta de plena libertad para realizar o no las tareas de reportajes gráficos que los diarios le indican, teniendo estos plena libertad para publicar o no las fotografías y artículos gráficos elaborados por la fotógrafa, que no dispone de lugar de trabajo en las dependencias de los periódicos, ni recibe de ellos instrumento alguno para la materialización de los reportajes gráficos, ni emplea material propiedad de los demandados para verificar los mismos, ni se le cubre gasto alguno en que incurre para la obtención de materiales y aparatos con que realizar sus reportajes, que no acude a las dependencias de los diarios para hacerles llegar los reportajes gráficos sino que los remite por otros conductos¹⁵³.

¹⁵⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 9 septiembre 2003, rec. 823/2003.

¹⁵¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 5 octubre 2017, rec. 3155/2016.

¹⁵² STSJ Andalucía (Sevilla) 17 marzo 2009, rec. 2236/2008.

¹⁵³ STSJ Andalucía (Sevilla) 2 diciembre 2009, rec. 392/2000.

c) **Gabinetes de prensa**

Es trabajador asalariado el periodista en gabinete de prensa de Consejería autonómica que presta servicios en las dependencias y con los medios materiales de la Consejería (ordenadores, correo corporativo, acceso a internet e intranet), vacaciones coordinadas con el resto del personal, con número de teléfono corporativo, clave de acceso al sistema informático interno de la consejería y extensión telefónica propia, autorización de aparcamiento, con el mismo horario y jornada que el resto de trabajadores del centro (si bien sus entradas y salidas no eran registradas a través del sistema de control de entradas, aunque sí debía firmar en una hoja a la entrada y a la salida) y sometido a los mismos superiores, con mesa propia (ubicada junto al resto del personal laboral y funcionario de la Delegación), y se le ofertan cursos de formación por la Consejería¹⁵⁴.

No es personal laboral, sino eventual de confianza, del artículo 12 del EBEP, el jefe de gabinete de prensa de Ayuntamiento, ya que sus funciones no están relacionadas con tareas ordinarias y permanentes dentro de la actividad del Ayuntamiento demandado y propias de la relación laboral, sino funciones de asesoramiento especial y de confianza, incumbiéndole en su indicada condición de jefe del Gabinete de Prensa la asistencia y el asesoramiento a los miembros del equipo de gobierno en la planificación y gestión de la política informativa municipal ordinaria y extraordinaria hacia los medios de comunicación, de acuerdo con criterios de oportunidad y con reserva y confidencialidad de la información que maneja, coordinando la elaboración de comunicados, notas de prensa y argumentarios para los responsables políticos, lo que, si bien no exige la afiliación al partido que le ha nombrado, sí requiere la existencia de afinidad y confianza con las personas a las que asiste y asesora¹⁵⁵.

XII. COMERCIALES, AGENTES, VENDEDORES

a) **Vendedores y comerciales**

Es laboral la relación entre empresa inmobiliaria y vendedoras a comisión que realizan su actividad acudiendo a diario a oficina de venta de la que no soportan gasto alguno, bajo las instrucciones y horario de venta impuestas

¹⁵⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 23 noviembre 2016, rec. 61/2016.

¹⁵⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 14 diciembre 2017, rec. 3618/2016.

por aquella ¹⁵⁶. Es trabajador asalariado el comercial que, aunque tenga una retribución variable, tiene garantizada una retribución fija, independiente de los resultados que obtenga, abonándole la empresa los gastos de desplazamiento, alojamiento y manutención ¹⁵⁷. La mera aportación de vehículo propio no constituye una “infraestructura productiva y material propios” necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, no siendo TRADES sino trabajadores asalariados, los vendedores de libros a los que la empresa entrega catálogos, material y folletos divulgativos e informativos, fundamentales para la captación de clientes, acudiendo los vendedores casi todos los días a la sociedad a recoger los listados de personas a visitar, con frecuentes reuniones a primera hora en la oficina y realizando aquella un previo filtro de solvencia sobre tales clientes, sometidos a un jefe de equipo y otro de zona, con quien resuelve las incidencias, no dependiendo su retribución –al menos en lo fundamental– del éxito de las operaciones, toda vez que únicamente respondían de la devolución del 10% de la comisión que se les hubiera asignado en el caso de impagos, lo cual es compatible con un sistema de comisiones de un trabajador por cuenta ajena, sin que el hecho carecer de puesto físico dentro de las instalaciones de la sociedad tenga trascendencia, ya que su trabajo se realizaba básicamente en la calle ¹⁵⁸. Es laboral la relación comercial consistente en el mantenimiento de la página web del hostel, realizando además tareas de ayudante de recepción en horarios fijados por la empresa, alternándose con otros trabajadores, en distintos turnos, encargándose de las labores propias de esa categoría, realizando diversas gestiones sobre las necesidades del hostel (por ejemplo, sobre las existencias de productos para el desayuno de los clientes) ¹⁵⁹.

Estamos ante una relación laboral especial de representante de comercio y no mercantil de agencia, cuando el intermediario tiene clientes fijos asignados por su empleador, su comisión es del 3 por 100 sobre las operaciones en las que interviene y se obliga a realizar la actividad siguiendo las instrucciones del empresario, a suministrar al empresario noticias inmediatas sobre la realización de las operaciones, así como las circunstancias que puedan afectar a su ejecución, a mantener informado al empresario sobre su actividad dirigida a la promoción de operaciones, así como las circunstancias que puedan afectar a la clientela y a la situación de la empresa en el mercado y dar a conocer al empresario las otras empresas a las que preste sus servicios y a obtener la autori-

¹⁵⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 11 marzo 2008, rec. 1242/2007.

¹⁵⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 5 marzo 2015, rec. 184/2014.

¹⁵⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 11 junio 2015, rec. 2187/2014.

¹⁵⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 5 septiembre 2019, rec. 1540/2018.

zación de aquel para asumir nuevos compromisos con terceros, aunque no tenga despacho, ni utilice los medios materiales de la empresa y compatibilice esa relación con otras ¹⁶⁰.

No son trabajadores asalariados los vendedores de refrescos en la playa que realizan la actividad los días que quieren, sin sujeción a horario ni jornada, ni a órdenes, si bien devolvían el producto no vendido, liquidándoseles por día a cada uno el 33 por 100 de la recaudación obtenida ¹⁶¹. No es trabajador asalariado la representante de productos de la empresa que se obliga a visitar periódicamente médicos, farmacéuticos y mayoristas de especialidades farmacéuticas en los municipios o plazas que la empresa le indica, pero con iniciativa y autonomía para programar las visitas, las fechas y la duración de las visitas según su criterio personal, habiéndose pactado que los gastos de licencia fiscal y de seguridad social del personal que pudiera haber contratado, fuesen a su cargo, corriendo también de su cuenta los desplazamientos, las averías o las reparaciones del vehículo, las dietas o los suplidos, que se entendían incluidos en las comisiones ¹⁶².

No es trabajador asalariado el intermediario que coloca en el mercado cursos impartidos por la empresa sin asistir a centro de trabajo concreto, si bien ello no era necesario, ni se somete a horario ni jornada concreta, sino que trabaja los días que quiere y decide las provincias donde desarrolla su actividad, donde la empresa le concierta las visitas a realizar, sin que esté obligado a realizar todas ellas, decidiendo él cuándo disfrutar sus vacaciones, mandando el intermediario a la empresa a comienzos de cada mes un correo con los días y zonas por él elegidos, para que desde la central de la empresa se seleccionen y concierten las visitas con potenciales clientes, sobre cuya ejecución y resultado debe informar, para calcular su retribución, sin que deba cumplir unos objetivos mínimos, siendo irrelevante que la empresa ponga a su disposición algunos medios materiales, como teléfono y cuenta de correo electrónico ¹⁶³.

b) Contrato de agencia

Conforme al artículo 9 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de Agencia, es obligación del agente la de desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones recibidas del mismo, es decir, el agente debe estar

¹⁶⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 13 octubre 2010, rec. 1473/2010.

¹⁶¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 25 abril 2019, rec. 265/2018.

¹⁶² STSJ Andalucía (Sevilla) 8 junio 2007, rec. 3970/2006.

¹⁶³ STSJ Andalucía (Sevilla) 14 diciembre 2017, rec. 3628/2016.

sometido a unas pautas de actuación mínimas y rendir cuentas de su gestión, sin que este hecho califique como laboral su relación con la empresa, al estar facultado para organizar autónomamente su actividad profesional, en orden al horario, distribución de la jornada, vacaciones, itinerarios y régimen de visitas a los clientes¹⁶⁴. El hecho de facilitar al comisionista el nombre y la dirección de los clientes, los artículos que consumen y las condiciones de descuento en el precio y dar instrucciones sobre la gestión del cobro de las facturas, no es significativo a efectos de acreditar la existencia de dependencia laboral, ya que la independencia del agente no puede ser interpretada como una absoluta y total libertad y autonomía para la realización de la actividad de intermediación, al margen de cualquier orden, instrucción y control de la empresa por cuenta de la que se actúa¹⁶⁵. No es trabajador asalariado el agente comercial que se limita a buscar clientes para la empresa, con arreglo a su libre criterio, sin sujeción a jornada u horario de trabajo y sin más obligación que la de comunicar el precio de los productos, siendo la empresa la que hace los cobros en la mayor parte de las ocasiones, sin que conste que reciba una retribución mensual fija y sí, en cambio, una comisión sobre el importe de la venta efectuada, ni tampoco que se dedique en exclusiva a la venta de los mismos, ni que la toma de vacaciones sea autorizada por la empresa, sin perjuicio de percibir determinados abonos en concepto de gastos de transporte¹⁶⁶. El hecho de que la empresa facilite un listado de clientes que acceden a la información de los productos a través de la web para que el agente contacte con ellos no puede considerarse como la impartición de órdenes propias de un empresario, sino un medio para facilitar la labor comercial¹⁶⁷. La enseñanza por parte de la empresa de técnicas de venta no implica laboralidad de la relación, ya que es normal que la misma informe al agente de comercio de las características de los productos que tiene que comercializar, así como la imagen de marca¹⁶⁸.

c) Agentes de seguros

Aunque las partes no lleguen a suscribir un contrato de agencia, si el contenido obligacional del contrato que liga a las partes se ajusta al del contrato de agencia de seguros, ha de estarse a la realidad, que es la propia de la

¹⁶⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 1 abril 2008, rec. 2239/2007.

¹⁶⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 5 noviembre 2002, rec. 1567/2002.

¹⁶⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 27 septiembre 2018, rec. 3057/2017.

¹⁶⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 7 diciembre 2011, rec. 857/2011.

¹⁶⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 7 diciembre 2011, rec. 857/2011.

mediación de seguros y reaseguros y, conforme a lo previsto en el artículo 2.1 de la Ley 26/2006, entenderse como tales “aquellas actividades consistentes en la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro o de reaseguro, o de celebración de estos contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro”, resultando por tanto de aplicación la exclusión determinada por el artículo 10.2 de la Ley 26/2006, conforme al cual el contrato de agencia de seguros tendrá siempre carácter mercantil¹⁶⁹. El hecho de que en la producción de seguros se hayan utilizado medios materiales y personal administrativo de la entidad aseguradora, con presencia diaria en el centro de la misma –aunque no consta sujeción a jornada y horario–, no altera la naturaleza mercantil del vínculo del agente de seguros¹⁷⁰. El hecho de que la cartera de clientes sea del agente de seguros pone de manifiesto que no es laboral¹⁷¹. No es laboral, sino agente de seguros, quien intermedia en la promoción de seguros con terceros, percibiendo a cambio unas comisiones, sin horario, pudiendo organizar su actividad como estime oportuno, teniendo carácter accesorio alguna puntual participación en la captación de agentes y la utilización también puntual de medios materiales de la empresa¹⁷². Las funciones de reclutamiento, entrenamiento, supervisión y motivación de agentes tienen carácter accesorio o instrumental para el desarrollo de la actividad principal de agente de seguros, que no queda desvirtuada, cuando quien lo hace, jefa o responsable de la producción de seguros de vida y asistencia médica, percibe comisiones, no solo por la producción propia, sino también por la de los agentes entrenados y supervisados, responsabilizándose del ingreso de todas las cantidades percibidas y de la actividad de los agentes adscritos a su agencia¹⁷³. El hecho de que la producción se haya realizado utilizando medios materiales y personal administrativo de la demandada y con presencia diaria en un centro de la misma no altera el carácter mercantil del vínculo, pues, aparte de que estos datos no son suficientes para establecer la existencia de una forma limitada de dependencia –la utilización a diario de un local y otros medios de la empresa no implica necesariamente sujeción a jornada y a horario–, la exclusión que se contempla

¹⁶⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 7 julio 2015 (rec. 1827/2014), en supuesto en que la agente está obligada a contactar con potenciales clientes, explicar el resultado de sus gestiones, utilizar la oficina conforme a las instrucciones de la empresa, asistir a reuniones de formación e intervenir desde el mes de julio en un sistema de guardias y disponía de tarjeta comercial a su nombre y de dirección de correo email facilitados por la entidad.

¹⁷⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 4 febrero 2016, rec. 218/2015.

¹⁷¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 30 mayo 2018, rec. 1157/2018.

¹⁷² STSJ Andalucía (Sevilla) 23 mayo 2008, rec. 2978/2007.

¹⁷³ STSJ Andalucía (Sevilla) 9 junio 2000, rec. 1521/2000.

en el art. 17.1 del RDLeg 1347/1985 y en el art. 7.1 de la Ley 9/1992 puede tener carácter constitutivo¹⁷⁴.

Frecuentes son los casos en que se plantea la duda de si existe una única relación o si se puede estar vinculado a la empresa por una doble relación, una de tipo laboral, realizando funciones de tipo organizativas y percibiendo el correspondiente salario y otra, de carácter mercantil, prestando sus servicios como agente de seguros y percibiendo las comisiones pactadas. Esta cuestión ha sido ampliamente debatida en la jurisprudencia y ha dado lugar a pronunciamientos de distinto signo, dependiendo de cada caso concreto. Existe una única relación, de naturaleza laboral, de quien en su día suscribió un contrato de trabajo con las funciones de seleccionar y preparar un grupo de agentes de seguros, formarlos, acompañarlos en sus primeras actuaciones, coordinar y supervisar su trabajo, resolver incidencias y controlar las liquidaciones de cartera de los clientes captados a través de dicho equipo y, a la vez, celebró un contrato de agencia de seguros, si bien dicho trabajador no ha formalizado pólizas de seguros, percibiendo como emolumentos una retribución fija mensual y unos incentivos variables en función del cumplimiento de objetivos fijados anualmente, abonándose los mismos en función de las ventas formalizadas por su equipo de agentes¹⁷⁵.

XIII. DISTRIBUIDORES, REPARTIDORES Y TRANSPORTISTAS

A los efectos de la exclusión explicitada en el artículo 1.3 g) ET, según el cual “se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador”, la frontera entre el trabajo autónomo como transportista y la misma realidad llevada a cabo por cuenta ajena con vehículo propio, viene fijada, a la luz de las normas por las que aquellas autorizaciones se rigen, por la “MMA” o masa máxima autorizada,

¹⁷⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 9 junio 2000, rec. 1521/2000. Lo que caracteriza al agente afecto frente al corredor de seguros es una mayor intensidad de la vinculación con la entidad aseguradora que, según el preámbulo de la Ley 9/1992, los integra en la red de distribución exclusiva de estas entidades y configura su actuación como una apariencia de prolongación de la entidad aseguradora a la que se encuentran vinculados.

¹⁷⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 19 octubre 2019, rec. 2237/2004.

que se determina por suma del peso del propio vehículo y el de la carga; no por la exclusiva “tara”¹⁷⁶. La mera titularidad del vehículo y de la autorización administrativa para su utilización es requisito suficiente para excluirle del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores y calificar su relación como mercantil¹⁷⁷. Es doctrina judicial que cuando el vehículo propio utilizado para el transporte no precisa autorización por ser de peso máximo autorizado inferior a 2 toneladas, no opera la exclusión automática de la laboralidad operada por el reformado artículo 1.3 g) ET, sino que en tales casos habrá de analizarse si se dan las notas del artículo 1.1 ET¹⁷⁸. No es trabajador asalariado el propietario de dos vehículos de hasta 3.500 kg y titular de autorización administrativa como transportista que se dedica al reparto de pequeña paquetería y palés “y ello aun cuando la prestación de servicios pudiera entenderse dotada de características propias de la relación laboral”¹⁷⁹.

Por lo general, el mensajero con vehículo propio es laboral, debido al limitado valor económico del medio de transporte¹⁸⁰, pero no lo es quien tiene autorización para hacerse sustituir en el trabajo y de hecho delega en un cuñado¹⁸¹. El hecho de que, durante algún tiempo, el mensajero fuera propietario de un vehículo de alto tonelaje no abre una especie de paréntesis como trabajador autónomo durante ese tiempo, cuando no consta que el mismo utilizase tal vehículo y autorización en el servicio¹⁸².

El hecho de que el camión ostente los logotipos de la empresa o que el actor use un uniforme proporcionado por la misma o una cámara fotográfica para documentar los desperfectos, es insuficiente para calificarle de trabajador asalariado, ya que tales datos no desvirtúan el dato de que es el titular de la empresa que organiza su trabajo autónomamente; más aun, si la empresa está comprometida a recuperar la pintura original del vehículo en caso de cese de la relación entre las partes¹⁸³.

El hecho de que el transportista trabaje personalmente en el servicio no convierte su relación en laboral¹⁸⁴. El hecho de que los transportistas constituyan una cooperativa en nada perturba la excepción de la letra g) del artículo 1.3

¹⁷⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 18 mayo 2016, rec. 1671/2015.

¹⁷⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 15 septiembre 2009, rec. 307/2009.

¹⁷⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 29 enero 2002, rec. 2530/2001. En el mismo sentido, STSJ Andalucía (Sevilla) 23 enero 2007, rec. 2365/2006.

¹⁷⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 7 junio 2017, rec. 2123/2016.

¹⁸⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 29 enero 2002, rec. 2530/2001.

¹⁸¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 29 enero 2002, rec. 2530/2001.

¹⁸² STSJ Andalucía (Sevilla) 29 enero 2002, rec. 2530/2001.

¹⁸³ STSJ Andalucía (Sevilla) 15 septiembre 2009, rec. 307/2009.

¹⁸⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 15 septiembre 2009, rec. 307/2009.

ET¹⁸⁵. El hecho de que el transportista preste servicios para un único empresario no convierte su relación en un contrato de trabajo, al no desarrollar su actividad dentro del ámbito de dirección y organización con ese empresario¹⁸⁶. Las funciones consistentes en el transporte de mercancías, reparto, recogida de devoluciones y cobro de las publicaciones son tareas propias de los contratos de transporte y no desnaturalizan el carácter mercantil de la relación¹⁸⁷.

No es trabajador asalariado el esposo que, continuando la explotación de la empresa familiar, desarrolla su actividad utilizando los vehículos de titularidad de su esposa, reparte las mismas revistas que esta, mantiene idéntica forma de retribución, lleva uniforme de la empresa de mensajería y las furgonetas llevan el mismo anagrama que cuando la titular era su esposa y los gastos de seguros, combustibles, reparaciones, mantenimiento y coste de adquisición de los vehículos corre a cargo de la empresa familiar, sin concreción ni control de horario y jornada por parte de la empresa, asumiendo los gastos propios de la actividad y sin que existiera continuidad en la prestación personal del servicio, pues las facturas acreditan distintos días de trabajo según los meses¹⁸⁸.

XIV. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

Abundantísimas son las sentencias que analizan las diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo. Mientras que en el primero lo contratado es una prestación de actividad, en el segundo lo es un resultado¹⁸⁹, si bien con el tiempo el legislador admitió la posibilidad de contratación administrativa de una actividad en sí misma, sin vinculación a un resultado concreto (art. 10 LCSP 2007 y 2011). Ello obliga a atender no al tipo de trabajo realizado, como durante mucho tiempo ocurrió, sino a cómo se realiza la actividad, es decir, a si de dan o no los requisitos de laboralidad del artículo 1 ET¹⁹⁰. Con frecuencia, la Administración ha acudido indebidamente a contratos de consultoría y asistencia técnica¹⁹¹; otras, a contratos para la realización de trabajos

¹⁸⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 21 marzo 2019, rec. 877/2018.

¹⁸⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 15 septiembre 2009, rec. 307/2009.

¹⁸⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 21 marzo 2019, rec. 877/2018.

¹⁸⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 23 enero 2007, rec. 2365/2006.

¹⁸⁹ Entre otras muchas, SSTS Andalucía (Sevilla) 10 enero 2013 (rec. 809/2012), 3 octubre 2012 (rec. 3529/2011), 9 noviembre (rec. 543/2011), 18 octubre (rec. 480/2011) y 22 julio 2011 (rec. 138/2011).

¹⁹⁰ Muchas son las sentencias de este tipo, que hemos recogido en los restantes apartados, a los que remitimos.

¹⁹¹ Por ejemplo, entre otras muchas, SSTSJ Andalucía (Sevilla) 3 junio (rec. 1601/2014) y 29 enero 2015; 18 (rec. 1757/2013), 24 mayo (rec. 1135/2013), 3 abril (rec. 796/2013) y 23 enero 2014 (rec. 119/2013).

específicos y concretos no habituales¹⁹². No procede la contratación laboral cuando se trata de puestos de confianza¹⁹³.

XV. ACTIVIDADES DE ALTERNE Y SIMILARES

Son asalariadas las camareras de alterne o captadoras de clientes que perciben una remuneración por parte del titular del local consistente en el 80 por 100 del precio de las consumiciones, llevando este un control específico de las mismas mediante la entrega de una ficha por cada consumición, efectuando la liquidación al final de la jornada, realizándose la actividad en el horario establecido por el mismo (jornada completa, de las 21:00 a las 5:00 horas) y en el local que regenta su esposa, sin que la circunstancia de que la ocupación de camarera de alterne no aparezca recogida en la Clasificación Nacional de Ocupaciones del Instituto Nacional de Empleo tenga relevancia alguna¹⁹⁴. También lo es la camarera de club de alterne que bajo similar mecanismo y situación es retribuida con el 50 por 100 de las consumiciones del club¹⁹⁵. Sin embargo, no se han considerado trabajadores asalariados a las captadoras de clientes-camareras de alterne que ejercen habitualmente la prostitución con los huéspedes de un hotel, al que abonan los importes correspondientes de hospedaje y manutención, permitiendo que ejerzan dicha actividad en las habitaciones ocupadas, aunque durante el horario de apertura del bar-cafetería (entre las 18 o 19 horas y las 4 a 6 de la madrugada) deambulan por las instalaciones intentando conseguir ser invitadas por los clientes que acuden al local, percibiendo un 50% del precio de la consumición realizada, para lo cual el camareero les entrega una ficha que al final de la jornada es canjeada por el importe correspondiente según el color de aquella, pues en este caso se ha entendido que no hay sumisión a horario ni jornada¹⁹⁶.

¹⁹² Como en SSTSJ Andalucía (Sevilla) 7 abril 2000 (rec. 2224/1999) o 25 septiembre 2014 (rec. 2116/2013); supuesto de contratación administrativa correcta, en STSJ Andalucía (Sevilla) 31 enero 2013 (rec. 911/2012).

¹⁹³ SSTSJ Andalucía (Sevilla) 14 diciembre (rec. 3618/2016) y 6 septiembre 2017 (rec. 2810/2016), 12 abril 2011 (rec. 3426/2010) y 22 octubre 2009 (rec. 652/2009).

¹⁹⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 4 diciembre 2003 (rec. 2026/2003), con un voto particular que niega la existencia de relación laboral, por nulidad del contrato, debido a la existencia de causa ilícita, toda vez que las camareras de alterne también ejercían la prostitución en dicho local, cuyo titular facilitaba a cambio de una cantidad.

¹⁹⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 24 marzo 2011, rec. 2847/2009.

¹⁹⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 23 julio 2003, rec. 1700/2003.

XVI. VARIO

No es una relación “a la par”, sino laboral, de empleada al *servicio del hogar familiar*, la prestada en casa de persona mayor para su cuidado, durante los fines de semana y festivos, a cambio de un salario de unos 750€ mensuales, sometida a un horario¹⁹⁷.

No es trabajador asalariado el especialista en *venencia de vinos* que de vez en cuando (7 ocasiones en los últimos 6 meses) es contratado por empresa organizadora de eventos para venenciar vino en actos concretos, a los que acude con vehículo, venencias, barril y traje de su propiedad, aportando la empresa de eventos el vino y los vasos de plástico, percibiendo en cada ocasión 10.000 ptas.¹⁹⁸.

No se declaran laborales los servicios como *fiscal de juzgado de paz*, al nada haberse acreditado sobre el contenido de la prestación, forma de llevarla a cabo, dedicación, jornada, horarios, ni persona, entidad u organismo de quien recibir instrucciones¹⁹⁹.

No es contrato de trabajo el acuerdo verbal con varias personas para *desmontar una caseta*, participándoles que, una vez que terminaran, cada uno de ellos percibiría unos 70 euros, al no constar si dicho desmontaje se hacía o no recibiendo instrucciones precisas y órdenes de trabajo, si estaban sometidos a la disciplina de quien les encargó el desmontaje y si podían autoorganizarse o no²⁰⁰.

No es trabajador asalariado el operario de la *construcción* contratado por diversos cabezas de familia para la realización de obras en la piscina y en el cuarto de baño del chalé de uno, la realización de trabajos en el lavadero y cuarto de baño del domicilio de otro y la realización de trabajos de alicatado y solado en el patio de la casa del tercero²⁰¹. Ni lo hay cuando el albañil se obliga a un resultado, al tener que entregar la obra tal y como había sido contratada, auxiliándose de otros trabajadores, ser retribuido por la parte de obra realizada y no por el tiempo de trabajo, que deja de ser retribuido debido a la defectuosa ejecución de la obra (lo que evidencia la falta de ajenidad) y no está sometido a una jornada laboral predeterminada, ni a horario, ni consta que trabaje en exclusividad para el cabeza de familia que encargó la obra²⁰². Tam-

¹⁹⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 17 enero 2017, rec. 776/2012.

¹⁹⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 23 marzo 2000, rec. 3419/1998.

¹⁹⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 11 noviembre 2010, rec. 3125/2009.

²⁰⁰ STSJ Andalucía (Sevilla) 25 enero 2017, rec. 425/2016.

²⁰¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 18 marzo 2010, rec. 1338/2009.

²⁰² STSJ Andalucía (Sevilla) 9 septiembre 2003, rec. 3481/2002.

poco lo es el albañil que realiza trabajos esporádicos de albañilería consistentes en la reparación de un pilar y la reconstrucción de una arqueta, percibiendo una remuneración contra la presentación unas veces de factura –y otras de palabra– en las que se hace constar el número de horas trabajadas, acude a su trabajo sin horario fijo, no solicita permiso para ausentarse, simultanea su actividad con prestaciones de servicios para otros y se compromete a la entrega de la obra encomendada, aportando los materiales comprados por él o por la demandada a instancias suya, llevando tanto a otros trabajadores de requerirlo la obra como las máquinas²⁰³.

No puede ser considerado trabajador asalariado el mero *compañero sentimental* de trabajadora cuando tan solo se prueba que convive con ella en una cochera destinada a almacenar útiles para la explotación, con expreso consentimiento del empleador de su pareja, sin que la circunstancia de que recibiese en la finca el correo acredite que esté en el inmueble prestando servicios, ni tampoco se haya probado que ya estuviese en este antes de la contratación por el empresario de su compañera sentimental²⁰⁴.

No es trabajador asalariado quien al acudir a una *entrevista de trabajo* en una taberna se quema y accidenta²⁰⁵.

Ni lo es quien verbalmente se compromete a prestar *servicios de limpieza en zonas comunes* de un edificio a cambio de 1.000 ptas. por cada hora de trabajo, lo que viene haciendo de lunes a viernes, de 8 a 12 horas, toda vez que no es controlada en la realización del servicio y a veces es sustituida por un familiar²⁰⁶.

Es asalariada la peluquera que presta sus servicios los jueves por la tarde y todo el viernes (doce horas semanales) dentro del espacio destinado a *peluquería en residencia de ancianas*, que pone a su disposición toallas, mobiliario, enseres, agua y luz; aportando la peluquera materiales de menor entidad como tintes o champús, cobrando por los servicios concretos llevados a cabo y, aunque gozaba de amplia libertad organizativa en función del número de clientas semanales, la residencia se reserva el derecho de supervisar el funcionamiento del servicio y su eficiencia, pudiendo adoptar decisiones y dictar instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada²⁰⁷.

²⁰³ STSJ Andalucía (Sevilla) 14 febrero 2008, rec. 1007/2007.

²⁰⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) 10 enero 2008, rec. 1060/2007.

²⁰⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 7 noviembre 2013, rec. 89/2012.

²⁰⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 11 julio 2003, rec. 1496/2003.

²⁰⁷ STSJ Andalucía (Sevilla) 16 julio 2018, rec. 2835/2017.

También lo es el *vigilante nocturno* en obra de la construcción que, según acta de la Inspección de Trabajo que nadie ha desvirtuado, cumple un horario desde las 20 o 21 horas hasta las 7,30 horas²⁰⁸.

Los *trabajos de colaboración social* que la entidad gestora de la Seguridad Social puede exigir a los perceptores de prestaciones por desempleo no implican la existencia de relación laboral con el desempleado, sin que el eventual incumplimiento de algunas normas modifique esa naturaleza²⁰⁹.

²⁰⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) 24 enero 2018, rec. 3644/2016.

²⁰⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 13 julio 2001, rec. 1971/2001.

CAPÍTULO VIII

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

SARA ALCÁZAR ORTIZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza

RAFAEL ÁLVAREZ GIMENO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza

ÁNGEL LUIS DE VAL TENA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.* a) Trabajo autónomo. b) Trabajo no remunerado. b.1) Voluntariado. b.2) Trabajos familiares.- b.2.1) Inexistencia de relación laboral. b.2.2) Existencia de relación laboral.- II. *Actividades sindicales y políticas.*-III. *Trabajo a domicilio.*-IV. *Socios, administradores, directores.* 4.1 Existencia de relación laboral. 4.2 Inexistencia de relación laboral.-V. *Cooperativistas.* 5.1 Cooperativa.- 5.2 Cooperativas de trabajo asociado. 5.3 Sociedad cooperativa limitada de servicios profesionales.-VI. *Relaciones con causa formativa.*-VII. *Actividades deportivas.*-VIII. *Espectáculos públicos.*-IX. *Profesiones liberales.*-X. *Personal sanitario.*-XI. *Personal docen-*

te.—XII. *Profesionales de la comunicación.*—XIII. *Comerciales, agentes y vendedores.*—XIV. *Distribuidores, repartidores y transportistas.*—XV. *Servicios prestados a la Administración.*—XVI. *Actividades de alterne y similares.*—XVII. *Varia.* a) Encuestadores. b) Servicios en el hogar familiar.

I. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD

a) **Trabajo autónomo**

No concurren los requisitos del artículo 1.1 ET y se está ante trabajo autónomo, en el caso de un reportero gráfico que había constituido con otra persona una sociedad, de la cual era administrador único, con la cual contrataba RTVE la prestación de servicios de grabación de imágenes y sonido para programas y reportajes, cobertura de noticias y grabaciones de informativos, propios de un reportero gráfico, facturando mensualmente dicha empresa los servicios prestados a RTVE, no prestando el reportero servicios exclusivamente para RTVE, utilizando medios de su propiedad e incluso rechazando en alguna ocasión prestar los servicios solicitados por RTVE¹. Tampoco se reúnen estos requisitos, sobre todo la nota de dependencia, cuando unos encofradores constituyen una sociedad civil para realizar todo tipo de trabajos de albañilería y coordinación de obras de construcción, suscribiendo contratos con empresas, por los cuales cobran por metros de encofrado, no estando sometidos a jornada ni horario, constando en el contrato que debían aportar las herramientas necesarias y no estando sometidos al ámbito de organización y dirección de la empresa con la que contrataban².

Un contrato de colaboración industrial no es un contrato de trabajo, al no existir la dependencia y ajenidad, estando dado de alta el sujeto en el IAE, facturando mensualmente a la empresa con retención de IVA, utilizando su propia ropa, herramientas y elementos de trabajo, no fichando al entrar y al salir del centro de trabajo y contando incluso con un Servicio de Prevención Propio³.

Estamos ante un contrato mercantil en el caso de un agente comercial a comisión, que responde del buen fin de la operación, pues, aunque la sociedad establezca instrucciones sobre la realización del encargo —como fijación de precios o condiciones de entrega de las mercancías—, ello no implica por sí mismo que estemos en el marco de una relación laboral; en el contrato, ade-

¹ STSJ Aragón 9 abril 2008 (rec. 227/2008).

² STSJ Aragón 26 noviembre 2003 (rec. 988/2003).

³ STSJ Aragón 8 mayo 2003 (rec. 345/2003).

más, se subrayaba la autoorganización profesional del mismo, fijando este el tiempo dedicado a la actividad, utilizando sus medios de transporte, abonando todos sus gastos y manteniéndose de alta en el RETA⁴.

Un montador es un trabajador autónomo al no estar sometido, ni siquiera de forma flexible, a la esfera organicista y rectora de la empresa, ni a jornada ni horario, autoorganizando su actividad con total libertad, no disfrutando ni de permisos ni de vacaciones por cuenta de la empresa, emitiendo facturas a la empresa, la cual no le pagaba ni gastos, ni suplidos, ni indemnizaciones, por los desplazamientos realizados y sin existir control de su actividad por parte de la empresa⁵.

El mantenimiento de la red de cobre de una central telefónica se considera trabajo autónomo al no existir dependencia ni ajenidad, pues los sujetos tenían libertad para cumplir el encargo, no estaban sujetos ni a jornada ni a horario, autoorganizaban su actividad, aportaban su propio material, no llevaban identificación externa o marca de la empresa que les había realizado el encargo y se les retribuía en función de los resultados conseguidos⁶.

b) Trabajo no remunerado

B.1.) VOLUNTARIADO

La acción de voluntariado social, en concreto la colaboración en programas de acogimiento de menores en institución dedicada a dicho fin, constituye una relación de voluntariado, que se rige por las normas de solidaridad y gratuidad, no siendo una relación laboral, que es remunerada⁷.

B.2.) TRABAJOS FAMILIARES

b.2.1.) *Inexistencia de relación laboral*

No se está ante una relación laboral cuando una persona suscribe varios contratos temporales con la empresa de su esposo, con el que convive, aunque en régimen matrimonial de separación de bienes, se afilia y se da de alta en el

⁴ STSJ Aragón 13 junio 2002 (rec. 441/2002).

⁵ STSJ Aragón 27 marzo 2013 (rec. 106/2013).

⁶ STSJ Aragón 19 febrero 2019 (rec. 17/2019). En el mismo sentido, para instaladores de redes de telefonía, STSJ Aragón 4 diciembre 2018 (rec. 666/2018).

⁷ STSJ Aragón 27 julio 2001 (rec. 648/2019).

Régimen General de la Seguridad Social, no expidiéndose nóminas, cuando no hay demostración de prestación real de servicios en la empresa ⁸.

Tampoco existe relación laboral entre una pareja de hecho que lleva un bar en común, aunque el sujeto aparezca ante proveedores como persona de contacto, no existiendo nóminas ni pagos, pues los beneficios de la explotación del bar se incorporan al acervo material de la pareja. Existe un fondo común de intereses y riesgos, que excluye la relación de trabajo dependiente ⁹.

No es relación laboral la que existe entre la cónyuge del socio de una sociedad, el cual cuenta con la totalidad de las participaciones sociales tras haber disuelto un régimen económico matrimonial de consorcio aragonés, para pasar a un régimen conyugal de separación de bienes y, al día siguiente de dicha operación, ser contratada la actora por la sociedad a través de un contrato de trabajo, solicitándose posteriormente una prestación de desempleo ¹⁰.

No existe relación laboral cuando, en una sociedad constituida por un matrimonio, sus hijas y sus yernos, se contrata a uno de ellos, a través de una contratación laboral aparente, creada, entre otras finalidades, para la obtención de una prestación de desempleo ¹¹.

Tampoco existe relación laboral de la cónyuge del administrador de la sociedad, cuando no hay sometimiento al ámbito rector y disciplinario del empresario, pues se está ante la presencia de un fondo de negocio societario familiarmente dominado en todo momento ¹².

b.2.2.) *Existencia de relación laboral*

Se destruye la presunción *iuris tantum* de no laboralidad, en el supuesto de la pareja de hecho de un socio no trabajador de una sociedad civil, pues ha llevado a cabo una prestación efectiva y ha percibido por ello una compensación económica adecuada a su rango profesional y a la jornada realizada, siendo relevante a efectos de la calificación de la relación la necesidad de cubrir su baja por embarazo con otro trabajador ¹³.

También existe relación laboral en el supuesto de hija del empresario que no convivía con sus padres, ni estaba a su cargo, mayor de edad, independiza-

⁸ STSJ Aragón 23 febrero 2004 (rec. 75/2004). En este mismo sentido, SSTSJ Aragón 21 marzo 2001 (rec. 1777/201) y 10 abril 2001 (rec. 249/2001).

⁹ STSJ Aragón 13 enero 2014 (rec. 638/2013).

¹⁰ STSJ Aragón 15 noviembre 2004 (rec. 999/2004).

¹¹ STSJ Aragón 21 enero 2002 (rec. 1112/2001).

¹² STSJ Aragón 20 diciembre 2000 (rec. 901/2000).

¹³ STSJ Aragón 16 marzo 2015 (rec. 126/2015).

da en un domicilio distinto al de sus padres, que prestaba servicios de manera efectiva y real, percibiendo una compensación económica por dicha prestación y con una participación minoritaria en la sociedad ¹⁴.

II. ACTIVIDADES SINDICALES Y POLÍTICAS

A partir de la doctrina del Tribunal Supremo ¹⁵, reiterados pronunciamientos de diferentes Tribunales Superiores de Justicia han entendido que los dirigentes sindicales mantienen una relación asociativa y no de carácter laboral con su organización sindical, incluso cuando haya compensación económica. Sin embargo, esto no es siempre de esta manera; así, tiene el carácter de laboral la relación de un trabajador que deja de desempeñar un cargo de representación sindical, no siendo tampoco dirigente del sindicato y pasa a ser colaborador del sindicato, interviniendo en la negociación colectiva y llevando a cabo actuaciones ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, percibiendo un salario por ello, disfrutando de un mes de vacaciones y estando inscrito en la Seguridad Social a nombre del sindicato, poniéndose de manifiesto la existencia de dependencia y ajenidad respecto de la organización sindical ¹⁶.

También se entiende que existe relación laboral entre un abogado y una organización sindical, con la cual firmó un contrato de arrendamiento de servicios, pero en cuya relación concurrían las notas del artículo 1.1 ET, a pesar de que tenía libertad para ejercer su profesión de abogado. Así, asistía al centro de trabajo del sindicato los días pactados, cumplía un horario, desempeñaba personalmente su trabajo, habiéndose producido la inserción del trabajador en la organización de trabajo del sindicato (empleador), percibiendo una retribución mensual fija en función del tiempo de trabajo y sin prestar servicios en el mes de agosto ¹⁷.

III. TRABAJO A DOMICILIO

Prevalece el carácter dependiente y, por tanto, tiene carácter laboral la prestación de servicios, sin ninguna formalización escrita, de una modista que

¹⁴ STSJ Aragón 21 diciembre 2011 (rec. 819/2011).

¹⁵ STS 688/1987 de 7 de abril (RJ 1987, 2364).

¹⁶ STSJ Aragón 22 diciembre 2004 (rec. 1143/2004). Doctrina reiterada por STSJ Aragón 19 julio 2005 (rec. 564/2005).

¹⁷ STSJ Aragón 5 noviembre 2014 (rec. 624/2014).

ha desarrollado su actividad profesional, personal, bajo las directrices de la empleadora, de manera retribuida, en su domicilio, al cual le llevaban los responsables de la empresa las piezas en las que debía realizar su trabajo, siendo devueltas por ella a los mismos una vez realizado el trabajo encomendado¹⁸.

IV. SOCIOS, ADMINISTRADORES, DIRECTORES

4.1. Existencia de relación laboral

Existe relación laboral en el supuesto de un socio titular del 20% del capital social, siendo administrador solidario junto con otro socio de la empresa para la cual prestaba servicios como encargado general, ejerciendo las tareas propias de esta categoría profesional, como la dirección y organización de los trabajadores, que son completamente diferentes de la dirección de la sociedad por las que recibía una retribución específica, existiendo un vínculo laboral además del societario¹⁹.

Concurren las notas de dependencia, ajenidad, voluntariedad y retribución y, por lo tanto, estamos ante una relación laboral, cuando un trabajador tiene una tercera parte del capital social y es administrador mancomunado, al mismo tiempo que presta servicios como encargado del Área de Tienda y Almacén, prestación por la que recibe una retribución mensual fija, no teniendo poder decisorio suficiente para conformar la voluntad social de la persona jurídica²⁰. En este mismo sentido, es laboral la relación de un socio minoritario y miembro del Consejo de Administración de una sociedad de capital, que, a la vez, trabaja para la misma como conductor mecánico, percibiendo una retribución mensual fija, estando de alta en el Régimen General de la Seguridad Social y careciendo de poder decisorio suficiente para conformar la voluntad social de la persona jurídica²¹.

Se dan las notas de ajenidad y dependencia cuando un accionista minoritario de una sociedad y miembro del Consejo de Administración a la vez, efectúa una aportación de trabajo como encargado general de la sociedad, perci-

¹⁸ STSJ Aragón 9 octubre 2002 (rec. 225/2002).

¹⁹ STSJ Aragón 11 septiembre 2015 (rec. 510/2015).

²⁰ STSJ Aragón 19 abril 2013 (rec. 189/2013).

²¹ STSJ Aragón 8 abril 2009 (rec. 166/2009). En este mismo sentido, STSJ Aragón 19 abril 2013 (rec. 189/2013).

biendo una retribución mensual fija y estando dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social²².

No es un trabajador autónomo, sino un trabajador sometido a una relación laboral por cuenta ajena, el socio con una participación accionarial minoritaria en una sociedad, no teniendo por lo tanto el control efectivo de la misma, pero que presta servicios en esta²³. En este mismo sentido, el supuesto de un socio de una sociedad de la que posee el 30% de las acciones y presta servicios en la misma como director comercial²⁴.

Se está ante una relación laboral en el caso del director de producción de una sociedad, de la cual poseía el 50% de las acciones y que no impartía órdenes e instrucciones al personal de la empresa²⁵.

Existe dependencia, ajenidad, voluntariedad y retribución y, por ello, relación laboral, en la prestación de servicios de un arquitecto técnico que es contratada a través de un contrato mercantil como director de obra, percibiendo una cantidad mensual en concepto de “servicio profesional mensual” –incluyendo IVA y retención de IRPF–, recibiendo órdenes de un arquitecto superior, representante de la empresa, estando sometida a las directrices e instrucciones de la misma, utilizando las instalaciones y el soporte técnico de la empresa para confeccionar planos y el resto de documentos, siéndole abonados por la empresa los gastos en los que incurría por su trabajo, así como los del vehículo propio que utilizaba, no siendo obstáculo para ello el hecho de que disfrutara de cierta flexibilidad propia de su cargo, dotado de responsabilidad²⁶.

Existe relación laboral especial de personal de alta dirección de un director gerente de una empresa que tenía amplitud de poderes conferidos por la misma en los ámbitos comercial, de producción, financiero y de gestión de recursos humanos, con capacidad incluso para vincular a la empresa en sus acuerdos con el Comité de Empresa²⁷.

4.2. Inexistencia de relación laboral

No existe relación laboral en el caso de un socio y miembro de la Junta Directiva de una asociación, que, a su vez, es director de una publicación que

²² STSJ Aragón 2 marzo 2012 (rec. 78/2012).

²³ STSJ Aragón 26 mayo 2003 (rec. 1392/2002).

²⁴ STSJ Aragón 16 abril 2003 (rec. 1255/2002).

²⁵ STSJ Aragón 23 diciembre 2003 (rec. 1129/2003).

²⁶ STSJ Aragón 20 abril 2011 (rec. 200/2011).

²⁷ STSJ Aragón 9 julio 2007 (rec. 630/2007).

dicha asociación distribuye, habiendo suscrito para ello las partes un contrato de prestación de servicios y percibiendo una cantidad bruta anual distribuida en catorce pagas. No existe dependencia y, por lo tanto, relación laboral, puesto que este director decidía personalmente acerca de las fechas de publicación de la revista, si había demoras y sobre los artículos que se incluían, administraba la publicidad o las negociaciones con otras entidades colaboradoras²⁸.

No hay relación laboral en el supuesto de un socio fundador y accionista minoritario de una sociedad, que solo presta servicios como parte del compromiso social que asumió con el resto de socios, no existiendo sujeción a horario, ni disciplina laboral, ni afiliación a la Seguridad Social²⁹.

No existe relación laboral en el caso de un socio “relevante” de un Sociedad Anónima Laboral, con condición de administrador con amplias facultades, al impedir dichas circunstancias el nacimiento de una relación laboral ordinaria o especial³⁰.

No son trabajadores sometidos a una relación laboral los socios trabajadores de una Sociedad Limitada con la misma participación accionarial, siendo a su vez administradores solidarios de esta³¹.

No hay relación laboral cuando se posee el 25% del capital de una sociedad, se es miembro del Consejo de Administración y administrador solidario de la misma, a la vez que se hacen las funciones de mozo o almacenero³².

El supuesto de dos socios que se apartan de una entidad y acuerdan con sus consocios que no van a competir con su antigua empresa en el tráfico mercantil no se refiere al de trabajadores que cesan en su prestación de servicios en la empresa, pues estamos ante relaciones societarias y no laborales³³.

No existe ajenidad, descartándose la existencia de relación laboral, en el caso de un miembro del Consejo de Administración y consejero delegado de una sociedad, siendo titular de parte de las participaciones sociales, que desempeña actividades y funciones típicas y características de los órganos de administración de la sociedad, existiendo un vínculo mercantil y no laboral especial de personal de alta dirección³⁴.

²⁸ STSJ Aragón 18 noviembre 2010 (rec. 783/2010).

²⁹ STSJ Aragón 2 abril 2001 (rec. 204/2001).

³⁰ STSJ Aragón 5 junio 2000 (rec. 342/1999).

³¹ STSJ Aragón 16 febrero 2000 (rec. 1042/1998).

³² STSJ Aragón 31 enero 2000 (rec. 989/1999).

³³ STSJ Aragón 26 diciembre 2007 (rec. 1056/2007).

³⁴ STSJ Aragón 17 octubre 2007 (rec. 824/2007).

No se dan ajenidad, voluntariedad, dependencia, subordinación, retribución ni habitualidad en el caso de un accionista mayoritario, consejero delegado y presidente del Consejo de Administración de una sociedad, afiliado al RETA, no constando en las “nóminas” aportación alguna del mismo a las cuotas de Seguridad Social y sí retención respecto al IRPF, estando firmadas las mismas por el mismo sujeto, tanto en el epígrafe “sello y firma de la empresa” como en el de “recibí”³⁵.

No hay relación laboral cuando se posee una participación accionarial minoritaria y la prestación de servicios no se sujeta a jornada, ni horario, ni hay obligación de rendición de cuentas de las gestiones realizadas, al no existir una “deuda de trabajo”³⁶.

No se trata de una relación laboral, sino de un trabajo autónomo, el de un socio de una sociedad mercantil, que, no habiendo desempeñado funciones de dirección y gerencia para la sociedad, ni prestado otros servicios para la misma, presentaba solo su alta en la Seguridad Social, la cual era un “puro artificio” y su retribución, que era una mera apariencia de salario³⁷.

No hay relación laboral, sino un contrato de sociedad, cuando se asume la máxima responsabilidad del área de logística y aprovisionamiento de una sociedad, aportando como única actividad el desarrollo de un programa informático y la relación con los proveedores del único establecimiento abierto por la citada sociedad, no existiendo sometimiento a jornada y horario, ni obligación de rendición de cuentas del resultado de sus gestiones³⁸.

No existe dependencia, ni por lo tanto relación laboral, en el supuesto de un director de una Escuela de Montañismo, cuyo vínculo jurídico con una Administración pública provenía de sucesivas licitaciones públicas –abiertas tanto a personas físicas, como jurídicas y sujetas a pliegos de condiciones técnicas previamente determinadas–, teniendo plena libertad de jornada y horario, no existiendo encomienda de gestiones diferentes de las incluidas en el escrito de participación de cada concurso, concretándose el resultado pactado en el diario funcionamiento de la Escuela de Montañismo³⁹.

No se puede calificar como relación laboral la de un trabajador de una Empresa de Base Tecnológica o Spin-off, que inventa un kit eléctrico, que es patentado por la empresa y al que se le encomiendan las tareas de montaje del

³⁵ STSJ Aragón 20 junio 2006 (rec. 531/2006). En el mismo sentido, en un supuesto de accionista mayoritario y miembros de los órganos de administración de la sociedad, STSJ Aragón 28 marzo 2006 (rec. 190/2006).

³⁶ STSJ Aragón 23 junio 2003 (rec. 501/2003).

³⁷ STSJ Aragón 10 julio 2002 (rec. 171/2003).

³⁸ STSJ Aragón 2 junio 2003 (rec. 422/2003).

³⁹ STSJ Aragón 29 abril 2002 (rec. 246/2002).

kit con piezas propiedad de la empresa, en un local de la empresa principal, independizado del general utilizado por la misma, cedido a este trabajador a través de un contrato de arrendamiento, utilizando sus propias herramientas, instalando a su cargo un sistema de aire acondicionado, facturando mensualmente el montaje de cada kit, según el pedido de la empresa y a un precio fijo convenido con la misma, estando el trabajador afiliado al RETA y teniendo nuevos clientes diferentes de los de la empresa⁴⁰.

V. COOPERATIVISTAS

5.1. Cooperativa

Se entiende que es laboral la relación de los socios de una cooperativa que únicamente funcionaba como una pantalla formal para eludir responsabilidades laborales y que el auténtico empresario para el que prestaban servicios era una empresa, pues, en la práctica, la cooperativa solo suponía una aportación de fuerza de trabajo, con actividad única para la empresa⁴¹.

Se está ante una relación laboral especial de alta dirección en el caso de un socio trabajador de una cooperativa que es también director gerente de la misma, siendo la única persona con firma autorizada para disponer de las cuentas bancarias de la cooperativa, la que contrataba a los trabajadores, firmaba las nóminas y solicitaba subvenciones, siendo titular de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, relativos a los objetivos generales de la misma y gozando de autonomía para el ejercicio de los mismos⁴².

5.2. Cooperativas de trabajo asociado

Se entiende que la naturaleza jurídica del vínculo existente entre un socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado y esta es civil, y el trabajo del socio trabajador se retribuye con la compensación que se acuerde en la legislación de cooperativas, no constituyendo salario en sentido jurídico laboral⁴³.

⁴⁰ STSJ Aragón 3 abril 2007 (rec. 218/2007).

⁴¹ STSJ Aragón 9 abril 2003 (rec. 223/2003).

⁴² STSJ Aragón 7 junio 2001 (rec. 450/2001). En este mismo sentido, STSJ Aragón 26 septiembre 2007 (rec. 720/2007).

⁴³ STSJ Aragón 7 febrero 2014 (rec. 39/2014).

5.3. Sociedad cooperativa limitada de servicios profesionales

Se considera que no es laboral la relación de un socio cooperativista con una sociedad cooperativa limitada de servicios profesionales, sino societaria, percibiendo no salario, sino anticipos a cuenta de los excedentes de la cooperativa, por lo que un cierre de la empresa no extingue la relación societaria del socio cooperativista⁴⁴.

VI. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA

Los alumnos que, a través de un convenio de colaboración, suscrito entre la Administración autonómica y la Confederación empresarial regional, realizan prácticas no laborales en una empresa no son trabajadores y ello aunque esos alumnos tengan una jornada diaria de cuatro horas, puedan ser amonestados verbalmente en caso de impuntualidad y tengan la obligación de obtener resultados adecuados a la actividad llevada a cabo. Estos últimos datos no pueden considerarse suficientemente expresivos de la inserción del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empleador para la configuración de un auténtico contrato de trabajo. Más aún, cuando: a) la imposición horaria no es producto de la decisión de la empresa, sino del propio del Plan de Formación e Inserción Profesional de Aragón, que establece un periodo de prácticas posterior a la formación teórica recibida de la organización empresarial con un determinado (120) número de horas que cumplir; b) se impone la obligación a los alumnos de asistir y a la empresa de llevar un control de la asistencia; c) se requiere una evaluación final positiva de la acción formativa concertada, como requisito para la consecución del certificado de profesionalidad; y d) la gratuidad es una nota esencial de la actividad prestada⁴⁵.

En el caso de los becarios, no basta que los estudios realizados por estos representen una aportación para la entidad que pueda llegar a ser, en ocasiones, mayor que los trabajos de investigación realizados por otros como prestación de servicios, pero ello, por sí solo, no determina la naturaleza de aquella actividad, sino que habrá que analizar otros datos de la relación, como la previa formación del becario, su preparación para la labor encomendada, las posibles relaciones laborales previas o la propia duración o reiteración de los

⁴⁴ STSJ Aragón 5 diciembre 2012 (rec. 650/2012).

⁴⁵ STSJ Aragón 18 marzo 2002 (rec. 125/2002).

trabajos becados, pues una sucesión prolongada de estos puede ocultar una relación laboral. Para su calificación como tal, no se considera suficiente “la indiferenciación entre los estudios efectuados por la becaria y otros realizados por trabajadores al servicio del instituto, siendo normal que permaneciera tres años como becaria antes de ser contratada laboralmente”⁴⁶.

A veces se intenta ocultar una prestación laboral de servicios bajo la apariencia de una beca, si bien ello no es óbice para aflorar la verdadera naturaleza de la actividad desarrollada. Así, aun en el marco de un proyecto de investigación amparado por una universidad pública, cuando desde la selección hasta la indicación de la totalidad de los trabajos del candidato corresponde a la iniciativa exclusiva de la entidad, siguiendo sus instrucciones y actuando dentro de su círculo organicista y rector⁴⁷.

La cobertura de un convenio de prácticas formativas remuneradas, a través de la Fundación Empresa-Universidad y bajo la supervisión de un tutor, no impide descubrir una auténtica relación laboral cuando la finalidad primaria de la actividad desarrollada por la persona becada “no sea facilitar el estudio y su formación, sino realizar una actividad laboral en idénticas condiciones que las personas trabajadoras de la empresa, apropiándose esta de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio, habiendo desarrollado tareas que integran los cometidos propios de una categoría profesional inferior a la suya, siendo la finalidad fundamental del vínculo la de obtener un trabajo necesario para la actividad de la empresa”⁴⁸. A la misma conclusión se llega si, celebrado un convenio de prácticas formativas remuneradas, como complemento de un máster, la empresa encomienda al estudiante “una actividad normal y propia de un departamento, igual que la realizada por otros trabajadores del empleador, la cual, de no desarrollarse por aquella, tendría que realizarse por personal laboral, concurriendo las notas típicas de la laboralidad: ajenidad, dependencia y onerosidad”⁴⁹.

VII. ACTIVIDADES DEPORTIVAS

Como practicantes de un deporte mayoritario y con competiciones jerarquizadas por categorías, la actividad de los futbolistas ha generado numerosas controversias en cuanto a su calificación jurídica, laboral –común o especial–

⁴⁶ STSJ Aragón 8 julio 2002 (rec. 571/2002).

⁴⁷ STSJ Aragón 29 mayo 2006 (rec. 430/2006).

⁴⁸ STSJ Aragón 21 mayo 2018 (rec. 265/2018).

⁴⁹ STSJ Aragón 26 diciembre 2018 (rec. 741/2018).

o no –amateur–. Cuando el deportista ha estado sometido en su actividad de futbolista al ámbito organizativo y directivo de la entidad deportiva, percibiendo ingresos salariales, no una mera compensación de gastos y con dedicación exclusiva, se le considera trabajador deportista profesional, siendo irrelevante, a estos efectos, que el club empleador –reglamentariamente, en el ámbito federativo– no esté autorizado para contratar futbolistas profesionales, el horario de la prestación de la actividad y la ausencia de otros futbolistas profesionales en la misma plantilla⁵⁰. Que la práctica deportiva no sea en régimen de exclusividad, sino que se compatibilice con otros trabajos, no es suficiente para excluir la relación laboral ni supone condicionamiento alguno para calificar la prestación de servicios, como en el caso de futbolistas que percibían salarios notablemente superiores al salario mínimo interprofesional, sin que esas cantidades abonadas se puedan imputar a una mera compensación por gastos propios de la actividad deportiva, pues el único gasto que tenía que sufragar el jugador era la compra de sus botas; el club le abonaba gastos de desplazamiento a los entrenamientos y asumía la compra de la ropa y material deportivo, así como los costes de los traslados a las localidades donde jugaban los partidos, la manutención y la estancia⁵¹; o futbolistas con salarios más bajos, que sin ser suficientes para constituir su medio de vida, compatibilizaban la práctica profesional del fútbol con la prestación de servicios para otras empresas, a tiempo parcial⁵².

Por el contrario, cuando no se dan las notas estrictas de ajenidad y dependencia, desde el momento en que no existe un rígido sistema de vinculación profesional a la actividad deportiva en facetas tan trascendentales con la dedicación al entrenamiento, además de recibir exiguas –60 euros mensuales– percepciones que no tienen carácter salarial, la conclusión es que nos encontramos ante un futbolista aficionado⁵³.

Se debe subrayar que es equivocado asociar la efectividad de la relación jurídico-laboral entre un club deportivo y un futbolista a la previa posesión por parte de este de la correspondiente licencia federativa, en tanto la norma reglamentaria que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales no contempla ese requisito para su calificación jurídica como tal y la consiguiente existencia de un contrato de trabajo, siendo la inscripción federativa una cuestión que influye exclusivamente en el ámbito deportivo, de manera

⁵⁰ STSJ Aragón 444/1995 de 24 mayo (rec. s/n).

⁵¹ STSJ Aragón 31 enero 2007 (rec. 117/2006).

⁵² SSTSJ Aragón 4 abril 2007 (rec. 206/2007) y 25 abril 2007 (rec. 285/2007).

⁵³ STSJ Aragón 8 marzo 2004 (rec. 132/2004).

que su ausencia podrá impedir al deportista intervenir en competiciones oficiales, pero no afecta a la naturaleza laboral de su vínculo⁵⁴.

Idénticos criterios sirven para delimitar la prestación de servicios en otros deportes. Concretamente, en el caso de una jugadora de balonmano que percibía una retribución salarial, una parte en metálico y otra en especie, y estaba sometida al poder organizativo, jerárquico y disciplinario del club⁵⁵.

Otros profesionales vinculados al deporte también se han considerado deportistas profesionales, aceptando la doctrina jurisprudencial, no sin manifestar dudas razonables ante tal solución cuando se trata de trabajadores del ámbito profesional que no intervienen directamente en la actividad competitiva, como el caso de un preparador físico⁵⁶. De la misma manera, se considera deportista profesional a un entrenador de fútbol que percibe un salario, no una mera compensación de gastos⁵⁷, incluso cuando se desarrollan, además, otras funciones accesorias –colaborar en el cuidado del material utilizado, vigilancia de los jugadores durante los desplazamientos– a la principal⁵⁸.

Respecto de la actividad desarrollada por los profesores de esquí, contratados por una Escuela de esquí –con personalidad jurídica propia, con forma de Sociedad Limitada– para la impartición de clases en una estación invernal, aquellos no se consideran deportistas, pero sí trabajadores, porque la integración en dicha Escuela “conlleva la sujeción a un contrato de trabajo, pues la diferencia entre el arrendamiento de servicios no laboral y el contrato de trabajo consiste precisamente en que, en este, los servicios se prestan en el ámbito de organización y dirección de otra persona, en este caso, la Escuela de esquí, que es la responsable de la realización de la actividad ante la estación invernal”⁵⁹; además –así se afirma– el hecho de que los propios profesores puedan ser, aunque no conste probado nada al respecto, socios de la Limitada, no impide la posibilidad de trabajar para ella.

VIII. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

Ab initio, cabe recordar que se entiende por relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos la que media entre “un organizador de

⁵⁴ STSJ Aragón 19 marzo 2012 (rec. 108/2012).

⁵⁵ STSJ Aragón 3 noviembre 2008 (rec. 841/2008).

⁵⁶ STSJ Aragón 412/1997 de 21 mayo (rec. s/n).

⁵⁷ STSJ Aragón 29 septiembre 2003 (rec. 356/2003).

⁵⁸ STSJ Aragón 15 febrero 2010 (rec. 64/2010).

⁵⁹ STSJ Aragón 24 abril 2000 (rec. 77/2000).

espectáculos públicos o empresario” y los que desempeñan la “actividad artística”, pero “por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección” de aquel. Por eso, el mero dato objetivo de realizar la actividad artística en un lugar público no significa, sin más, la presencia de una relación laboral de esa naturaleza, por cuanto habrán de analizarse las circunstancias, tanto subjetivas como objetivas, para determinar si estamos ante esa relación o si, por el contrario, no estamos ante esa clase de relación y sí ante otra diversa, por prestarse la actividad en régimen de trabajo autónomo, fuera del ámbito organizativo, directivo y disciplinario del contratante receptor del servicio; así ocurre cuando una comisión de fiestas contrata la actuación de una orquesta, formada por varios componentes, a través de un agente musical⁶⁰.

Singularmente, las notas características de la relación laboral no existen entre dos artistas cuando se trata de una colaboración entre ellos para ejecutar cierta coreografía con vistas a un certamen o a otras exhibiciones públicas, sobre todo, porque no se acredita pacto, verbal o escrito, laboral ni salarial, no hay horario ni lugar de prestación de servicios. En el supuesto no hay más ajenidad que la de la propia coreografía presentada por ambos artistas para empresas distintas, ante las que se ofrece la compañía a nombre de uno de ellos, más como “jefe de grupo” que como empresario⁶¹.

IX. PROFESIONES LIBERALES

Una de las profesiones con mayor número de controversias resueltas por la Sala es la de abogado.

En ese ámbito, la figura del pasante también se ha analizado. Ciertamente, dicha institución puede cumplir una función de notorio interés –las desviaciones en su uso no la descalifican por sí– en orden a la incorporación de los recién graduados a la actividad profesional, pero también lo es que se echa de menos una específica regulación para aquellos supuestos, al margen de la regulación del contrato en prácticas, en que no medie colegiación y el ejercicio profesional específico viene mediatizado por dicha carencia. Al respecto, salvo que concurren las circunstancias precisas de prestación voluntaria, salario –a lo que no equivale la asignación de algunos emolumentos–, alienidad y dependencia orgánica, “la presunción debe decantarse en favor de la colaboración profesional o de la pasantía, a mayor abundamiento si, como en este caso, la

⁶⁰ STSJ Aragón 442/1996 de 15 mayo (rec. s/n).

⁶¹ STSJ Aragón 11 febrero 2002 (rec. 549/2002).

entrada en el despacho tuvo lugar a poco de concluir los estudios de Derecho y las tareas confiadas, lejos de poder calificarse de Oficial Administrativo, se orientaban hacia la adquisición de práctica profesional”⁶².

Como regla general, la relación que vincula al cliente con su abogado es de arrendamiento de servicios –no de contrato de trabajo– en régimen ordinario de ejercicio de aquella liberal profesión: el concierto en la prestación de servicios profesionales es paradigmático en tales casos, ostentativo de un libre ejercicio y no exteriorización de una dependencia del cliente⁶³.

La prestación de la actividad de abogado en un despacho de abogados –colectivo o individual– puede quedar encuadrada en una relación laboral de carácter especial. Así, cuando la actividad de un letrado se realiza dentro de la organización y dirección del abogado empleador a cambio de una remuneración, con asistencia al –centro de trabajo– despacho del titular, usando todos sus medios materiales y técnicos –la sede física, el mobiliario, el teléfono, los equipos informáticos...–, beneficiándose del trabajo de la persona que hacía las labores de auxiliar administrativo, sin abonar gasto alguno ni pagar renta o alquiler, percibiendo una retribución mensual con idéntico importe del abogado empleador –a través de su sociedad profesional– bajo el concepto “servicios prestados”, sin que conste la emisión de ninguna otra factura a otros clientes, la conclusión es que no estamos ante un abogado independiente que trabaja por cuenta propia con sus propios medios; y el mero hecho de que estuviera de alta en la mutualidad de la abogacía o en el RETA en modo alguno excluye la existencia de esta relación laboral especial⁶⁴.

También la actividad profesional de abogado se puede prestar a favor de una empresa. Es el caso de un abogado que presta servicios en la asesoría jurídica de un sindicato: la actividad consistía en una prestación de servicios de asesoramiento y dirección jurídica, incardinados dentro de la organización y dirección de la empleadora demandada, a cambio de una remuneración cuyos parámetros definidores le venían impuestos y cuya relativa variabilidad no obsta al concepto retributivo de salario *ex* artículo 26.1 ET; y es que, con independencia de que también pueda actuar como un abogado con libertad para el ejercicio de esa profesión con otros clientes, en su relación con el sindicato no actuaba como tal, sino que estaba sometido jerárquicamente, es decir, actuaba “dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona”, concurriendo en la relación, por tanto, absolutamente todos los requisitos para la existencia

⁶² STSJ Aragón 15 enero 1992 (rec. 972/1991).

⁶³ STSJ Aragón 7 julio 1993 (rec. 654/1992).

⁶⁴ STSJ Aragón 18 octubre 2018 (rec. 485/2017).

de contrato de trabajo⁶⁵. Se confirma ese criterio cuando se acredita “la existencia de una prestación de servicios ajena, voluntaria, retribuida y dependiente, con asistencia al centro de trabajo en los días pactados, cumplimiento de horario y desempeño personal del trabajo, que se realizó mediante la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador, sin que hubiera una organización empresarial propia del actor, que percibió una retribución fija en función del tiempo de trabajo, sin prestar servicios en el mes de agosto, concurriendo las notas definitorias de la relación laboral”⁶⁶.

Pero no siempre la prestación de asesoramiento jurídico a una empresa se realiza por medio de un contrato de trabajo. Para que exista relación laboral han de concurrir las notas de ajenidad y subordinación en la relación de servicio habida entre las partes. No es determinante que se perciba una cantidad similar todos los meses –previa emisión de factura en concepto de honorarios– puesto que el hecho de que “la remuneración consista en una cantidad fija mensual, no convierte obligatoriamente en laboral al nexo contractual de autos, pues ese sistema de «iguala» puede aplicarse perfectamente también en el arrendamiento de servicios de carácter civil”; más si no se prueba que “tuviera horario o jornada de ninguna clase, ni siquiera espacio físico en las dependencias de la demandada, ni se ha hecho referencia a disfrute de vacaciones, ni menos a potestad disciplinaria alguna por parte de la demandada, ni tampoco que esta le cursara instrucción alguna de cómo desarrollar la actividad contratada, ni siquiera es compatible la pretendida laboralidad con el ejercicio del derecho de jura de cuentas que ha ejercido en diversos procedimientos en los que llevó la defensa técnica de la demandada”⁶⁷.

De igual modo, un graduado social puede prestar servicios profesionales para una empresa, vinculado por un contrato de trabajo. Se trata de un trabajador que ha venido desempeñando desde un principio las mismas funciones, como graduado social encargado del área laboral, al servicio de la empresa, sin que el hecho de que se diera ulteriormente de alta en el RETA –tras adquirir una participación minoritaria del capital social– y se le atribuyeran determinadas facultades sociales “sea suficiente como para concluir que se produjera una extinción de la relación laboral y su sustitución por otra de distinta naturaleza, sin que pueda sostenerse que el demandante tuviera el control efectivo de

⁶⁵ SSTSJ Aragón 13 marzo 2000 (rec. 110/2000), 28 junio 2006 (rec. 530/2006) y 30 diciembre 2009 (rec. 957/2009).

⁶⁶ SSTSJ Aragón 5 noviembre 2014 (rec. 624/2014).

⁶⁷ SSTSJ Aragón 30 junio 2011 (rec. 452/2011).

la sociedad, que había sido fundada por otros dos socios que se repartían el 75% de las participaciones sociales”⁶⁸.

Otras profesiones liberales que pueden realizarse bajo dependencia son –por ejemplo– arquitecto e ingeniero, cuando se prueben las notas calificatorias generales de todo contrato de trabajo: retribución, ajenidad y dependencia. Y ello será así por más que se recurra a una contratación administrativa por parte de una entidad pública, con flagrante desviación del cauce legal previsto; en el supuesto: la prestación de servicios siempre ha sido la misma y consistente en la emisión de informes y valoraciones y la programación y realización de visitas, contaba con medios materiales y técnicos –mesa, silla, teléfono, ordenador– propiedad de la demandada y puestos a su disposición en la sede de la demandada, realizaba los informes con los modelos y *software* de la demandada, estaba sujeto a las directrices de un superior jerárquico y a un régimen de turnos y horarios para la atención semanal al público en la sede de la demandada junto al resto del personal técnico de aquella, y daba instrucciones al personal administrativo de la demandada⁶⁹. En suma, será laboral toda prestación profesional de servicios sujeta al ámbito rector y organizativo de la empresa, a la que se aporta una deuda de trabajo a cambio de una retribución, no de resultado⁷⁰.

De no probarse alguna de aquellas notas, la conclusión será la contraria. Sobre la dependencia, es importante distinguir entre las instrucciones sobre desarrollo de la actividad y las instrucciones sobre las condiciones de realización del encargo recibido, siendo las primeras y no las segundas las relevantes para la determinación de si existe o no una relación laboral, pues son las que sirven para identificar el centro en el que radica la titularidad del poder de decisión sobre las condiciones con sujeción a las cuales el trabajo debe desarrollarse. Pues bien, en el supuesto de un ingeniero agrónomo, las directrices establecidas por la empleadora afectaban al contenido del boletín que tenía que elaborar, pero el trabajador gozaba de una importante libertad en cuanto a la organización de su actividad, estando sujeto únicamente a aquellas actividades imprescindibles para la elaboración del boletín, como asistir a nueve mesas de contratación semanales, pero no en virtud de una instrucción empresarial sobre la forma de desarrollar su actividad, sino de la necesidad de recabar datos imprescindibles para el boletín⁷¹.

⁶⁸ STSJ Aragón 23 mayo 2001 (rec. 364/2001).

⁶⁹ STSJ Aragón 22 enero 2014 (rec. 621/2013).

⁷⁰ STSJ Aragón 2 abril 2003 (rec. 215/2003).

⁷¹ STSJ Aragón 16 enero 2003 (rec. 1325/2002).

En resumen, la relación será laboral si la actividad se realiza dentro de la organización y dirección de la empresa –en el caso, un profesional que presta servicios en una clínica veterinaria– a cambio de una remuneración, acreditada la existencia de una prestación de servicios ajena, voluntaria, retribuida y dependiente, con asistencia al centro de trabajo y desempeño personal del trabajo, desarrollada mediante la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador, limitándose a aportar la mano de obra, sin que hubiera una organización empresarial propia de este trabajador, que percibió una retribución fija en función del tiempo de trabajo, al margen de que se haya suscrito un contrato civil o mercantil, o simplemente se hayan acordado verbalmente las condiciones de sus servicios profesionales⁷².

Es el contenido, el *modus actuandi*, el que prevalece en la calificación de la relación laboral, no el *nomen iuris*, por ello la contratación de un agente publicitario, que no responde del buen fin de las operaciones, esto es, sin asumir el riesgo y ventura, será laboral al haber actuado de tal manera durante el devenir de la relación contractual con la empresa contratante, en el caso del sector de la radiodifusión⁷³.

X. PERSONAL SANITARIO

A propósito de esta cuestión, lo primero que se debe tener en cuenta es la inclusión dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) del personal estatutario a tiempo completo por las actividades complementarias privadas que desarrollen, una previsión inicialmente introducida por la Disp. Ad. 15ª de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, que posteriormente fue incorporada al art. 305.2 j) LGSS. A pesar de que dicha disposición hace referencia expresa únicamente al encuadramiento en la Seguridad Social, el TSJ Aragón ha considerado que, en virtud de la misma, la relación de estos profesionales sanitarios queda en todo caso excluida del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, interpretando que la relación que les une a las entidades privadas con las que colaboran es de naturaleza civil o mercantil, aun en supuestos en los que parece que concurren las notas de ajenidad, dependencia y retribución, propias del contrato de trabajo⁷⁴. Al respecto, interesa aclarar que incluso los servicios prestados por el personal estatutario a tiempo completo

⁷² STSJ Aragón 2 diciembre 2015 (rec. 665/2015).

⁷³ STSJ Aragón 23 diciembre 1992 (rec. 587/1992).

⁷⁴ STSJ Aragón 16 diciembre 2013 (rec. 599 /2013).

para las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social se han considerado por la sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Aragón como actividades complementarias privadas, ya que el hecho de ser “entidades colaboradoras” no las convierte en sector público⁷⁵, con lo que los trabajos desarrollados por el personal estatutario en ellas se encuadran en el RETA y, coherentemente con la doctrina de la sala Social, quedan al margen de la normativa laboral.

Dicho todo ello, existen otros supuestos en los que el personal médico no combina su actividad privada con la pública y en los que art. 305.2 j) LGSS no resulta aplicable, por lo que TSJ Aragón sí procede a analizar la concurrencia o no de las notas de laboralidad del art. 1.1 LET. En este sentido, la Sala indica, por un lado, que es un indicio contrario a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios directamente de los pacientes, ya estén aquellos fijados conforme a indicaciones corporativas por actuación o con arreglo a igualas; y por otro lado, considera que constituye un indicio de laboralidad la percepción de una retribución garantizada a cargo de la entidad de asistencia sanitaria (centro médico, aseguradora, mutua, etc.), en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos⁷⁶. Al margen de ello, se matiza que, en la profesión médica, como en otras de carácter liberal, la nota de dependencia se encuentra muy atenuada a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracteriza su ejercicio, hasta el punto de poder quedar completamente anulada en ocasiones, sin que ello implique necesariamente la ausencia de relación laboral⁷⁷.

Aun a pesar de que no se haya formalizado contrato de trabajo, también pueden ser laborales los servicios prestados por médicos no estatutarios para las entidades públicas que gestionan la asistencia sanitaria de los funcionarios. Al respecto, lo fundamental es el cumplimiento de las notas del art. 1.1 LET, siendo los criterios empleados para su determinación similares a los expuestos a propósito de centros privados. En este sentido, el TSJ Aragón ha considerado la existencia de contrato de trabajo en supuestos en los que ISFAS era quien fijaba el horario de consultas y de disponibilidad para los médicos, el modo de

⁷⁵ STSJ Aragón (C-A) 17 junio 2015 (rec. 19/2013).

⁷⁶ Sobre esta base, en un supuesto anterior a la Disp. Ad. 15ª de la Ley 27/2009, la STSJ Aragón 27 julio 2011 (rec. 487/2011) concluye que no existe relación laboral; mientras que en las SSTSJ Aragón 3 noviembre 2008 (rec. 854/2008) y 27 noviembre 2015 (rec. 736/2015) se determina la existencia de contrato de trabajo. Al margen de los médicos, pero dentro de personal sanitario se han utilizado argumentos similares; así la STSJ Aragón 28 noviembre 2019 (rec. 593/2019) excluye la laboralidad de un podólogo en el que no concurren las notas de ajenidad y dependencia, mientras que la STSJ Aragón 18 noviembre 2009 (rec. 777/2009) califica de laboral la relación de un fisioterapeuta.

⁷⁷ SSTSJ Aragón 3 noviembre 2008 (rec. 854/2008) y 27 julio 2011 (rec. 487/2011).

prescribir las pruebas y posibilidades de remisión a especialistas, así como la retribución de estos profesionales sanitarios, sin perjuicio de que la cuantía mensual pudiera variar en función del número de visitas atendidas; tomando en consideración, además, la utilización de “instalaciones ajenas” por parte de los facultativos⁷⁸.

A menudo, dentro del personal sanitario también se incluye a los psicólogos. En este sentido, es frecuente que instituciones públicas, como la Universidad o los ayuntamientos, dentro de las competencias que pueden asumir en materia de servicios sociales, celebren contratos con profesionales externos a la Administración para contar con su apoyo en temas psicológicos y sexológicos. A propósito de estas relaciones, como se explicará en el apartado 16 del presente capítulo, el TSJ Aragón ha dejado claro que el carácter administrativo o laboral del vínculo viene determinado por la concurrencia o no de las notas del art. 1.1 LET, sin que al amparo de contratos aparentemente administrativos pueda ocultarse la contratación de trabajadores por cuenta ajena⁷⁹. No obstante, cuando el servicio sea prestado por un gabinete, con organización, despacho y medios propios, integrado por varios profesionales, cuya prestación sea intercambiable o sustituible, deberá entenderse que no existe relación laboral entre los psicólogos y la Administración que contrata el servicio⁸⁰.

XI. PERSONAL DOCENTE

Durante varias décadas se discutió sobre la naturaleza laboral de los servicios prestados por los profesores que, sin pertenecer a los cuerpos funcionarios docentes, impartían clases de Religión en centros educativos públicos. Al respecto, el TSJ Aragón fue de los que se decantó por entender que existía contrato de trabajo entre estos profesores de Religión y la Administración Educativa, aun cuando la retribución de los mismos fuera abonada por la Autoridad Eclesiástica (obispado o arzobispado)⁸¹. No obstante, este tema quedó definitivamente resuelto por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (apartado 2 de la Disp. Ad. 3ª) y por el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, que confirmaron la existencia de una relación laboral, tal y como había concluido el TSJ Aragón con anterioridad.

⁷⁸ SSTSJ Aragón 9 octubre 2015 (rec. 595/2015) y 27 noviembre 2015 (rec. 736/2015). Previamente, de manera similar, STSJ Aragón 25 septiembre 2000 (rec. 566/2000).

⁷⁹ STSJ Aragón 20 marzo 2003 (rec. 149/2003).

⁸⁰ STSJ Aragón 16 diciembre 2009 (rec. 905/2009).

⁸¹ STSJ Aragón 8 febrero 2000 (rec. 986/1998).

En el ámbito privado, en ocasiones las academias y empresas de formación acuden a arrendamientos de servicios de naturaleza civil o mercantil para la contratación de profesores. Al respecto, el TSJ Aragón se ha mostrado bastante estricto, calificando la relación como laboral, aun en supuestos en los que son los docentes quienes elaboran los apuntes y conciertan los horarios de clase con los alumnos, pues lo relevante es que “la actividad se inscriba en el ámbito rector y organizativo de la empresa, con prestación de servicios remunerados en interés de quien debe ser calificada de empleadora”⁸².

Dentro del ámbito docente universitario, es habitual que algunos profesionales, fuera de las figuras contractuales previstas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), colaboren en la impartición de cursos, seminarios, jornadas y congresos, al margen de las titulaciones académicas oficiales. Las relaciones de estos colaboradores, por mucho que sean retribuidas y se prolonguen a lo largo de los años, no pueden reputarse laborales para el TSJ Aragón, pues no se integran en el ámbito rector y disciplinario de la Universidad, por lo que no concurre la nota de dependencia⁸³.

XII. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN

La línea que separa los profesionales de la comunicación *freelance* de aquellos que tienen o deben tener un contrato de trabajo con el medio o con la agencia de noticias para la que prestan servicios es bastante fina. El hecho de que en ocasiones la negociación colectiva haya excluido expresamente del ámbito de aplicación del convenio correspondiente a colaboradores sin relación laboral no prejuzga la inexistencia de contrato de trabajo, en tanto la operatividad de la norma legal es ineludible⁸⁴; dicho de otro modo, para determinar si estos profesionales de la comunicación son o no trabajadores, se debe examinar la concurrencia de las notas de laboralidad propias del art. 1.1 LET.

Con ocasión de este asunto, el TSJ Aragón ha tendido a calificar de laboral la relación de los periodistas que perciben de la empresa de comunicación una cuantía económica más o menos fija, con independencia del volumen de trabajo y de las informaciones efectivamente cubiertas, cobrando dicho estipendio incluso durante el periodo vacacional; si bien la Sala ha matizado que esta forma de remunerar no constituye una presunción *iuris et de iure* a favor

⁸² STSJ Aragón 25 julio 2007 (rec. 703/2007).

⁸³ STSJ Aragón 5 de noviembre 2003 (rec. 486/2003).

⁸⁴ SSTSJ Aragón 16 febrero 2004 (rec. 162/2004) y 11 julio 2006 (rec. 577/2006).

de la laboralidad⁸⁵. En lo que se refiere a la nota de dependencia en el ámbito periodístico, el TJ Aragón entiende que no resulta necesaria una subordinación absoluta, sino únicamente la inclusión de los servicios prestados en el ámbito organizativo del empresario, lo cual no necesariamente requiere la presencia física del trabajador en las instalaciones empresariales ni la sujeción a un horario determinado, flexibilidad que no debe confundirse con la ausencia de jornada laboral⁸⁶. En cuanto a la ajenidad, la clave está, de una parte, en la ausencia de una organización empresarial con medios propios por parte del periodista (ajenidad en los riesgos) y, de otra, en que los trabajos realizados por el profesional pasan al patrimonio de información de la empresa (ajenidad en los frutos)⁸⁷.

Muy parecidos son los criterios seguidos por el TSJ Aragón para los “reporteros gráficos”, respecto de los cuales la laboralidad no puede exigir presencia física en las instalaciones empresariales, sujeción a un horario determinado ni tampoco exclusividad en la prestación del trabajo contratado⁸⁸. El arrendamiento de servicios, de naturaleza civil o mercantil, comporta, en sí mismo, una libertad de actuación profesional por parte del arrendatario que no se da cuando hay directrices concretas para la realización del trabajo encomendado y ulterior control de dicho trabajo.

Sin embargo, la Sala advierte que la concurrencia de un cierto grado de dependencia debe exigirse en todo caso; de lo contrario, se correría el riesgo de desnaturalizar absolutamente el contrato de trabajo, trayendo al ámbito laboral relaciones en las que no se dan los presupuestos fácticos que lo caracterizan, por lo que la flexibilización en la exigencia de esta nota debe hacerse prudentemente, evitando vaciar de contenido otras formas de prestar servicios en el sector de la comunicación. En este sentido, se han excluido del ámbito laboral las colaboraciones que desempeñan familiares de un trabajador por cuenta ajena de una agencia de noticias, aun cuando aquellos habrían utilizado en ocasiones una acreditación de la misma para entrar en los lugares precisos y aunque la empresa tuviera conocimiento de su intervención, pues no quedaba demostrado que su trabajo estuviera dentro del ámbito organizativo empresarial⁸⁹.

En el marco de la comunicación, especialmente en medios audiovisuales como la televisión, en los que se entremezclan la información y el entreteni-

⁸⁵ SSTSJ Aragón 11 julio 2006 (rec. 577/2006) y 29 octubre 2008 (rec. 789/2008).

⁸⁶ Las citadas SSTSJ Aragón 11 julio 2006 (rec. 577/2006) y 29 octubre 2008 (rec. 789/2008).

⁸⁷ STSJ Aragón 29 octubre 2008 (rec. 789/2008).

⁸⁸ STSJ Aragón 16 febrero 2004 (rec. 162/2004).

⁸⁹ SSTSJ Aragón 25 septiembre 2000 (rec. 601/2000).

miento, pueden surgir dudas acerca de si la relación laboral que une a ciertos profesionales con su empresa es de naturaleza especial, como artista en espectáculos públicos, u ordinaria. Al respecto, debe establecerse una distinción entre las actividades para las cuales se requiere una “cualificación profesional” y aquellas dirigidas al espectáculo y entretenimiento propiamente dicho, que precisan del dominio de un concreto “arte o habilidad en cualquiera de sus manifestaciones”. En este sentido, el TSJ Aragón ha considerado que las labores de conducción o presentación de un programa televisivo en el que se realizan entrevistas no constituyen una expresión artística, por lo que deben considerarse objeto de una relación laboral ordinaria⁹⁰.

XIII. COMERCIALES, AGENTES Y VENDEDORES

Las labores comerciales y de venta al público son de las que más dificultades presentan a la hora de calificar el tipo de relación que une a los profesionales dedicados a estas actividades con las empresas que tratan de colocar sus productos en el mercado, pues existe una importante variedad de contratos mercantiles y laborales al respecto.

De cara a la distinción entre la relación laboral especial de representantes de comercio, prevista en el art. 2.1 f) LET, y el contrato de agencia, regulado en la Ley 12/1992, lo esencial es examinar si concurre o no la nota de dependencia. Al respecto, aludiendo a la jurisprudencia del TS y a la doctrina científica, el TSJ Aragón establece que si quien realiza estas funciones de mediación no puede organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus criterios y tiene que seguir “instrucciones sobre desarrollo de la actividad”, el vínculo será de naturaleza laboral. Más concretamente, cuando la empresa da indicaciones sobre los horarios y los clientes a visitar, determina las vacaciones y requiere del comercial exclusividad en la promoción y venta de sus productos, se ha considerado que existe relación laboral⁹¹. Por el contrario, en supuestos en los que el vendedor fija el tiempo que dedica a la actividad, se provee de medios de transporte, abona todos sus gastos y percibe de la empresa cantidades distintas cada mes en concepto de comisiones se entiende que hay un contrato de agencia⁹².

⁹⁰ STSJ Aragón 27 diciembre 2006 (rec. 1081/2006).

⁹¹ STSJ Aragón 7 diciembre 2004 (rec. 1115/2004).

⁹² SSTSJ Aragón 13 junio 2002 (rec. 441/2002) y 14 junio 2004 (rec. 506/2004).

En sentido muy similar, se estima extralaboral el vínculo de una empresa con un “agente inmobiliario” que establece un “neto sistema de autoorganización profesional”, en el que dicho agente disponía a su criterio del horario y tiempo de dedicación a la actividad, hacía frente a los gastos derivados de la misma, elegía a los potenciales clientes y percibía cantidades distintas cada mes en concepto de comisiones.

En el sector de los seguros, cuando el mediador tiene su propia cartera de clientes, de los que percibe directamente las primas y realiza las correspondientes liquidaciones, entregando las diferencias oportunas a la empresa, el TSJ Aragón considera que la relación es mercantil, sin que el hecho de que se hubiera garantizado una retribución mensual a favor del mediador superior al salario mínimo sea suficiente para enervar esta conclusión⁹³.

En ocasiones, dentro de las relaciones laborales de los vendedores y del personal comercial, pueden surgir dudas sobre si estas son de naturaleza ordinaria o especial. Sobre esta problemática, el TSJ Aragón ha tenido la ocasión de pronunciarse acerca del carácter ordinario del contrato de trabajo que une a los vendedores de cupones con la ONCE, al no concurrir las notas especiales que caracterizan la relación laboral de los representantes o mediadores mercantiles regulada en el Real Decreto 1438/1985⁹⁴. A este respecto, conviene recordar que el art. 35 del VIII Convenio Colectivo entre la ONCE y su personal calificaba a estos vendedores como trabajadores especiales del art. 2.1 f) LET. Sin embargo, como es sabido, en virtud del principio de jerarquía normativa, la negociación colectiva no puede contravenir lo dispuesto en normas de derecho necesario y la Sala, en la línea de lo dispuesto por el TS, interpreta que los principales aspectos de la regulación específica de los representantes de comercio no encajan con la venta de cupones, en los términos en los que esta se desempeña.

XIV. DISTRIBUIDORES, REPARTIDORES Y TRANSPORTISTAS

Como es sabido, el art. 1.3 g) LET excluye del ámbito laboral la actividad de los transportistas al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, mediante vehículos comerciales cuya propiedad o poder directo ostenten, incluso cuando dichos servicios se realicen de manera continuada para un mismo cargador o comercializador. A pesar de que se trata de una pre-

⁹³ STSJ Aragón, 2 noviembre 2001 (rec. 855/2001).

⁹⁴ STSJ Aragón 14 marzo 2001 (rec. 282/2000).

sunción *iuris et de iure* de extralaboralidad, en la práctica pueden plantearse dudas acerca de su aplicabilidad en supuestos en los que el transporte de mercancías concurre con otro tipo de actividades.

A propósito de esta cuestión, el TSJ Aragón ha entendido que el hecho de que un transportista se obligase a “colocar y marcar” mercancías, retirando las invendibles, no era suficiente para modificar la naturaleza mercantil de la prestación de servicios, pues se trataba de una actividad complementaria o accesoria⁹⁵. En sentido similar, tampoco se consideró laboral la relación de quienes, además del transporte, realizaban tareas de “promoción y venta” de productos, cobrando por ello una «prima adicional» que podía llegar a suponer un tercio de su facturación mensual, ya que dicha prima no dejaba de ser un complemento a la actividad retribuida principal –el transporte–, para la cual se precisaba de un vehículo propio que, por su peso, requería autorización administrativa⁹⁶.

Además, el hecho de que existiera previamente un contrato de trabajo entre empresa y transportista no es óbice para que las partes puedan extinguir de mutuo acuerdo la relación y sustituirla por otra de carácter mercantil, siempre que concurren los elementos propios de la exclusión del art. 1.3 g) LET; es lo que ocurre en casos en los que el trabajador pasa a desarrollar la prestación con un camión propio, cuando previamente conducía vehículos ajenos⁹⁷. Por consiguiente, para la Sala, este tipo de novaciones extintivas no presuponen la existencia de fraude ni tampoco una renuncia laboral de derechos prohibida.

XV. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

En el marco de las Administraciones Públicas prestan servicios tanto los funcionarios, que están excluidos del ámbito de aplicación de la LET por el art. 1.3 a) de dicha norma, como el personal laboral, que sí está unido a su empleador por un contrato de trabajo. Si bien no es muy habitual que se planteen dudas sobre el carácter administrativo o laboral del vínculo de las personas que ocupan formalmente un puesto en las Administraciones⁹⁸, con cierta frecuencia se dan casos de trabajadores que debiendo haber sido contratados laboralmente prestan servicios para ellas en virtud de otro tipo de acuerdos. Al respecto, la naturaleza

⁹⁵ STSJ Aragón de 22 mayo 2000 (rec. 291/2000).

⁹⁶ STSJ Aragón 7 noviembre 2018 (rec. 579/2018).

⁹⁷ STSJ Aragón 2 octubre 2003 (rec. 811/2003).

⁹⁸ Al respecto, solo se ha encontrado el caso de la STSJ Aragón 6 mayo 2008 (rec. 366/2008), que determina laboral la relación de un trabajador con varias administraciones con anterioridad al Decreto 315/1964, de 7 de febrero, de Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado.

de la relación viene determinada por la concurrencia o no de las notas del art. 1.1 LET, sin que al amparo de contratos aparentemente administrativos pueda ocultarse la existencia de trabajadores por cuenta ajena⁹⁹.

En numerosas ocasiones, el TSJ Aragón ha considerado laboral la relación de los denominados “coordinadores de deportes” de las mancomunidades comarcales, a los que se les habían adjudicado contratos “de gestión del servicio de deportes”¹⁰⁰, al constatar que los trabajos prestados para la Administración estaban dentro del ámbito de organización y dirección del empleador. En este sentido, la libertad organizativa de la que disponían estos profesionales era en último término controlada por las Comisiones de Seguimiento establecidas por las Mancomunidades, que podían hacer orientaciones, indicaciones e incluso correcciones para que las funciones de los coordinadores se desarrollaran en la forma y con los contenidos que el ente local quería en cada momento. De forma similar, la Sala entendió que no procedía un contrato de naturaleza administrativa para los servicios que prestaban en las instalaciones municipales los “monitores deportivos”, con estricta sujeción al horario y a las condiciones establecidas por el Ayuntamiento¹⁰¹.

Dentro del marco territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón, algunas Administraciones Públicas han abusado de los contratos de “asistencia técnica”¹⁰², sirviéndose de personas cualificadas que, de acuerdo con el TSJ Aragón, debían tener un contrato de trabajo. En la mayoría de estos casos el factor principal para considerar el carácter laboral de la actividad desempeñada ha sido la ausencia de organización y medios propios para la ejecución del contrato administrativo, que era ejecutado por una persona física carente de una estructura empresarial¹⁰³. En este sentido, el hecho de que personal de soporte informático, con una considerable especialización técnica, realice sus tareas sin recibir instrucciones por parte de un superior en la Administración,

⁹⁹ Entre otras, las SSTSJ Aragón 20 marzo 2003 (rec. 149/2003), 4 abril 2006 (rec. 219/2006), 7 diciembre 2005 (rec. 920/2005) y 16 junio 2009 (rec. 432/2009), 13 diciembre 2017 (rec. 627/2017).

¹⁰⁰ SSTSJ Aragón 5 diciembre 2001 (rec. 1005/2001), 17 diciembre 2001 (rec. 1028/2001), 21 enero 2002 (rec. 1155/2001), 30 enero 2002 (rec. 1170/2001), 31 enero 2002 (rec. 1168/2001), 4 marzo 2002 (rec. 64/2002), 29 abril 2002 (rec. 256/2002), 30 abril 2002 (rec. 240/2002), 30 abril 2002 (rec. 241/2002), 17 junio 2002 (rec. 505/2002). De forma similar, aunque contratados por ayuntamientos, las SSTSJ Aragón 20 marzo 2002 (rec. 137/2002) y 8 julio 2002 (rec. 548/2002).

¹⁰¹ STSJ Aragón 20 marzo 2003 (rec. 149/2003).

¹⁰² Con la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, estos contratos estarían, en principio, dentro del art. 17, como “contratos de servicios”, en tanto se desarrolla una actividad complementaria para el funcionamiento de la Administración.

¹⁰³ STSJ Aragón 28 septiembre 2009 (rec. 707/2009), sobre servicios informáticos; STJ Aragón 16 junio 2009, (rec. 432/2009), sobre organización de actividades culturales y literarias; la STJ Aragón 4 abril 2006 (rec. 219/2006), acerca de gestión de expedientes administrativos; o la STJ Aragón 31 octubre 2012 (rec. 576/2012), sobre orientación laboral.

no es óbice para considerar la existencia de contrato de trabajo, máxime cuando los trabajos se someten al pertinente control de calidad de la propia Administración ¹⁰⁴. Como se ha señalado en otros pronunciamientos de esta misma Sala, tampoco resulta determinante la ausencia de un horario fijo en aquellos trabajos en los que es necesario desplazarse por distintas localidades para la organización de actividades de índole cultural, pues la dependencia puede ponerse de manifiesto con otros indicios, como seguir las directrices emanadas de la Administración para la elaboración de las propuestas ¹⁰⁵.

XVI. ACTIVIDADES DE ALTERNE Y SIMILARES

A diferencia de la prostitución, las actividades de alterne, consistentes en captar clientes, acompañarlos e incitarles a consumir bebidas en un determinado establecimiento, son lícitas en nuestro ordenamiento jurídico y pueden ser objeto de un contrato de trabajo. El principal problema a la hora de determinar la calificación jurídica se produce cuando una persona desempeña labores de alterne, en interés de un tercero, conjuntamente con la prostitución. A propósito de esta espinosa cuestión, el TSJ Aragón se ha mostrado partidario de deslindar ambas actividades, aislando en la medida de lo posible el trabajo legal, para poder otorgarle la protección propia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Así lo hizo en un supuesto en el que una mujer recibía de un bar el 50% del precio de las consumiciones de los clientes a los que acompañaba durante las horas en que aquel se encontraba abierto al público, aun a pesar de que se declaró probado que mantenía relaciones sexuales a cambio de dinero en el piso superior de dicho establecimiento ¹⁰⁶.

XVII. VARIA

a) Encuestadores

La postura del TSJ Aragón sobre los encuestadores que prestan servicios para institutos demoscópicos parece ser bastante similar a la explicada a propósito de los profesionales de la comunicación y de los contratos de servicios

¹⁰⁴ STSJ Aragón 28 septiembre 2009 (rec. 707/2009).

¹⁰⁵ STSJ Aragón 16 junio 2009 (rec. 432/2009). Otros supuestos similares son los de las SSTSJ Aragón 29 de marzo 2006 (rec. 171/2006) y 5 julio 2006 (rec. 568/2006).

¹⁰⁶ STSJ Aragón 28 marzo 2012 (rec. 93/2012).

con la Administración. Concretamente, para determinar la existencia de contrato de trabajo, la Sala se fija en la obligatoriedad de la prestación y en el carácter personal de la misma, ya que “si se permite tanto la posibilidad de rechazar los trabajos encargados por la empresa como la de sustituir en su realización de prestación la persona del trabajador por otra distinta, el vínculo existente no merecerá la consideración de laboral por no concurrir la subordinación funcional en que se manifiesta su esencia ni el ingrediente «intuitu personae» característico de la misma”¹⁰⁷.

b) Servicios en el hogar familiar

En el ámbito doméstico, el TSJ Aragón ha despejado recientemente las posibles dudas acerca de la laboralidad de las relaciones de los cuidadores profesionales previstos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. A juicio de la Sala, si entre la persona dependiente y el cuidador se dan las notas definitorias de art. 1.1 LET, el vínculo tendrá naturaleza laboral, sin perjuicio de que el régimen jurídico aplicable tenga las particularidades propias del Sistema Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar y la Relación Laboral Especial del Servicio del Hogar Familiar, que simplifican las obligaciones formales del empleador. En caso de que dicha prestación se realizara por medio de una entidad pública o de una empresa especializada, se excluiría el contrato de trabajo entre el dependiente y el cuidador, en virtud de lo dispuesto en el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, existiendo en tal caso una relación laboral ordinaria entre el trabajador y la empresa, si efectivamente concuerdan las características del art. 1.1 LET. Por consiguiente, para el TSJ Aragón no existe una exclusión de laboralidad que exima a los dependientes de las pertinentes obligaciones contractuales y sociales respecto de las personas físicas que contratan para su cuidado y atención¹⁰⁸.

¹⁰⁷ STSJ Aragón 14 mayo 2001 (rec. 639/2000), a propósito del contrato con los coordinadores de la “Red de Campo del CIS” con el propio Centro de Investigaciones Sociológicas, para la realización del trabajo de campo para las encuestas y estudios del ente público.

¹⁰⁸ STSJ Aragón 27 septiembre 2019 (rec. 411/2019).

CAPÍTULO IX

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

JOSÉ MARÍA RÍOS MESTRE

Profesor Contratado Doctor (i) de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. *Aspectos generales del contrato de trabajo. Sustantivos y procesales.*- a) Servicio militar. b) Carácter personalísimo. c) Coincidencia horarios.- d) Pluralidad de sujetos. e) Parejas sentimentales. f) Evitación del proceso y caducidad del proceso. g) Litispendencia.-II. *Organizaciones sindicales y políticas.* a) Partidos políticos. b) Sindicatos. c) Uso inadecuado de la relación laboral especial de alta dirección.-III. *Teletrabajo. Plataformas digitales de intermediación.* a) Teletrabajo. b) Plataformas digitales de intermediación.-IV. *Cooperativas y otras formas societarias.* a) Cooperativas. b) Sociedades.-V. *Becas, prácticas no laborales y contratos formativos.* a) Becas. b) Prácticas no laborales. c) Contratos formativos. d) Criterios formales: tutorización y horario dedicado a formación.-VI. *Actividades deportivas.* a) Jugador y entrenador. b) Mantenimiento de las instalaciones, bares y cafeterías.-VII. *Alterne.*-VIII. *Profesionales liberales.* a) Arquitecto. b) Abogado. c) Perito tasador.-IX. *Periodismo.* a) Fotógrafo. b) Colaboradora de prensa.-X. *Contrato de agencia. Agentes de seguros. Comerciales.* a) Contrato de agencia. b) Agentes de seguros. c) Comerciales.-XI. *Administración pública.* a) Profesor de música. b) Proyectos de investigación.-XII. *Personal en obras de construcción.*

I. ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE TRABAJO.
SUSTANTIVOS Y PROCESALES

a) **Servicio militar**

El cumplimiento por entrenador de hockey de prestaciones personales sustitutorias del servicio militar no impide calificar como laboral la dedicación deportiva al club por el entrenador que sigue asumiendo las mismas obligaciones deportivas del contrato de trabajo como antes de comenzar su servicio social¹.

b) **Carácter personalísimo**

En un supuesto de gestión de un bar en un club de tiro se entiende que aparece desdibujada la naturaleza personalísima de una eventual relación laboral de la prestación desde el momento en que la actora se sirvió en ocasiones para las tareas del bar de su esposo y su madre, repartiéndose con ellos los cometidos a desempeñar².

c) **Coincidencia horarios**

La coincidencia de la apertura del negocio secundario, un bar o un servicio de mantenimiento, con la actividad principal que es el club o federación no se trata de una imposición de la empresa titular de las instalaciones que suponga laboralidad, sino del lógico interés de quien explota un negocio auxiliar debido a la presencia un número elevado de potenciales clientes³.

d) **Pluralidad de sujetos**

Cabe traer a colación el supuesto de una comunidad de bienes relacionada con una tercera empresa receptora de servicios por los comuneros. Se

¹ STSJ As 11 mayo 2001 (rec. 1792/2000).

² STSJ As 19 septiembre 2014 (rec. 1585/2014). Cabe traer a colación la STSJ As 15 marzo 2013 (rec. 154/2013) que contempla el auxilio de su pareja.

³ SSTSJ As 19 septiembre 2014 (rec. 1585/2014) y STSJ As 15 marzo 2013 (rec. 154/2013).

entiende que la labor comercial de los comuneros es una relación laboral entre los comuneros y la tercera empresa receptora de los servicios, cuando no consta contratación alguna por la comunidad de bienes⁴.

e) Parejas sentimentales

El actor ha prestado servicios como camarero en el negocio de hostelería en el que la demandada, su pareja sentimental, le dio de alta. No consta que su jornada u horario de trabajo estuviera impuesto por la demandada, ni que desarrollara sus funciones bajo las instrucciones de esta, como tampoco que percibiera retribución salarial por sus servicios, constando únicamente unas nóminas sin firma de las partes. El actor carece de una cuenta corriente individual y propia, con la que manejase sus gastos y en la que ingresase los supuestos salarios, cuyo abono es objeto de controversia entre las partes. En este asunto la prestación de servicios tiene como fundamento el beneficio que ello implica para la unidad familiar, en este caso la pareja de hecho, lo que excluye la ajenidad. No cabe entender que los frutos del trabajo del actor ingresaran en el patrimonio exclusivo de la demandada. Los resultados económicos de la actividad que el actor realizaba en el establecimiento se ingresaban en cuentas bancarias de las que el mismo era cotitular o persona autorizada de su pareja. La convivencia entre la actora y el demandado, posteriormente finalizada de forma poco amistosa, creó una comunidad de vida amplia, de intereses y de fines. Entre los convivientes no hay una relación de dependencia y ajenidad en la prestación de servicios, sino una comunidad de explotación entre ambos. La formalización de un contrato de trabajo entre las partes y el alta y la baja del actor en la TGSS, además de las referidas nóminas sin firma de ninguna de las partes, son insuficientes para sostener la laboralidad de la relación, pues son simplemente datos formales que no se corresponden con la naturaleza real del vínculo ni definen su carácter⁵.

En otro supuesto de regencia de bar y relación sentimental, la demandante era quien explotaba y regentaba de hecho y directamente el bar-cafetería. La actora formula demanda frente a su pareja sentimental con la que regentaba conjuntamente otro establecimiento de hostelería. La actora no estaba sujeta a ningún tipo de ordenes o dirección por parte del demandado,

⁴ STSJ 15 septiembre 2000 (rec. 127/2000).

⁵ STSJ As 29 junio 2017 (rec. 1447/2017)

las partes han suscrito un contrato de arrendamiento de negocio. La actora firma los albaranes y las facturas relacionadas con los proveedores se expiden a su nombre, al igual que con las máquinas recreativas, con el tabaco, con el suministro de electricidad, y la que incluso ha sido apercibida por parte del ayuntamiento debido a la instalación de una terraza en el exterior del local. Tampoco ha percibido la misma retribución alguna del demandado. En cuanto a contratación y Seguridad Social, la actora figuró en RETA y posteriormente firmó con el demandado un contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial, que más tarde transformaron en indefinido. Estos últimos datos formales se desechan y se entiende que la relación no puede ser laboral por carecer de las notas de ajenidad y dependencia⁶.

Cabe destacar que se tratan los supuestos de una comunidad de vida, extendida también a la actividad común de negocio de hostelería que llevan a cabo juntos, por lo que se excluye la ajenidad. Supuesto que hay que diferenciar de la regla que establece que la convivencia *more uxorio* no entra dentro del concepto de trabajo familiar, al que aplicar el supuesto de inexistencia de relación laboral establecida de forma declarativa en el artículo 1.3 e) ET⁷.

f) Evitación del proceso y caducidad del proceso

No hay caducidad cuando se acude al orden contencioso y posteriormente al social, en el caso de que el contratado administrativamente alegue la existencia de relación laboral y la Administración pública indique, en el pie de recurso de la resolución que resuelve la reclamación previa⁸, que se puede formular recurso contencioso-administrativo⁹.

g) Litispendencia

En un supuesto en el que se promueve un procedimiento de declaración de fijeza durante la tramitación por despido y en el procedimiento de declara-

⁶ STSJ As 7 junio 2017 (rec. 1166/2017).

⁷ STSJ As 29 junio 2017 (rec. 1447/2017).

⁸ Téngase en cuenta que por reforma operada mediante Disposición Final 3ª, apartados 2º y 3º, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sustituyó el anterior sistema de reclamación previa por el agotamiento de la vía administrativa (artículos 69 y 70 LRJS).

⁹ STSJ As 18 diciembre 2009 (rec. 1273/2009).

ción de fijeza se opone la excepción de litispendencia, dicha excepción procesal debe ser rechazada si se fundamenta en la pendencia del procedimiento de despido. Se produce un efecto positivo o prejudicial de cosa juzgada¹⁰. Esta regla debe entenderse que opera de igual forma con las reclamaciones de fijeza laboral que actúan como elemento prejudicial además en asuntos de cesión ilegal.

II. ORGANIZACIONES POLÍTICAS Y SINDICALES. USO INADECUADO DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN

a) Partidos políticos

En relación con las organizaciones políticas cabe traer a colación un supuesto en el que la actora había estado afiliada a un partido político en el que realiza tareas administrativas. Se concluye que la colaboración con un partido se caracteriza por su carácter voluntario cuando no ha existido remuneración. La colaboración puede ser duradera y no solo incluye apoyo a campañas electorales, sino que puede abarcar la realización de tareas administrativas¹¹.

b) Sindicatos

Respecto a conflictos en organizaciones sindicales cabe citar un asunto en el que el actor ocupó el cargo de secretario general de la unión comarcal del sindicato. Fruto de un procedimiento ordinario surge la cuestión sobre la eventual naturaleza laboral: se reclaman veinte días de indemnización prevista en contrato laboral de alta dirección por desistimiento. El demandante era miembro de la comisión ejecutiva y desarrolló funciones

¹⁰ STSJ As 12 junio 2018 (rec. 832/2018). Se valora positivamente esta resolución que no cae en la perniciosa práctica forense de la llamada “litispendencia por conexidad”, mediante la que se van posponiendo, sobre todo en materia de Seguridad Social, los procesos interrelacionados, tanto en la instancia, como en vía de recurso. Cuestión distinta será la ausencia de acción o inexistencia de un interés legítimo para el ejercicio de una acción puramente declarativa de fijeza laboral tras el despido. Esta acción meramente declarativa es muy distinta de la reclamación denominada “derecho y cantidad” que se encuadra entre las pretensiones de condena, sin obviar los debates que suscita, puede ser admisible tras el cese.

¹¹ STSJ As 29 junio 2001 (rec. 6/2001).

representativas del sindicato al que pertenecía, tanto en negociaciones como a nivel institucional. Le eran abonadas dietas por el desempeño de tales funciones. Carecía de un horario fijo y las vacaciones o descansos eran concertados de común acuerdo por los miembros de la mentada comisión ejecutiva. El actor estampaba su firma para la concesión de vacaciones al personal laboral. Su retribución era la fijada por la comisión ejecutiva a la que pertenecía y que tomaba como criterio orientador las tablas salariales del convenio colectivo de aplicación. En un posterior congreso de la unión comarcal es privado de sus cargos sindicales y, como consecuencia, se le comunica su baja en Seguridad Social. Al estar integrado en la comisión ejecutiva no podía ser considerado como un trabajador del sindicato, pues formaba parte, precisamente, del órgano de dirección, gobierno y administración de la asociación sindical ¹².

Cabe traer a colación un supuesto análogo en el que el actor fue ascendiendo en la jerarquía del sindicato ocupando distintos cargos electivos, secretarías, en la unión comarcal y después en la unión general. Con carácter simultáneo se fueron formalizando entre el actor y el sindicato distintos contratos de trabajo por tiempo indefinido, por obra o servicio determinado y finalmente de relación laboral especial de alta dirección. Formando parte de la comisión ejecutiva que constituye el órgano de dirección y organización queda excluida la laboralidad. De forma conjunta se funda la decisión en los concretos elementos concurrentes: el actor organizaba su jornada de trabajo, no cumplía un horario determinado. No estaba sometido al calendario vacacional del personal contratado por el sindicato, sino que organizaba sus vacaciones de acuerdo con las demás personas integrantes de la comisión ejecutiva ¹³.

c) **Uso inadecuado de la relación laboral especial de alta dirección**

El desempeño de cargos sindicales electivos se ha complementado en la práctica sindical con el contrato laboral especial de alta dirección. Es un fenómeno que merece ser destacado por su frecuencia y futilidad ya que ni el uso que dan las partes a esta figura se corresponde con su espíritu, ni alcanzaron los fines de orden práctico que perseguían. El ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los

¹² STSJ As 9 octubre 2018 (rec. 1603/2018).

¹³ STSJ As 20 febrero 2018 (rec. 3189/2017).

objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, propios de la alta dirección, solo están limitados por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad. Aun teniendo en consideración cierta identificación del alto directivo con la figura del empresario en esta relación laboral especial existe ajenidad y dependencia que queda excluida utilizando la terminología del RD 1382/1985 por la pertenencia a los órganos superiores de gobierno y administración del sindicato¹⁴. En los supuestos de cargos electivos del sindicato se produce un fenómeno análogo, que en el mundo empresarial podría denominarse “muerte por éxito”¹⁵. Se trata de la formalización de la promoción profesional a través de contrato laboral ordinario, posteriormente en algunos supuestos se alcanza la categoría de gerente o director general con contrato laboral común, tras ello se suscribe un contrato de alta dirección¹⁶. Se ha empleado la expresión morir de éxito debido a que, cuando el trabajador alcanza el máximo grado de confianza con el empresario, en ocasiones, es invitado a formar parte de los órganos de administración societarios. El nombramiento como administrador de la sociedad, debido a la teoría del vínculo, le excluye de *per se* de la condición de trabajador por cuenta ajena, perdiendo la protección que conlleva la legislación laboral. La protección laboral buscada en muchos casos la cláusula de blindaje frente al despido. Se producen situaciones curiosas en las que el *iter* procesal comienza con una demanda laboral con declaración de incompetencia por la jurisdicción social. La opción subsiguiente es pintoresca, supone acudir a la jurisdicción civil a reclamar una indemnización pactada en un contrato laboral, donde previsiblemente, como administrador que era el trabajador es preciso que dicha reparación haya sido acordada por la asamblea. En los supuestos de los cargos electivos sindicales se observa una confusión similar, conforme se asciende en la organización sindical se acaba celebrando un contrato laboral especial de alta dirección. Ciertamente, como se ha señalado, la protección laboral hubiera permane-

¹⁴ STSJ As 9 octubre 2018 (rec. 1603/2018).

¹⁵ Expresión empleada en materia de marcas en Derecho Mercantil, que alude a cuando un producto alcanza tal nivel de éxito que el producto es denominado de forma general empleando la marca se pierden los derechos de propiedad industrial (kleenex, danone, etc.).

¹⁶ Por todas la STSJ As 11 noviembre 2011 (rec. 2443/20119) que resuelve que la promoción de un trabajador con relación laboral común a alta dirección con posterior nombramiento de administrador supone la extinción de la relación laboral, ya que no se entiende que la previa relación laboral común se encuentra suspendida durante el contrato de alta dirección.

cido mediante la realización de tareas de este profesional y no meramente sindicales¹⁷, que es la única excepción a la teoría del vínculo.

III. TELETRABAJO. PLATAFORMAS DIGITALES DE INTERMEDIACIÓN

a) **Teletrabajo**

El empleo de un equipo informático con conexión informática directa con la empresa, en este caso la redacción de un periódico, elimina la relevancia de no acudir al centro de trabajo¹⁸.

b) **Plataformas digitales de intermediación**

El deslinde entre la relación laboral y el trabajo por cuenta propia en una plataforma digital hay que residenciarlo en el grado de intervención y control que dicha plataforma tiene sobre la prestación del servicio. En el supuesto debatido, la empresa se dedica a la gestión de una plataforma de este tipo mediante la cual, a través de una aplicación móvil o página web, permite que restaurantes y comercios locales ubicados en grandes ciudades oferten sus productos a través de la aplicación. Los consumidores finales acceden a los productos ofertados igualmente a través de aplicaciones informáticas, siendo responsabilidad de la plataforma el transporte y entrega de los productos a los clientes. La relación de los conductores con la plataforma es de carácter laboral. Para alcanzar esta conclusión se valora especialmente el control indirecto o *soft control*, es decir, realizado a través de un programa informático, que permite vigilancia constante del conductor, aunque no haya órdenes personales dirigidas al mismo. Los conductores que ocupan las primeras posiciones en el ranking son los que tienen derecho a escoger las franjas horarias más convenientes y en las que existe una mayor demanda¹⁹.

¹⁷ La STSJ As 20 febrero 2018 (rec. 3189/2017) entiende que la falta de realización de tareas profesionales, siendo la actividad puramente sindical, impiden la calificación como laboral pese al contrato de alta dirección.

¹⁸ STJS As 16 marzo 2001 (rec. 2158/2000).

¹⁹ STSJ As 25 julio 2019 (rec. 1143/2019).

IV. COOPERATIVAS Y OTRAS FORMAS SOCIETARIAS

a) **Cooperativas**

La inclusión en el RGSS de una cooperativa y la posibilidad de ser acreedores de mejoras voluntarias no determina la aplicación del convenio colectivo sectorial, debido, precisamente, a la inexistencia de relación laboral²⁰.

b) **Sociedades**

La empresa se dedicaba a la producción, montaje y sincronización, doblaje, distribución, exhibición, alquiler y venta de obras audiovisuales (grabaciones visuales, discos de lectura y grabaciones sonoras), obras cinematográficas, teatrales y musicales. La actora, licenciada en periodismo, y dos trabajadores más compraron las participaciones sociales. La demandante es nombrada administradora única. Figura afiliada en RETA. Todos los trabajadores adquirentes de participaciones sociales figuran con categoría de gerente y perciben, salvo uno, idéntica retribución que no contiene pagas extraordinarias. La sociedad se hace cargo del pago de cuotas de autónomos. La empresa disponía de un espacio de trabajo en un centro común con una mesa, una silla y un ordenador propiedad de la demandada, que utilizaba la actora. No existía control del horario de trabajo para ninguno de los socios. Se entiende que relación de la actora, cuyas únicas funciones era las propias de administradora social, no es de carácter laboral. Sin embargo, es un asunto curioso, porque la demanda se formula a través del procedimiento de modificación sustancial de las condiciones, ya que el horario y turnos de la actora fueron modificados, lo que no casa con que no hubiera ningún control de horarios. Si bien, es cierto que la ausencia de actividad complementaria convierte toda la cuestión en materia societaria, cabe reseñar el sometimiento de la actora al poder organizativo del resto de los socios trabajadores²¹.

Cabe traer a colación otro supuesto en el que el actor presta tareas de dirección de un canal de televisión, con jefatura de todo el personal de redacción y técnico y con derecho de veto sobre el contenido de la programación. Solo recibe instrucciones de los administradores de la sociedad. Se considera que el actor está unido a la mercantil demandada por una relación laboral especial de alta dirección, ya que está a la cabeza jerárquicamente del proyecto empresa-

²⁰ STSJ As 5 abril 2002 (rec. 453/2001).

²¹ STSJ As 18 junio 2019 (rec. 903/2019).

rial, toma importantes decisiones en materia de personal y asume las más altas funciones de dirección con autonomía y responsabilidad²².

V. BECAS, PRÁCTICAS NO LABORALES Y CONTRATOS FORMATIVOS

a) **Becas**

La actora realizaba labores de auxiliar de conversación como becaria en Francia, en el marco de un convenio de cooperación cultural entre dicho país y España, con la finalidad de que los jóvenes licenciados en Filología perfeccionen el conocimiento del idioma y se inicien como profesores de Lengua, percibiendo, a cambio de esta colaboración, una cantidad de dinero en concepto de beca y afiliación al seguro de enfermedad en Francia. Se entiende que no la relación no es laboral²³.

b) **Prácticas no laborales**

Las partes suscribieron un acuerdo de prácticas no laborales y sin solución de continuidad un contrato de trabajo formativo. Se destaca que no fue objeto de tutorización alguna, realizó las tareas de atención al público y de auxiliar administrativa, en los mismos términos y horario que el resto de los trabajadores del Ayuntamiento. La tutora se limitó meramente a informarle de qué tareas había de realizar y dónde las iba a ejecutar, remitiendo las incidencias que pudieran surgir en el desarrollo diario de cada jornada a la correspondiente compañera de trabajo. Se entiende que las prácticas no laborales son constitutivas de una relación laboral²⁴.

c) **Contratos formativos**

En sentido opuesto a la resolución citada en el apartado anterior cabe traer a colación un asunto de relación formativa en el marco de la actividad nor-

²² STSJ As 3 octubre 2017 (rec. 2016/2017).

²³ STSJ As 15 septiembre 2000 (rec. 1572/1999).

²⁴ STSJ As 24 julio 2015 (rec. 1561/2015).

mal de un ayuntamiento. Las funciones del actor tenían encaje en el ámbito ordinario de la actuación municipal que guarda relación con la titulación académica del actor. La tutela del personal funcionario se consideró en este supuesto que incluía un componente formativo sobre prevención de riesgos laborales, la orientación laboral y la búsqueda de empleo en el extranjero. La primacía de la formación recibida sobre la estrictamente profesional se considera un desajuste que no tiene la trascendencia para viciar de fraude la relación²⁵.

d) **Criterios formales: tutorización y horario dedicado a formación**

Cabe reseñar que, en materia de becas, prácticas no laborales y contratos formativos se produce un conflicto resuelto, como evidencia la contradicción entre las resoluciones, de forma meramente formal. Se busca evitar el fraude de ley, pero tanto en un caso, como en el otro, el elemento clave son las enseñanzas recibidas de los compañeros de trabajo, que, como se ha dicho, llevan a soluciones opuestas. La realidad es que el “aprendiz” se forma trabajando, inicialmente su desconocimiento precisa de una tutorización formativa a la par que revisora del trabajo efectuado. Con la adquisición de experiencia se forma el trabajador y su labor, esté tutorizada o no, no se diferencia de sus compañeros, porque ya aporta valor por sí misma. De ahí que se acuda al componente formal²⁶.

VI. ACTIVIDADES DEPORTIVAS

a) **Jugador y entrenador**

La suma de dinero que percibe un entrenador de hockey se considera salario, salvo que se acredite que corresponde a una ayuda para resarcir desplazamientos y cubrir dietas y coste del material deportivo²⁷.

Cabe igualmente traer a colación un procedimiento de oficio promovido por la TGSS, que analizó un supuesto en el cual el prestador de servicios, se-

²⁵ STSJ As 28 noviembre 2017 (rec. 2006/2017).

²⁶ La STSJ As 28 noviembre 2017 (rec. 2006/2017) resalta la importancia de una “tutoría efectiva” durante todo el periodo de las prácticas no laborales. Esta concepción merece una valoración adicional, porque se enmarca en la línea garantista de los derechos del trabajador que se traduce en una preconstitución de pruebas por la empresa como la firma de partes diarios por el tutor. Quizás pueda contribuir a una solución más realista vincular la formación a un período de tiempo predeterminado sectorialmente por la negociación colectiva y las normas reglamentarias.

²⁷ STSJ As 11 mayo 2001 (rec. 1792/2000).

gún los medios de comunicación, era entrenador de un club de fútbol, sin embargo, no constaba de alta en la Seguridad Social y era perceptor de prestación contributiva por desempleo. No tramitó licencia de director deportivo y no tenía título federativo en la Real Federación de Fútbol del Principado de Asturias. Veía la mayoría de los entrenamientos y partidos, entabló relación con el cuerpo técnico y jugadores. No consta que diera órdenes ni instrucciones ni que percibiera cantidad económica alguna. La cuestión sobre la relación laboral no se suscita con el club de fútbol, sino con una tercera empresa que, durante su estancia en dicho club, abonó su alojamiento en un hotel y con la que había suscrito un contrato de patrocinio. El interés del supuesto radica en que los elementos de la relación tenidos en consideración son la falta de dirección efectiva de los deportistas, aunque sea en conexión con la ausencia de retribución²⁸.

b) Mantenimiento de las instalaciones, bares y cafeterías.

Una asociación-club de tiro olímpico dispone en sus instalaciones de las canchas de tiro, una oficina y un bar. La actora, que es socia, comenzó a explotar el bar, encargándose de abrir las instalaciones, conectar la calefacción, recoger los casquillos de las canchas y todo lo relacionado con el abastecimiento del negocio, abonando los importes de las mercancías, cobraba las dianas e ingresaba el dinero en la caja del bar, continuando con la práctica del anterior de vender los casquillos de las canchas y, en ocasiones, se tramitaban con ella las licencias deportivas en el bar. Se entiende que relación se asemeja más a la figura jurídica del arrendamiento de negocio que a la relación laboral, varios miembros de la junta realizan tareas de forma desinteresada, ya que se tiene en consideración la ausencia de órdenes o instrucciones de los responsables del club sobre su trabajo, ni tampoco es el club quien organiza el bar ni paga las mercancías²⁹.

Cabe citar un supuesto análogo, en el que una federación deportiva cedió al actor la explotación de las instalaciones deportivas, incluido un bar-cafetería. El actor cobraba a los usuarios de las instalaciones deportivas los precios fijados en la tarifa que anualmente acordaba la federación, liquidando una vez al mes el porcentaje estipulado por esta. Además, la federación establecía qué equipos estaban exentos de tarifa. El actor era quien abría y cerraba las insta-

²⁸ STSJ As 26 septiembre 2017 (rec. 1495/2017).

²⁹ STSJ As 19 septiembre 2014 (rec. 1585/2014).

laciones y se encargaba del mantenimiento ordinario de las mismas: limpieza de vestuarios, pintura de los campos, etc. Los gastos generados por las reparaciones excepcionales: caldera, electricistas, trabajos verticales, etc., los asumía la federación. El actor hacía suyos los ingresos del bar-cafetería, fijando los precios y liquidando con los proveedores el importe de las mercaderías y suministros contratados, incluido el gasóleo. Se entiende que se trata de un arrendamiento de negocio. No recibía instrucciones sobre la forma de llevar a cabo el negocio³⁰.

VII. ALTERNE

Preponderan los procedimientos de oficio promovidos por la TGSS en relación con las denominadas “chicas de alterne”. Se entiende con carácter general que el hecho de que las empleadas gocen de cierta libertad para realizar sus iniciativas de captación de clientela, libertad en cuanto al horario de permanencia en los locales de alterne y la falta de acreditación de forma taxativa su modo de retribución son aspectos que no desvirtúan la relación laboral³¹.

Cabe traer a colación un supuesto en el que se pone énfasis en la vestimenta de las trabajadoras. Realizaban sus funciones vestidas con bodis y bikinis, frecuentemente con la espalda y el ombligo al descubierto y las piernas sin cubrir. Ataviadas de esta forma, eran invitadas por clientes masculinos a beber consumiciones despachadas y cobradas por el camarero. Se entiende que la actividad ejercida por las trabajadoras en el establecimiento de la empresa era una relación laboral, la de alterne con los clientes, como una forma de contacto previo por medio del que lograr la venta del servicio sexual³².

En un supuesto análogo, las trabajadoras, dentro del horario del local, poniéndose nuevamente énfasis en la vestimenta que se califica como “mínima”, inducían a los clientes a realizar consumiciones y, en concreto, ejerciendo la actividad de alterne. Las trabajadoras percibían una comisión del 50% por cada consumición a las que eran invitadas, realizaban una jornada de entre las 16,30 horas de la tarde a 4 de la madrugada. Dado el recelo jurídico por la conexión con la prostitución se remarca que acudían de forma “voluntaria” a prestar servicios³³. En un asunto similar se parte de los datos de la prestación

³⁰ STSJ As 15 marzo 2013 (rec. 154/2013).

³¹ STSJ As 19 octubre 2012 (rec. 2078/2012).

³² STSJ As 19 octubre 2012 (rec. 2078/2012).

³³ STSJ As 9 noviembre 2012 (rec. 2381/2012).

del servicio en horario flexible de 17 a 18 horas hasta las 2, 3 o 4 h. a cambio de una comisión de 15€ por consumición del cliente³⁴.

VIII. PROFESIONALES LIBERALES

a) **Arquitecto**

El actor trabajaba como arquitecto en una sociedad dedicada a promociones inmobiliarias, disponía de libertad para distribuir su tiempo de trabajo y acudir a las obras encomendadas. El importe de su remuneración estaba constituido por el montante de las facturas que giraba y una cantidad fija, que se denominaba iguala. En ocasiones, pese a ser inferior la suma de las facturas, se abona una cantidad fija de 3.000 euros mensuales, que puede entenderse como un pacto de retribución mínima, que también se recibía en el mes de vacaciones. Se trata de una relación laboral³⁵. Cabe destacar que el actor es titular de una sociedad creada para facturar su trabajo personal.

b) **Abogado**

En supuesto de ejercicio de la profesión de abogado, el actor se encuentra en el día a día sometido a las exigencias de varios socios. Se le requiere para que busque jurisprudencia sobre asuntos, se le corrigen escritos antes de ser presentados, prepara y estudia casos que otro miembro del despacho, el administrador, lleva con un cliente, incluso se le recrimina por hacer algo mal y por el funcionamiento incorrecto del sistema informático de organización del despacho. Este supuesto se trata de una relación laboral especial de abogados³⁶.

c) **Perito tasador**

En un asunto de ejercicio de funciones como perito tasador, la empresa facilitaba al actor el acceso a un programa informático que debía utilizar de acuerdo con su correspondiente manual, a través del cual le asignaba un deter-

³⁴ STSJ As 4 enero 2013 (rec. 2827/2012).

³⁵ STJS As 24 abril 2018 (rec. 520/2018).

³⁶ STSJ As 17 octubre 2017 (rec. 1997/2017).

minado siniestro para que efectuara la peritación que debía remitir a la empresa. Facturaba una cantidad que variaba en función del número de peritaciones realizadas, cuyo importe se establecía conforme a una tabla de honorarios adoptada de común acuerdo. La compañía no proporcionaba al trabajador otros medios o instrumentos para realizar su trabajo, ni estaba sujeto a exclusividad, de hecho, realizaba encargos para otras compañías. Era el propio actor el que programaba sus vacaciones, aunque informaba a la entidad aseguradora de las fechas en que iba a disfrutarlas para que esta pasara los encargos a otros peritos. Estos datos determinan el carácter no laboral de la relación de servicios. Esta conclusión no resulta desvirtuada por circunstancias tales como la asistencia puntual del demandante a cursos de formación financiados por la aseguradora, la utilización por el actor del sistema informático contratado por aquella a disposición de los peritos externos como herramienta de valoración o por la existencia de determinadas normas de la empresa para ajustar la prestación contratada a ciertas directrices burocráticas³⁷.

IX. PERIODISMO

a) **Fotógrafo**

En un supuesto de un fotógrafo que realizaba su labor sin exclusividad, sin sometimiento a un horario fijo, sin despacho en el centro de trabajo con sus propias cámaras, si bien los rollos, las pilas, etc., eran proporcionados por la empresa, que le expidió el oportuno carné de prensa. Las fotos de los eventos eran encargadas telefónicamente al actor por los redactores de la empresa. También realizaba fotos por propia iniciativa. Los anteriores elementos han tenido mayor relevancia que la percepción de una retribución fija y descansos remunerados, por lo que se ha entendido que estaba sometido a una relación civil y no laboral³⁸.

b) **Colaboradora de prensa**

Cabe traer a colación un supuesto en el que una colaboradora de prensa recibía de la empresa su retribución con independencia de publicar sus artícu-

³⁷ STSJ As 20 septiembre 2016 (rec. 1901/2016). Vid la STSJ As 26 abril 2013 (rec. 2998/2012).

³⁸ STS As 14 septiembre 2001 (rec. 913/2000).

los, percibía dietas y vacaciones pagadas. Se entiende que la relación es laboral y que no obsta la inexistencia de un horario estricto, ya que este no se compadece con la labor informativa³⁹.

X. CONTRATO DE AGENCIA. AGENTES DE SEGUROS. COMERCIALES

a) **Contrato de agencia**

El actor tiene las mismas condiciones de trabajo antes y después de la firma del contrato de agencia, sigue en el mismo territorio y con los mismos clientes, continúa utilizando el teléfono y el coche de la empresa. La empresa establece las directrices que debe seguir el actor en sus visitas a los clientes. La empresa también imparte al demandante instrucciones sobre las ventas y fija el calendario de vacaciones. Se está ante una relación laboral, situación que no se ve afectada por la suscripción de un contrato de agencia sin solución de continuidad en la prestación de servicios⁴⁰.

b) **Agentes de seguros**

La tesis de la naturaleza mercantil de la relación jurídica de los mediadores de seguros privados en el ejercicio de su profesión y las entidades aseguradoras no puede aceptarse con carácter absoluto, ya que ello dependerá en cada caso concreto de las funciones que se realicen y de la forma de su desarrollo, siendo necesario el examen de los datos fácticos. En el supuesto analizado, el actor acudía a las sesiones de formación o a reuniones de información, sin que la empresa interviniera o interfiriera en la actuación del actor. El hecho de que la actora acuda a la reunión que semanalmente hay de cada equipo con el jefe de equipo y con el director de la oficina, así como a la reunión mensual del comité de bajas, en las que los agentes tienen que informar al director de los

³⁹ STJS As 16 marzo 2001 (rec. 2158/2000).

⁴⁰ STSJ As 9 julio 2019 (rec. 1229/2019).

recibos que no se pudieron recuperar, no sirve para calificar la relación como laboral⁴¹.

Cabe traer a colación otro supuesto de agencia de seguros. En el marco de un procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la labor del actor no está sujeta a cumplimiento de horario de oficina, que es solo para el personal contratado laboral, puede concertar entrevistas con potenciales clientes en la oficina o visitarlos en sus domicilios, si bien normalmente realiza su actividad fuera. Cuando acude a la oficina, puede hacer uso del mobiliario (mesas, sillas, etc.) y de teléfonos, portátiles, etc., haciéndolo indistintamente al no tener asignado un puesto concreto. Ocasionalmente, la compañía le facilita una lista de los mismos para rehabilitarlos o aconsejarlos con el objeto de ayudar al cumplimiento de sus objetivos, que percibe comisiones en función de estos, con un adelanto para subsistir hasta tener cartera propia, regularizándose posteriormente tales comisiones en función de los objetivos conseguidos. Se entiende que a pesar de estos últimos datos la actividad no es laboral⁴².

c) Comerciales

Un supuesto de interés es el de una empresa dedicada a la comercialización y distribución de productos a través de una red comercial de personal propia y subcontratado (mayoristas, empresarios autónomos, distribuidores independientes) suscribió un contrato de prestación de servicios con ENDESA. El objeto del negocio lo constituía realizar y coordinar la campaña de promoción y venta directa de productos a través de una red de ventas. Esta actividad se desarrollaba a través de unos denominados «empresarios independientes», que forman parte de una organización empresarial bien estructurada, organizada y jerarquizada, que hace posible que el distribuidor, en atención al éxito de su actividad comercial, alcance niveles jerárquicos superiores, lo que comporta un incremento de los niveles de ingresos, mayor responsabilidad dentro de la red comercial y superiores privilegios en la misma. El reclutamiento de los distribuidores no está presidido por principio alguno asociado a la profesionalidad de los comerciales, sino que obedece primordialmente a la finalidad de obtener una red lo más extensa posible de distribuidores. La retribución se realiza mediante el abono de comi-

⁴¹ STSJ As 27 septiembre 2018 (rec. 1560/2018).

⁴² STSJ As 24 abril 2018 (rec. 329/2018). En un supuesto análogo la STSJ As 3 octubre 2017 (rec. 1820/2017) decidió en idéntico sentido.

siones, de las que se descuenta la cantidad fija mensual de 6 euros, en concepto de cobro por uso de las herramientas de gestión, comisiones que dependen tanto de los contratos formalizados por cada distribuidor, comisiones directas, como de los contratos perfeccionados por los comerciales captados por cada distribuidor, comisiones en red. El asunto se plantea a través de un procedimiento de oficio promovido por la TGSS. Se entiende que las relaciones de los “empresarios independientes” es laboral⁴³.

XI. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

a) **Profesor de Música**

La prestación de servicios como profesor de Música a ayuntamiento mediante contrato administrativo de asistencia educativa será laboral cuando los instrumentos y la cuenta donde se ingresa la matrícula por los alumnos pertenecen al ayuntamiento, que también fija el horario⁴⁴.

b) **Proyectos de investigación.**

Se considera laboral la relación de un becario en proyectos de investigación fruto de acuerdo entre la Comunidad Autónoma y la universidad debido al escaso impacto formativo de sus tareas. La participación en cada proyecto parte de las correspondientes propuestas de la profesora universitaria que es la investigadora principal. La universidad se compromete a realizar 2.495 fichas que recogen los muebles de interés artístico, histórico, etc. Se establece que todos los derechos de propiedad intelectual pertenecen a la Comunidad Autónoma. El becario recibía una cantidad de 1.000 euros y sus riesgos estaban cubiertos por una compañía de seguros. La percepción económica era ingresada en la cuenta bancaria del becario previo descuento IRPF y seguro. Se sigue un horario fijado por la universidad y se trabaja en el departamento de Historia del Arte de la universidad. Las vacaciones eran las del calendario escolar. La universidad proporcionaba clave de acceso a la web, email y tarjeta de aparca-

⁴³ STSJ As 30 septiembre 2016 (rec. 1536/2016).

⁴⁴ STSJ As 18 diciembre 2009 (rec. 1273/2009).

miento. La herramienta informática donde se incluyen las fichas la proporciona la Comunidad Autónoma⁴⁵.

XII. PERSONAL EN OBRAS DE CONSTRUCCIÓN

En un procedimiento de oficio promovido por la TGSS se analiza un supuesto del ámbito de la construcción. Los actores carecían ambos de la infraestructura productiva y de los materiales necesarios para el ejercicio de la actividad al disponer solamente de herramientas de mano; ambos utilizaban el material que le proporcionaba la empresa; realizaban el horario que fijaba la misma; prestaban servicios (echar hormigón sobre la cubierta del edificio) junto con otros tres trabajadores de la empresa y en las mismas condiciones. Uno de los obreros se encargaba de impartir las órdenes a todos los operarios que se encontraban en la obra. Los actores percibían una cantidad fija por día o mes de trabajo, sin que en las respectivas facturas emitidas se especifiquen los trabajos que se remuneran ni tampoco la obra de construcción. Los actores no tenían concertado un contrato de seguro de responsabilidad civil para hacer frente a los riesgos generados por el desarrollo de una actividad profesional autónoma. Se entiende que la relación de los demandantes tiene naturaleza laboral⁴⁶.

De nuevo, en procedimiento de oficio promovido por la TGSS, se resuelve un asunto en el que se estaban realizando unos trabajos de rehabilitación, ambos trabajadores llevan años en RETA y en el censo del IAE, giran facturas por su trabajo y la realizaban con total autonomía, sin sujeción a órdenes u horarios. Su trayectoria de trabajo autónomo en el ámbito de la construcción y su organización se ha venido desarrollando en el sentido de poseer un vehículo adaptado a la actividad, póliza de responsabilidad civil, expedición de facturas por el trabajo, etc. Todo ello es anterior e independiente a su relación con la empresa demandada, que no había tenido relación previa con estos, sino que fueron indicados por la propia comunidad de propietarios por ser conocidos de la zona. Se considera que el uso de elementos comunes, como los andamios, no generan las notas de laboralidad, debido a que todas las notas son contrarias a la ajenidad y dependencia⁴⁷.

⁴⁵ STSJ As 31 julio 2009 (rec. 1398/2009).

⁴⁶ STSJ As 22 enero 2019 (rec. 2642/2018).

⁴⁷ STJS As 29 junio 2018 (rec. 601/2018).

En un tercer un asunto desarrollado en el marco de un procedimiento de oficio promovido por la TGSS, en el que los albañiles trabajadores prestaban servicios en las obras contratadas por la empresa demandada, que es quien aporta todos los medios materiales y la maquinaria y herramienta necesarias, además de los medios humanos, tanto de carácter administrativo como de fábrica, para la adecuada explotación profesional del proceso productivo que desarrolla; los albañiles prestan sus servicios con sometimiento a una jornada laboral estable, de 8 horas diarias. La empresa asumía la obligación de satisfacer un salario o retribución periódica de 80 euros día, con independencia de que existan o no beneficios. Se entiende que la relación es de carácter laboral⁴⁸.

⁴⁸ STSJ As 5 junio 2018 (rec. 875/2018).

CAPÍTULO X

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS (LAS PALMAS)

ROCÍO MARTIN JIMÉNEZ

Universidad CEU-San Pablo, CEU Universities

SUMARIO: I. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.* a) Prestaciones obligatorias. b) Trabajo autónomo. c) Trabajo no remunerado. c.1. Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad. c.2. Trabajos familiares. d) Trabajos por cuenta propia.–II. *Actividades sindicales y políticas.* a) Actividades sindicales. b) Trabajo en cargos políticos.–III. *Socios, administradores, directores.*–IV. *Cooperativistas.*–V. *Relaciones con causa formativa.* a) Becarios.–VI. *Deportistas.*–VII. *Artistas.*–VIII. *Profesiones liberales.* a) Abogado. b) Arquitectos. c) Servicios contables, economistas, consultores.–IX. *Personal sanitario.* a) Médicos y odontólogos. b) Psicólogos. c) Personal de enfermería, auxiliares médicos y auxiliares de enfermería. d) Masajistas.–X. *Personal docente.* a) En centros educativos públicos. b) Profesores de academia y profesores particulares.–XI. *Profesionales de la comunicación.*–XII. *Comerciales, agentes, vendedores.* a) Agentes de seguros. b) Subagente de seguros. c) Comisionista.–XIII. *Transportistas con vehículo propio.*–XIV. *Servicios prestados a la Administración.* a) Contratos de colaboración social. b) Trabajador social. XV. *Empleados de fincas urbanas.*

I. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD

a) Prestaciones obligatorias

El presidente-administrador de una comunidad de propietarios de apartamentos y, a su vez, propietario de uno de ellos, que por la Ley de Propiedad Horizontal y de manera obligatoria y, por designación de la Junta de Propietarios, ejerce dicho cargo, realiza una prestación obligatoria, puesto que, aunque él mismo se firme un contrato laboral¹, la mencionada norma establece que los cargos de presidente de la comunidad y de administrador son órganos de gobierno de la comunidad de propietarios y su vinculación con la misma no es voluntaria, sino de carácter obligatorio; por lo tanto y por normativa legal, no son relaciones laborales.

b) Trabajo autónomo

La realidad de los hechos debe prevalecer sobre el nombre que las partes de una relación jurídica quieran de manera errónea o interesada dar a un negocio jurídico; de tal forma, que el alta de una persona en el régimen del RETA no convierte a ese trabajador en autónomo, puesto que esa circunstancia es una mera formalidad, mientras que los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su contenido real y no de la calificación jurídica que le otorguen las partes.²

Estamos en el supuesto de un fontanero que demanda a las aseguradoras para reclamar la naturaleza laboral de su relación, consistente en el arrendamiento, por cada compañía aseguradora al proveedor-actor, de sus servicios de fontanería para prestarlos a las personas físicas o jurídicas aseguradas. Reiterada jurisprudencia determina que el *nomen iuris* establecido por las partes es irrelevante y que tres son las notas que caracterizan la relación laboral: la ajenidad en resultados, la dependencia en su realización y la retribución en los servicios³. En este caso se desestima el recurso de suplicación, puesto que el actor mantiene con las compañías aseguradoras del grupo al que demanda una relación de arrendamiento de servicios de naturaleza ordinaria. Se desprende

¹ STSJ Canarias (Las Palmas), 31 octubre 2005, rec. 271/2005.

² STSJ Canarias (Las Palmas) 17 octubre 2018. rec. 877/2018. STS de 12 de febrero de 2008 rec. 5018/2005.

³ SSTS de 9 julio 2013, rec. 2569/12; 26 noviembre 2012, rec. 536/12; 29 noviembre 2011, rec. 2537/2010; 3 mayo 2005, rec. 2606/2004; 19 julio 2002, rec. 2869/2001.

de los hechos, que el actor realizaba sus servicios como trabajador autónomo, tenía su propia organización, no utilizaba logos de la aseguradora, ni distintivos, ni vehículos de la empresa, sino los suyos propios, realizaba los trabajos con sus herramientas y adquiría los materiales que luego cobraba en las facturas; la empresa ejercía un lógico control de calidad y asignaba los servicios de acuerdo con las necesidades de sus asegurados; la facturación era directa a la aseguradora que abonaba la factura; podía el actor tener colaboradores, asimismo estaba obligado a contratar un seguro de responsabilidad civil para cubrir los riesgos y su dedicación no era exclusiva con la aseguradora. Todos estos hechos llevan a considerar que se realiza por parte del fontanero una actividad libremente prestada por cuenta propia y para utilidad del mismo actor y, de ningún modo, ha existido una relación laboral⁴.

No se ponen de manifiesto las notas de dependencia y ajenidad en la actividad de una monitora de judo, que percibe una contraprestación económica, cuya cuantía está vinculada al número de alumnos que acudiesen a su clase⁵; actuaba con plena libertad y autonomía para nombrar a colaboradores, a los que ella misma pagaba o despedía; no se puede ser trabajador y sí empresario, cuando tienes a una persona a tus órdenes, bajo una situación de dependencia y con el abono de una retribución; si hay una relación laboral de una parte, en la otra, obligatoriamente, hay un empresario y, por lo tanto, una persona que trabaja por cuenta propia, de forma personal y directa realizando una actividad económica a título lucrativo sin sujeción a un contrato de trabajo; no puede hablarse de encuadramiento en relaciones laborales cuando se dispone de organización propia y se comporta como empresario laboral⁶.

La posesión de los trabajadores de una licencia fiscal, su situación de alta en el RETA o su manifestación de voluntad de ser considerados como profesionales independientes o autónomos, será irrelevante desde el punto de vista de la calificación laboral de una relación jurídica⁷.

Pese a todo, el límite entre la relación laboral y otras análogas (como ocurre en este caso) no es nítida, ni en la doctrina, ni en jurisprudencia; por ello, es necesario tener en cuenta 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 jurisprudencia⁸.

⁴ STSJ Canarias (Las Palmas) 22 febrero 2010, rec. 987/2009.

⁵ STSJ Canarias, (Las Palmas) 31 marzo 2006, rec.. 1105/2005.

⁶ SSTs de 29 de marzo de 1988; 7 de abril de 1987.

⁷ STSJ Canarias (Las Palmas) 1 diciembre 2010, rec.. 1243/2010.

⁸ STS 3 noviembre 2014, rec. 739/2013.

c) Trabajo no remunerado

C.1.) TRABAJOS AMISTOSOS, BENÉVOLOS, DE BUENA VECINDAD

Los trabajos realizados esporádicamente a título de amistad o benevolencia están excluidos por el ar.1.3d) del Estatuto de los Trabajadores de la aplicación del Derecho del Trabajo y, expresamente, del campo de aplicación del Régimen General por el artículo 98 del T.R. de la Ley General de la Seguridad Social.

No puede considerarse una relación de servicios benevolente o de buena vecindad o, simplemente, “echar una mano”, la actividad de un menor como “freganchin”, que prestaba sus servicios personales (aunque, como los menores de 16 años no pueden ser admitidos al trabajo, el contrato de trabajo que celebren verbalmente en este caso es nulo), a cambio de una remuneración (en este caso, ropa y comida cuando se pudiera), de forma dependiente en los locales del empleador, en la jornada, horario y a las órdenes del jefe, y por cuenta ajena, ya que así se evitaba contratar legalmente a un trabajador. Todos estos datos revelan la existencia de las características de la relación laboral exigidas por la legislación, doctrina y jurisprudencia y demuestra la existencia de una situación de pura explotación laboral de un menor⁹.

C.2.) TRABAJOS FAMILIARES

Los trabajos familiares quedan excluidos de la aplicación del Derecho del Trabajo por voluntad expresa del legislador, manifestada en el art.1.3 e)¹⁰, considerando familiares: cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción (salvo que demuestren la condición de asalariados).

Para que pueda actuar la exclusión se requiere: que estemos en presencia de un empresario¹¹ con respecto a los que la norma considera como familiares; que no exista salario¹², que los familiares convivan con el empresario y a su cargo.

La situación en la que una persona acude y realice de forma esporádica una ayuda a un familiar en su negocio, cuando tenga una acumulación de tra-

⁹ STSJ Canarias (Las Palmas) 30 enero 2002, rec. 1612/1999.

¹⁰ Art. 1.03 ET. Interpretación precepto por la STS 13 junio 2012, rec. 1628/2011.

¹¹ Debe ser empresario persona física y no jurídica, puesto que una sociedad con personalidad jurídica propia y distinta de los socios, impide tener vínculo parental con la sociedad.

¹² STSJ Canarias (Las Palmas) 28 julio 2006, rec 1846/2003.

bajo, sin percibir remuneración alguna, es una colaboración familiar y por tanto excluida de la relación laboral. A *sensu* contrario, la existencia de retribución es factor que neutraliza la presunción de existencia de trabajos de colaboración familiar que instaura el 1.3 c ET, y hace que entre en juego la de la laboralidad de los servicios prestados¹³.

La determinación de si la mera unión de hecho (incontestable, entre demandante y demandado) con vida, domicilio e incluso una hija común, constituye un trabajo familiar excluido, salvo prueba en contrario, del concepto de laboralidad, supone una disputa jurídica en la que se llega a la conclusión de que, desde un punto de vista civilístico y de seguridad social, no cabe extender esa mera unión de hecho hasta el concepto de matrimonio¹⁴, figura que es la expresamente incluida en el Estatuto de los Trabajadores¹⁵. Con independencia, de no ser la parte demandada cónyuge del administrador único de la empresa, consta que había sido contratada por la empresa con anterioridad y con posterioridad de su unión de hecho con aquel (también demandado por la Inspección), considerándolo, por lo tanto, como una relación laboral, incluida en el ámbito del Derecho del Trabajo^{16, 17}.

Estamos en presencia de una relación laboral y no de trabajos familiares, cuando el hermano de un accionista de una SL trabaja para empresa, concurren las circunstancias de laboralidad, afirmando la Sala que, por el mero hecho de trabajar para una sociedad familiar de la que no se es socio, estemos en presencia de un trabajo familiar¹⁸. Igualmente, es una relación laboral la de una dependienta que presta sus servicios para una empresa, sociedad en la que su padre participa, pero sin tener control directo o indirecto, pues no poseía la mayoría de las acciones, no podía disponer libremente o decidir en la misma al necesitar la intervención de otro de los administradores¹⁹.

d) **Trabajos por cuenta propia**

Es determinante, en este epígrafe, comprobar si las funciones que realiza el trabajador son esencialmente iguales a las que realiza el empresario; así, cuando organiza su actividad, no cobra salarios, no está sometido a órdenes de

¹³ STSJ Canarias (Las Palmas) 14 abril 201, rec. 205/2015.

¹⁴ STSJ Canarias (Las Palmas), 29 octubre 2014, rec. 75/2014.

¹⁵ En este mismo sentido STS 11 marzo de 2005, rec. 2109/2004.

¹⁶ STSJ Canarias (Las Palmas) 31 julio 2006, rec. 1473/2003.

¹⁷ En este mismo sentido STSJ Canarias (Las Palmas) 31 diciembre 2002, rec. 1123/2000.

¹⁸ STSJ Canarias (Las Palmas) 31 marzo 2006, rec. 971/2003.

¹⁹ STSJ Canarias (Las Palmas) 25 julio 2000 rec. 1063/1998.

persona distinta a él mismo, ni a horario o jornada de trabajo, esa persona no será un trabajador sometido al Derecho del Trabajo.

No puede considerarse la existencia de relación laboral, la función del Práctico²⁰ del puerto que para la realización de su actividad de Practicaje, se constituye en corporaciones con arreglo a una normativa específica²¹, al no compaginar el régimen jurídico de la sociedad profesional con una actividad profesional, en la que estén presentes las notas de dependencia y ajenidad, no habiéndose acreditado la existencia de los requisitos del art. 1.1 del ET.

La sala expone y razona los argumentos jurídico-legales que le llevan a determinar que los Prácticos tienen la condición de empresarios y, por lo tanto, no concurren en la prestación de servicios las notas propias e inherentes a la relación jurídico laboral que prevé y regula el Estatuto de los Trabajadores.

II. ACTIVIDADES SINDICALES Y POLÍTICAS

El Estatuto de los Trabajadores excluye en su párrafo 1.3g) de la aplicación del Derecho del Trabajo todos aquellos supuestos en los que se desempeña un trabajo sin cumplir con los requerimientos del art. 1.1 ET. Entre ellos se encuentran los cargos políticos, al ser de confianza, de libre designación y revocación, que excluyen la condición del trabajador por cuenta ajena de quien lo ocupa; así como los cargos sindicales muy similares a los anteriores y en ocasiones desprovistos de la nota de ajenidad.

a) Actividades sindicales

En el supuesto de realizar tareas de tendencia para un sindicato, esto es representación, participación en elecciones sindicales, afiliación sindical o tareas asociativas típicas de liberados sindicales, pero ajenas al contrato de trabajo, la relación existente entre las partes no será de carácter laboral. Es el caso de un sindicalista que reconoce que siempre llevó a cabo tareas de representante e interventor en elecciones y captación de afiliados^{22, 23}.

Cuando queda acreditada con datos suficientes la condición de ejercer como cargo sindical electivo, no se le puede considerar como trabajador asala-

²⁰ STSJ Canarias (Las Palmas) 23 junio 2014, rec. 72/2013.

²¹ Ley 2/2007, de 15 Marzo 2007.

²² STSJ Canarias (Las Palmas) 29 mayo 2010, rec. 328/2012.

²³ En el mismo sentido, STSJ Canarias (Las Palmas) 30 marzo 2012, rec. 1812/2011.

riado y sí como sindicalista, considerada como aquella persona elegida para desempeñar funciones de representación sindical y en el marco de una relación asociativa (medie o no compensación económica); la relación laboral existente «inter partes» es de naturaleza estrictamente sindical y no laboral, por ostentar la condición de cargo electo.

En mismo sentido, no existe relación laboral entre el actor, que fue secretario de acción sindical y su sindicato²⁴, al no reunir las características del art. 1.1 ET.

Sin embargo, la simultaneidad de un contrato de trabajo con el ejercicio de cargos de responsabilidad en un sindicato²⁵ no afecta de suyo al carácter laboral de la relación jurídica; que el actor esté afiliado y trabaje en el Sindicato como Técnico no Titulado, percibiendo un salario y, asimismo, ocupe los puestos de Vocal de la Ejecutiva Insular del sindicato y miembro del Consejo Sindical Canario, no supone la inexistencia de un contrato de trabajo y así lo establece, de forma reiterada, el TS al considerar que, ya que “ni hubo acuerdo de las partes sobre tal extremo, ni el desempeño de tales cargos constituye causa lícita de extinción del contrato de las que contempla el art. 49 ET, ni cabe entender tampoco que el ejercicio de tales cargos suponga una situación forzosamente incompatible con la relación de trabajo de modo que extinga esta última por novación (art. 1204 del Código Civil)²⁶”.

b) Trabajo en cargos políticos

La contratación realizada por organismos públicos para los casos de cargos de confianza, desemboca en la dificultad de delimitar si estamos en presencia de contrato laboral o administrativo, ya que su determinación se mueve en zonas muy imprecisas y como señala el TS en reiterada jurisprudencia. Ello es debido a la idéntica alineación de las facultades para el trabajo y, ante ello, el ET²⁷ ha permitido interpretar que el criterio diferenciador está en la normativa reguladora de la relación y no en la naturaleza del servicio prestado.

No existe una relación laboral en aquellas situaciones en las que se contrata a una trabajadora como personal eventual como cargo de confianza, en calidad de secretaria de grupo político en un Ayuntamiento. La contratación como personal eventual al amparo del art. 12 de EBEP, supone estar al margen

²⁴ STSJ Canarias (Las Palmas) 29 octubre 2009, rec. 944/2009.

²⁵ STSJ Canarias (Las Palmas) 9 noviembre 2006, rec 310/2006.

²⁶ STSJ Canarias, (Las Palmas) 9 noviembre 2006, rec 310/2006.

²⁷ Art. 3 a).

de la normativa laboral y, por consiguiente, regirse por el régimen general de los funcionarios de carrera. La cuestión litigiosa se presenta cuando es despedida y alega un encubrimiento de relación laboral bajo una contratación eventual como cargo de confianza, basándose en que la realización de sus funciones era de carácter permanente y habitual y dentro de la actividad ordinaria de la corporación y no desarrollando nunca funciones de especial confianza o asesoramiento²⁸. De la sentencia de referencia se desprende, tras la prueba practicada, que la actora realizaba una prestación de servicios como personal de confianza, sin estar adscrita a un puesto de trabajo en concreto, cobrando de la partida presupuestaria de financiación de los grupos políticos, ostentando un cargo de libre designación que podría haber sido objeto de renovación, sin depender de la Administración, al ser un cargo de confianza y unido a la representación política en cada caso.

Contrasta esta situación con otra sentencia²⁹ en la que se demuestra la naturaleza laboral del contrato que se quiere extinguir, intentando probar que la trabajadora era una contratación eventual como cargo de confianza³⁰, ya que para aplicar el régimen jurídico de los funcionarios, tendría que existir una verdadera relación de personal eventual en los términos que la norma establece; y este no atiende simplemente a la formalidad del nombramiento, sino, de modo expreso, a las funciones atribuidas, “expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial».

Es este punto la clave donde los órganos jurisdiccionales deben de analizar la naturaleza jurídica de una relación u otra. La trabajadora, en este caso, realizaba funciones relacionadas con las que había desarrollado con anterioridad (en área de Juventud), desprovistas de las notas de confianza o asesoramiento especial y no llevaba a cabo funciones relacionadas con la designación del puesto de trabajo (secretaria de Urbanismo).

III. SOCIOS, ADMINISTRADORES, DIRECTORES

Reiterada y consolidada doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo³¹, permite considerar que los administradores de las sociedades de capital pueden simultanear la condición de socio y administrador de la sociedad, con

²⁸ STSJ Canarias (Las Palmas) 11 julio 2016, rec. 472/2016.

²⁹ STSJ Canarias, (Las Palmas) 26 abril 2012, rec. 49/2012.

³⁰ Con base en el EBEP.

³¹ STS 29/09/2003, rec. 4225/02.

la de trabajador por cuenta ajena, siempre y cuando la participación de esa persona en el capital social no alcance la cifra del 50%.

El requisito de ajenidad prevalece para aquellas situaciones en los que los socios no son mayoritarios (no más del 50%) y el requisito de la dependencia no desaparece cuando el ejercicio del cargo societario es compatible con ser trabajador ordinario, si se acredita la existencia simultánea de ambas relaciones³².

Estas dos exigencias son fundamentales para poder considerar la existencia o no de una relación laboral o mercantil.

No existe una relación laboral (no concurre dependencia) y sí mercantil³³, para el socio (25% capital) y administrador mancomunado de una sociedad de construcción, en la que las funciones que realiza son de dirección, administración, gestión y representación de la compañía, propias de su cargo de administrador y ni siquiera se había formalizado un contrato ordinario, ni de alta dirección.

La falta de ajenidad viene dada en las situaciones en las que los socios ostentan la titularidad de una cuota societaria determinante, de manera que la prestación de trabajo que puedan realizar se efectúa a título de aportación a la sociedad (50%); aunque también la exclusión del carácter laboral puede venir dada por la falta de dependencia, al ser personas que forman parte del órgano de gobierno de la empresa y con funciones típicas del mismo, como la representación y dirección de ella, sin estar el origen de su relación en un contrato de trabajo y sí en un nombramiento por parte de la sociedad, lo que lleva a considerar su relación como mercantil³⁴.

No cabe la acumulación de la condición de miembro del consejo de administración de la sociedad, con la relación laboral especial de alta dirección, puesto que reiterada jurisprudencia ha establecido que las relaciones de administración social y de alta dirección son incompatibles, prevaleciendo en estos supuestos, la calificación de mercantil.

Para la doctrina y jurisprudencia³⁵ lo determinante de tal especial relación es la de prestación de servicios dentro del círculo de decisiones fundamentales o estratégicas del objeto empresarial, con ostentación de titularidad de la misma, afectando a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida y cumplimiento de objetivos de la sociedad anónima, mediante la actuación con autonomía y plena responsabilidad, esto es: con un margen de independencia solo limitado por los criterios y determinaciones de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad.

³² STS 26-12-2007, rec.1652/2006.

³³ STSJ Canarias (Las Palmas) 13 de julio 2012, rec.788/2012.

³⁴ STS 26 diciembre 2007, rec. 1652/2006.

³⁵ Sentencias de 6 de marzo, 30 de enero y 12 de septiembre de 1990.

IV. COOPERATIVISTAS

No existe relación laboral en los altos cargos de las sociedades cooperativas, cuando los actos de administración realizados constituyen el ejercicio natural de sus facultades, al ser los órganos rectores de la sociedad (como así se establece por la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁶ y por la legislación³⁷), cuando una persona que ejerce su cargo como vicepresidenta y tesorera una sociedad cooperativas de Las Palmas³⁸ iniciase procedimiento por despido, que lleva al Tribunal a desestimar la competencia de la Jurisdicción social ante la inexistencia de un contrato de trabajo. La razón de esa falta de relación laboral se basa en que la normativa reguladora de esa sociedad cooperativa, que en sus estatutos sociales no permite la admisión de socios de trabajo y la actora es socia y titular de un taxi, que trabaja otra persona; es más, ostenta el cargo de vicepresidenta y tesorera del Consejo Rector, es parte del mismo, se le otorgaron poderes mancomunados para la ejecución de sus facultades, custodiaba fondos, autorizaba pagos, no tenía horario establecido y percibía una cantidad mensual por el desempeño de su cargo, sin que se pueda equiparar con un salario, descartándose por todos estos motivos la relación laboral.

V. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA

a) **Becarios**

La realización por una persona de funciones idénticas a las del resto de los trabajadores de una empresa, estando desconectadas de toda finalidad formativa significa la existencia de una relación laboral y no de una beca de formación. El problema radica en que, tanto en la beca, como en el contrato de trabajo, se da una actividad que es objeto de una remuneración, de ahí la zona fronteriza entre ambas instituciones.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo³⁹, que la clave que nos lleva a diferenciar una beca de un contrato de trabajo es que la finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en su formación. El rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la formación

³⁶ STS 19 septiembre 1988.

³⁷ Ley 27/1999, de 16 de julio, art 80.

³⁸ STSJ Canarias (Las Palmas) 18 enero 2006, rec. 1473/2003.

³⁹ STS 22 noviembre 2005 rec. 4752/2004.; 4 abril 2006 rec. 856/2005

del becario y no la de apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio, obteniendo de ellos una utilidad en beneficio propio.

La identidad de una beca de formación es dar al becario una ayuda económica de cualquier tipo para realizar la formación que requiere el título que ya posee o pretende, pudiendo ser en el centro de trabajo que le ha dado la beca o en otro centro ajeno al concedente; por ello, las labores del becario deben de estar en consonancia de la beca y, de no ser así, y sus funciones estén encuadradas dentro de los cometidos propios de una categoría profesional, la relación jurídica entre las partes será de carácter laboral.

Es la situación del demandante, ingeniero⁴⁰, que reclama la existencia de un contrato de trabajo y no una beca formativa, al realizar una actividad sin estar encaminada a un perfeccionamiento o ampliación de sus conocimientos y sí a desempeñar un trabajo productivo, idéntico al de los demás ingenieros, realizando tareas habituales y permanentes, en las instalaciones de la misma y empleando sus medios y recursos materiales, con sujeción a las directrices y bajo la dependencia jerárquica del jefe de servicio, y al mismo régimen en materia de horario, vacaciones y licencias que el resto del personal, percibiendo una retribución, lo que nos pone de manifiesto la dependencia y ajenidad típicas de la relación laboral.

Igualmente, desconectados de toda actividad formativa y, por lo tanto, ante una relación de carácter laboral, están los demandantes que suscriben un contrato de matrícula para la realización de un Programa de Máster con una Fundación⁴¹, que realizan un período de prácticas, percibiendo todos ellos una aportación económica en concepto de beca. Durante el tiempo de la misma no se les ofrecía ningún curso teórico, ni práctico, no tuvieron tutor docente como becarios y sus funciones eran las mismas que los administrativos ordinarios de la empresa; formaban parte de la plantilla con horario y sometimiento a la organización y dirección de la empresa; se da en estas labores la nota típica del contrato de trabajo, ajenidad, dependencia y una onerosidad, que se manifiesta a través de la retribución periódica mensual que percibían.

VI. DEPORTISTAS

Existe relación laboral entre los jugadores de fútbol de un equipo de Las Palmas⁴², y el club al que pertenecen.

⁴⁰ STSJ Canarias (Las Palmas) 28 enero 2011, rec.798/2012.

⁴¹ STSJ Canarias (Las Palmas) 28 enero 2011, rec. 466/2010.

⁴² STSJ Canarias (Las Palmas) 18 abril 2017, rec. 302/2017.

Alega el club que los jugadores no son deportistas profesionales y sí deportistas amateur o aficionados, puesto que juegan en un equipo inferior (3ª división) y su relación no reúne las características de la relación laboral, al no estar los jugadores sometidos a control horario, ni se sometían a órdenes o instrucciones del club, sin que lo anterior quede desvirtuado por la percepción de remuneración mensual fija.

La circunstancia que va a ser definitiva para determinar si son deportistas profesionales o meros aficionados (además de las restantes notas), será la retribución que perciban a cambio de los servicios prestados; pues de no existir salario, no estaríamos en presencia de un contrato de trabajo y sí de un deportista aficionado. El deportista profesional percibe una retribución del club para el que trabaja y en cuyo ámbito de organización y dirección está incluida, mientras que el deportista aficionado, tan solo percibe una compensación de los gastos que le produce el ejercicio de su actividad deportiva. Como la distinción no es siempre clara y evidente, es necesario ponderar las circunstancias de las situaciones concretas para comprobar la existencia de un salario legal o mera compensación de gastos previamente realizados.

En el caso que se enjuicia, los trabajadores afectados, aun teniendo un contrato verbal (queda probada la existencia del mismo) reciben el abono de una cantidad periódica y mensual superior al Salario Mínimo Interprofesional y el objeto del contrato es la prestación de servicios para el club.

Es doctrina del TS (y de esta Sala) que la profesionalidad viene dada por la retribución a cambio de los servicios prestados, sin ser necesario que la actividad prestada sea de absoluta dedicación y constituya exclusiva y fundamental forma de vida, puesto que el deportista también puede desarrollar otros cometidos remunerados⁴³.

VII. ARTISTAS

La cuestión a dilucidar es si la relación que une a los músicos que actúan en establecimientos de hostelería es una relación laboral normal o de carácter especial o estamos en presencia de un arrendamiento de servicios.

La doctrina ordinaria, como vamos a determinar ahora, no ofrece en esta materia (músicos) un horizonte claro, porque, en circunstancias parecidas,

⁴³ STS 2 abril 2009, rec. 4391/2007.

hay pronunciamientos en favor y en contra de la laboralización del vínculo contractual.

En la sentencia revisada⁴⁴ no existe una relación laboral con los músicos que prestan los servicios para los establecimientos de hostelería, puesto que tienen un alto nivel de autonomía para la ejecución de su actividad, eligen el vestuario con el que pueden actuar (en la hostelería la uniformidad es la regla, como hecho notorio), el repertorio musical, la organización de su descanso, el tiempo de prestación de los servicios suele ser irregular, pues actúan algunos días de la semana, hay espacios de tiempo que no actúan (lo hacen otros músicos en su misma situación), y actúan simultáneamente en otros establecimientos. Es más, para acentuar la nota de la extralaboralidad, los medios materiales que necesitan los aportan ellos, incluyendo los instrumentos musicales o los medios técnicos de amplificación de sonido.

VIII. PROFESIONES LIBERALES

De forma general, el arrendamiento de servicios (figura contractual muy utilizada en las profesiones liberales), se somete al principio de autonomía de la voluntad del 1.255 del Código Civil, con una regulación muy diferente al nexo laboral. Por ello y cuando los profesionales liberales prestan la asistencia que se corresponde con su titulación, desempeñándola con la libertad e independencia que ordinariamente implica el ejercicio de una profesión liberal, estaremos en presencia de un arrendamiento de servicios al no reunir las notas que demuestran la existencia de una relación laboral⁴⁵.

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.

⁴⁴ STSJ Canarias (Las Palmas) 31 marzo 2014, rec. 124/2014.

⁴⁵ STS 22/06/08, rec. 2008/7056.

a) **Abogado**

Partimos de nuevo de la reiterada jurisprudencia de la sala IV del TS ⁴⁶, en la que señala la dificultad y la poca nitidez existente para señalar la 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, incluso en la doctrina científica y jurisprudencial, ni en la legislación y en la realidad social.

El TS ⁴⁷ considera que, en las profesiones liberales, el requisito de dependencia está muy atenuado (incluso ha desaparecido como ya hemos establecido en otro punto de este trabajo) y que la nota de ajenidad viene dada por percibir una retribución fija por la entidad contratante y no por el cliente o el abono de los gastos de desplazamiento o la garantía de un mes de vacaciones.

Una vez recogidos los criterios jurisprudenciales, el supuesto objeto de estudio ⁴⁸ es la relación entre un sindicato y abogado, que percibía de manera mensual una retribución fija todos los meses (aunque el abogado estuviera de vacaciones), pasaba consulta en las dependencias del sindicato cada día para los afiliados o simpatizantes (a los que luego cobraba el sindicato), con los medios materiales y personales que facultaba el sindicato y el actor llevaba los casos con arreglo a sus criterios profesionales, que sometía al presidente del sindicato, al igual que hacía otra compañera.

Pese a la sentencia de instancia, la Sala considera la existencia de una relación laboral, ya que todos estos indicios nos ponen de manifiesto que su prestación era laboral (jornada, horario, vacaciones, retribución fija, materiales...) y que el abogado trabaja para el sindicato y no en el sindicato.

Igualmente es una relación laboral y no de carácter administrativo, la prestación de servicios de una abogada o asesora jurídica que trabaja para el Servicio Canario de Salud, en la que con independencia del *nomen iuris*, realiza su tarea en locales y con los medios de la Administración sanitaria, sometida a jornada semanal, horario, órdenes del director, como el resto de sus compañeros. Indicios que llevan a calificar la prestación de servicios de la actora de naturaleza laboral ⁴⁹.

Asimismo, es una relación laboral y no un contrato civil la prestación de los servicios profesionales de un abogado para el Consorcio de Compensación de Seguros, como Letrado Sustituto del Abogado del Estado, con sujeción a la

⁴⁶ STS 26 noviembre 2012, rec. 536/2012.

⁴⁷ STS 31 enero 2008, rec. 3363/2006.

⁴⁸ STSJ Canarias (Las Palmas) 21 enero 2000, rec. 47/2000.

⁴⁹ STSJ Canarias (Las Palmas) 28 septiembre 2004.

estructura orgánica y jerarquizada del Consorcio y con escaso margen de decisión sobre el concreto modo de ejecución de su actividad, sin tener facultad para rechazar asuntos, con una dedicación constante y prácticamente exclusiva, ni fijar calendario de trabajo u horarios⁵⁰.

Es una relación de carácter laboral de carácter especial⁵¹ la que une a una abogada, con una comunidad de bienes (despacho con sede en diferentes sitios, Madrid y sucursales, entre otros, en Playa del Inglés, donde presta sus servicios la actora), con quien había celebrado un contrato de arrendamiento de servicios jurídicos, existiendo un primer contrato de arrendamiento de obra jurídica y mandato. Sin embargo, la Sala considera que en este supuesto se dan las notas de relación personal, voluntaria, dependiente y por cuenta ajena, de carácter especial (Real Decreto 1.131/2006), pues la no existencia de asociación, la sujeción a horarios y jornada de trabajo impuestos por el despacho, el uso de los medios materiales propiedad de la Comunidad demandada, la forma de remuneración con una cantidad fija de carácter mensual y el destino que se daba a los honorarios abonados por los clientes que la actora atendía (que se dividían en dos partes, una del 90% para el despacho y otra del 10% para la actora), son indicios que determinan que la abogada no actuaba con autonomía y que estaba integrada en una organización ajena, sin que indicios neutros, como cierto grado de discrecionalidad y la distribución de su tiempo de trabajo, vayan en contra de la laboralidad⁵².

b) Arquitectos

Se plantea, de manera reiterada, si en los casos de profesionales liberales la relación que une a estos con las empresas, es bajo la figura del arrendamiento de servicios o relación laboral. El Tribunal Supremo se ha pronunciado de manera reiterada, en relación de la línea divisoria entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios⁵³. Es frecuente que resulte difícil comprobar la dependencia (dicha en sentido general, no de jerarquía), debido a la libertad de actuación profesional que tiene el trabajador y que en ocasiones lo puede alejar del poder de dirección del empresario, debido al modo en el que se prestan los

⁵⁰ STSJ Canarias (Las Palmas) 26 febrero 2004, rec. 853/2002.

⁵¹ Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

⁵² STSJ Canarias (Las Palmas) 21 noviembre 2011, rec. 461/2011.

⁵³ STS 7 octubre 2009, rec. 4169/08; 29 noviembre 2010, rec. 253/10; 2 noviembre 2012, rec. 536/12; 25 marzo 2013, rec. 1564/12; 9 julio 2013, rec. 2569/12.

servicios, pudiendo estar muy atenuada o incluso desaparecer, a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales que caracterizan el ejercicio de las mismas⁵⁴.

La realización de servicios de un delineante⁵⁵, que presta su actividad para una sociedad, se considera contrato de trabajo, al prestarse bajo las notas de dependencia y de ajenidad, ya que realizaba su trabajo en el despacho profesional, con los medios informáticos y materiales de la empresa, que se hacía cargo de los gastos de explotación del negocio, donde acudía de manera constante y diaria, sin que el estar dado de alta en el RETA o no tener horario fijo vaya en contra de la naturaleza laboral (tan solo es la consecuencia de las características de los servicios realizados)

Es una relación laboral la que une a una arquitecta⁵⁶ que presta sus servicios para un Ayuntamiento, bajo la apariencia de una contratación administrativa para trabajos específicos concretos y no habituales, circunstancia que no es cierta, ya que la arquitecta lleva a cabo tareas que son habituales en la Administración y que no pueden tener la cobertura del contrato de obra, por lo que la relación ha de ser calificada como laboral y determinar la existencia de una contratación administrativa suscrita en fraude de ley.

c) **Servicios contables, economistas, consultores**

Presenta el Cabildo Insular de Lanzarote⁵⁷ recurso, alegando la existencia de un vínculo de carácter administrativo y no laboral con un economista, que presta sus servicios para dicho Cabildo en diversas funciones y dado de alta en el RETA. Los indicios del caso ponen de manifiesto que el economista prestaba sus servicios en las dependencias del Cabildo, quien puso a su disposición medios materiales para el desarrollo de sus tareas con sometimiento a un horario de trabajo; recibiendo instrucciones de trabajo del coordinador correspondiente del Cabildo y disfrutando de vacaciones anuales. Las funciones asignadas al actor las realizaba junto al personal funcionario y laboral contratado directamente por el Cabildo, sin diferenciarse. Resuelve la Sala la existencia de una contratación inicial fraudulenta, a la que se da cobertura, año a año, con contratos administrativos que son renovados, tras los que se ocultaba una verdadera relación laboral.

⁵⁴ STS 11 diciembre 1989.

⁵⁵ STSJ Canarias (Las Palmas) 31 marzo 2014, rec. 836/2013.

⁵⁶ STSJ Canarias (Las Palmas) 30 septiembre 2002, rec. 464/2002.

⁵⁷ STSJ Canarias (Las Palmas) 30 octubre 2015, rec. 820/2015.

IX. PERSONAL SANITARIO

a) Médicos y odontólogos

Es reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias (sede Las Palmas) y del Tribunal Supremo⁵⁸, que es irrelevante la calificación jurídica que las partes otorguen a un contrato, puesto que la naturaleza jurídica de los contratos deriva de su contenido obligacional, que surge de las prestaciones concertadas por las partes y de la concurrencia de los requisitos que delimitan el tipo contractual y prevalecerá sobre el *nomen iuris* empleado por las partes.

Esta es la circunstancia que se produce en la sentencia objeto de estudio⁵⁹, que establece que la relación que existe entre el médico y una clínica privada es de trabajo y no un arrendamiento de servicios civil (revocando la sentencia del juzgador *a quo*), que así lo consideró, al actuar como profesional libre, dada de alta en el Impuesto de Actividades Económicas y pagando las primas de un seguro de responsabilidad civil para el desarrollo profesional de las funciones de médico autónomo. Para la Sala, en la prestación de servicios de la actora concurren los requisitos de laboralidad: el trabajo se hacía en la clínica, el horario lo asignaba la dirección de la clínica, las vacaciones se establecían con la dirección médica, los medios materiales, consulta, mobiliario, indumentaria, etc., eran los de la clínica, la actora no pagaba agua, luz, teléfono, la clínica pagaba a la actora y le retenía el IRPF; en definitiva, todo ello lleva a considerar que la relación existente era de carácter laboral, aunque, como establece el TS en diferentes sentencias, sea irrelevante la denominación dada por las partes o la no estipulación en el contrato de una retribución fija o incluso la existencia de pluriempleo o una dependencia atenuada o el alta del trabajador en el RETA.

La misma solución se da a la relación que existe entre una doctora y la clínica donde trabaja, en la que la sentencia, tras un procedimiento iniciado de oficio por la Inspección y pese a la consideración de arrendamiento civil por las partes⁶⁰, se establece que la naturaleza jurídica del vínculo, con independencia de la denominación, es laboral; de los indicios que ofrece la relación de servicios prestados se desprende la existencia de elementos más que sobrados, para considerar que la verdadera relación jurídica entre las partes es de carácter laboral y no civil, pues se dan claramente las notas de dependencia y ajenidad consustanciales a esta.

⁵⁸ TSJ Islas Canarias (Las Palmas) 14 abril 1992, rec. 829/1991 SSTS 18 julio 1996 rec. 2674/1995; 29 diciembre 1999 rec. 1093/1999; 20 julio 1999, rec. 4040/1998; 22 julio 08 rec. 3334/2007.

⁵⁹ STSJ Canarias (Las Palmas) 16 junio 2003, rec. 129/2003.

⁶⁰ STSJ Canarias (Las Palmas) 13 enero 2012, rec. 1506/2011.

Frente a estas sentencias, se desestima la pretensión de una odontóloga que alega la existencia de relación laboral, determinando la sala el arrendamiento de servicios.

Para las profesiones liberales se consideran indicios contrarios a la existencia de laboralidad: el percibo de iguales, la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con las indicaciones corporativas o recibir cantidades fijas pagadas directamente por los pacientes⁶¹.

b) **Psicólogos**

Las circunstancias que determinan la prestación de servicios de una psicóloga para un organismo público, como son la dependencia y ajenidad, llevan a la Sala a considerar que no hay una relación de carácter administrativo y sí laboral. A este respecto se hace necesario recordar la jurisprudencia del TS, en la que marca la línea fronteriza entre ambas figuras jurídicas⁶².

La actora presta sus servicios a través de contratos administrativos menores de servicios durante un tiempo, para pasar a realizarlo sin soporte contractual. La actora reclama por despido nulo a las entidades públicas codemandadas y esto lleva a la Sala a considerar que la prestación realizada se hacía bajo las notas de laboralidad del art.1 del ET, siendo el objeto de la contratación el desarrollo de una actividad y no la obtención de un resultado⁶³. Refuerza la consideración de una relación laboral, el prolongado período de tiempo que se ha extendido la prestación de servicios sin que las partes hubiesen suscrito contrato alguno, lo que hace entrar en juego la presunción de la laboralidad del trabajo realizado⁶⁴.

c) **Personal de enfermería, auxiliares médicos y auxiliares de enfermería**

Se considera la existencia de una relación laboral, la prestación de servicios de una enfermera sometida al ámbito de organización y dirección de la demandada, en los locales de la misma, integrada en su plantilla de personal,

⁶¹ SSTS 2 enero 2001, rec. 1860/2000; 3 abril 1992, rec. 931/1991; 11 abril 1990.

⁶² SSTS 16 mayo 12, rec. 2227/2011; 22 diciembre 2011, rec. 3.796/2010; 21 julio 2011, rec. 2.883/2010; 14 octubre 2008, rec. 614/07.

⁶³ STSJ Canarias (Las Palmas) 16 octubre 2012, rec. 520/2010.

⁶⁴ Art 8 ET.

con jornada y horario de trabajo estable, aunque de tipo flexible. Así mismo, tiene garantizada una retribución fija, la cual recibe de la empresa y no de los enfermos a los que atiende y que devenga incluso durante el mes de vacaciones anuales. No se desvirtuó la relación laboral, que su jornada de trabajo sea flexible, que no esté dada de alta por la empresa en el Régimen General de la Seguridad Social y sí lo esté en el RETA y que tenga la condición de personal estatutario interino del Servicio Canario de Salud⁶⁵.

d) **Masajistas**

La relación que existe entre los masajistas y una SL es de trabajo y no de arrendamiento de servicios, ya que los indicios de dependencia y de ajenidad evidencian que los trabajadores recibían de la empresa los medios materiales para su trabajo, como camillas o toallas, determinaba las condiciones del trabajo, la forma de desarrollo del mismo, el período vacacional, el precio por tratamiento y algo muy peculiar que denota el sometimiento al poder de organización, dirección y disciplinario del empresario: la existencia de un “protocolo” que se entrega a los masajistas en el que por escrito recoge las órdenes para la realización del trabajo, indicando las sanciones en caso de incumplimiento; circunstancia que, definitivamente, es incompatible con cualquier prestación de servicios autónoma⁶⁶.

X. PERSONAL DOCENTE

a) **En centros educativos públicos**

La naturaleza jurídica de los profesores de Religión en centros de enseñanza públicos es materia constante de recursos de suplicación ante los Tribunales Superiores de Justicia. Hay que poner de manifiesto que esta relación es un tanto atípica, teniendo en cuenta la particularidad del objeto de la prestación, que es la enseñanza de la Religión Católica, para lo cual, con anterioridad, el Obispo propone al trabajador con la oportuna modelización de las materias objeto de estudio, se nombran por el Estado (Ministerio) en la actualidad Comunidad Autónoma titular de la competencia educativa, su financiación es

⁶⁵ STSJ Canarias (Las Palmas) 27 mayo 2003, rec. 1698/2002.

⁶⁶ STSJ Canarias (Las Palmas) 22 marzo 2019, rec. 24/2019.

estatal y se integra el profesor en la estructura organizativa y disciplinaria de la comunidad educativa.

El Tribunal Supremo, en reiterada jurisprudencia⁶⁷, criterio que siguen los demás Tribunales, considera que la relación que los une es la naturaleza laboral y declara que el verdadero empleador de los profesores de Religión es la administración educativa, la administración Central, o la Comunidad Autónoma que haya recibido la competencia⁶⁸.

b) Profesores de academia y profesores particulares

La desestimación del recurso de suplicación de una profesora de inglés, que presta sus servicios para una SA,⁶⁹ en la que enseña a los trabajadores ese idioma, pone de nuevo de manifiesto las diferencias entre el contrato de trabajo y otros afines, como el civil de arrendamiento de obra o servicios.

La línea divisoria del contrato de trabajo, como reitera la Sala y el TS, radica en las notas de dependencia y ajenidad. En este supuesto, la actora presta sus servicios con una total autonomía organizativa, estableciendo el horario en función de los trabajadores de la empresa-alumnos, que quieran asistir a sus clases, sin obtener un salario mensual, sino más bien facturando por cantidades diferentes dependiendo del número de alumnos. Las clases se impartían en la empresa, situación (que no desvirtúa la no laboralidad) que sufragaba los materiales; recibe por parte de la empresa instrucciones genéricas sobre el nivel de formación que necesitaban los trabajadores, dejando a la actora total libertad de programación y ordenación del trabajo. Por ello, concluye que la relación existente entre las partes al faltar la dependencia y ajenidad no es de carácter laboral y sí un arrendamiento de servicios.

XI. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN

En el ámbito de las colaboraciones periodísticas se puede presentar una multiplicidad de situaciones que hace imposible establecer una norma general y obliga a estudiar cada supuesto concreto para determinar si concurren las notas de la relación laboral.

⁶⁷ Doctrina de la STS 9 mayo 2000, rec. 2693/1999,

⁶⁸ STSJ Canarias (Las Palmas) 22 diciembre 2005, rec. 837/2003. STSJ Canarias (Las Palmas) 23 abril 2002, rec. 576/2000.

⁶⁹ STSJ Canarias (Las Palmas) 18 septiembre 2003, rec. 704/2003.

La prestación de servicios de un colaborador deportivo de RNE⁷⁰ es una relación laboral, como se pone de manifiesto al concurrir las notas de dependencia y ajenidad; a saber, el demandante cubre diariamente las noticias deportivas, supervisadas por RNE, que fijaba duración, lugar y hora, eligiendo las de interés, utilizando el periodista materiales como grabadoras y micrófonos de RNE; y, aunque la forma en que le retribuían –le abonaban una cantidad fija por crónica emitida, salvo las que tenían un carácter exclusivo, que se negociaban aparte– no es muy habitual en el contrato de trabajo, entra dentro de la definición del salario del art. 26 ET.

Un reportero gráfico⁷¹ que realiza sus servicios de acuerdo con las indicaciones de una empresa periodística, incorporado plenamente y con continuidad a la organización del trabajo de la empresa informativa; con una mesa en la empresa, utilizando una cámara de la empresa, reciclaba las fotos donde esta le indicaba y, posteriormente, a través de los ordenadores de la empresa; las fotos eran de la empresa que le pagaba por ellas, sin que conste que hiciesen los trabajos fotográficos por propia iniciativa para luego venderlos en el mercado al mayor postor; demuestra la existencia de una relación laboral, pues concurren la dependencia y la ajenidad.

XII. COMERCIALES, AGENTES, VENDEDORES

El artículo 1.3 f) del Estatuto de los Trabajadores excluye del ámbito de aplicación de la Ley “La actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura de la misma”. Se plantea la complejidad de determinar qué se entiende por “asunción de riesgo y ventura” como criterio de exclusión.

La ley 12/92 de 27 de mayo sobre contrato de Agencia⁷², a lo largo de su articulado, desarrolla el contrato de agencia y, aunque caracteriza el agente como independiente, no se establece su carácter mercantil en todo caso. Se abandona el criterio tradicional que imperaba en nuestro ordenamiento, que consideraba laboral la relación entre empresa y representante, cuando este no respondía al bien de las operaciones y permite la configuración con los repre-

⁷⁰ STSJ Canarias (Las Palmas) 29 noviembre 2011, rec. 1441/2009.

⁷¹ STSJ Canarias (Las Palmas) 16 marzo 2006, rec. 1098/2005.

⁷² Ley 12/1992, de 27 de mayo.

sentantes de comercio de una relación no laboral, aunque no asuman el riesgo y ventura de las operaciones.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial⁷³, la nota que diferencia la relación laboral de la celebración válida de un contrato de agencia, radica en la nota de la dependencia⁷⁴. Se excluye esta y, por lo tanto, la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover y concluir actos y operaciones de comercio, realizando su actividad con independencia, estando facultado para organizar tanto la actividad profesional como el tiempo que dedica a la misma conforme a sus propios criterios sin quedar sometido a la empresa por cuya cuenta ajena actuase.

a) **Agentes de seguros**

Es el contrato de agencia de seguros una modalidad del contrato general de agencia, regulado en la Ley sobre Mediación de Seguros y reaseguros privados⁷⁵, estableciendo una presunción “*iuris et de iure*” sobre la naturaleza mercantil del mismo. En reiterada jurisprudencia, el TS declara el carácter no laboral de la relación de los agentes de seguros, no concurren en los casos estudiados las notas de dependencia y ajenidad, pues los demandantes no reciben órdenes ni instrucciones sobre horarios, jornada, permisos, vacaciones o sobre su régimen de actividad y no afecta a la ajenidad y, por lo tanto, al carácter extralaboral, que la empresa ponga a disposición de los agentes un despacho con teléfono y fax⁷⁶, como se demuestra en la sentencia de referencia de un agente contra una compañía de Seguros y Reaseguros.

b) **Subagente de seguros**

La jurisprudencia resalta la distinta condición de los agentes y subagentes de seguros, señalando las diferentes circunstancias de ambas figuras jurídicas.

⁷³ SSTS 22 enero 2008 rec. 4678/2006; 12 junio 2012 rec. 272/2012; 26 septiembre 2013, rec. 831/2013.

⁷⁴ Existe dependencia y, por lo tanto, es contrato laboral, STSJ Canarias (Las Palmas) 12 diciembre 2006, rec. 904/2003.

STSJ Canarias (Las Palmas) 8 abril 2008, rec. 1273/2007.

⁷⁵ Ley 26/2006, de 17 de julio.

⁷⁶ STSJ Canarias (Las Palmas) 22 diciembre 2005, rec. 938/2005.

Es una relación laboral la que existe entre el demandante y los demandados, agentes de seguros de una aseguradora, aunque firman un «contrato de comisión mercantil de subagente productor cobrador». De los hechos se deduce la existencia de las notas características de los subagentes, como son la dependencia, ajenidad y subordinación, sin que se pueda sostener el carácter autónomo y mercantil de una relación jurídica, en la que se siguen las instrucciones de la agencia de seguros con respecto de las liquidaciones, en la que el subagente es controlado y supervisado por un inspector de la agencia y cuando no posee instalaciones ni medios propios y se tiene prohibido colaborar con otros agentes ⁷⁷.

c) Comisionista

La situación de un jubilado que se dedica a la venta y reparto de pescado a bares y restaurantes, suministrado por una empresa, utilizando el vehículo del actor (indicio neutro, irrelevante), sin estar sometido a jornada de horario, sin retribución fija, recibiendo una comisión dependiendo del precio al que se venda el pescado, lleva al juzgador a considerar la inexistencia de las notas de dependencia y ajenidad consustanciales a la relación laboral ⁷⁸.

XIII. TRANSPORTISTAS CON VEHÍCULO PROPIO

Es el ET en su artículo 1.3 g) ⁷⁹ el que sitúa al margen de la relación laboral la actividad de los transportistas con vehículo propio ⁸⁰, cuando se realice al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público, cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador.

Estos son los tres requisitos que se exigen para la exclusión (con especial relevancia la autorización administrativa) y es el supuesto de diversos actores

⁷⁷ STSJ Canarias (Las Palmas) 25 febrero 2011, rec. 1362/2008.

⁷⁸ STSJ Canarias (Las Palmas) 31 mayo 2002, rec. 1453/2001.

⁷⁹ La problemática jurídica de este artículo resuelta en SSTs 5 junio, 18 julio, 8 abril, 22 diciembre 1996; 22 diciembre 1997 y 20 abril 1998. Con respecto a su constitucionalidad STC 227/1998.

⁸⁰ Con respecto a la problemática transportista con vehículo propio, STS 19 diciembre 2005 rec. 5381/2004.

que reclaman la existencia de una relación laboral y no mercantil, cuando su actividad se presta con vehículo propio, que excede de 2 toneladas, con tarjeta de transporte o autorización administrativa que le permite el desempeño de la actividad, dados de alta en el régimen de autónomos, sin percibir salario, sino una retribución con descuentos del IGIC⁸¹.

Sí estamos en presencia de una relación laboral, en el supuesto de un trabajador que realiza una actividad mixta de reparto de mercancías de la empresa y de venta de a clientes de mercancías compradas previamente a la sociedad; hace una doble actividad de transportista y distribuidor y este es el origen de sus dos fuentes de ingresos. Las notas de ajenidad y de dependencia concurren en este supuesto, ya que la empresa indica, con respecto a las mercancías, las que deben por ejemplo ser puestas en promoción para los clientes y su precio y cuáles deben ser sin cargo en concepto de regalo⁸²; es la empresa la que indica la jornada y la ruta diaria, que no pueden modificar. No se desvirtúa la existencia de relación laboral por ser propietario del vehículo (esa aportación no tiene relevancia económica suficiente para que sea el vehículo el elemento definidor del fin del contrato y sí lo es la actividad personal del trabajador), por ser de tonelaje inferior a 2TM que no requiere autorización administrativa ni estar dado de alta en el RETA, el pago de la licencia fiscal o la facturación con IVA.⁸³

XIV. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

El Estatuto de los Trabajadores, en su art 1.3.a), excluye de su ámbito de aplicación las relaciones de servicios de funcionarios públicos cuando al amparo de una ley esa relación se rige por normas administrativas o estatutarias.

La Administración, como se ha reiterado por doctrina y jurisprudencia⁸⁴, puede indistintamente escoger entre un tipo de contratación, administrativa o laboral, pero habrá de someterse a las normas que regulen esos contratos, no pudiendo aparentar un contrato administrativo, cuando de los hechos se demuestren las notas de la relación laboral, al ser la prestación de

⁸¹ SSTSJ Canarias (Las Palmas) 25 octubre 2002 rec. 701/2002, 29 junio 2011 rec. 335/2011, 8 abril 2016 rec. 138/2016.

⁸² STS 8 febrero 2018 rec. 3389/2015, nota de ajenidad.

⁸³ En repetidas ocasiones se ha puesto de manifiesto que son datos meramente formales, que no se corresponden con la naturaleza del vínculo, ni definen su carácter; forman parte del mecanismo para tratar de descalificar la relación como laboral.

⁸⁴ Entre otras, STSJ Canarias (Las Palmas) 16 febrero 2007 (rec. 1301/2006 y SSTS 20 junio 2007 rec. 2394/2006) y 17 octubre 2006 rec. 3195/2005).

servicios ordinaria y habitual, sujeta a horario, dependiente de los superiores, sin autonomía, cuando lo que se ha pedido a los trabajadores sociales ha sido un desarrollo de actividades de trabajo y no de resultados, determinando por lo tanto la naturaleza laboral de la contratación (remisión a epígrafe personal enfermería, psicólogos, o abogada para Servicio Canario Salud, profesionales liberales: arquitecto).

a) **Contratos de colaboración social**

En diversas ocasiones se ha pronunciado la Sala sobre la consideración de los contratos de colaboración y su existencia con las Administraciones Públicas o la inexistencia de los mismos y la estimación de un fraude de ley y una relación de carácter laboral ⁸⁵.

De acuerdo con la legislación ⁸⁶ y la doctrina del TS ⁸⁷, en principio, los contratos de colaboración social no son relación laboral. No puede considerarse este contrato en el caso de trabajadores que prestan sus servicios para las Administraciones Públicas para cubrir tareas idénticas a las que ya venían prestando, generalmente, a través de contratos fraudulentos para obra o servicio, que se suelen dar por concluidos para colocar al trabajador en situación de desempleo y, de esta forma, posibilitarle la vuelta a la Administración a través de la cobertura formal de los contratos de colaboración, cuando en realidad son contratos laborales.

Es el caso de un trabajador frente a Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias (Servicio Canario de Empleo –SCE–), o de otro que demanda a un ayuntamiento, por realizar bajo la cobertura formal de contratos de colaboración social, relaciones que son de naturaleza laboral.

b) **Trabajador social**

Recurren en suplicación varios trabajadores sociales ⁸⁸ para la reclamación de la existencia de una relación laboral, frente a la postura de la Adminis-

⁸⁵ SSTSJ Canarias (Las Palmas) 30 septiembre 2004 (rec. 599/2004), 18 marzo 2005 (rec. 1327/2004) y 27 septiembre 2010 (rec. 1123/2010).

⁸⁶ LGSS; Estatuto de los Trabajadores; RD 1445/1982; RD 1809/1986;

⁸⁷ STS 29 septiembre 1998.

⁸⁸ Contratados para la prestación de servicios profesionales en el ámbito de la Orden de 27 abril 2001 (Boletín Oficial de Canarias, 11 mayo 2001), por la que se establece el marco para determinar Centros Educativos de Atención Preferente y se regula la compensación educativa frente a desigualdades de-

tracción que sostiene que las tareas desempeñadas por estos profesionales no son habituales, ni ordinarias del personal que presta servicios en los centros docentes de la Conserjería de Educación, Cultura y Deportes, ni las funciones que realizan son propias de la Conserjería, ni permanentes, sino que están integradas en un proyecto concreto, dependiendo de las necesidades del centro y del plan establecido para cada curso.

XV. EMPLEADOS DE FINCAS URBANAS

Que las partes suscriban un contrato mercantil de prestación de servicios de mantenimiento integral de un edificio no es óbice para que el juzgador considere la existencia de un contrato de trabajo, cuando se compruebe la presencia de determinados datos de carácter objetivo, como el cumplimiento de una jornada de trabajo, la afiliación a la Seguridad Social, las modalidades retributivas, que hacen que una determinada relación contractual tenga carácter laboral⁸⁹.

rivadas de factores socio económicos y culturales; entre otras en SSTSJ Canarias (Las Palmas) 29 octubre 2008 (rec. 910/2007) y 22 diciembre 2008 (rec. 846/2007).

⁸⁹ STSJ Canarias (Las Palmas) 1 diciembre 2010, rec. 1243/2010.

CAPÍTULO XI

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS (TENERIFE)

MARÍA DEL MAR ALARCÓN CASTELLANOS

Profesora Titular (i) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. *Trabajo no remunerado*. a) Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad. b) Especial atención a voluntariado y cooperantes. c) Trabajos familiares.–II. *Actividades sindicales y políticas*.–III. *Socios, administradores, directores*.–IV. *Relaciones con causa formativa: becarios*.–V. *Espectáculos públicos: artistas*.–VI. *Profesiones liberales*.–VII. *Personal sanitario*. a) Médicos y odontólogos. b) Personal de enfermería, auxiliares médicos y auxiliares de enfermería.–VIII. *Personal docente*. a) En centros educativos públicos. b) En centros educativos de titularidad privada.–IX. *Profesionales de la comunicación*.–X. *Comerciales, agentes, vendedores*.–XI. *Distribuidores, repartidores y transportistas*.–XII. *Servicios prestados a la Administración*.–XII. *Guías turísticos*.

I. TRABAJO NO REMUNERADO

a) Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad

En relación con los trabajos amistosos, el principal motivo de su exclusión de la legislación laboral (art. 1.3.d) ET)¹ apunta precisamente a la ausencia de retribución. Cuando se ayuda a un amigo o a un vecino por razón de la amistad que mantenemos con él, no media un salario como compensación del trabajo prestado, so pena de quedar incluido en el concepto de trabajo por cuenta ajena, si se cumplen el resto de los requisitos que configuran la relación laboral (art. 1.1. ET). Es más, aunque no podamos hablar técnicamente de salario, podría ser considerada relación laboral (en base a la presunción de laboralidad o a la técnica indiciaria) aquella que, aunque en principio parecía realizarse a título de amistad, dio lugar finalmente a una contraprestación onerosa por su realización. Así, en la STSJIC (Tenerife) de 14 mayo de 2001², se califica de laboral la relación de D. Jose Manuel con la empresa Póster 96, “con independencia de su excepcionalidad y corta duración”³ al concurrir en ella todos los requisitos recogidos en el art. 1.1 ET, como veremos a continuación.

Como consta en los hechos probados de la sentencia de instancia⁴, D. Jose Manuel, perceptor de un subsidio de desempleo desde el 17 de julio de 1996 al 6 de septiembre de 2000, percibió en abril de 1997 de la empresa Póster 96, SL, el importe de 46.000 pesetas por la colocación, en un módulo del recinto ferial de Santa Cruz, de 10 metros cuadrados de moqueta. El INEM (actual SEPE) consideró que dicha actividad, le hacía incurrir a D. Jose Manuel en una infracción administrativa al compatibilizar indebidamente un trabajo por cuenta propia con la percepción de un subsidio por desempleo, de-

¹ El art. 3.1.d) ET excluye del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo: “*Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad*”. *Vid.*, sobre esta cuestión, ALONSO OLEA, M., «Trabajos familiares y amistosos, benévolos y de buena vecindad [art. 1.3.d) y e)]», *Cívitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 1, 2000 (Ejemplar dedicado al Estatuto de los Trabajadores veinte años después), págs. 83 y ss.; RODRÍGUEZ CARDO, I.A., «Los trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad como prestación de servicios no laboral: un repaso a la doctrina judicial reciente», *Actualidad laboral*, núm. 22, 2007, págs. 2672 y ss. Es, sin duda, una tarea ardua y difícil en la práctica la de establecer una clara diferenciación entre las tareas realizadas realmente a título de amistad o las realizadas con causa productiva encubierta, por ello se recomienda la lectura de “La amistad en un contexto virtual”, de SELMA PENALVA, ALEJANDRA, *Revista de Información Laboral* num. 2/2018 (BIB 2018V6589). Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018.

² STSJIC (Tenerife) 2426/2001, de 14 mayo. (rec. 970/2000).

³ Fundamento de Derecho Cuarto STSJIC (Tenerife) 2426/2001, de 14 mayo. (rec. 970/2000).

⁴ Sentencia del juzgado de lo social número 4 de Santa Cruz de Tenerife de 30 de septiembre de 2000 (autos R-606/1999).

biendo devolver a la entidad gestora el importe reclamado por ella⁵. El interesado interpuso demanda judicial frente a la entidad gestora y el Juzgado de lo Social acordó el periodo durante el cual había percibido indebidamente el subsidio por desempleo con el dinero abonado por la citada empresa, exigiendo al trabajador una cantidad menor a devolver a la entidad gestora⁶. Frente a dicha sentencia, D. Jose Manuel interpone recurso de suplicación, que se resuelve por el TSJIC afirmando la laboralidad de la relación mantenida entre D. Juan Manuel y la empresa Póster 96, SL. En efecto, llega a esta conclusión a pesar de que D. Juan Manuel defiende que la ayuda que prestó a dicha empresa fue exclusivamente a título de amistad y que la cantidad de dinero percibida en su cuenta corriente era exclusivamente a título de regalo⁷. El TSJIC considera que, en este caso, concurren todos los requisitos que configuran como laboral una relación, a pesar de ser puntual y excepcional, puesto que D. Jose Manuel “cede el resultado del trabajo, que es adquirido al inicio por el empresario”; además, realiza un trabajo mediante retribución (con independencia de que esta sea menor o mayor); su trabajo reúne también la nota de dependencia, al quedar el trabajador “encuadrado en la organización del trabajo” que previamente se había concertado. En consecuencia, concurren todos los elementos que se exigen por el legislador laboral para calificar como laboral el trabajo desempeñado por D. Juan Manuel, limitándose la revocación de la sentencia de instancia a la minoración de la cantidad a devolver a la entidad gestora.

b) Especial atención a voluntariado y cooperantes

Como ya hemos señalado, el artículo 1.3.d) ET excluye de la legislación laboral a aquellos “trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad”; estos trabajos carecen de una de las notas esenciales que configuran la relación laboral: la retribución⁸. Dentro de ellos, ocupa un lugar importante la labor del voluntariado social que, a su vez, puede desplegarse en distintas dimensiones (tareas humanitarias, docentes, sanitarias...) y entidades (colaboración con entidades religiosas, fundaciones sin ánimo de lucro, ayuntamientos...). Pues bien, en relación a la Administración local, resulta tradi-

⁵ Antecedente de hecho segundo de la STSJIC (Tenerife) 2426/2001, de 14 mayo (rec. 970/2000).

⁶ Antecedente de hecho tercero de la STSJIC (Tenerife) 2426/2001, de 14 mayo (rec. 970/2000).

⁷ Aunque defiende al mismo tiempo que realmente se trata de una compensación de gastos, pero por error se hizo constar en la documentación fiscal como “abono por trabajo realizado”. Fundamento de Derecho Cuarto STSJIC (Tenerife) 2426/2001, de 14 mayo. (rec. 970/2000).

⁸ En este sentido, el art. 3.3 de la Ley 45/2015 niega el carácter de actividades de voluntariado a aquellas que generen contraprestación de orden económico o material.

cional el trabajo voluntario de aquellas personas que quieren contribuir de manera altruista a la prevención y extinción de incendios: bomberos voluntarios. Podemos entender por “voluntariado”⁹, a la luz de la vigente Ley 45/2015, de 14 de octubre¹⁰, “el conjunto de actividades de interés general¹¹ desarrolladas por personas físicas”, siempre que “tengan carácter solidario”, que se realicen libremente¹², sin contraprestación material o económica (salvo que se perciban los “gastos reembolsables” si el voluntario ha incurrido en ellos)¹³, a través de instituciones de voluntariedad y dentro de programas específicos, ya sea dentro o fuera de España¹⁴.

A esta cuestión se refiere la STSJIC 425/2006¹⁵ al analizar el conflicto surgido entre la Asociación Palmera de Bomberos Voluntarios¹⁶ y algunos de los bomberos voluntarios adscritos a la misma; el TSJIC no duda de que, dentro de las “áreas de interés social que puede ser objeto de voluntariado”¹⁷, está la de

⁹ Art. 3.1 de la Ley 45/2015. El voluntariado es “(...) la expresión, individual o colectiva, de encomiables sentimientos de solidaridad que se concretan en la participación activa del voluntario en la vida de la comunidad a la que quiere servir, por impulsos altruistas y motivaciones éticas, religiosas o cívicas, que le llevan a contribuir, con su esfuerzo desinteresado, a mejorar la calidad de vida en cualquiera de sus facetas con la mira puesta en lograr un mundo más humano, pacífico y justo. El voluntariado constituye, como señala la Declaración Universal sobre el Voluntariado, suscrita en el Congreso Mundial Live-90 (...) un instrumento de desarrollo cultural, social y medio ambiental que tiene como principios básicos (...): ofrecer ayuda desinteresada; participar individualmente o en asociaciones, con espíritu de compañerismo y fraternidad; estar atentos a las necesidades de la comunidad y propiciar con ella la solución de sus propios problemas; estimular la responsabilidad social y motivar la solidaridad familiar, comunitaria e internacional; y hacer del voluntariado un elemento de desarrollo personal, de adquisición de conocimientos nuevos y de aplicación de sus capacidades, permitiendo a cada uno ser miembro activo y no solamente beneficiario, de la acción voluntaria”. Fundamento de Derecho Segundo de la STSJ Murcia 554/1994 de 30 julio. (rec. 1171/1993).

¹⁰ Publicada en el BOE 15 octubre 2015.

¹¹ Son actividades de interés general, “aquellas que contribuyan en cada uno de los ámbitos de actuación” del voluntario “a mejorar la calidad de vida de las personas y de la sociedad en general y a proteger y conservar el entorno” (art. 3.2. Ley 45/2015).

¹² “Sin que tengan su causa en una obligación personal o deber jurídico y sea asumida voluntariamente”, art. 3.1.b) Ley 45/2015.

¹³ En relación a los dispuesto en el art.12.2.d) Ley 45/2015.

¹⁴ La promoción del voluntariado por las empresas se recoge dentro del art. 20 Ley 45/2015 y por las Universidades en el art. 21 de la citada norma. A su vez, el art. 3.4 de la misma Ley complementa el concepto de voluntariado cuando dice que también se entenderá como tal las actividades que “se traduzcan en la realización de acciones concretas y específicas, sin integrarse en programas globales o a largo plazo, siempre que se realicen a través de una entidad de voluntariado. Asimismo, también tendrán tal consideración las que se realicen a través de las tecnologías de la información y comunicación y que no requieran la presencia física de los voluntarios en las entidades de voluntariado”.

¹⁵ STSJIC (Tenerife) 425/2006 de 16 junio (rec. 279/2006), aunque se enmarca en la derogada Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado.

¹⁶ Un estudio sobre esta cuestión en BENLLOCH SANZ, JUAN PABLO, “A vueltas con la figura del bombero voluntario ¿trabajador asalariado o voluntario?”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, num.26/20097/20098/2009 (BIB 2009\658), Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2009.

¹⁷ artículo 6.f) de la Ley 4/1998 de la Comunidad Autónoma de Canarias, que recoge la protección civil, dentro de las áreas de interés social.

prestar servicios de prevención y extinción de incendios por personal no profesional; tampoco pone en duda que, en principio, las cantidades que percibían los bomberos voluntarios en concepto de guardias, solo se percibían en concepto de compensación (y no de retribución)¹⁸, cuando dichas guardias se hacían realmente (además, ellos decidían si hacían las guardias y cuántas, lo que efectivamente es impropio de una relación laboral)¹⁹. El problema que subyace en la relación entre la aludida Asociación y algunos de los bomberos voluntarios, como pone de manifiesto la STSJIC 659/2008²⁰, es que algunos de los bomberos no profesionales realizan guardias de manera “no remunerada” para la Asociación de bomberos y de manera retribuida (para la misma Asociación) como oficiales de mantenimiento (la misma persona, por tanto, tiene la doble consideración de bombero y oficial de mantenimiento); *se produce, de esta manera, una superposición, incompatible jurídicamente, de las dos relaciones jurídicas expuestas entre las mismas partes y de manera simultánea*.

En efecto, algunos de los bomberos voluntarios estaban formalmente “contratados para realizar tareas de mantenimiento de las instalaciones” como “oficiales de mantenimiento” (cobrando un salario) y estos mismos oficiales de mantenimiento, precisamente por ser miembros de la Asociación Palmera de Bomberos Voluntarios, también desempeñaban funciones de bombero voluntario (recibiendo una compensación por las guardias)²¹. No obstante, en este caso, no podemos decir que sean bomberos voluntarios, puesto que bajo un “irregular contrato laboral temporal perciben salarios y realizan una prestación material y real de servicios en régimen materialmente laboral”, de esta manera, lo que hacen es “laboralizar su función de bomberos «voluntarios», desnaturalizando esta, prevaliéndose de la cobertura de voluntariado enmarcado en una Asociación pretendidamente altruista para autocontratarse como trabajadores ordinarios”. El fraude²² no se encuentra como tal en los contratos laborales temporales,

¹⁸ Lo que permite tanto la Ley de Voluntariado como el art. 7.h) la Ley 4/1998, que dice que uno de los derechos de los voluntarios es el de ser reembolsados “por los gastos que directamente les ocasione la actividad voluntaria”, que pueden adoptar la forma de dieta (sin necesidad de acreditar la cuantía de todos ellos), TSJ Madrid de 26 de junio de 2001.

¹⁹ Fundamento de Derecho Primero STSJIC (Tenerife) 425/2006 de 16 junio (rec.279/2006), que también se remite a la STSJ Cataluña de 18 de mayo de 2000 y a la del TSJ Madrid de 26 de junio de 2001.

²⁰ STSJC (Tenerife) 659/2008 de 24 octubre (rec. 445/2008).

²¹ “Estos oficiales de mantenimiento estaban obligados a realizar un total de 40 horas semanales, que se prestaban dentro nueve turnos de guardia cada semana. Se les abonaba un salario mensual de unos 460 euros en una nómina y, aparte, recibían el pago por las guardias que habían llevado a cabo”. Fundamento de Derecho Segundo STSJC (Tenerife) 659/2008 de 24 octubre (rec. 445/2008) que, a su vez, se remite a la sentencia de instancia.

²² “Resulta que esta es una Asociación de Bomberos voluntarios y «voluntarios» deberían ser sus servicios, es decir, excluidos de ámbito laboral «ex» art. 1-3.d ET, lo que (...) intentan eludir los actores, en connivencia con la propia Asociación, para laboralizar sus servicios a través de un mecanismo que su-

sino en la superposición de los dos vínculos: el trabajo voluntario y el laboral; vínculos que son incompatibles cuando se prestan de manera simultánea y entre las mismas partes, con una clara confusión de funciones; de esta manera, durante el tiempo que no dedican a la extinción de incendios “permanecen a la espera en el Parque de Bomberos, que es la situación normal y, en ese tiempo, pueden realizar las funciones retribuidas de mantenimiento”²³. De esta forma, los “bomberos voluntarios”, en connivencia con la Asociación (que realmente, estaba formada por ellos mismos), prestaban servicios en régimen laboral bajo la apariencia de voluntariado y así conseguían del Cabildo la subvención que necesitaban para luego pedir vía cesión ilegal un empleo público. Se mezclan de manera fraudulenta entre los actores y la Asociación, tres vínculos incompatibles porque se solapan simultáneamente entre las mismas partes: “la relación del voluntario con una entidad, la relación del asociado con una Asociación no lucrativa y la relación del trabajador con su empresa”; de esta manera, los *voluntarios* “ejercitan en cada una de ellas los derechos que les convienen, evidenciando esta incompatibilidad”. En efecto, como asociados deben pagar las cuotas de la Asociación (sin tener derecho a salario); como voluntarios, tienen derecho a indemnización (no a retribución) y, como trabajadores por cuenta ajena, tienen derecho a su salario. De esta manera, lo contradictorio y fraudulento de la situación, se explica con un acertado ejemplo que ilustra el propio TSJIC: “los actores, como asociados, tendrían que pagar las cuotas que la Asociación fije, como derrama extraordinaria, para hacer frente al pago de salarios que ellos mismos reclaman como trabajadores o las indemnizaciones que reclamen como voluntarios. O, desde la perspectiva de las facultades directivas, como los actores, si reúnen mayoría, pueden ser quienes dirijan la Asociación, cuando al propio tiempo son trabajadores y, además, son voluntarios, vínculo radicalmente incompatible con el laboral”²⁴. No es, por tanto, la cuantía de la compensación de los gastos que recibían como bomberos voluntarios el elemento fraudulento²⁵, sino la triple relación mantenida por la mayoría de los actores.

pone –para esta Sala– un fraude de Ley”. Fundamento de Derecho Primero STSJC (Tenerife) 425/2006 de 16 junio (rec.279/2006) En el mismo sentido, el Fundamento de Derecho Segundo STSJC (Tenerife) 565/2006 de 8 septiembre (rec. 276/2006).

²³ Fundamento de Derecho Segundo de la STSJC (Tenerife) 659/2008 de 24 octubre. (rec. 445/2008). En el mismo sentido, Fundamento de Derecho Tercero STSJC (Tenerife) 524/2006 de 4 septiembre (rec. 320/2006). De esta manera se incumplía *de hecho* la prohibición decretada por el Cabildo insular de que las labores de prevención y extinción de incendios se llevaran a cabo por bomberos profesionales (aunque se cumplía formalmente).

²⁴ Fundamento de Derecho Primero STSJC (Tenerife) 425/2006 de 16 junio (rec. 279/2006).

²⁵ De hecho, el TSJIC afirma que la contraprestación que recibían por la realización de las guardias era una compensación razonable, no excesiva y, por tanto, aquellos bomberos, que no eran a su vez oficiales de mantenimiento, debían haber conservado su consideración como personal voluntario (lo que no

c) Trabajos familiares

El Estatuto de los Trabajadores, en su art. 1.3.e), se encarga de excluir de la aplicación de la legislación laboral los trabajos desarrollados en el entorno familiar, concretamente, se excluye del ámbito del Derecho del Trabajo el trabajo desarrollado por el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad (o adopción) del empresario (hasta el segundo grado inclusive), siempre que convivan con el empresario²⁶. Es bien sabido que la presunción es “*iuris tantum*”, admite, en consecuencia, prueba en contrario que acredite la laboralidad de los servicios prestados por familiares.

Cuando el empresario es persona física, la aplicación de la exclusión es más sencilla. Sin embargo, cuando el empresario es persona jurídica, la exclusión adquiere contornos más complejos. En efecto, no podemos hablar técnicamente de “familiares del empresario” cuando el empresario es una persona jurídica, aunque sí debemos analizar la repercusión que tiene en la exclusión de laboralidad el hecho de trabajar para una empresa cuando uno de los socios tiene la condición de familiar del trabajador. Esto es precisamente lo que hace el TSJIC en su sentencia de 30 de noviembre de 2001²⁷ cuando analiza, precisamente, la calificación que le corresponde a la actividad desempeñada entre una trabajadora (Dña. Yurena) y su empresa, que es una comunidad de bienes, en la que uno de los tres comuneros que componían dicha comunidad era el padre de la trabajadora. Las funciones de Dña. Yurena eran las de dependienta en régimen laboral fijo²⁸. El 7 de septiembre de 2000 se le comunicó verbalmente a la trabajadora su despido con efectos desde ese mismo día. A continuación, Dña. Yurena impugna el despido ante el Juzgado de lo Social, demandando a la Comunidad de Bienes. En instancia se obtiene una sentencia favorable a la trabajadora, en la que se reconoce tanto el carácter laboral entre la trabajadora y la Comunidad, como la improcedencia del despido con los efectos jurídicos correspondientes. En la sentencia, de manera subsidiaria, se condena también a los tres integrantes

ocurrió en todos los casos, al enjuiciarlo indebidamente el juzgador de instancia y alcanzar firmeza la sentencia que contenía tal declaración). Fundamento de Derecho Segundo de la STSJIC (Tenerife) 659/2008 de 24 octubre (rec. 445/2008). En el mismo sentido, las SSTSJIC de 16 de junio de 2006 y de 4 de septiembre de 2006. Fundamento de Derecho Cuarto de la STSJC (Tenerife) 489/2006 de 21 julio (rec. 278/2006). En este sentido, se cita a la STSJ de Murcia de 30 de julio de 1994, a la STSJ de Cataluña de 24 de mayo de 2005, a la STSJ Castilla y León de 11 de junio de 2000, a la STSJ de Madrid de 26 de junio de 2001, STSJ de Extremadura de 19 de diciembre de 2005, y a la STSJ de Asturias de 28 de enero de 2000.

²⁶ En este sentido, el art. 12 LGSS.

²⁷ STSJIC (Tenerife) 777/2001, de 30 de noviembre (rec. 564/2001).

²⁸ Antecedente de Hecho Segundo de la STSJIC (Tenerife) 777/2001, de 30 de noviembre (rec. 564/2001).

de la Comunidad²⁹. Contra la sentencia de instancia, la Comunidad de bienes interpone recurso de suplicación, que es impugnado de contrario³⁰. En base a la infracción del art. 191. c) LPL³¹ se pretende que se reconozca la incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la extinción contractual de Dña. Yurena, al existir relación familiar entre la misma y uno de los comuneros, lo que, a juicio de la comunidad recurrente, debería llevar al TSJIC a determinar su exclusión de la relación laboral³².

En relación a la cuestión de la incompetencia de la jurisdicción social, el TSJIC razona que, al ser una “cuestión de orden público procesal”, se debe resolver “con libertad, sin sujetarse a los presupuestos y concretos motivos del recurso” y sin someterse a la declaración de hechos probados de la Sentencia de Instancia³³. No obstante, el TSJIC acepta íntegramente el relato de los hechos probados que contiene la sentencia de instancia y que, básicamente, es aceptada por todas las partes, ya que la discrepancia no se basa en los hechos, sino en la calificación jurídica que debe aplicarse a los mismos, puesto que el recurrente considera, contrariamente a lo dispuesto en la sentencia de instancia, que la relación entre Dña. Yurena y la comunidad está excluida de la legislación laboral al ser su padre uno de los comuneros.

Pues bien, en relación a la calificación que procede otorgar a la relación entre la trabajadora y la comunidad de propietarios, el TSJIC determina, en su fundamento de Derecho Quinto, que existe un auténtico contrato de trabajo, puesto que la trabajadora presta servicios de acuerdo con todos los requisitos definidos en el art. 1.1 del ET³⁴ como se explica a continuación: entre la comunidad y la trabajadora existe contrato laboral escrito y registrado en la oficina pública y alta en el Régimen General de la Seguridad Social, en el que se cotizó por parte de la empresa hasta el día de su despido; la trabajadora realizó su tra-

²⁹ Antecedente de Hecho Tercero de la STSJIC (Tenerife) 777/200, de 30 de noviembre (rec. 564/2001).

³⁰ Antecedente de Hecho Cuarto de la STSJIC (Tenerife) 777/2001, de 30 de noviembre (rec. 564/2001).

³¹ Se refiere al derogado Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. En la actualidad, el examen de la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia como motivo para recurrir en suplicación está recogido en el art. 193.c) de la vigente Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

³² Por lo que se alega, la infracción del artículo 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 7.2 del TRLGSS 1944. Esta última norma ha sido derogada entendiéndose la remisión al art. 12 de la vigente LGSS.

³³ SSTs 23 de octubre de 1989, 24 de enero de 1990, 5 de marzo de 1990, 6 de abril de 1990, 17 de mayo de 1990, 11 de junio de 1990. También en este sentido, la STSJ Cataluña de 12 de diciembre de 2000. Fundamento de Derecho Tercero de la STSJIC (Tenerife) 777/2001, de 30 de noviembre (rec. 564/2001).

³⁴ En este sentido, se menciona la STS de 14 de junio de 1994 (rcud. 3493/1993).

bajo como dependienta para la comunidad de propietarios “y no para sus titulares originarios”; no tuvo en ningún momento la condición de socia, ni desempeñó ningún cargo ejecutivo o de administración (precisamente, por todo ello, fue incluida en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajadora por cuenta ajena). Una vez establecida la naturaleza laboral del vínculo entre la trabajadora y la comunidad, el hecho de que la trabajadora sea hija de uno de los comuneros, no enturbia en absoluto dicha calificación. De hecho, aunque la relación jurídica de la trabajadora fuera directamente con el padre y no con la comunidad, la exclusión del art. 1.3 e) ET se configura como una presunción «*iuris tantum*», y en este caso, esta presunción se habría destruido, puesto que existe una auténtica e indudable relación laboral. Pero, además, la trabajadora realizaba su prestación laboral para la Comunidad, retribuida, sin que tenga ninguna trascendencia la relación de parentesco que tenía con uno de los comuneros, puesto que la trabajadora no realizó su actividad laboral en la empresa directamente para la comunidad “a cuya titularidad y patrimonio era tan ajena como que ni siquiera era parte de la misma”. En consecuencia, queda tan clara la existencia de relación laboral, dice el TSJIC, que es intrascendente el dato de si vivía o no en el domicilio de su padre. Por todo ello, se confirma la sentencia de instancia, se declara la existencia de auténtica relación laboral y se califica de improcedente el despido verbal efectuado a la trabajadora³⁵.

II. ACTIVIDADES SINDICALES Y POLÍTICAS

En la colaboración que puedan prestar los afiliados y simpatizantes en los respectivos partidos políticos, subyace, con carácter general, la carencia de las notas de dependencia y ajenidad, que, junto con el resto de las notas que configuran la relación laboral³⁶, son necesarias para que se pueda calificar de laboral una prestación de servicios. Por ello, el trabajo desempeñado por dichos afiliados y militantes a un determinado partido político (trabajo militante) se califica por el TSJ Canarias como trabajo benévolo, precisa-

³⁵ En relación con la capacidad de obrar de la comunidad y a la falta de legitimación pasiva del padre de la trabajadora (cuestiones que se esgrimen por el recurrente), explica el TSJIC que la comunidad de bienes tiene capacidad de obrar en relación a su condición de empresario a la luz de lo dispuesto en el art. 1 ET y es precisamente dicha comunidad (y no el padre de la trabajadora) la que adopta la condición de empresaria en relación a Dña. Yurena. Por tanto, no existe falta de legitimación pasiva en relación al padre de la trabajadora. Precisamente, al carecer de personalidad jurídica (arts. 392 y ss. CC) se establece la responsabilidad subsidiaria de los comuneros, en relación a las obligaciones que le corresponden como empresario. STSJIC (Tenerife) 777/2001, de 30 de noviembre (rec. 564/2001).

³⁶ Recogidas en el art. 1.1. ET.

mente por carecer de las notas de laboralidad. No niega el TSJ Canarias la posibilidad de que existan auténticas relaciones laborales en el trabajo prestado a una fuerza política, pero sí precisa que “la jurisprudencia ha venido entendiendo que no se da la relación laboral cuando se contribuye de forma voluntaria por afinidad ideológica y por motivos altruistas”³⁷.

En el caso analizado en la STSJIC 653/2016 se afirma que, tal y como indica la sentencia de instancia, se trataba de una mera colaboración entre la simpatizante de un partido político y el partido político en cuestión; colaboración a la que no podía aplicarse la legislación laboral, puesto que su colaboración no reunía las notas de laboralidad exigidas en el ET³⁸. En efecto, la recurrente (Dña. Marina) desarrollaba la actividad en la agrupación política municipal sin horario de trabajo y “de forma laxa”, sin que el grupo político en cuestión le impartiera órdenes concretas. Sus funciones se circunscribían básicamente al seguimiento de la actividad política, suministrándoles información, acudía a los plenos y asistía a las reuniones de algunas comisiones y de algunas asociaciones; esporádicamente pudo recoger comunicaciones de los concejales e incluso se constató que, en alguna ocasión, pudo acudir al local de la agrupación política donde hacía uso de ordenadores e impresora; no obstante, no hacía informes ni escritos para la agrupación municipal³⁹. Por ello, aunque hubo cierta compensación por gastos⁴⁰, el juzgador de instancia considera que “se trataba de servicios prestados en razón de la sintonía política”⁴¹ entre Dña. Marina y la formación política en cuestión⁴².

³⁷ La STSJ Asturias, de 29 de junio de 2001 en relación al trabajo desarrollado por “una simpatizante a favor de un partido político estimó que no existía relación laboral”. Fundamento Jurídico Cuarto STSJC (Tenerife) 653/2016 de 29 julio (rec. 5/2016).

³⁸ Las notas que configuran el contrato de trabajo son: a) la voluntad que ha de presumirse, salvo prueba en contrario; b) la retribución, entendida en el amplio sentido en que se define el salario en el art. 26.1 del mencionado texto legal; c) la ajenidad, como cesión anticipada al empresario de los frutos y no asunción de los riesgos del proceso productivo; y d) la realización de la actividad en el ámbito de organización y dirección de otra persona, condición que no implica necesariamente, según la jurisprudencia, el sometimiento a jornada determinada o a instrucciones tan precisas que coarten la iniciativa propia, nota que resulta compatible con la inexistencia de horario fijo en determinadas actividades”. Según recoge la STSJ Cataluña de 14 de diciembre de 2015 recogida en el Fundamento de Derecho Segundo STSJIC (Tenerife) 653/2016 de 29 julio (rec. 5/2016). En el mismo sentido, las SSTs de 19.06.07 (rcud. 4883/2005) y 10 de julio de 2007 (rcud. 1412/2006), y del TSJC (Tenerife) de 21 de julio de 2008 (rec. 6161/2007), y posterior STS de 18 de marzo de 2009 (rcud. 1708/2007).

³⁹ Fundamento Jurídico Cuarto STSJIC (Tenerife) 653/2016 de 29 julio (rec. 5/2016).

⁴⁰ Doña Marina percibió del Grupo Municipal Por Tenerife, mediante siete pagos desde 26/06/2013 hasta 02/12/2013 por transferencia bancaria la cantidad de 2.823,8 euros como importe total durante los seis meses que duró la vinculación con el citado grupo municipal. Hecho probado tercero de la sentencia de instancia, recogido en el Antecedente de Hecho Tercero de la STSJIC (Tenerife) 653/2016 de 29 julio (rec. 5/2016).

⁴¹ Era una relación “motivada por simpatía y no como contraprestación profesional”. Fundamento Jurídico Cuarto STSJIC (Tenerife) 653/2016 de 29 julio (rec. 5/2016).

⁴² Fundamento Jurídico Cuarto STSJIC (Tenerife) 653/2016 de 29 julio (rec. 5/2016).

Como hemos indicado al principio, cabe la posibilidad de que se realice un trabajo por cuenta ajena para un partido político, pero para ello, dicho trabajo debe reunir todas las notas que configuran la relación laboral (con independencia de la calificación que le otorguen las partes)⁴³. Al ser una materia casuística, para la determinación de la naturaleza jurídica laboral o extralaboral de una relación entre una persona y un partido político debemos examinar las circunstancias que concurren en cada caso concreto. Así, en la sentencia que la recurrente plantea de contraste⁴⁴, el supuesto es radicalmente distinto, puesto que se trata de un oficial de primera administrativo, que durante mucho tiempo recibe de un partido político sueldo y pagas extraordinarias; se le abona el salario documentando su abono mediante nóminas, donde se hace constar su categoría profesional, además figura dado de alta en la Seguridad Social, acude a diario (mañana y tarde) a los locales del partido (todos ellos indicios claros de laboralidad). En cuanto a las funciones, se constata que sí que emitía dictámenes cuando el partido se lo solicitaba, acudía en defensa de sus intereses en los juzgados (pudiendo compatibilizar sus funciones en el partido con el ejercicio por cuenta ajena de la abogacía cuando se lo permitía en el grupo político) y actuaba bajo la dependencia funcional del gerente. En este caso, contrariamente a lo que ocurre en la relación enjuiciada en la STSJIC 653/2016, las notas descritas nos llevan a determinar la existencia de una auténtica relación laboral.

Una situación distinta es enjuiciada en la STSJIC 504/2019⁴⁵ en relación con el cese de Dña. Josefina, que además de ser cargo sindical en el sindicato CCOO, venía desempeñando durante ocho años tareas administrativas para el mismo sindicato, mediante un contrato de trabajo. Tras el cese de Dña. Josefina, esta recurre por despido, negando el sindicato la relación laboral de la trabajadora a pesar de haber firmado contrato laboral y darle de alta en Seguridad Social. Sobre esta cuestión, el citado Tribunal remitiéndose a la doctrina del TS⁴⁶, confirma la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer del cese de Dña. Josefina, puesto que ella compaginaba labores sindicales con tareas administrativas habituales de manera dependiente, por cuenta ajena y

⁴³ “En este sentido, el TSJC dice: “la calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto. Exponentes de esta consolidada doctrina jurisprudencial a lo largo de los años son, entre otras muchas, nuestras sentencias de 11 de diciembre de 1989 y de 29 de diciembre de 1999 (rcud. 1093/1999); esta última cita numerosos precedentes. Fundamento Jurídico Cuarto STSJC (Tenerife) 653/2016 de 29 julio (rec. 5/2016).

⁴⁴ STS de 1 de julio de 1988.

⁴⁵ STSJIC (Tenerife) 504/2019 de 23 abril (rec. 676/2018).

⁴⁶ STS 7 de octubre de 2005.

retribuida en relación al sindicato; es posible, como aclara el Tribunal, que la relación de servicios “laborales” en un sindicato pueda entenderse subsumida en la relación sindical, pero en este caso, las notas de laboralidad son muy claras y duraderas (ocho años). Por tanto, no podemos calificar de marginal o esporádica la actividad laboral de la trabajadora como administrativa, frente a la actividad puramente sindical (resaltando el reproche del TSJIC al sindicato por incurrir en fraude de ley en la contratación laboral). Por todo ello, se revoca la sentencia de instancia estableciendo la autenticidad de la relación laboral de Dña. Josefina declarando, en consecuencia, la nulidad de su despido.

III. SOCIOS, ADMINISTRADORES, DIRECTORES

Una de las exclusiones más conocidas del ámbito del Derecho del Trabajo apunta a «la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo» (art. 1.3.c) ET). En efecto, cuando una persona desempeña exclusivamente el cargo de consejero o es miembro del consejo de administración de una sociedad y solo tiene ese cometido en la empresa, su relación está claramente excluida del ámbito del Derecho del Trabajo. Eso ocurre en la sentencia STS-JIC 985/2004⁴⁷ que analiza el recurso de suplicación interpuesto por el “Instituto Tecnológico de Canarias, SA” (en adelante ITC) frente a la sentencia de instancia⁴⁸, que, a su vez, resuelve la reclamación de cantidad que interpone D. Paulino frente al ITC. En dicha sentencia, como hechos probados⁴⁹ se hace constar que D. Paulino, fue nombrado representante de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias en el consejo de administración del ITC; acorde con tal designación, el Instituto citado suscribió con D. Paulino el 20 de septiembre de 1999, un contrato especial de alta dirección con duración indefinida, haciendo constar expresamente que dicho contrato se podría extinguir mediante el procedimiento y por las causas previstas en el ET y en el RD 1382/1985, de 1 de agosto⁵⁰.

⁴⁷ STSJIC (Tenerife) 985/2004 de 8 octubre (rec. 164/2004).

⁴⁸ Sentencia del juzgado de lo Social núm.1 de Santa Cruz de Tenerife de fecha 15 de diciembre de 2003.

⁴⁹ Antecedente de hecho segundo de STSJIC (Tenerife) 985/2004 de 8 octubre (rec. 164/2004).

⁵⁰ El salario mensual pactado ascendía en cómputo anual a 5.836,06 euros

Posteriormente, y a pesar de revocar su nombramiento, el 2 de febrero de 2001, D. Paulino continuó como director y asesor de dirección percibiendo el mismo salario y conservando el resto de las condiciones de trabajo. Tras sucesivos cambios, el 18 de mayo de 2001 se acordó el cese del S. Paulino como asesor del Consejo y como trabajador de la empresa, continuando su actividad como asesor de la dirección percibiendo el mismo salario del ITC, comunicándole posteriormente que su relación laboral finalizaría definitivamente el 30 de abril de 2002. Unos días más tarde, el 5 de mayo, desde la empresa se intentó la entrega del finiquito y dos cheques (con el importe de la indemnización y la liquidación correspondiente) que rehusó aceptar D. Paulino, alegando que no le había sido comunicado el cese. A pesar de todo, el 21 de junio de 2002 causó baja en Seguridad Social, habiendo sido dado de alta en Seguridad Social en una empresa distinta el día 21 de junio de 2002. Como habíamos adelantado, D. Paulino interpone demanda de reclamación de cantidad, siendo estimada por el juzgador de instancia que condena al ITC al pago de la cantidad que D. Paulino reclama. El ITC recurre en suplicación y el TSJIC aclara (en su Fundamento de Derecho Segundo) que en la relación entre D. Paulino y la Administración (como empresa) ha habido dos etapas: 1. En la primera etapa, D. Paulino ha sido miembro del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima demandada, ejerciendo todas las facultades que los estatutos atribuyen al Consejo, por ello, tal y como dispone el art. 1.1 ET, no realiza una prestación dependiente y por cuenta ajena en relación al ITC⁵¹, por cuanto “la relación que vincula al administrador con la sociedad de capital es de naturaleza mercantil o societaria”, no laboral (ni siquiera especial), porque al quedar dentro de la exclusión del art. 1.3 c) ET, queda también fuera del ámbito de aplicación del art. 2.1 a) de la citada norma. En efecto, los administradores o gerentes de sociedades que personalmente ostentan y ejercitan ampliamente la representación y gestión empresarial, no realizan un trabajo dependiente ni por cuenta ajena, al tener plena autonomía laboral, puesto que su actividad no queda bajo la supervisión del consejo de administración de la sociedad en cuestión⁵². Desde esta perspectiva, la atribución de la calificación de laboral o extralaboral del administrador o consejero de la sociedad no se hace en función del contenido de la actividad que desarrolle en la sociedad, sino “a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarro-

⁵¹ SSTS de 26 de junio de 1989, de 27 de junio de 1989, de 27 de julio de 1990 (RJ 1990, 6486), de 5 de diciembre de 1990; de 21 de enero de 1992 (rcud. 1368/1991), 13 de mayo y 3 y 18 de junio de 1991, de 22 de diciembre de 1994 (rcud. 2889/1993) y de 16 de junio de 1998 (rcud. 5062/1997). En este sentido se pronuncian las SSTSJIC de 22 de mayo de 1992, de 23 de junio de 1992, de 24 de mayo de 1993, 26 de septiembre y 11 de octubre de 1996 y 3 de febrero de 1998 y 28 de mayo de 2002.

⁵² STS de 16 de junio de 1998 traída a colación en el Fundamento de Derecho Segundo de la STSJIC (Tenerife) 985/2004 de 8 octubre (rec. 164/2004).

lla en la organización de la sociedad”, de manera que si el consejero o administrador se integra en el órgano de administración social ejercitando las funciones propias de esa condición, la relación se situará extramuros del Derecho del Trabajo, como indica el art. 1.3. c) ET, excluyéndose, en consecuencia, la competencia de su conocimiento de los Juzgados y Tribunales del Orden Social de la Jurisdicción⁵³. 2. En la segunda etapa, a partir de mayo de 2001, D. Paulino mantiene con su empresa (Administración pública) una relación laboral común⁵⁴, como se analiza en la sentencia, en la que concurren todas las notas configuradoras de la relación laboral.

Una situación distinta se produce cuando se reúne, con carácter simultáneo, en relación a la misma persona, la triple cualidad de socio, administrador mancomunado y trabajador común (que corresponde a una relación laboral ordinaria). Y es que, en relación con el cargo de administrador, como hemos señalado más arriba, no cabe una exclusión generalizada de la aplicación de la normativa laboral, puesto que la exclusión de los administradores o miembros de los consejos de administración se produce cuando su actividad se circunscribe a dichos cometidos, lo que no ocurre cuando el trabajador simultanea la condición de administrador o miembro del consejo con la de un trabajador común (art. 1.3.c) ET). En este sentido, en la STSJIC 484/2016⁵⁵ se analiza precisamente esta doble condición, en relación a Dña. Patricia y la empresa Frío Canarias, S.L. La antigüedad de dicha trabajadora en la empresa se retrotrae al 23 de septiembre de 1982, realizando funciones de auxiliar administrativo⁵⁶, percibiendo una remuneración de 1.608,10 euros brutos, con inclusión de pagas extraordinarias (antecedente de hecho primero). En el año 2007 se produjo un cambio en los consejeros de la empresa y miembros del consejo de administración, procediéndose a nombrar como administradores mancomunados, con carácter indefinido, a Dña Patricia, Don Pedro y Don Alejo, acordándose además el reparto de nuevas participaciones sociales “en proporción al valor nominal de las acciones”⁵⁷ que los socios tenían con anterioridad. La empresa dejó de abonar a Dña. Patricia las mensualidades de los años 2012 a 2014, por lo que la trabajadora interpone demanda por resolución contractual basada en un incumplimiento grave de las obligaciones empresariales. Dicha

⁵³ Arts. 1 y 3 LJS.

⁵⁴ En el fundamento de Derecho Tercero STSJIC (Tenerife) 985/2004 de 8 octubre (rec. 164/2004) se analiza si la relación laboral de D. Paulino con el ITC es común o especial.

⁵⁵ STSJIC (Tenerife) 484/2016 de 8 junio (rec. 1135/2015).

⁵⁶ La trabajadora, en su trabajo diario, “realiza presupuestos, atención a clientes y, en general, toda la actividad administrativa de la entidad, si bien, contando con el consentimiento de los administradores”. Antecedente de hecho Primero STSJIC (Tenerife) 484/2016 de 8 junio (rec. 1135/2015).

⁵⁷ Antecedente de hecho Primero STSJIC (Tenerife) 484/2016 de 8 junio (rec. 1135/2015).

demanda es estimada en instancia, como se recoge en la sentencia de 16 de marzo de 2015, que extingue desde esa misma fecha el contrato de trabajo y condena a la citada entidad (y a FOGASA) al pago de la indemnización legal correspondiente; dicha sentencia fue recurrida por la empresa en Suplicación, que confirma íntegramente la sentencia de instancia⁵⁸.

Con remisión al art. 193 c) de la LJS se alega por el recurrente⁵⁹ la infracción del art. 1 ET, de los arts. 1 y 2 LJS y de la doctrina judicial relacionada con los citados artículos. Concretamente, el recurrente defiende la inexistencia de relación laboral entre la trabajadora y la empresa, al argumentar que Dña. Patricia es titular de una participación minoritaria de capital social; considera que, de conformidad con dicha afirmación, la jurisdicción social no es competente para conocer de la resolución contractual solicitada por Dña. Patricia.

Frente a dicha cuestión, se esgrime por el TSJIC que, tal y como indica el art. 1.1. del ET, la legislación laboral “será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica denominada empleador o empresario”. En consecuencia, las notas que caracterizan la relación laboral son: “a) la voluntad que ha de presumirse salvo prueba en contrario; b) la retribución, entendida en el amplio sentido en que se define el salario en el art. 26.1 del mencionado texto legal; c) la ajenidad, como cesión anticipada al empresario de los frutos y no asunción de los riesgos del proceso productivo; y d) la realización de la actividad en el ámbito de organización y dirección de otra persona, condición que no implica necesariamente, según la jurisprudencia, el sometimiento a jornada determinada o a instrucciones tan precisas que coarten la iniciativa propia, nota que resulta compatible con la inexistencia de horario fijo en determinadas actividades”⁶⁰. Y lo anterior, con independencia de la calificación que las partes hayan otorgado al vínculo que les une⁶¹.

⁵⁸ En la sentencia, el TSJIC advierte que, al tener que analizar si el asunto corresponde o no a la jurisdicción social, puede examinar la prueba sin someterse ni vincularse al relato fáctico de la sentencia de instancia, aunque asume “la totalidad del relato fáctico, pues en ellos se contienen elementos probatorios suficientes” para determinar tal extremo. Fundamente de Derecho Primero STSJIC (Tenerife) 484/2016 de 8 junio (rec. 1135/2015).

⁵⁹ Fundamente de Derecho Segundo STSJIC (Tenerife) 484/2016 de 8 junio (rec. 1135/2015).

⁶⁰ Fundamente de Derecho Segundo STSJIC (Tenerife) 484/2016 de 8 junio (rec. 1135/2015). En el mismo sentido, las SSTs de 19.06.07 (rcud. 4883/2005) y 10 de julio de 2007 (rcud. 1412/2006). En base a las mismas, se dictaron las SSTSJIC de 21 de julio de 2008, y de 18 de marzo de 2009, en las cuales se pueden leer razonamientos jurídicos aplicables en su totalidad al asunto analizado en la STSJIC (Tenerife) 484/2016 de 8 junio (rec. 1135/2015).

⁶¹ En este sentido, las SSTs de 11 de diciembre de 1989 y 29 de diciembre de 1999 (rcud. 1093/1999). En esta última sentencia se recogen numerosos precedentes.

Como hemos apuntado, en Dña. Patricia concurriría una triple condición: auxiliar administrativo, socia y administradora mancomunada. Teniendo en cuenta esta triple condición, debemos analizar si se puede mantener la laboralidad de la relación que mantiene con la empresa, en referencia al ejercicio de sus funciones como auxiliar administrativo; para ello, debemos analizar, por una parte, la compatibilidad de la condición de socia con la de trabajadora común y, por otra, la compatibilidad entre la condición de administradora mancomunada y auxiliar administrativo.

Así, en relación a la compatibilidad de la dualidad del vínculo socia y trabajadora común, el TSJIC se pronuncia en sentido afirmativo, siguiendo la doctrina judicial⁶² que hace suya en la STSJIC 484/2016 y que podemos sintetizar de la siguiente manera:

- en relación con la característica de la ajenidad, cuando la empresa adopta la forma jurídica de sociedades mercantiles capitalistas, es “compatible la condición de socio con la de trabajador por cuenta ajena de la sociedad”, salvo que se supere el porcentaje del 50%⁶³ del capital social.
- en relación a la dependencia, afirma el TSJIC que “en nuestro ordenamiento jurídico, existe en el marco de las sociedades mercantiles capitalistas no solo una plena separación entre la esfera personal y patrimonial de la sociedad y la de los socios, sino también una completa independencia funcional entre el trabajo y la condición de socio en aquel tipo de sociedades”⁶⁴, por ello, salvo simulación o realización por parte del trabajador de una prestación accesoria no existe incompatibilidad para que un mismo trabajador reúna esta doble condición⁶⁵ (en este caso Dña. Patricia es accionista minoritaria y no realiza una prestación accesoria, puesto que desempeña las funciones normales de un auxiliar administrativo). Desde esta perspectiva, resulta compatible la condición de socia minoritaria de la trabajadora con su relación laboral como auxiliar administrativo.

⁶² Sigue la doctrina judicial sintetizada en la STSJ (Sevilla) de 24 de octubre de 2002.

⁶³ STS de 29 de enero de 1997 (rcud. 2577/1995). Dice el TSJIC en su S 484/2016 que “la jurisprudencia proclama la compatibilidad de ambos vínculos, con tal de que el cargo de administrador o consejero societario no vaya acompañado de la titularidad de la mayoría del capital social (SSTS 14 y 20 octubre 1998 y 30 de mayo 2000)”.

⁶⁴ STS 14.10.98 citada en el Fundamento de Derecho Tercero STSJIC (Tenerife) 484/2016 de 8 junio (rec. 1135/2015).

⁶⁵ Sentencia de 18 marzo 1991, citada en el Fundamento de Derecho Tercero STSJIC (Tenerife) 484/2016 de 8 junio (rec. 1135/2015).

Ahora bien, en relación con la dualidad de la condición de administradora mancomunada y auxiliar administrativo podría existir una mayor afectación de la característica de dependencia, puesto que “no es normal que quien tiene atribuida, personalmente o por su pertenencia a un órgano colegiado, la dirección y representación de la sociedad pueda realizar al mismo tiempo un trabajo subordinado para la misma”. Sin embargo, el TS recuerda que el art. 1.3. c) ET solo excluye la actividad que, pura y simplemente, se limite a la administración social⁶⁶. En consecuencia, cuando un miembro del consejo de administración no limita su actividad al mero desempeño de tal cargo, puede compatibilizar las tareas de administración con un trabajo común, como puede ser el de auxiliar administrativo, puesto que se puede preservar la independencia de las tareas que se ejecuten como auxiliar administrativo de aquellas que se desarrollen como administrador de la sociedad (sin desvirtuar la nota de ajenidad)⁶⁷, y esto es precisamente lo que ocurre en la STSJIC 484/2016, donde no se ha acreditado que Dña. Patricia tenga atribuida ninguna función directiva propia de la cualidad de empresario⁶⁸. Por todo ello, la jurisdicción social es la competente para conocer de la resolución contractual instada por Dña. Patricia.

IV. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA: BECARIOS

En realidad, el sistema de becas suscita mucho interés en los jóvenes que encuentran una vía indirecta de acceso al mercado laboral. No obstante, el sistema de becas excluye la contratación laboral, puesto que se trata de una actividad distinta de la que configura la relación de trabajo por cuenta ajena. Con carácter general, la relación del becario con la entidad de acogida se regula mediante los convenios de colaboración que firman dichas entidades con las universidades (o entidades formativas en general). Es precisamente en dicho convenio donde se establece las tareas del becario, la duración, compensación económica de la beca, tutor asignado, etc.

⁶⁶ Se cita por el TSJIC en su S 484/2016 las SSTs de 22 febrero 1988 y la de 24 octubre 1988; también la de 18 marzo 1991.

⁶⁷ “Se da en el presente caso la dependencia –entendida como situación del trabajador sujeto, aún en forma flexible y no rígida, ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa–, y la ajenidad –dado que los medios patrimoniales son de la empresa, el trabajador no asume los riesgos propios del negocio y cede a la empresa la utilidad o los frutos del trabajo propio–, características ambas determinantes de una relación laboral”. Fundamento de Derecho Cuarto de la STSJIC (Tenerife) 484/2016 de 8 junio (rec. 1135/2015).

⁶⁸ “...por cuanto la trabajadora no tiene la participación ni los poderes para dirigir la empresa, pues todas sus actuaciones de dirección o administración requieren el concurso convergente de los otros dos restantes administradores mancomunados”. Fundamento de Derecho Cuarto de la STSJIC (Tenerife) 484/2016 de 8 junio (rec. 1135/2015).

Podemos definir la figura del becario, a la luz de lo dispuesto en el Real Decreto 1493/2011, como aquellas personas que participan “en programas de formación financiados por entidades u organismos públicos o privados” que están vinculadas a estudios universitarios o de formación profesional y que no tienen carácter exclusivamente lectivo, sino que incluyen la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades y conllevan una contraprestación económica para los afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba, siempre que la realización de dichos programas no dé lugar a una relación laboral que determine su alta en el respectivo régimen de la Seguridad Social”⁶⁹. Con excepción del becario de investigación, la regulación de la actividad del becario se ha ido configurando por la doctrina judicial, lo que contribuye muchas veces a la dificultad, en la práctica, de calificar la actividad real del becario como de trabajo por cuenta ajena o de actividad lícita dentro del programa formativo que se esté realizando⁷⁰. Lo que no es objeto de discusión es que, si la actividad del becario dentro de una entidad se dirige principalmente, no a la formación del becario, sino a la satisfacción de las necesidades productivas de la empresa, se tratará de una relación laboral encubierta fraudulentamente a través de la suscripción de una beca de formación. En consecuencia, si los resultados de la investigación, estudio o trabajo desarrollado por el becario se incorporan al patrimonio de la entidad o persona que otorga la beca, en realidad, este último será un “empresario” y la relación entre el becario y él será “laboral”⁷¹. La distinción entre la beca y el contrato laboral requiere un análisis sobre la parte que obtiene un beneficio “predominante” y sobre el carácter productivo o formativo de la actividad del becario. Si el beneficio que obtiene el becario es predominantemente formativo (porque obtiene una mayor cualificación) habrá una auténtica beca; pero si, por el

⁶⁹ Art. 1.1. Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social. Las personas que participan desde el 1 de noviembre de 2011 en un programa de formación, con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.1. que acabamos de transcribir, quedaron asimiladas a trabajadores por cuenta ajena a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social (aunque no tienen derecho a la prestación por desempleo).

⁷⁰ “La prestación de servicios en plataformas digitales ¿trabajo dependiente o autónomo? CÁMARA BOTÍA, ALBERTO, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 222, 2019, págs. 77-124, ISSN 2444-3476; “La delgada línea divisoria entre una relación laboral asalariada y la remuneración o contraprestación económica del becario como zona gris del derecho del trabajo”, ORTEGA LOZANO, POMPEYO GABRIEL y GUINDO MORALES, SARA, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, N.º. 218, 2019, págs. 87-126, ISSN 2444-3476.

⁷¹ SSTs de 4 de abril de 2006, 22 de noviembre de 2005 (rec.4752/2004), 13 de junio de 1988, traídas a colación por el TSJIC en el Fundamento de Derecho Cuarto de la STSJIC (Tenerife) 207/2008 de 28 marzo (rec. 102/2008).

contrario, el que obtiene un beneficio predominante es el empresario, porque en realidad el becario desarrolla un trabajo productivo, existirá realmente una relación laboral⁷². En realidad, la distinción en la práctica entre la beca y la relación laboral es compleja y nos obliga a analizar caso por caso, tomando como referencia el método indiciario. Así, son indicios de auténtica relación laboral⁷³: el hecho de que el becario desarrolle su trabajo en solitario sin nadie que haga un seguimiento y coordinación de su trabajo, cuando se trate de tareas indispensables, necesarias y habituales para el desarrollo de la actividad normal de la entidad que acoge al becario, cuando no se le facilite al becario ningún tipo de formación, cuando no exista la figura del tutor, o incluso cuando el periodo de beca sea extremadamente largo.

En la mayoría de las ocasiones el becario recibe una ayuda o compensación económica⁷⁴ a cambio de la realización del estudio o del trabajo, que va mayoritariamente en propio provecho del becario; muchas veces, el becario se compromete a aportar sus resultados en el campo de la investigación científica, pero ni la formación que consiga, ni los resultados que obtenga deberán incorporarse a la entidad de acogida (de otra manera, probablemente se tratará de una relación laboral, puesto que se incorporarán los frutos del trabajo a la empresa, como ocurre en cualquier relación laboral). En consecuencia, para que se trate de un auténtico becario, la entidad de acogida no debe incorporar su trabajo al patrimonio de la misma, “circunstancia esencial a la figura del empresario, cuya actividad, si bien puede carecer de ánimo de lucro, lo que siempre es subjetivo, no carece nunca de lo que en este aspecto puede denominarse sentido de lucro en la actividad que ejerce”⁷⁵; por tanto, si prevalece la finalidad de apropiarse de los frutos de la actividad del becario, obteniendo de ellos una utilidad en beneficio de la propia entidad, se tratará de una auténtica relación laboral. Por ello, adquiere mucha relevancia el hecho de que las labores encomendadas al becario estén en consonancia con la finalidad de la beca, puesto que, de lo contrario, si el becario realmente realiza funciones que integran las funciones propias de una categoría profesional, el vínculo real entre el becario y la entidad deberá ser calificado de laboral⁷⁶. En este último caso,

⁷² STS 26 de junio de 1995.

⁷³ STS 4 de abril de 2006 (rcud. 856/2005) y TSJ Castilla-La Mancha de 13 de diciembre de 1999.

⁷⁴ De hecho, la beca se configura como una donación modal (artículo 619 del Código Civil), pero la remuneración del becario no lo es por contraprestación de la compensación que recibe, sino por la “aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que la beca representa, por lo que con esta se materializa un compromiso que adquiere el becario y que no desvirtúa la naturaleza extralaboral de la relación existente”. STS de 7 de julio de 1998.

⁷⁵ Fundamente de Derecho Cuarto de la STSJIC (Tenerife) 207/2008 de 28 marzo (rec. 102/2008).

⁷⁶ STS de 13 de junio de 1988.

estaríamos ante una actuación en fraude de ley que conllevará la nulidad del acto constitutivo del fraude (la beca) “y la producción de efectos del acto que se trata de encubrir”, esto es, la consideración de laboral de la relación entre el becario y la entidad de acogida⁷⁷, además de las responsabilidades administrativas en el ámbito laboral y de la Seguridad Social que correspondan.

Una vez estudiado el panorama general, nos centramos en el análisis que realiza el TSJIC en la sentencia 207/2008, en torno a la actividad de Dña. Amelia en el Instituto de Astrofísica de Canarias (en adelante IAC). De los hechos probados se desprende que Dña. Amelia se incorporó al IAC como becaria el día 23 de septiembre de 2002 y mantuvo esta condición hasta el día 23 de enero de 2003. Desde el 23 de enero de 2003 hasta el día 22 de mayo de 2003, la actora siguió trabajando como ingeniera en el Proyecto Espacio Acústico Virtual en el Departamento de Electrónica del Área de Instrumentación del IAC. El día 1 de marzo de 2003 suscribió un contrato como investigadora con la Universidad de La Laguna para la realización de un proyecto específico de investigación; no obstante, renunció a dicho contrato el 22 de mayo de 2003 para suscribir cuatro días más tarde un nuevo contrato por obra y servicio determinado con el IAC; dicho contrato se fue prorrogando, hasta que el día 11 de octubre de 2006 se le comunica la extinción del mismo⁷⁸. Dña. Amelia nunca realizó en el IAC ni cursos de doctorado, ni tesis doctoral. Durante todo el tiempo en el que desarrolló su actividad en el IAC su trabajo reversionó completamente a favor de dicho Instituto, puesto que nunca realizó funciones de investigadora, sino de ingeniera para el desarrollo de aplicaciones informáticas o software; de hecho, nunca tuvo un tutor. Por ello, el TSJIC, una vez analizada la actividad desplegada por Dña. Amelia en el IAC, afirma que la finalidad fundamental de la relación mantenida entre dicho Instituto y la trabajadora, durante el periodo de la beca, fue productiva, puesto que sus cometidos en el Instituto eran los “ordinarios de un ingeniero de procesamiento de sonido del Departamento de Electrónica del Área de Instrumentación del IAC (el desarrollo de un prototipo portátil para la creación de un espacio acústico virtual), formando parte del grupo de ingenieros de dicho departamento, con sujeción a la organización y directrices generales y particulares emanadas de la Dirección del mismo”⁷⁹. Se trataba, por tanto, de una actividad que, sino hubiera sido

⁷⁷ El art. 6.4 CC dice: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. Y esto con independencia de la naturaleza pública o privada de la entidad que acoge al becario en fraude de ley. STS de 22 de noviembre de 2005 (rec. 4752/2004).

⁷⁸ Antecedente de hecho Segundo de la STSJIC (Tenerife) 207/2008 de 28 marzo (rec. 102/2008).

⁷⁹ Fundamento de Derecho Cuarto de la STSJIC (Tenerife) 207/2008 de 28 marzo (rec. 102/2008).

desarrollada por Dña. Amelia, se habría realizado por personal no becario. Cumpliendo el trabajo de Dña. Amelia todos los requisitos necesarios para configurarlos como una auténtica relación laboral, declarándolo así tanto el juzgador de instancia, como el TSJIC que confirma el fraude de la beca en el supuesto analizado.

V. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS: ARTISTAS

Más adelante, en el apartado relativo a las profesiones liberales, se explica la diferencia histórica entre el contrato civil de arrendamientos de servicios y el contrato laboral. En relación a la actividad de los músicos que intervienen en hoteles y establecimientos similares ha tenido ocasión de pronunciarse el TSJIC en distintas sentencias. Así, en la STSJIC 553/2007⁸⁰ se desestima el recurso de suplicación interpuesto por D. Francisco frente a la empresa Jazzissimo Tenerife, SLU y se confirma el pronunciamiento de la sentencia de instancia⁸¹ en cuanto al carácter civil y no la laboral de la relación mantenida entre D. Francisco y la citada empresa, desde el 21 de marzo de 2006 (años antes sí había existido un contrato de trabajo); dicha relación se extinguió a instancia de la empresa pocos meses después. Ante dicha extinción, D. Francisco alegó que la resolución del contrato de arrendamiento de servicios realmente constituyó un despido tácito; no obstante, el TSJIC una vez analizada la falta de concurrencia de las notas de laboralidad ratifica la existencia de un vínculo civil (y no laboral) entre ambas partes.

La doctrina de suplicación no ofrece en esta materia (músicos que actúan en establecimientos de hostelería) un panorama diáfano, porque en circunstancias parecidas al presente caso, hay pronunciamientos en favor⁸² y en contra⁸³ de la laboralización del vínculo contractual. Ante la dificultad de discernir en la práctica entre el vínculo civil y laboral debemos acudir a los indicios. Por ello, el TSJIC, en relación a los indicios de no laboralidad (dependencia y ajenidad) en el vínculo que se mantiene entre los músicos y hoteles (o similares), menciona los siguientes: actuar con un nivel alto de autonomía (eligen los propios músicos tanto el vestuario como el repertorio musical), no prestar trabajos para el mismo establecimiento de forma periódica (hay otros músicos que actúan en el mismo

⁸⁰ STSJIC (Tenerife) 553/2007 de 9 julio (rec. 406/2007).

⁸¹ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 27-03-2007.

⁸² SSTSJ Cataluña de 7 de septiembre de 1999 (rec. 2398/1999) y 14 de diciembre de 1999 (rec. 6543/1999).

⁸³ la STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 1999 y la STSJ Valencia de 31 de julio de 1995.

hotel) y actuar, a su vez, para otros establecimientos y utilizar en sus actuaciones sus propios instrumentos musicales e incluso sus propios medios técnicos de amplificación del sonido⁸⁴. Con relación al caso analizado en la S 553/2007, el Tribunal defiende que D. Francisco era un trabajador autónomo, por tanto, el vínculo que mantenía con la empresa demandada era civil, de arrendamiento de servicios, y no laboral, puesto que subsistían en dicha relación los indicios que acabamos de resumir más arriba: el músico tocaba sus propios instrumentos, elegía la música a su antojo, tocaba en otros establecimientos y organizaba su trabajo con independencia, no pudiéndose incardinar dicha relación en el ámbito del Derecho del Trabajo⁸⁵. A idéntico pronunciamiento llega el mismo Tribunal en la S 931/2017⁸⁶, defendiendo que no existe relación laboral (ni ordinaria, ni especial) entre el músico y el hotel donde prestaba sus servicios, puesto que estos carecen de las notas de dependencia y ajenidad necesarias para poder configurar como laboral una prestación de servicios.

VI. PROFESIONES LIBERALES

El trabajo de los profesionales liberales, arquitectos, médicos, abogados, etc., se desarrolla, en muchas ocasiones, con gran autonomía, mediante el arrendamiento de sus servicios, desde su propia organización que se pone a disposición del cliente y a cambio de la contraprestación que se fije. El arrendamiento de servicios se regula mediante los artículos 1588 y ss. del CC. Si las tareas se desarrollan con verdadera autonomía, las partes estarán vinculadas por un contrato civil de arrendamiento de servicios. Si, por el contrario, existe dependencia y subordinación entre el profesional y el cliente, debemos remitirnos a la regulación del contrato de trabajo. Además, en la práctica, es muy común que un profesional ejerza de manera autónoma su profesión y, simultáneamente, se esté vinculado a una persona física o jurídica mediante una relación laboral.

⁸⁴ Fundamento Único de la STSJIC (Tenerife) 724/2006 de 27 octubre (rec. 566/2006) que declara la existencia de un vínculo civil entre los dos músicos recurrentes (Dña. Raquel y D. Juan Ramón) y la empresa recurrida (Almedal S.A.) y, por tanto, su incompetencia para el conocimiento de la reclamación de cantidad que pretendían aquellos. Unos meses antes, el mismo Tribunal con admisión de modificación de hechos probados revoca la sentencia de instancia (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 25 de julio de 2005) para declarar la existencia de un vínculo civil de arrendamiento de servicios y no laboral como pretendían los trabajadores (Dña. Claudia, D. José María y D. Lázaro) al considerar que no existieron indicios de laboralidad en la relación entre los músicos y la empresa Almedal, S.A. Fundamento de Derecho Cuarto de la STSJIC (Tenerife) 122/2006 de 8 marzo. (rec. 828/2005).

⁸⁵ Fundamento de Derecho Tercero STSJIC (Tenerife) 553/2007 de 9 julio (rec. 406/2007).

⁸⁶ STSJIC (Tenerife) 931/2017, de 3 de noviembre (rec. 389/2017).

En muchas sentencias se recuerda la relación histórica-evolutiva que existe entre la relación laboral y la civil de arrendamiento de servicios. En efecto, el régimen jurídico de obligaciones y prestaciones del arrendamiento de servicios no es incompatible con el del contrato de trabajo, puesto que la relación laboral ha sido fruto de la evolución de la regulación del arrendamiento de servicios⁸⁷. Así, cuando concurren, “junto a las notas genéricas de trabajo y retribución⁸⁸, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo”, regulado por el Derecho del Trabajo. Las notas de dependencia y ajenidad contienen un nivel de abstracción elevado que hace necesario el recurso a las pruebas indiciarias en relación a la dependencia⁸⁹ y la ajenidad⁹⁰, cuando se quiere determinar la naturaleza jurídica civil o laboral de una prestación de servicios. De cualquier manera, en los trabajos intelectuales no hay dependencia técnica⁹¹, ni ésta se manifiesta en la sujeción estricta a las órdenes del empresario, sino en la programación por éste del trabajo del profesional.

Así, el TSJIC considera en la S. 880/2019⁹² que no hay ni un contrato civil de arrendamiento de servicios ni relación mercantil entre D. Onésimo y

⁸⁷ Como reconoce la STS de 7 de junio de 1986.

⁸⁸ “Como es sabido, las notas definitorias del nexo contractual laboral son la dependencia y la ajenidad (STS 20.10.98 [rcud. 3321/1997]) puesto que las otras dos que la configuran según el art. 1 ET son, bien comunes a todo contrato (la voluntariedad), bien comunes a todo contrato oneroso (la retribución). STSJIC sentencia de 27 de octubre de 2006 (rec. 566/2006).

⁸⁹ Son habituales indicios de dependencia, según doctrina judicial, entre otros, la asistencia al centro de trabajo del empresario (o al lugar que este determine), el sometimiento a horario. Otros indicios habituales son “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 [rcud. 834/1995]); 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 [rcud. 2754/1991], STS de 22 de abril de 1996 [rcud. 2613/1995]); y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador”. Fundamento de Derecho Segundo STSJIC (Tenerife) 484/2016 de 8 junio (rec. 1135/2015). En el mismo sentido, la STSJIC (Tenerife) 553/2007 de 9 julio (rec. 406/2007), con cita de abundante e interesante doctrina judicial.

⁹⁰ 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 [rcud. 3555/1996]); 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 de 11 de abril de 1990 y 29 de diciembre de 1999); el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS de 20 de septiembre de 1995 [rcud. 1463/1994]); 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). Fundamento de Derecho Segundo STSJIC (Tenerife) 484/2016 de 8 junio (rec. 1135/2015). En el mismo sentido, la STSJIC (Tenerife) 553/2007 de 9 julio (rec. 406/2007), con cita de abundante e interesante doctrina judicial.

⁹¹ SSTS 29-12-1999 [rcud. 1093/1999]; 16-07-2010 [rcud. 3391/2009]; 19-07-2010 [rcud. 1623/2009] y 19-07-2010 [rcud. 2233/2009].

⁹² STSJIC (Tenerife) 880/2019 de 2 septiembre (rec. 119/2019).

las empresas Franylee, LTD, Brookfield Aviation International LTD y Ryanair, puesto que, en realidad, existe una auténtica relación laboral entre D. Onésimo y la citada empresa, al reunir su relación de servicios todas las notas que configuran la relación laboral en virtud del art. 1.1. ET. En efecto, D. Onésimo, es socio de la sociedad Franylee, LTD (tiene un 33% de sus participaciones) y suscribe el 13 de diciembre de 2011, a través de dicha entidad, un contrato de prestación de servicios de capitán con Brookfield Aviation International LTD (en adelante BAI), para prestar servicios de piloto de un avión Boieng 737-800 titularidad de la empresa Ryanair. En dicho contrato, en apretada síntesis, se indica que los servicios se prestarán por el Sr. D. Onésimo, salvo que se avise con antelación y se autoriza por las empresas BAI y Ryanair; se debe operar conforme a los manuales y directrices de operaciones del tomador (Ryanair), que también determina tanto la formación necesaria, como la programación y las bases operativas. D. Onésimo percibía su salario mensual de la empresa BAI mediante la emisión de las correspondientes facturas. Cuando D. Onésimo interpone una demanda de reclamación de cantidad frente a las empresas Ryanair y BAI, se invoca por parte de Ryanair la existencia de una relación mercantil y no laboral entre el piloto y la citada empresa. Ante ello, el TSJIC⁹³, tras recordar que la naturaleza jurídica de una relación es ajena a la calificación que las partes le hayan dado a la misma⁹⁴, afirma que el trabajo que prestaba D. Onésimo era en realidad personalísimo, puesto que solo podía ser sustituido (como ya hemos indicado) si lo avisaba con antelación y se aprobaba por Ryanair. Razona el TSJIC que si en realidad hubieran querido contratar con una empresa de pilotos (puesto que D. Onésimo era socio minoritario de Franylee) hubieran pactado la prestación de tal servicio, y no de un piloto concreto: D. Onésimo. Además, en relación a la constatación de la nota de ajenidad, el TSJIC señala que el piloto solo aportaba “sus conocimientos técnicos y profesionales” a los vuelos organizados y programados por Ryanair, como cualquier trabajador por cuenta ajena, “sin tener intervención alguna en la mayor operatividad de los vuelos” de la citada empresa; en cuanto a la remuneración, percibía una cantidad fija por hora de trabajo (aunque podía variar de un mes a otro, en función de las horas de trabajo y no de las circunstancias del mercado, ni del precio que la empresa cobraba a sus clientes), asumiendo la empresa el riesgo y ventura de su actividad. Por ello, el TSJIC concluye que la relación laboral “es clara, desde el momento en que el actor presta servicios de forma

⁹³ Fundamento Jurídico Sexto STSJIC (Tenerife) 880/2019 de 2 septiembre (rec. 119/2019).

⁹⁴ SSTs de 11 de diciembre de 1989 y 29 de diciembre de 1999 (rcud. 1093/1999).

personal, exclusiva y directa, bajo las órdenes e instrucciones de Raynair y no asume ningún riesgo y ventura sobre el mismo, limitándose a aportar sus conocimientos y pericias profesionales y cumplir el horario e indicaciones de su real empleador”.

En este mismo sentido, se pronuncia el TSJIC en su S 544/2017⁹⁵, cuando dilucida la naturaleza laboral o extralaboral del vínculo que mantiene Dña. Graciela (licenciada en Bellas Artes) con la empresa Tenerife Espacio de las Artes (TEA), donde reitera que, al margen del pacto al que hayan llegado las partes⁹⁶, cuando el trabajo de un profesional se desenvuelve con respeto a las notas de dependencia⁹⁷ y ajenidad⁹⁸ (presuponiendo la voluntariedad y la retribución) la relación será laboral en cualquier caso. En el caso enjuiciado en la STSIC mencionada, los indicios que se han puesto de manifiesto en los inalterados hechos probados (teniendo en cuenta la presunción de laboralidad del art. 8 ET) acreditan que la relación entre ambas partes era laboral. En efecto, en este caso concurre la nota de ajenidad respecto a los medios de prestación del servicio, ya que Dña. Graciela desempeña su actividad en las instalaciones de la empresa y con los medios materiales que la misma empresa le proporcionaba, cobraba una cantidad fija mensual (incluso en meses donde no trabajaba)⁹⁹, seguía instrucciones de la jefa de área de la empresa y, además, no tiene ninguna relación jurídica con los destinatarios del servicio (ajenidad en el mercado). Por todo ello, se confirma la sentencia de instancia que declara la naturaleza laboral de la relación contractual entre Dña. Gabriela y la empresa¹⁰⁰. En el mismo sentido se pronuncia el TJIC en la S 873/2016¹⁰¹ que aborda la concurrencia de todas las notas de laboralidad en la prestación de servicios de D. Patricio que, a pesar de haber suscrito un contrato de TRADE como peluquero, en realidad, encubría una auténtica relación laboral, por lo que confirma (en esta parte) el pronunciamiento del juzgador de instancia.

⁹⁵ STSJIC 544/2017 de 9 junio (rec. 544/2017).

⁹⁶ STS de 11 de febrero de 2015.

⁹⁷ “La dependencia se entiende como la integración «en el ámbito de organización y dirección del empresario» (es decir, la ajenidad respecto a la organización de la propia prestación laboral), y no se opone a que concorra esta nota de la dependencia la «autonomía profesional» imprescindible en determinadas actividades”. STS de 19 de febrero de 2014.

⁹⁸ Se diferencia en la STS de 19 de febrero de 2014 entre la ajenidad de los frutos y la ajenidad en el mercado.

⁹⁹ La retribución fija y periódica es un indicio evidente de ajenidad. STS 20 de septiembre de 1995.

¹⁰⁰ Fundamento Jurídico Cuarto de la STSJIC 544/2017 de 9 junio (rec. 544/2017).

¹⁰¹ STSJIC (Tenerife) 873/2016, de 23 de noviembre (rec. 328/2016).

VII. PERSONAL SANITARIO

a) Médicos y odontólogos

Como ya hemos indicado en el apartado relativo a profesiones liberales, el profesional sanitario¹⁰², como cualquier otro profesional liberal, puede realizar su actividad profesional en régimen laboral (si su actividad reúne las notas de dependencia y ajenidad¹⁰³ que configuran una relación laboral), o bien mediante un contrato civil de arrendamiento de servicios (en caso contrario), y todo esto con independencia de la calificación que las partes otorguen al vínculo que se establezca entre el profesional y el centro sanitario.

Así, no aprecia el TSJIC la existencia de un vínculo laboral entre una odontóloga y un centro odontológico en cuyo local prestaba sus servicios profesionales¹⁰⁴ en la S 794/2010¹⁰⁵. Es importante tener en cuenta que en el ámbito sanitario el concepto de dependencia técnica reúne características peculiares¹⁰⁶, por lo que, para analizar la concurrencia de la nota de dependencia, debemos estudiar si el médico está integrado realmente en el entramado organizativo del centro sanitario. Por tanto, si el profesional sanitario tiene total libertad para organizar la prestación de sus servicios (en el horario y jornada que considere oportunos) existirá una relación civil de arrendamiento de servicios y no una relación laboral¹⁰⁷. Por su parte, en relación a la característica de la ajenidad, es importante destacar que son indicios contrarios a la existencia de vínculo laboral el hecho de que la contraprestación que recibe el profesional sanitario esté en función del acto médico (por ejemplo, por ortodoncia)¹⁰⁸, la percepción de honorarios por servicios médicos fijados de acuerdo con indica-

¹⁰² Debemos tener en cuenta el contenido del Criterio técnico 79/2009 sobre régimen de Seguridad Social, aplicable a los profesionales sanitarios de los establecimientos sanitarios privados.

¹⁰³ El TSJIC explica que la retribución es común a todos los negocios jurídicos onerosos y la voluntariedad lo es a todos los contratos (arts. 1.261 a 1.270 del CC). Por ello defiende que, en realidad, debemos centrarnos en la dependencia (STS 17 de marzo de 1986) y la ajenidad (se adquieren desde el inicio los frutos del trabajo por el empresario, que asume además todos los riesgos) como notas configuradoras del contrato de trabajo. Fundamento de Derecho Cuarto STSJIC (Tenerife) 794/2010 de 21 septiembre (rec. 148/2010).

¹⁰⁴ Resulta muy interesante la lectura del razonamiento jurídico primero del Auto TS de 24 de noviembre de 2015 (rec. 1124/2015), sobre las notas de laboralidad en la prestación de servicios profesionales de los odontólogos.

¹⁰⁵ STSJIC (Tenerife) 794/2010 de 21 septiembre (rec. 148/2010).

¹⁰⁶ En este sentido, las SSTS 31 de marzo de 1987 y 21 de mayo de 1990 cuando afirman que el profesional médico tiene "libertad y autonomía técnica y científica".

¹⁰⁷ SSTS de 26 de mayo de 1983, 4 de octubre de 1984, 17 de marzo de 1986, 18 de abril de 1988, entre otras.

¹⁰⁸ SSTS 2 de mayo de 1998, 17 de marzo de 1986, y 18 de abril de 1988, entre otras.

ciones corporativas¹⁰⁹, o el pago directo por el paciente. Por el contrario, en aquellos supuestos en los que la retribución del médico se produce por el centro sanitario en virtud de criterios estandarizados de actividad profesional podemos apreciar claros indicios de laboralidad¹¹⁰.

Pues bien, teniendo en cuenta todo lo anterior, en el caso enjuiciado por la S 794/2010, como ya hemos advertido, el TSJIC llega a la conclusión de que no existen los indicios de laboralidad que defendía el profesional médico, puesto que, en relación con la nota de dependencia, trabajaba pocas horas a la semana en horario variable en función de su disponibilidad (ya que tenía otras ocupaciones profesionales y se coordinaba con la clínica para la cita de los pacientes) y de la de los propios pacientes (que se citaban por la clínica siguiendo sus instrucciones), en la clínica había otros médicos contratados laboralmente (por lo que podría haber sido contratada laboralmente también si realmente hubiera sido trabajadora por cuenta ajena), trabajaba en otras consultas e incluso era administradora de su propia Clínica Odontológica y, nunca fue sancionada por la clínica demandada (que es otro indicio de laboralidad, puesto que el ejercicio del poder sancionador se deriva directamente del poder disciplinario). Por su parte, en relación con la nota de ajenidad, la propia odontóloga era quien fijaba los honorarios que se debían cobrar a los pacientes y realizaba ella misma, fuera de la clínica, los materiales que implantaba a los pacientes, incorporando su coste a la factura del paciente. Finalmente, de cada factura, ella percibía la parte correspondiente¹¹¹. Pues bien, tal y se ha expuesto, al no existir indicios de laboralidad, el TSJIC revoca la sentencia de instancia, declarando la incompetencia del orden social para conocer de la reclamación de cantidad presentada por la Odontóloga.

Justo lo contrario ocurre en el supuesto planteado al TSJIC en su S 279/2019¹¹² donde se analiza el recurso de suplicación que interpone la Clínica Dental Andini, S.L.P, frente a la sentencia de instancia que considera laboral la relación de Dña. Mari Luz y de Dña. Brígida, que habían formalizado sendos contratos civiles de arrendamiento de servicio para prestar sus servicios de ortodoncia en la clínica citada. No obstante, del relato de hechos probados podemos constatar claros indicios de laboralidad. En efecto, ambas sanitarias utilizaban todas las instalaciones y servicios de la clínica (sin abonar nada a cambio), en ninguna de las facturas mensuales que emitían las trabaja-

¹⁰⁹ SSTS 11 de abril de 1990 y 3 de abril de 1992 (rcud. 931/1991).

¹¹⁰ STSS de 27 de noviembre de 2007 (rcud. 2211/2006) y de 20 de septiembre de 1995 (rcud. 1463/1994).

¹¹¹ Fundamento de Derecho Cuarto STSJIC (Tenerife) 794/2010 de 21 septiembre (rec. 148/2010).

¹¹² STSJIC (Tenerife) 279/2019 de 22 marzo. (rec. 509/2018).

doras existía desglose alguno de actos médicos (solo un importe total), se facturaba y cobraba por las trabajadoras con independencia del pago del servicio por el paciente, el material lo facilitaba la clínica prácticamente en todas las ocasiones. En consonancia con dichos indicios y con la presunción de laboralidad contenida en el art. 8.1 del ET, el TSJIC declara laboral el vínculo que unía a las trabajadoras con la clínica recurrente, confirmando así la sentencia de instancia.

b) Personal de enfermería, auxiliares médicos y auxiliares de enfermería

Es bien sabido que para calificar de laboral una relación profesional deben concurrir las notas que caracterizan la relación laboral. Como otras ocasiones, de nuevo debemos centrarnos en las notas de ajenidad y dependencia para determinar la inclusión o exclusión de la relación entre D. Sabino (ATS que presta sus servicios profesionales en ambulancias medicalizadas) y la entidad Gestión y Servicios para la salud y seguridad de Canarias, S.A.

En relación a la ajenidad y dependencia, el TSJIC, en su S 532/2014¹¹³, afirma que los frutos del trabajo del trabajador pertenecen «ab initio» y de manera originaria al empresario¹¹⁴, que los incorpora al mercado de trabajo y percibe directamente los beneficios¹¹⁵, asumiendo su riesgo y ventura¹¹⁶; todo ello se traduce en la subordinación del trabajo que, a su vez, se plasma en indicios como la aceptación por el trabajador de las órdenes del empresario sobre el lugar, cantidad y tiempo de trabajo, el recibo de remuneración por tiempo, etc. Por tanto, el trabajador realiza su actividad dentro del ámbito de organización y dirección del empresario; como hemos indicado varias veces, el trabajador, sometido al Derecho del Trabajo, puede realizar su trabajo con un grado variable de autonomía, pero siempre vinculado al poder organizativo y directivo del empresario, es decir, dentro del “círculo organicista, rector y disciplinario de la empresa por cuya cuenta trabaja”¹¹⁷. Pues bien, en el Fundamento de Derecho Tercero de la citada sentencia, el TSJIC afirma que tales indicios de laboralidad se manifiestan en el trabajo realizado por D. Sabino.

¹¹³ STSJIC (Tenerife) 532/2014 de 30 junio (rec. 415/2013).

¹¹⁴ STS de 29 de octubre de 1990.

¹¹⁵ STS 16 de marzo de 1992.

¹¹⁶ Se refiere así a la triple ajenidad: en los frutos, en el mercado y en los riesgos. Fundamento de Derecho Segundo STSJIC (Tenerife) 532/2014 de 30 junio (rec. 415/2013).

¹¹⁷ STS de 22 de octubre de 1983 a la que se remite la STSJIC (Tenerife) 532/2014 de 30 junio (rec. 415/2013).

Así, la nota de dependencia concurre, de manera indiscutible en este caso, puesto que tanto el director como el responsable de la entidad sanitaria tenían conocimiento de los cuadrantes de trabajo, lo que significa que el trabajador se encontraba dentro de la organización del trabajo de la empresa, además recibía los medios y uniforme de trabajo y, por supuesto, la retribución. Por todo ello, se revoca la sentencia de instancia, estimando el recurso interpuesto por el trabajador.

VIII. PERSONAL DOCENTE

a) **En centros educativos públicos**

La contratación, de manera excepcional, de profesores especialistas (no necesariamente titulados, pero con experiencia) está prevista por el art. 95.2 de la LO 2/2006¹¹⁸, para determinados módulos y “atendiendo a su cualificación y a las necesidades del sistema educativo”. En el ámbito de la Administración pública, la contratación de dichos profesores será laboral o administrativa según la normativa que resulte de aplicación. Por tanto, “si el profesor pone a disposición de la administración educativa una verdadera organización empresarial para impartir la docencia especializada” estaremos ante un contrato administrativo, pero “si el profesor se limita a prestar sus servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de la administración”, estaremos ante un contrato de trabajo¹¹⁹ y, como es lógico, con independencia de la calificación que las partes le hayan dado formalmente al contrato. De esta manera, si la prestación de los profesores se desarrolla en las condiciones determinadas en el art. 1.1. ET (retribuido, dependiente y por cuenta ajena), la Administración no puede elegir qué naturaleza jurídica tiene el contrato, sino que obligatoriamente deberá contratar laboralmente a los profesores de que se trate. Así, en el supuesto analizado en la STSJIC 1239/2019¹²⁰, en el que Dña. Delfina es contratada por la Consejería de Educación como instructora de buceo mediante un contrato administrativo, se pone de manifiesto que lo que se contrata no es una empresa, sino la pura actividad de la profesora que debe realizarse dentro del ámbito de dirección y organización de la citada Consejería, “y esto es una relación laboral por mucho que se haya formalizado a través

¹¹⁸ LO 2/2006, de Educación, de 3 de mayo.

¹¹⁹ STS (Social) de 26 de marzo de 2014 (rec. 1255/2013).

¹²⁰ STSJIC (Tenerife) 1239/2019 de 5 diciembre (rec. 814/2019).

de un contrato administrativo”. Sin embargo, si en este mismo supuesto, Dña. Delfina hubiera tenido una academia de buceo a la que hubieran podido acudir otros alumnos (además de los que hubiera facilitado la propia Consejería) y se hubiera impartido la docencia en sus instalaciones y con su propio material ¹²¹, hubiera sido lícita la formalización de un contrato administrativo entre ella y la Consejería. Así lo entendió el juzgador de instancia y se confirma también por el TSJIC en la sentencia citada más arriba.

En el mismo sentido se pronuncia la STSJIC 250/2019 ¹²² que confirma la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife ¹²³, que reconoce el carácter laboral e indefinido de la profesora especialista en interpretación de la Lengua de Signos en centro educativo público (IES), Dña. África. Desde el año 2005 hasta el 2016, la trabajadora había firmado contratos anuales (por curso escolar) de carácter administrativo. Sin embargo, el 7 de septiembre de 2016 (y hasta el 30 de junio de 2017) firmó un contrato de trabajo laboral por obra o servicio determinado. El juzgado de instancia declaró que la trabajadora mantenía un vínculo laboral (como profesora especialista) con la Consejería de Educación autonómica por tiempo indefinido (al apreciar fraude en la contratación laboral) y con antigüedad de 10 de octubre de 2008 y que se mantendría “hasta que se (cubriera) la plaza que está ocupando por procedimientos de selección sujetos a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad o se amortice en la forma prevista legal y reglamentariamente” ¹²⁴. El fundamento de derecho cuarto de la S 250/2019, tras hacer un repaso histórico muy ilustrativo de las diferentes normas de educación que se han ido publicando en el BOE, recuerda que la normativa que se aplica al contrato entre la Consejería y Dña. África es la Ley Orgánica 2/2006 (a la que hemos hecho alusión más arriba), que precisamente deroga toda la normativa anterior y mantiene la laboralidad de la contratación de los profesores especialistas (art. 95.2 LOE), salvo que realmente concurrieran las circunstancias que habilitan a la formalización de un contrato administrativo (lo que tampoco concurre en este supuesto); por todo ello, se desestima el recurso y se confirma la sentencia de instancia.

¹²¹ En este caso, la actora hubiera sido “una verdadera empresaria que estaba proporcionando a la administración unos servicios poniendo en juego una organización empresarial cuyo poder de disposición tenía”. Fundamento de Derecho Quinto STSJIC (Tenerife) 1239/2019 de 5 diciembre (rec. 814/2019).

¹²² STSJIC (Tenerife) 250/2019 de 15 marzo (rec. 546/2018).

¹²³ Sentencia 124/2018 del Juzgado de lo Social n.º 7 de Santa Cruz de Tenerife de 12 de abril de 2018.

¹²⁴ Antecedente de Hecho Tercero de la Sentencia STSJIC (Tenerife) 250/2019 de 15 marzo (rec. 546/2018).

En relación a la docencia enmarcada dentro de las clases de Religión Católica¹²⁵, las SS del TSJIC¹²⁶ tienen el interés de recordarnos, en lo que afecta al objeto de este estudio, que fue el TS¹²⁷ el que declaró que la naturaleza jurídica de su prestación de servicios era laboral y no de otra índole, con todas las consecuencias que ello conlleva, tanto en materia salarial¹²⁸, como en materia de resolución contractual, lo que conduce a calificar como despido la extinción del contrato de una profesora de Religión Católica nada más finalizar su periodo de maternidad sin alegar justificación ninguna para ello¹²⁹.

b) En centros educativos de titularidad privada

Ninguna peculiaridad existe en el ámbito de la contratación docente en centros educativos de titularidad privada; si el docente presta servicios voluntarios, retribuidos, por cuenta ajena, dependientes y dentro del ámbito de organización de la empresa, la naturaleza de su vínculo es laboral (art. 1.1 ET), aplicándose también la presunción de laboralidad (art. 8.1 ET). Así, en la S 739/2018¹³⁰, en relación al análisis de la relación (laboral o extralaboral) de Dña. Belinda (auxiliar de conversación en Infantil y Primaria en centro educativo privado), analiza el Tribunal la concurrencia de los indicios de dependencia y ajenidad, que son los más relevantes para la calificación de laboral de una relación profesional. A este respecto, se destaca que esta “percibía mensualmente una retribución fija calculada solamente en función de un determinado número de horas de trabajo (hecho probado 5º). Esta circunstancia suele indicar que la relación es materialmente de carácter laboral, pues denota que el

¹²⁵ Resulta muy interesante la lectura de CARDENAL CARRO, MIGUEL: «El Contrato de Trabajo de los Profesores de Religión», *Cuadernos de Aranzadi Social* núm.33/2008 3 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2008 (BIB 2009\133); La Constitucionalidad de la regulación de los profesores de religión y moral católica» (I) y (II), AS, núms. 21 y 22, 2006; «La evolución histórica de la regulación de los profesores de religión y moral católica como recurso para el juicio sobre la constitucionalidad de la vigente (a propósito de la STC 38/2007, de 15 de febrero)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 73, 2007; «La prestación de servicios de los profesores de religión», *Tribuna Social* n 199, 2007; MALDONADO MONTOYA, JUAN PABLO, *Revista española de Derecho del Trabajo* núm.153/2012 parte Jurisprudencia, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2012.

¹²⁶ SSTSJIC (Tenerife) 340/2002 de 5 junio. (rec. 801/2001) y 29 junio de 2000 (rec. 303/2000).

¹²⁷ STS de 10 de mayo de 2000.

¹²⁸ SSTSJIC (Tenerife) 29 junio de 2000 (rec. 303/2000).

¹²⁹ El cese de la trabajadora se produce como consecuencia de un comunicado, del Delegado diocesano de Enseñanza de la Diócesis de Tenerife al Ministerio de Educación y Cultura, donde se informa que se le retira la “misio canónica” para la enseñanza de la Religión Católica, sin aportar ninguna justificación para dejar de tener idoneidad para la enseñanza de dicha religión. Fundamento de Derecho tercero de la STSJIC (Tenerife) 340/2002 de 5 junio.

¹³⁰ STSJIC (Tenerife) 739/2018 de 5 julio (rec. 181/2018).

prestario del servicio es retribuido únicamente por la aportación de su actividad durante un determinado periodo de tiempo, no por los resultados de tal actividad o por los medios materiales que haya podido poner en juego por el desempeño de la misma”¹³¹; además, la trabajadora prestaba servicios en las instalaciones del colegio, en horario escolar y acompañada por un profesor, “siendo el objetivo poder facilitar que las clases se dieran en inglés, ya que la función de la demandante era ayudar a alumnos y profesores en el manejo de este idioma”. Por tanto, la actividad de la auxiliar de conversación forma parte de la actividad nuclear del colegio, esto es, de la docencia, puesto que la finalidad de su trabajo es facilitar tanto la comprensión como el uso del inglés a profesores y alumnos durante el desarrollo de cualquier clase de las distintas materias curriculares. Por ello, no podía determinar el contenido docente de sus clases (que era tarea del profesor), sino adaptarse al mismo. De esta manera, concluye el TSJIC, “las posibilidades reales de la demandante de realizar las tareas de auxiliar de conversación de forma autónoma y organizándola como la actora estimara oportuno eran nulas”¹³². Además, ella podía acudir al claustro de profesores (con voz y sin voto), era el colegio el que ponía los medios que empleaba para su trabajo, no fijaba con autonomía los horarios y, en definitiva, realizaba su actividad en base a las notas que caracterizan la relación laboral, por lo que confirma íntegramente la sentencia de instancia.

IX. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN

En muchos casos, los medios de comunicación social se sirven de colaboradores externos que realizan su actividad (como escritor, locutor, fotógrafo...) de manera independiente para la televisión o la radio (o el medio de comunicación de que se trate), normalmente mediante un arrendamiento civil de servicios. No está excluida, no obstante, la existencia de una relación laboral entre el profesional de la comunicación y el medio que le contrate. Todo dependerá de la concurrencia o no de las notas de laboralidad en la relación existente entre el medio de comunicación y el profesional en cuestión. Ahora bien, es cierto que, en muchas ocasiones, resulta difícil discernir cuál es la naturaleza jurídica que les une, debiendo recurrir, como se ha dicho en numerosas ocasiones, a la prueba indiciaria, así, la duración de la colaboración, la autonomía e independencia del trabajo prestado o que realice su trabajo aten-

¹³¹ Fundamento de Derecho Vigesimoprimeros STSJIC (Tenerife) 739/2018 de 5 julio (rec. 181/2018).

¹³² Fundamento de Derecho Vigesimoprimeros.

diendo a indicaciones precisas de un medio de comunicación y utilizando los medios de la empresa, entre otros. De esta manera, en la STSJIC 390/2011¹³³ se desestima el recurso de suplicación interpuesto por un periodista que realizó distintos programas de radio durante más de once años para la cadena COPE (sin exclusividad, puesto que incluso era administrador de otra sociedad), con independencia y autonomía¹³⁴ y que había obtenido en la instancia una sentencia desfavorable a su pretensión de declarar la existencia de un vínculo laboral y, en consecuencia, de un despido improcedente.

En relación a la inexistente nota de dependencia¹³⁵, debemos tener en cuenta que el periodista no recibía instrucciones relativas a su jornada, ni solicitaba (en la gran mayoría de las ocasiones) permiso ninguno; nunca ejerció la empresa su potestad disciplinaria en relación al recurrente y no estaba sometido ni a jornada, ni a horario concreto (salvo el del programa que realizaba); en relación a la ajenidad resultó que la financiación de los programas provenía de los anunciantes que él mismo captaba, por ello era variable, incrementándose de manera evidente en los últimos años, por lo que tampoco podemos decir que dicha nota estuviera presente¹³⁶. No contando con ningún indicio que evidencie las notas de dependencia y ajenidad y teniendo en cuenta la larga relación entre la cadena y el periodista, se cuestiona el TSJIC (sin solucionarlo) si su relación pudiera enmarcarse en el vínculo civil de TRADE, pero no cuestiona la ausencia de una relación laboral por lo que confirma sin más la sentencia de instancia¹³⁷.

X. COMERCIALES, AGENTES, VENDEDORES

Si el trabajo de un comercial se presta bajo las notas que caracterizan la relación laboral, su naturaleza jurídica es laboral (común o especial)¹³⁸, con independencia de la calificación que las partes le otorguen a dicha relación.

¹³³ STSJIC (Tenerife) 390/2011 de 2 junio (rec. 1308/2010).

¹³⁴ STS 23 de mayo de 1985.

¹³⁵ Fundamento de Derecho Tercero STSJIC (Tenerife) 390/2011 de 2 junio (rec. 1308/2010).

¹³⁶ Lo contrario ocurre en la STS 19 de febrero de 2014 [rcud. 3205/2012] en relación a un tertuliano de una cadena de radio para la que trabaja de manera periódica y habitual «en régimen de ajenidad tanto en los frutos (es decir en los resultados de trabajo) como en el mercado (ofrecimiento de su trabajo a la empresa y no a los clientes de la misma –audiencia–) y dependencia pese a cobrar mediante facturas giradas a través de una sociedad mercantil de la que es administrador único».

¹³⁷ S Juzgado de lo Social de 19 de julio de 2010.

¹³⁸ Se aplicará el régimen especial previsto en los supuestos establecidos en el art. 2.1.f) ET; y en el RD 1438/1985. Sin embargo, cuando el trabajador realice su actividad en los locales de la empresa (donde tenga su puesto de trabajo), en el horario marcado por el empresario y realizando su actividad por cuenta de quien promueva o concierte operaciones comerciales, la relación será común.

Por el contrario, cuando el comercial realiza su actividad de manera independiente y por cuenta propia, estará vinculado con la empresa contratante mediante un contrato mercantil. En consecuencia, estará excluida del ámbito laboral la actividad de aquellas personas “que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios cuando queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura de la misma”¹³⁹; los titulares de una organización empresarial autónoma¹⁴⁰ que normalmente recurren al contrato de agencia¹⁴¹; y cuando el representante de comercio contrata por cuenta ajena a su propio personal, puesto que adquiere la condición de empresario.

Como hemos puesto de relieve en numerosas ocasiones, la calificación que se deba dar al contrato es independiente de la que le hayan dado las partes, por ello, cuando un comercial realiza su actividad de manera voluntaria, retribuida, dependiente, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, la calificación que deba dársele a su relación con la empresa es la de laboral. Esto ocurre en la STSIC 405/2007¹⁴², en la que un trabajador, Rubén, es contratado durante unos meses mediante un contrato de trabajo como Oficial Administrativo 1º, pero solicita la baja voluntaria en la empresa y el alta en el RETA para realizar funciones comerciales, realizando la misma jornada y horario que tenía anteriormente, solicitando vacaciones y permisos a la empresa y cumpliendo el *planning* de guardias permanente fijado por el empresario. Rubén interpone demanda de reconocimiento de derecho y cantidad y el juzgador de instancia¹⁴³ declara la laboralidad de su vínculo durante todo el periodo (incluido aquel en el que estuvo dado de alta en el RETA), condenando a la empresa al abono de parte de las cantidades reclamadas por el trabajador. Dicha sentencia es confirmada en vía de recurso, al concurrir todas las notas que caracterizan la relación laboral¹⁴⁴ común del representante de comercio. Lo contrario ocurre en la STSJIC 64/2012¹⁴⁵, en la que se confirma por el mencionado Tribunal la sentencia dictada en la instancia¹⁴⁶ en la que se califica de extralaboral la relación entre D. Pedro Miguel y le empresa de seguros Liberty, al estar válidamente sustentada su relación mediante un contrato de agencia (declarando

¹³⁹ Art. 1.3.f) ET.

¹⁴⁰ Art. 1.2.b) RD 1438/1985.

¹⁴¹ Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia.

¹⁴² STSIC (Tenerife) 405/2007 de 16 mayo (rec. 268/2007).

¹⁴³ Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 31 de enero de 2007.

¹⁴⁴ Fundamento de Derecho Quinto STSIC (Tenerife) 405/2007 de 16 mayo (rec. 268/2007).

¹⁴⁵ STSJIC (Tenerife) 64/2012 de 6 febrero (rec. 1017/2011).

¹⁴⁶ Sentencia de 11 de julio del Juzgado de lo Social núm. 3 de Tenerife.

do, en consecuencia, la incompetencia del orden social para el conocimiento del asunto). En el contrato de agencia, como regla general, no se asume el riesgo y ventura por el agente, por ello, no resulta fácil diferenciar el contrato mercantil de agencia con la figura laboral del mediador de comercio que regula el Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, salvo por la nota de “dependencia”, puesto que el agente desarrolla su actividad profesional con independencia, sin que el empresario le marque los tiempos de trabajo ni los criterios que debe seguir a la hora de efectuarlo¹⁴⁷.

Pues bien, como hemos indicado, a diferencia del contrato laboral común¹⁴⁸, el ET¹⁴⁹ califica de especial la relación laboral de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas¹⁵⁰. Esto es lo que ocurre en la STSJIC 28/2000¹⁵¹, en la cual D. Antonio se obliga, a cambio de una comisión, a promover y/o concertar personalmente operaciones mercantiles por cuenta del empresario, sin asumir el riesgo o ventura de dichas operaciones. En efecto, la doctrina judicial incide en la necesidad de que el mediador obedezca las instrucciones de la empresa “en cuanto a tarifas de precios y forma de pago, remitiéndole información de las operaciones, mediante la prestación personal del trabajo, sin responder del buen fin de las operaciones y necesitando la aprobación de la empresa”¹⁵², puesto que es necesaria que subsista la nota de dependencia (sometimiento a la organización y órdenes del empresario) aunque en “grado mínimo”¹⁵³, como corresponde a esta especial relación laboral “que por sus características ha de gozar de cierta autonomía”¹⁵⁴. Además, la presunción de laboralidad del art. 8.1 ET también se extiende a las relaciones laborales especiales¹⁵⁵, por tanto, o se hace constar de forma precisa y clara la exclusión de la relación laboral, o, como ocurre en el caso enjuiciado por el TSJIC, se debe estimar la laboralidad del vínculo existente entre mediador y empresa¹⁵⁶.

¹⁴⁷ Fundamento de Derecho Segundo STSJIC (Tenerife) 64/2012 de 6 febrero (rec. 1017/2011).

¹⁴⁸ Y del contrato de agencia.

¹⁴⁹ Art. 2.1 f) ET.

¹⁵⁰ Regulada en Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto.

¹⁵¹ STSJIC (Tenerife) 28/2000 de 18 enero (rec. 924/1999).

¹⁵² STS de 18 de abril de 1990 y STSJ Cataluña de 12 de febrero de 1990.

¹⁵³ De hecho, la característica que diferencia al agente mercantil del representante de comercio en régimen laboral es la dependencia del último. STS 21 de octubre de 1996.

¹⁵⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) de 24 de abril de 1995 (rec. 3055/1993).

¹⁵⁵ STSJIC (Tenerife) 702/1990, de 5 de septiembre.

¹⁵⁶ Fundamento de Derecho Séptimo STSJIC (Tenerife) 28/2000 de 18 enero (rec. 924/1999).

XI. DISTRIBUIDORES, REPARTIDORES Y TRANSPORTISTAS

La actividad de transporte de mercancías se puede hacer a través de un contrato mercantil de transporte terrestre de mercancías¹⁵⁷, o en virtud de un contrato laboral siempre que se cumplan las notas que caracterizan la relación laboral, fundamentalmente la dependencia y la ajenidad, lo que deberá estudiarse a través del análisis de los indicios que concurren en cada supuesto concreto. A este respecto, se excluye de la legislación laboral¹⁵⁸ “la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares¹⁵⁹, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador”. Y esto es lo que ocurre en el supuesto que analiza la STSJIC 711/2004¹⁶⁰, en el cual D. Abelardo tenía suscrito un contrato mercantil con la empresa de transporte Chronoexpres España SA, no obstante, la Inspección de Trabajo consideró que su relación con la empresa era, en realidad, laboral. La citada empresa interpuso demanda de reconocimiento de derecho (impugnación de alta de oficio) que fue desestimada por el juzgador de instancia¹⁶¹, frente a la cual interpuso recurso de suplicación, que fue estimado por el TSJIC al considerar que, a la luz del contrato mercantil firmado entre ambas partes, el vínculo que unía al trabajador con la empresa era extralaboral, pues carecía de las notas de dependencia y ajenidad que deben estar presentes en toda relación laboral. Por todo ello, se revoca la sentencia de instancia y se declara la incompetencia del orden social de la jurisdicción.

XII. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

Como ya hemos indicado, la Administración está obligada a contratar a los trabajadores laboralmente cuando el trabajo a desempeñar reúna las notas de laboralidad, como cualquier empresario privado. En efecto, como recuerda

¹⁵⁷ En efecto, el art. 2.1 de la Ley 15/2009, de 11 noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, dice que en este contrato “el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato».

¹⁵⁸ Art. 1.3. g) ET.

¹⁵⁹ arts. 42 y siguientes de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

¹⁶⁰ STSJIC (Tenerife) 711/2004 de 12 julio (rec. 486/2004).

¹⁶¹ Sentencia de 31 de octubre de 2003 del Juzgado de lo Social Núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife.

el TSJIC ¹⁶² “la contratación administrativa de personal no constituye un escudo protector de la Administración para evitar la constatación de una verdadera y real prestación laboral cuando concurren las notas que configuran a esta, en lugar de las que conforman la especial figura administrativa de contratación para trabajos específicos y concretos”. Por ello, cuando bajo la cobertura formal de un contrato administrativo, se esconde una auténtica relación laboral, se debe levantar el velo y acomodar la realidad a la calificación y régimen jurídico de la relación de que se trate ¹⁶³.

En este sentido, el TS ¹⁶⁴ ha defendido la transformación de los contratos administrativos formalizados en fraude de ley en contratos laborales, puesto que los contratos administrativos “tienen carácter excepcional y no pueden convertirse, mediante una utilización abusiva, en una vía indirecta para reintroducir los contratos administrativos de colaboración temporal”. Y es que el contrato administrativo presupone un trabajo concreto y específico, esto es, “un producto delimitado de una actividad humana” y no supone la realización de una actividad de manera independiente al resultado final de la misma, por ello, se requiere la contratación de un “resultado claramente precisado” y no de una prestación de servicios. En definitiva, como hemos indicado, la Administración pública debe aplicar la normativa laboral cuando proceda, sin ser optativa la elección del régimen jurídico-laboral o del administrativo según convenga ¹⁶⁵; así, no resulta tan excepcional encontrarnos supuestos en los que la Administración realiza sucesivos contratos laborales y administrativos con la misma persona para la realización del mismo trabajo evidenciando claramente una conducta fraudulenta en materia de contratación ¹⁶⁶. En relación con el supuesto analizado en la STSJIC 150/2011 ¹⁶⁷, el Tribunal considera que la trabajadora, María Ángeles, si bien como informática hubiera podido desarrollar un trabajo con solvencia técnica (habiéndose especificado en el contrato un trabajo específico), desarrolló en el Ayuntamiento un trabajo dependiente y por cuenta ajena, integrado en “la estructura administrativa del Ayuntamiento”, puesto que le proporcionaba el material necesario para la realización de su

¹⁶² En su SSTSJIC (Tenerife) 150/2011 de 28 marzo. (rec. 1244/2010) y de 26 de septiembre de 2005.

¹⁶³ SSTSJIC (Tenerife) de 30 de septiembre de 1992 y 30 de diciembre de 1992, 25 de enero de 1993, 28 de octubre de 1993 y 12 de enero de 1994.

¹⁶⁴ SSTS de 13 de abril de 1989, de 2 de febrero de 1994 y 26 de octubre de 1992.

¹⁶⁵ “...la doctrina aplicable es la que declara la laboralización de contratos administrativos irregulares cuando la prestación de servicios no se ajusta al molde jurídico-legal administrativo, sino que reúne notas de ajenidad y dependencia ínsitas al vínculo laboral (art. 1 ET...)”. STSJIC (Tenerife) 726/2008 de 24 noviembre (rec. 508/2008).

¹⁶⁶ STSJIC de 21 de enero de 1993.

¹⁶⁷ SSTSJIC (Tenerife) 150/2011 de 28 marzo (rec. 1244/2010).

trabajo, estaba sometido en cuanto al cumplimiento del horario, permisos y vacaciones al mismo régimen ordinario del personal propio del Ayuntamiento, además, estaba sometida a las instrucciones y órdenes de sus superiores jerárquicos, es decir, reunía claramente los requisitos de ajenidad y, sobre todo, dependencia, que configuran la relación laboral (art. 1 ET) incompatibles con la autonomía e independencia que caracteriza a los contratos administrativos para trabajos específicos (arts. 1,2 y 4 del R.D. 1.465/85)¹⁶⁸. Esto mismo ocurre en el supuesto que analiza la STSJIC 921/2009¹⁶⁹, en el cual se formalizan distintos contratos administrativos entre D. Abilio y el Servicio Canario de Salud desde el 2005, desempeñando siempre el trabajador, de forma continuada, las funciones propias de un técnico de Administración General (preparaba pliegos de condiciones técnicas, tramitaba expedientes administrativos de subvenciones o de ayuda social para determinados colectivos) junto con el resto del personal (funcionario o laboral) del mismo centro, “cumpliendo el mismo horario, tomando vacaciones al igual que este en los turnos fijados por la Jefatura del Servicio, sometido a las instrucciones de dicho jefe y a la misma jerarquía que el resto de los trabajadores, siendo las tareas desempeñadas de carácter ordinario y permanente”. Por tanto, bajo la fraudulenta cobertura de una relación administrativa, se enmascara una auténtica relación laboral, declarándolo así, tanto el juzgador de instancia¹⁷⁰, como el TSJIC mediante la sentencia citada anteriormente.

El mismo esquema, los mismos argumentos y el mismo pronunciamiento nos encontramos en la STSJIC 726/2008¹⁷¹, que analiza un supuesto parecido al anterior, en el cual Dña. Laura y Dña. Maite firmaron varios contratos administrativos con la Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad del Gobierno Canario y que incluso trabajaron sin contrato entre la terminación de un contrato y la firma del nuevo contrato, prestaron servicios distintos a los que figuraban en los contratos administrativos y desarrollaron, de manera ininterrumpida, sus funciones en un concreto servicio administrativo donde cumplían el mismo horario que el resto del personal funcionario y laboral, en los mismos locales que éstos, utilizando los mismos medios telemáticos e informáticos y todo el material que proporcionaba la jefatura del servicio; estando sometidas a las órdenes de la misma jefatura y la organización dependiente de los permisos.

¹⁶⁸ SSTSJIC (Tenerife) 150/2011 de 28 marzo (rec. 1244/2010). Llama la atención que se aluda por el Tribunal al del R.D. 1.465/85 que fue derogado el 26/04/2002, cuando la relación de la trabajadora se desarrolló entre los años 2006 y 2009.

¹⁶⁹ STSJIC (Tenerife) 921/2009 de 19 noviembre (rec. 732/2009).

¹⁷⁰ S del Juzgado de lo Social Núm. 6 de los de Santa Cruz de Tenerife de 20 de febrero de 2009.

¹⁷¹ STSJIC (Tenerife) 726/2008 de 24 noviembre (rec. 508/2008).

sos y vacaciones ¹⁷², confirmando, en consecuencia, el carácter laboral de ambas relaciones.

Por el contrario, se llega a la conclusión contraria en el asunto enjuiciado por el TSJIC en su S 192/2005 ¹⁷³, cuando declara que ha existido una prestación de servicios compatible con la naturaleza administrativa de la contratación realizada entre Dña. Gema y el Servicio Canario de Salud, puesto que, como relata el Tribunal entre la Administración y Dña. Gema se formalizaron distintos contratos administrativos con solución de continuidad entre ellos, se prestaron para distintos servicios dentro de la Administración Autonómica, no percibía un salario estructurado en las nóminas ordinarias, sino una cantidad fijada a tanto alzado que se abonaba en mensualidades fijas y se cotizaba al RETA por la trabajadora. A pesar de que realmente existían indicios de laboralidad (trabajaba en las dependencias de la Consejería, “usando sus materiales, recibiendo instrucciones del jefe de Servicio y con el mismo horario que los demás”), considera el Tribunal que no son suficientes para determinar la concurrencia de las notas que configuran como laboral una prestación de servicios y, por ello, mantiene el pronunciamiento de la sentencia de instancia, declarando la no competencia de la jurisdicción social para el conocimiento de la reclamación de derechos pretendida por la trabajadora por tratarse de una relación extralaboral.

XIII. GUÍAS TURÍSTICOS

Como en otros supuestos de actividades profesionales, el trabajo como guía turístico se podrá prestar, bien por cuenta propia, o bien por cuenta ajena ¹⁷⁴, en función de las notas que caracterizan la relación del guía con la empresa que le contrate. A esta cuestión se refiere el TSJIC en la S 457/2003 ¹⁷⁵ al

¹⁷² Fundamento de Derecho Segundo STSJIC (Tenerife) 726/2008 de 24 noviembre (rec. 508/2008). En el mismo sentido se analiza un supuesto muy semejante en la STSJIC 57/2001 de 25 enero (rec. 845/2000), que razona con idénticos argumentos la laboralidad de la relación fraudulentamente administrativa entre Dña. Zoila y la Consejería de Agricultura, Pesca y Alimentación del Gobierno de Canarias.

¹⁷³ STSJIC (Tenerife) 192/2005 de 14 marzo (rec. 430/2004).

¹⁷⁴ Tradicionalmente, respecto de la profesión de los guías turísticos, existía controversia en torno a su calificación como trabajadores por cuenta ajena o como autónomos. Sin embargo, como consecuencia del desarrollo del turismo colaborativo, ha aparecido una nueva figura, los guías de *free tours* que trabajan a cambio de una propina. Tras este trabajo aparentemente benévolo se esconde, en la mayoría de los casos, una auténtica actividad productiva que es preciso reconducir a los esquemas clásicos de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena. Vid. GUTIÉRREZ DUARTE, M.V. y ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Economía sumergida e intrusismo al amparo del turismo colaborativo. El caso de los *free tours*”, *InDret*, núm. 2, 2020, pp. 139-170.

¹⁷⁵ STSJIC (Tenerife) 457/2003 de 28 julio (rec. 345/2003).

examinar la concurrencia de las notas de laboralidad de un guía turístico con carné de Guía de Turismo expedido por el gobierno autonómico canario, que prestaba servicios en exclusiva para dos empresas del grupo Globalia (puesto que el trabajo esporádico que hizo para otras empresas, lo hizo a través de las empresas de Globalia y no directamente), retribuido, sometido a las órdenes de la empresa en la que se integraba su actividad laboral. Por todo ello y en base a los indicios de laboralidad (dependencia y ajenidad) que hemos explicado en distintas ocasiones en este capítulo, el TSJIC revoca la sentencia de instancia y declara laboral la relación mantenida entre el guía turístico y las empresas para las que ha venido realizando los servicios profesionales. En efecto, el Fundamento de Derecho Tercero de la citada sentencia se remite a la doctrina del TS¹⁷⁶ para confirmar que son indicios de laboralidad el trabajo en exclusividad para alguna empresa y ejercer de guías en las excursiones que organizaba la empresa (y no el propio guía), siguiendo a todos los efectos las instrucciones empresariales. Se aclara también que no se desvirtúa el carácter laboral de los servicios prestados, aunque los guías turísticos estuvieran dados de alta en el RETA o, incluso, aunque percibieran su remuneración por tarifas fijadas por la empresa “al tratarse de datos formales que no se corresponden con la naturaleza del vínculo ni difieren su carácter”; además, en última instancia, considera también aplicable la presunción del art. 8.1. ET que al no ser rebatida, le lleva a declarar la laboralidad de la actividad realizada por el guía turístico, revocando, en este sentido, la sentencia de instancia.

¹⁷⁶ STS 10 abril 1995.

CAPÍTULO XII

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA

ANA I. PÉREZ CAMPOS

Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.* a) Trabajo autónomo. b) Trabajo no remunerado. c) Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad. d) Trabajos familiares.—III. *Socios, administradores, consejeros, directores de la empresa.*—IV. *Relaciones con causa formativa. Becarios.*—V. *Actividades deportivas.* a) Futbolistas. b) Entrenadores de fútbol. c) Preparadores de pruebas ciclistas y monitores deportivos.—VI. *Espectáculos públicos.* a) Directores y productores de programa de radio. b) Colaboradores de revistas y fotógrafos.—VII. *Profesiones liberales.* a) Arquitectos técnicos de ayuntamientos. b) Monitor de informática.—VIII. *Personal sanitario.* a) Médicos. b) Odontólogos. c) Farmacéutico. d) Logopedas.—IX. *Personal docente.* a) En centros educativos públicos: Profesor de Religión. b) En centros educativos de titularidad privada: Profesores de actividades extraescolares, de Informática y de academias.—X. *Representantes de comercio, agentes comerciales, agentes de seguros y vendedores de cupones.*—XI. *Transportistas con vehículo propio.*—XII. *Servicios prestados a la Administración.* a) Profesora de Música. b) Conserje y limpieza de colegio público. c) Adjudicatario del servicio de conserjería y limpieza de polideportivo municipal. d) Asistente técnico vinculado a una Administración pública. e) Analista programador para un Ayuntamiento. f) Monitor de natación en un Ayuntamiento. g) Becario en una Fundación.—XIII. *Varia.* a) Electricista. b) Trabajadores de protección civil, prevención y extinción de incendios. c) Esteticista. d) Servicios de limpieza para comunidad de propietarios. e) Penados.

I. INTRODUCCIÓN

La delimitación entre quiénes son trabajadores asalariados y quiénes no lo son, ha sido y sigue siendo, una cuestión compleja que corresponde abordar, en la mayoría de las ocasiones, a jueces y tribunales. A ello debe añadirse que, en los últimos años, constituye motivo de máxima actualidad por la proliferación de nuevas figuras de posibles trabajadores a caballo entre lo mercantil y lo laboral, como es la de los trabajadores que prestan sus servicios en plataformas digitales.

En este capítulo se va a analizar la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo, a través del análisis riguroso y exhaustivo de las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Se ha revisado un total de 958 sentencias de este tribunal, de las cuales –directa o indirectamente–, más de un centenar abordan el tema de la delimitación entre el contrato de trabajo, el arrendamiento de servicios civil, el contrato de agencia mercantil, el contrato de transporte, de la administración pública, etc.

Se trata, en definitiva, de hacer una radiografía actual sobre las notas de laboralidad y su interpretación en la delimitación de quién es o no trabajador asalariado y por qué.

Como es sabido, el Derecho del Trabajo define su ámbito de aplicación cuando la prestación de servicios realizada por el trabajador reúne las notas de laboralidad, esto es una prestación de servicios personal, voluntaria, dependiente, por cuenta ajena y retribuida¹.

La jurisprudencia y la doctrina judicial se han referido, en numerosas ocasiones, a la delimitación entre trabajo asalariado y no asalariado y a la distinción producida por la evolución legislativa, señalando que los límites pueden ser difusos en muchos casos, lo que va a exigir una detenida consideración de las circunstancias concurrentes en cada caso, que resultará más intenso porque la apreciación de las notas de subordinación y de ajenidad no siempre resulta fácil, puesto que se trata de conceptos jurídicos de un cierto nivel de abstracción, cuya concreción exige a menudo la constatación y la valoración de diferentes indicios, unos genéricos para las distintas actividades de trabajo y otros específicos de determinadas profesiones².

Como ha señalado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones, tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante

¹ Art. 1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores. BOE 24-10-2015.

² STSJ Cant. 24 abril 2000 (rec. 1249/1998).

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 pistas 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 este y el sometimiento a horario. También se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo³ compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones⁴; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad⁵; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador... ya que no cabe entender –por lo expuesto– que la prestación del demandante se limitaba a la realización de sus tareas «sin sujeción ninguna a jornada, vacaciones, practicando su trabajo con entera libertad»⁶ o que realizaba «su trabajo con independencia, salvo las limitaciones accesorias»⁷. La inexistencia de salario, abonado con mayor o menor regularidad, determina también la del contrato de trabajo. Matizando que la afiliación a la Seguridad Social, como la cotización, contribuyen pruebas indiciarias porque ninguna de estas dos circunstancias es elemento constitutivo de la relación laboral⁸. Como aspecto novedoso se considera que el hecho de que existiese una remuneración fija mensual, no convierte obligatoriamente en laboral al nexo contractual⁹.

II. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD

En la delimitación entre contrato de trabajo y arrendamiento de servicios, la doctrina judicial se ha pronunciado en diferentes ocasiones estableciendo en el marco analizado de la comunidad autónoma de Cantabria las siguientes pre-

³ STS 23 octubre 1989.

⁴ STS 20 septiembre 1995 (rcud. 1463/94).

⁵ SSTS 08 octubre 1992 (rcud. 2754/91) y STS 22 abril 1996 (rcud. 2613/95).

⁶ STS/Social 12 julio 1988.

⁷ STS/Social 1 marzo 1990.

⁸ STSJ Cant. 3 julio 2000 (rec. 645/2000).

⁹ STSJ Cant. 16 septiembre 2010 (rec. 627/2010).

ciones: la presencia o ausencia de las notas características de ajenidad y dependencia, junto el carácter voluntario y retribuido de la prestación, son las que determinan que una relación jurídica deba configurarse como laboral o no. Siendo la primera nota común al contrato de trabajo y al arrendamiento de servicios, por tanto la delimitación debe hacerse prestando especial atención a la nota de dependencia.

a) **Trabajo autónomo**

La Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del Trabajo autónomo (LETA) ha constituido en nuestro país un auténtico punto de inflexión en el ámbito de las relaciones profesionales de los trabajadores autónomos. Y ello no tanto por la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de nuevas figuras contractuales, como el trabajador autónomo económicamente dependiente, sino más bien por introducir las bases de un nuevo marco legal en dicho ámbito profesional.

No obstante lo anterior, desde sus inicios, la importancia de la LETA no ocultaba su carácter extremadamente controvertido, siendo no pocos los problemas interpretativos que ha venido suscitando su puesta en práctica.

Se considera que la prestación de servicios realizada por esos trabajadores puede configurar modalidades contractuales tanto laborales como civiles, por lo que es necesario examinar los requisitos que se exigen jurisprudencialmente para la configuración de una relación de carácter laboral y, en especial, ha de atenderse para trazar la línea divisoria al dato de la dependencia, entendida como la inserción en el círculo de organización y dirección de quien recibe los servicios, ya que a veces los presupuestos de voluntariedad, ajenidad y remuneración son comunes a ambas figuras¹⁰.

Teniendo en cuenta estas premisas, el TSJ de Cantabria ha analizado diversas actividades ejercidas por trabajadores autónomos, para determinar si el vínculo contractual es laboral o no, centrándose en la mayoría de los casos, sobre la presencia o no de la nota de dependencia en el ejercicio de la actividad. Es práctica constante en la doctrina judicial la reiteración relativa a que la nota esencial que distingue el contrato de trabajo del arrendamiento de servicios de naturaleza civil es la dependencia o subordinación del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, siendo necesario que

¹⁰ Véase, por todas, STS 9 febrero 1990.

el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista, rector y disciplinario del empleador.

Así pues, considera que la prestación de servicios de un trabajador, que ejerce una actividad de programador y analista informático, no es laboral cuando falta la nota de subordinación o dependencia. Ausencia que se justifica con indicios tales como el hecho de que el trabajador disponía de la facultad de organizar su trabajo del modo que tuviera por conveniente, sin estar sujeto al poder de dirección u organización de la empresa que solo fijaba los clientes, percibiendo por ello la comisión mensual pactada, no tenía sujeción a un horario, podía realizar una parte de su actividad, bien en su domicilio particular, bien en los locales de las empresas clientes, sin que conste derecho a vacaciones¹¹. En esta misma línea interpretativa, se considera que un trabajador es autónomo cuando no guarde relación de dependencia en el desarrollo de su prestación de servicios (horario, vacaciones, permisos, sustituciones, retribución regular o pagas extraordinarias, sanciones, exclusividad u otras), ejecutaba el servicio en la reparación concreta que le ocupaba, de conformidad con su cualificación, solo, con plena autonomía e independencia¹².

De la misma forma se considera también como indicio de trabajo autónomo el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, la exclusividad o el uso de herramientas o útiles de la empresa¹³. No obstante, no se trata de un criterio unánime, toda vez que la misma sala, de forma previa, había señalado, en otros pronunciamientos, que no se desvirtúa la nota de la dependencia. Específicamente ha señalado que el alta del trabajador en el RETA, en la actividad fiscal como trabajador autónomo, o la exclusividad o no en el ejercicio de la actividad, es un dato más a valorar, aunque no determinante a la calificación como laboral o no, de la relación concreta, pudiendo concurrir supuestos de pluriactividad, que determinan el alta de trabajadores, en distintos regímenes de la Seguridad Social, según las características de cada empleo, que son las que determinan su naturaleza y afiliación, preceptiva¹⁴. En esta misma línea interpretativa, tampoco se ha considerado indicio suficiente el hecho de que se hayan emitido facturas por los servicios prestados, cuando no existe constancia de uniformidad en los importes, señalando la doctrina judicial que “constituye un indicio de que el precio no era estable o uniforme, sino autónomo y subordinado a las características de

¹¹ STSJ Cant. 26 junio 2009 (rec. 374/2009).

¹² STSJ Cant.20 enero 2017 (rec. 920/2016).

¹³ STSJ Cant. 17 junio 2014 (rec. 300/2014).

¹⁴ STSJ Cant. 2 marzo 2007 (rec.181/2007).

la obra convenida y desarrollada”¹⁵. En la misma línea de interpretación se alude al hecho de que la retribución documentada a través de facturas emitidas por la empresa (como su alta al RETA) solo es una cobertura formal, que no altera la realidad de la existencia de una prestación y remuneración de servicios personales¹⁶.

Para terminar con el análisis judicial del trabajo autónomo, conviene precisar que un considerable número de sentencias refieren a la laboralidad o no del trabajador económicamente dependiente (TRADE)¹⁷. Así pues, se destaca que no existe relación laboral, sobre la base de la ausencia de la nota de ajenidad, por su participación del 24,5% en la sociedad titular de la empresa. Por lo que, el hecho de que la administración se pactase a favor de quien ostentaría la cualidad de socio mayoritario, no acredita la nota de ajenidad en los servicios prestados a una sociedad irregular¹⁸.

Más recientemente, se ha considerado que la suscripción de un contrato de TRADE resulta irrelevante cuando el trabajador utiliza para el desempeño de su actividad de mantenimiento de instrumentos y herramientas del Ayuntamiento, en régimen de exclusividad y concurre falta de responsabilidad en la relación laboral. Partiendo de estos extremos, es clara la ajenidad en la prestación del trabajo y también la dependencia, siendo datos suficientes para entender la existencia de una relación laboral común entre las partes.

b) Trabajo no remunerado

Aunque menores en número y relevancia respecto del trabajo autónomo, el TSJ de Cantabria se ha pronunciado sobre la nota de la remuneración como elemento determinante de laboralidad, para señalar que el contrato de trabajo solo existe cuando la prestación de servicios, junto a la voluntariedad, ofrece la concurrencia de ajenidad y retribución.

En consecuencia, no se considera laboral la prestación de servicios ejercitada cuando no se prueba la satisfacción de un salario, abonado con mayor o menor regularidad, y la inexistencia de salario determina también la del contrato de trabajo «por falta de causa» aunque no sea un elemento constitutivo de la relación laboral¹⁹.

¹⁵ STSJ Cant. 17 junio 2014 (rec. 300/2014).

¹⁶ STSJ Cant. 20 mayo 2014 (rec. 241/2014).

¹⁷ Véase el artículo 11 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

¹⁸ STSJ Cant. 14 enero 2014 (rec. 892/2012).

¹⁹ STSJ Cant. 3 julio 2000 (rec. 645/2000).

c) **Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad**

El art. 1.3. d) del E.T excluye del ámbito laboral «los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad», porque no existe un nexo contractual y una verdadera voluntad de obligarse.

Esta exclusión ha sido interpretada por la doctrina judicial cántabra, coincidiendo en afirmar que no puede admitir tal cualidad, cuando existen otros trabajadores que asimismo prestan servicios para la empresa, esto es, cuando el trabajo amistoso se presta dentro del círculo organizativo y rector de un empresario, junto con los demás trabajadores contratados por la empresa para prestar servicios laborales²⁰.

d) **Trabajos familiares**

En los últimos años, la proliferación de empresas familiares y su incidencia en el ámbito familiar es una realidad, cada vez más frecuente. La familia es la primera organización humana que se conoce, de igual modo que la empresa familiar es una de las formas más antiguas de organización empresarial.

En el ámbito laboral, las referencias a la empresa familiar son escasas y esporádicas; todo ello, sin olvidar que el trabajo familiar se considera excluido del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. En efecto, las normas laborales consideran que el trabajo familiar está fuera del Derecho del Trabajo, salvo que se demuestre la condición de asalariado del trabajador familiar. Podría afirmarse incluso que el trabajo de colaboración familiar ha aparecido como una “zona gris”, a caballo entre lo laboral y lo no laboral, por las dificultades para apreciar en él las notas típicas del trabajo asalariado. Los familiares del empresario pueden prestar servicios en la empresa familiar (*ayuda familiar*), sin que ello genere vínculo laboral alguno, aunque también pueden tener un vínculo contractual de naturaleza laboral, si se demuestra que son trabajadores asalariados, cuando desarrollen una prestación de servicios en régimen de ajenidad y dependencia y, en especial, de esta última nota, toda vez que la jurisprudencia ha señalado recientemente que “cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena”²¹.

²⁰ STSJ Cant. 8 noviembre 2007 (rec. 860/2006). STSJ Cant. 29 diciembre 2005 (rec. 1002/2005). STSJ Cant. 25 enero 2000 (rec. 35/2000) STSJ Cant. 26 diciembre 2000 (rec. 574/1999). STSJ Cant. 20 abril 2005 (rec. 79/2005).

²¹ STS 12 noviembre 2019. 2019 (rec. 2524/2017).

Son diversas las sentencias que analizan la vinculación laboral o no del trabajo realizado por familiares del empresario, de las cuales el TSJ de Cantabria, señala que quien pretende la existencia de relación laboral ha de probar la realidad de las notas características de la misma²².

Sin embargo, de forma sucinta alude a que la distinción se encuentra fundamentalmente en la nota de dependencia, característica de la relación laboral, que tradicionalmente se ha venido matizando como integración del trabajador en el círculo rector y disciplinario del empresario y que el art. 1.1 del Estatuto de los trabajadores, define como prestación dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica. En consecuencia, si los servicios se prestan en régimen de dependencia de la dirección empresarial, nos encontraremos ante un contrato de trabajo. Si, por el contrario, se prestan en régimen de autonomía o al margen de tal dirección, se estará ante la presencia de otra relación distinta, ajena al derecho laboral; por lo tanto, la dependencia entendida como situación del trabajador sometido a la esfera organicista y rectora de la empresa se revela como exigencia fundamental de la prestación jurídico-laboral y como elemento diferenciador principal que califica la relación de trabajo y la diferencia de otro tipo de prestación²³. No obstante lo anterior, la nota de la dependencia como elemento fundamental de distinción en el trabajo de familiares no es unánime, al encontrar pronunciamientos en los que la nota de laboralidad que se acentúa más es la ajenidad. Así, la aportación del contrato de trabajo, boletines o nóminas, confeccionadas por las partes involucradas en la pretendida relación laboral familiar, constando en el parentesco y la convivencia de los familiares, se consideran irrelevantes²⁴.

Junto a la nota de dependencia, la Sala alude a indicios de dependencia, tales como la existencia de recibos de salarios o la afiliación y cotización a la Seguridad Social que aparentan, más no acreditan, la real y efectiva prestación de servicios bajo el ámbito de dirección y organización de otra persona física o jurídica (art. 1.1 del ET) necesaria para configurar una relación de trabajo por cuenta ajena²⁵.

En otras sentencias, también en relación con el trabajo de familiares, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha matizado que dado que la relación se mantiene con persona jurídica y no física, no cabe argumentar sobre la familiaridad y convivencia, de una persona física con otra jurídica, sino atender al trabajo desempeñado en el ejercicio del poder de dirección de la empre-

²² STSJ Cant. 22 febrero 2019 (rec. 21/2019).

²³ STSJ Cant. 6 febrero 2001 (rec. 31/2001).

²⁴ STSJ Cant. 23 mayo 2001 (rec. 1307/1999).

²⁵ STSJ Cant. 4 abril 2001 (rec. 1051/1999).

sa y el desempeño del cargo como miembro de los órganos de administración social²⁶. Tampoco se considera relación laboral un puntual acompañamiento o colaboración en la prestación de una limpieza con su pareja, en la medida en que las actuaciones voluntarias aisladas, esporádicas o prestadas al margen de una empresa, ejecutadas por razones familiares, de amistad o buena vecindad se excluyen del ámbito laboral²⁷.

III. SOCIOS, ADMINISTRADORES, CONSEJEROS, DIRECTORES DE LA EMPRESA

La exclusión de la órbita laboral de los socios, consejeros directores o administradores de la empresa y la naturaleza de la prestación de servicios de aquellas personas que simultanean el trabajo asalariado junto con su participación en la sociedad ha sido objeto también de un intenso debate judicial.

Al amparo del art. 1.3 c) ET, quedan fuera del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, por falta de dependencia, los socios, consejeros o directores el trabajo, cuando se trata de personas que forman parte del órgano máximo de dirección de la empresa, siendo función típica de estas personas que forman parte del órgano de gobierno de la empresa la representación y suprema dirección de la misma, sin que su relación nazca de un contrato de trabajo, sino de una designación o nombramiento por parte del máximo órgano de gobierno, de modo que su relación tiene carácter mercantil.

En otros términos, la inclusión o no del ámbito laboral no puede establecerse, conforme tiene reconocido el Tribunal Supremo en una amplia jurisprudencia, considerando el contenido de la actividad, sino a partir de la naturaleza del vínculo en la organización de la sociedad²⁸.

Por otra parte, es cierto también que la jurisprudencia admite que esas personas puedan tener al mismo tiempo una relación laboral con su empresa, pero ello solo sería posible para realizar trabajos que podrían calificarse de comunes u ordinarios; no así cuando se trata de desempeñar al tiempo el cargo de consejero y trabajos de alta dirección (gerente, director general, etc.), dado que en tales supuestos el doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa, es decir, que el cargo de administrador

²⁶ STSJ Cant. 12 febrero 2001 (rec. 677/1999).

²⁷ STSJ Cant. 22 febrero 2019 (rec. 21/2019).

²⁸ Entre otras, véase la STS 21 enero 1991, STS 22 diciembre de 1994 o STS 16 junio 1998.

o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección²⁹. La exclusión de la relación de laboralidad de los socios que realizan otras tareas diferentes de las propias de su cualidad de socio puede venir dada por la falta de la nota de ajenidad, cuando dicho socio ostenta la titularidad de una cuota societaria determinante, de manera que la prestación de trabajo que pueda realizar se efectúa a título de aportación a la sociedad, cuota que esta Sala ha señalado a partir del 50% de participación en el capital social.

La doctrina judicial viene entendiendo que es un trabajo por cuenta ajena el realizado por el socio de una empresa que tiene una participación inferior al 50%, en la que realiza funciones ejecutivas y no dispositivas³⁰. A juicio de la jurisprudencia, un aspecto determinante para la calificación de la prestación de servicios no es la participación mayoritaria o no social, sino el modo de ejecutar el trabajo, por cuenta propia o ajena que pretende, sin que pueda ser laboral si ha actuado sin dependencia alguna en el modo de ejecutar sus funciones³¹.

A partir de estas premisas, la sala de lo social del TSJ de Cantabria remite a la jurisprudencia para analizar la posibilidad de que un socio sea al propio tiempo trabajador asalariado de la sociedad, siempre que se constate la existencia de ciertas condiciones³², reconociendo la condición de trabajador por cuenta ajena al socio minoritario contratado laboralmente, cuando su situación en la mercantil era la de:

- a) Propietario del 10% del capital social, que no convive con otros familiares también socios.
- b) Titular del 20% del capital, perteneciendo el resto a su padre y hermano con los que convivía.
- c) Propietario del 10%, que convive con sus padres, propietarios del resto del capital social.
- d) Trabajador no socio, de empresa cuyo capital pertenece a su madre (un 60%) y a su esposa (un 30%) con las que convive, siendo esta última, además, y el resto a un tercero.
- e) Trabajador que ostenta el 12.5% del capital social, siendo el resto propiedad de sus tíos, su padre y un hermano con los que convive.

²⁹ En relación a la situación del alto cargo que pasa a desempeñar un cargo societario como miembro del consejo de administración se pronuncian en idéntico las SSTS de 24 mayo 2011 (rec. 1427/2010) y STS de 9 diciembre 2009 (rec. 1156/2009). En el mismo sentido también, las STSJ Cant. 14 julio 2014 (rec. 360/2014).

³⁰ STSJ Cant. 12 febrero 2001. (rec. 677/1999). Reitera doctrina de la Sentencia del TS de fecha 5-10-98 (rec. núm. 300/1998).

³¹ STSJ Cant. 9 septiembre 2015 (rec.672/2015).

³² STS Sentencia de 10 de octubre de 2.001 (R° 773/01).

f) La esposa del accionista que titulariza el 50% de las acciones.

Como señala la doctrina judicial, todos estos casos presentan el denominador común de que los socios minoritarios vinculados con relación laboral no ostentan cargos sociales, ni tienen encomendada la dirección y gestión de la sociedad³³. En cambio, no es posible la compatibilidad de estatutos societario y laboral cuando el trabajador es socio mayoritario de la sociedad o cuenta con una participación muy considerable en su capital, prevaleciendo en tal caso su condición de socio, esto es, la relación no es laboral por tener una sociedad al 50%³⁴.

Por otra parte, se ha señalado que no es laboral una prestación de servicios desempeñada por un accionista y miembro de un órgano de administración de una sociedad, si no se justifica retribución alguna (ni una nómina o ingreso equivalente se aporta), ni ajenidad en los frutos y en los riesgos, ni tampoco se demuestra que el actor se encontraba formando parte del círculo organicista, rector y disciplinario del empresario, porque no se justifican órdenes o directrices emitidas por la empresa, tampoco control horario o de otro tipo³⁵. Tampoco se considera laboral la relación de trabajo de una administradora única de una empresa si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna. La retención en nómina del IRPF, por sí sola, no es determinante del carácter laboral de la relación existente, como tampoco lo es la existencia de nóminas o su alta en el Régimen General de la Seguridad Social³⁶. En cambio, sí se considera relación laboral cuando la retribución regular que no deja de tener naturaleza salarial por el hecho de tener ciertas especialidades respecto a la minoración proporcional o a la fecha de cobro³⁷.

En fin, a los socios trabajadores que ocupan cargos de administración en la sociedad no les es de aplicación la doctrina que acabamos de exponer, sino la específicamente establecida para ellos y diferenciada en función de su cuota de participación en el capital social. A partir de 1991 se impone la denominada «doctrina del vínculo» y la jurisprudencia viene manteniendo la incompatibilidad de las relaciones de administración social y la laboral especial de alta dirección, pues se afirma que «las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las actividades típicas y específicas

³³ STSJ Cant. 29 junio 2004 (rec.192/2004).

³⁴ STSJ Cant. 9 marzo 2001 (rec. 735/1999), STSJ Cant. 25 octubre 2003 (rec. 1017/2002). STSJ Cant. 24 octubre 2001 (rec. 815/2001) STSJ Cant. 29 julio 2004 (rec. 968/2003). STS 28 marzo 1989.

³⁵ STSJ Cant. 19 octubre 2006 (rec. 776/2006).

³⁶ STSJ Cant. 21 mayo 2014 (rec. 244/2014).

³⁷ STSJ Cant. 14 octubre 2008 (rec. 745/2008).

de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que estos revistan» y su desempeño por quien tiene la condición de miembro del órgano de administración da lugar a una relación mercantil excluida por el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores y no a una relación laboral especial de alta dirección. Y ello es así, porque no concurren las notas de dependencia y ajenidad, en cuanto que el actor carecía de poder decisorio suficiente para conformar la voluntad social de la persona jurídica de que dependía, bajo una relación laboral de carácter común³⁸.

En cambio, la confluencia entre administración social y relación laboral común presenta menores dificultades, porque, como ha señalado la doctrina, en el plano funcional la concurrencia de relaciones es perfectamente posible y tampoco surge, por lo general, ningún problema en la concurrencia de regulaciones, al no existir una identidad funcional entre la actividad de administración social y las funciones que son propias de una relación laboral común³⁹.

Tampoco se considera laboral la realización de labores administrativas en condición de cónyuge del socio mayoritario. A este respecto, la jurisprudencia ha establecido que en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de Administración de la Sociedad y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan, sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, solo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral⁴⁰.

En definitiva, no existe ningún impedimento legal para excluir del ámbito del contrato de trabajo a aquellos miembros de la administración societaria que, no teniendo la mayoría del capital social, realicen actividad de carácter laboral común; por lo que, en principio, cabe admitir la posibilidad de coexistencia o ejercicio simultáneo del cargo societario con la actividad derivada de una relación laboral ordinaria, y ello, conforme con doctrina reiterada del Tribunal Supremo expresiva de que la inclusión o exclusión del trabajador, socio-

³⁸ SSTSJ Cant. 17 junio 2004 (rec. 610/2004); 8 febrero 2005 (rec. 21/2005).

³⁹ Sirva de ejemplo las STSJ Cant. de 12 julio 2007 (rec. 455/2007) que refiere a la existencia de relación laboral y no contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica: carencia de organización y medios propios para la ejecución del contrato.

⁴⁰ STSJ Cant. 13 agosto 2010 (rec. 777/2010).

gestor de una sociedad y la naturaleza laboral, depende del verdadero vínculo y de la posición y actividad que, concretamente, realice la persona en el seno de la sociedad, no de las denominaciones que den los afectados a la relación analizada⁴¹. Así pues, en esta misma línea interpretativa, se considera relación laboral la de los socios de una empresa familiar de ambulancias que no conviven con sus padres, ni ejerce cargo directivo alguno⁴²; y también la prestación de servicios desempeñada por un administrador solidario con participación relevante en una empresa familiar, en la que participa en porcentaje inferior al 20%, pero que ostenta amplios poderes de decisión o influencia en la toma de acuerdos por la Sociedad y percibiendo una retribución fija mensual por los trabajos como Gerente, sin dependencia alguna, como lo demuestra el hecho de no tener horario ni comparecer por las instalaciones de la empresa durante más de dos meses⁴³.

El problema consiste en determinar, por tanto, cuándo puede admitirse esa concurrencia y cuándo la relación societaria absorbe a la prestación de trabajo, para lo cual es necesario examinar dentro de cada tipo asociativo, si la prestación es de trabajo sobre la presencia o ausencia de las notas configuradoras de dependencia y ajenidad y el sistema indiciario de ayuda al respecto⁴⁴.

A modo de consideración final, los socios minoritarios vinculados con relación laboral, no ostentan cargos sociales, ni tienen encomendada la dirección y gestión de la sociedad. En cambio, no es posible la compatibilidad de estatutos societario y laboral cuando el trabajador es socio mayoritario de la sociedad o cuenta con una participación muy considerable en su capital, prevaleciendo en tal caso su condición de socio⁴⁵.

IV. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA. BECARIOS

A diferencia de otras prestaciones de servicios, las realizadas con causa formativa son escasas, siendo los más relevantes los relativos a determinar la naturaleza jurídica del trabajo desempeñado por los becarios. Como regla general, las becas son asignaciones dinerarias o en especie orientadas a posibilitar el estudio y formación del becario y, si bien es cierto que su estudio y formación puede, en no pocas ocasiones, fructificar en la realización de una obra,

⁴¹ STSJ Cant. 18 octubre 2006 (rec. 812/2006).

⁴² STSJ Cant. 18 octubre 2004 (rec. 904/2004).

⁴³ STSJ Cant. 29 julio 2004 (rec. 968/2003).

⁴⁴ STSJ Cant. 19 noviembre 2016 (rec. 844/2015).

⁴⁵ STSJ Cant. 10 octubre 2001 (rec. 773/2001).

hay que tener en cuenta que estas producciones nunca se incorporan a la ordenación productiva de la empresa o institución que otorga la beca.

Si bien es cierto que el perceptor de una beca realiza una actividad que puede ser entendida como trabajo y percibe una asignación económica en atención a la misma, por el contrario, aquel que concede la beca y la hace efectiva no puede confundirse nunca con la condición propia del empresario, ya que no incorpora el trabajo del becario a su patrimonio.

Por todo ello, la clave para distinguir entre beca y contrato de trabajo reside en la finalidad perseguida con la concesión de becas que se sitúa en la ayuda que se presta en su formación y no en beneficiarse de la actividad del becario⁴⁶. La esencia de la beca de formación es conceder una ayuda económica de cualquier tipo al becario para hacer posible una formación adecuada al título que pretende o que ya ostenta, bien en el centro de trabajo de la entidad que concede la beca, bien en el lugar de estudios ajeno al concedente. Mientras que la relación laboral común no contempla ese aspecto formativo y retribuye los servicios prestados por cuenta y a las órdenes del empleador, con independencia de que la realización de los trabajos encomendados puedan tener un efecto de formación por la experiencia, que es inherente a cualquier actividad profesional. La doctrina judicial matiza señalando que, si la finalidad fundamental del vínculo no es la de contribuir a la formación del becario, sino la de obtener un trabajo necesario para el funcionamiento o la actividad de gestión del concedente, la conclusión es que la relación será laboral, si en ella concurren las restantes exigencias del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores⁴⁷.

V. ACTIVIDADES DEPORTIVAS

a) **Futbolistas**

Las actividades deportivas desempeñadas por profesionales también han suscitado controversias relacionadas, principalmente, con la naturaleza de la prestación de servicios realizada. A nivel de la doctrina judicial cántabra se han encontrado pronunciamientos judiciales que aluden a colectivos concretos, tales como los futbolistas.

⁴⁶ Como ha señalado expresamente la doctrina judicial, “la característica diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la formación del becario y no la de apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio, obteniendo de ellos una utilidad en beneficio propio”. STSJ Cant. 6 noviembre 2014 (rec. 772/2012).

⁴⁷ STSJ Cant. 6 noviembre 2014 (rec. 772/2012).

El art. 2.1.d) del ET considera relación laboral de carácter especial la de los deportistas profesionales, cuya regulación específica se establece en el Real Decreto 1006/1085. El art. 1.2 de este Real Decreto dispone que son deportistas profesionales quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dedican voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución, quedando excluidos de su ámbito aquellas personas que se dediquen a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club, percibiendo de este solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva.

De la regulación anterior se deriva que, para que estemos ante un deportista profesional, es necesario que quien dice ostentar tal condición, a través de una relación regular, se dedique a la práctica del deporte, a cambio de una retribución por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva, por lo que es necesario que la retribución percibida supere la compensación de los gastos derivados de la práctica deportiva.

A este respecto, el Tribunal de Justicia de Cantabria señala que si la relación laboral especial prevista se corresponde a los trabajos que cumplen las notas del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, la prestación de servicios tendrá naturaleza laboral especial por presentar ciertas singularidades que contemplan los diferentes aspectos de la relación laboral común⁴⁸.

El deportista profesional hace del deporte materia y objeto de trabajo, por lo que el dinero que percibe retribuye tan específica prestación laboral, con la condición de salario y, congruentemente, con la estimación de que el vínculo que le liga a su club es un contrato de trabajo. Así lo ha matizado la jurisprudencia, concretando la condición de profesionalidad del deportista para declararle sometido a esta especializada jurisdicción⁴⁹.

⁴⁸ STSJ Cant. 20 julio 2012 (rec. 442/2012).

⁴⁹ En la antigua STS 11 octubre 1941 (RJ 1941\1104), se estimó como laboral la relación de un pelotari profesional con el empresario del local donde actuaba; la del Tribunal Central de 24 junio 1971 (primera en que se abordó el problema de los deportistas –futbolistas– sometidos a la disciplina de un club), cuidó de matizar, en su extensa argumentación, la condición de jugador profesional del entonces actor, con las características de remuneración fija («que el jugador profesional rebasa los límites de esparcimiento deportivo de quienes lo practican»); la del TS 3 noviembre 1972 (RJ 1972\5435), insiste en idénticos criterios y precisa como notas tipificadoras del profesional la dedicación íntegra, absoluta y permanente «impeditiva de cualquier otra actividad que le permita subvenir a sus necesidades», «dedicación absoluta, pleno ejercicio y entrega de sus facultades y por retribución constitutiva de su medio de vida»; la del mismo Alto Tribunal de 10 octubre 1975 (RJ 1975\3791), al referirse al demandante, lo hace diciendo que es «un jugador de fútbol, sin más especificaciones», dando a entender la posibilidad de estas, es decir, la de profesional o amateur como merecedoras de distinta consideración legal.

En la doctrina judicial se especifica que no es un indicio de laboralidad la calificación federativa como profesional o como aficionado⁵⁰, es decir, resulta de escasa o nula importancia la calificación que el deportista ostente en la correspondiente Federación deportiva, o la que se dé por las partes al posible pacto o contrato que suscriban, así como el nombre que le den a las remuneraciones que, en su caso, se acuerden⁵¹. Se insiste en que es la retribución y dependencia del futbolista con el Club los aspectos que determinan la naturaleza de su contrato. A juicio de la doctrina judicial, el auténtico elemento que suele diferenciar al futbolista profesional del aficionado es la retribución percibida por hacer de la práctica del fútbol su dedicación principal y habitual, a cambio de una retribución que le permite subvenir a sus necesidades y que constituye o contribuye a ser su medio de vida, debiendo percibir por ello, como mínimo, el salario mínimo interprofesional, para considerar que la relación es laboral⁵².

b) Entrenadores de fútbol

Dentro del ámbito deportivo, también ha resultado controvertida la naturaleza del vínculo contractual entre el club y los entrenadores, principalmente, de fútbol. Así pues, se establece que los entrenadores son considerados tan deportistas profesionales como los jugadores, por ser los directores y responsables de la prestación deportiva que estos desarrollan sobre el terreno y por no ser posible, en el ámbito de un club de fútbol, la práctica del deporte por los jugadores sin un entrenador⁵³.

La doctrina judicial surgida en torno a este colectivo tiene establecido que la calificación de «aficionado», o «profesional» de un entrenador o jugador, hecha por la federación u organismo competente, no es vinculante para los Tribunales, que pueden llegar a solución distinta a la vista de las reales condiciones en que se practica el deporte, por lo que aquellos deportistas contratados como aficionados que reciben un sueldo del club, por

⁵⁰ STSJ Cant. 16 enero 2008 (rec. 1075/2007).

⁵¹ STSJ Cant. 16 enero 2008 (rec. 1075/2007). Reitera criterios de la STCT 14 octubre 1983 [RTCT 1983\8450] y de las SSTSJ de Madrid de 21 mayo 1992 [AS 1991\2957]; Andalucía [Sevilla] de 7 mayo 1996 [AS 1996\3473] y 20 junio 1996 [AS 1996\3571]; Andalucía/Sevilla 23 de enero de 1998 [AS 1998, 1311]; Extremadura de 13 marzo 2000 [AS 2000, 1697].

⁵² STSJ Cant. 16 enero 2008 (rec. 1075/2007).

⁵³ STSJ Cant. 21 septiembre 2000 (rec. 54/1999).

cuya cuenta y provecho actúan, estando sometidos a su dirección y disciplina, tienen la consideración de profesionales⁵⁴.

En consecuencia, carece de trascendencia la calificación de aficionado o profesional que se pueda atribuir a un entrenador o jugador en su contrato, en la medida en que lo esencial es el contenido real de su prestación de trabajo.

c) Preparadores de pruebas ciclistas y monitores deportivos

El vínculo contractual que une a un profesor o monitor deportivo con el club o la institución que le ha contratado también ha suscitado controversias en torno a la naturaleza de su prestación de servicios.

Se han encontrado pronunciamientos judiciales sobre los colaboradores en la preparación de una prueba ciclista, que se consideran como no laborales en la medida en que ejercen estas funciones de manera esporádica u ocasional para garantizar el desarrollo de una carrera ciclista, sin dependencia o sujeción a órdenes, jornada o a un horario impuestos, ni con sometimiento a un régimen disciplinario o sancionador⁵⁵. Esta línea de interpretación es también la seguida en actividades realizadas por monitores deportivos y trabajadores de la escuela municipal de fútbol que se considera que es laboral la prestación de servicios sobre la base de la existencia de la dependencia o sometimiento al poder de organización y dirección del empresario; y, en concreto, sobre indicios tales como las órdenes o métodos de control del profesorado, disfrute de vacaciones, labores de supervisión o control y de disciplina⁵⁶.

En consecuencia, la diferencia no se encuentra en la prestación de servicios por cuenta ajena, que es común también al arrendamiento de servicios, sino en la pertenencia al ámbito de organización y dirección del empresario, es decir, el sometimiento al cálculo organizativo y rector de la persona para la que se desempeñan los servicios. Se trata entonces de un problema eminentemente casuístico y si existe dependencia, la retribución deberá considerarse salarial, a pesar de la forma que eventualmente se le haya pedido

⁵⁴ STSJ Cant. 21 septiembre 2000 (rec. 54/1999). Reitera criterio de la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 14 de octubre de 1983 y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 17 de marzo de 1998). También se aplica a jugadores de fútbol no federados, véase la STSJ Cant. 5 abril 2019 (rec. 188/2019).

⁵⁵ STSJ Cant. 2 enero 2000 (rec. 939/1998).

⁵⁶ STSJ Cant. 13 octubre 2000 (rec. 869/2000). Por el contrario, se considera relación laboral la de los trabajadores de la Escuela Municipal de Fútbol STSJ Cant. 29 agosto 2008 (rec. 744/2008).

dar, porque, suele ser frecuente enmascarar la verdadera naturaleza de la relación.

VI. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

a) **Directores y productores de programa de radio**

Las actividades relacionadas con espectáculos públicos han sido objeto de controversia, en la medida en que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza análoga, como el de ejecución de obra, el de arrendamiento de servicios, no aparece nítido, ni siquiera en la realidad social. Ante el elevado casuismo que impera en la materia, es obligado atender a las específicas circunstancias concurrentes en cada caso concreto y, una vez más, a la nota de la dependencia entendida de forma flexible, como inserción del sujeto en el ámbito organista y rector de la persona para la que realice la labor.

Esta jurisprudencia tradicional es la que se viene aplicando al analizar la relación que une a las empresas periodísticas, de radio o de televisión con sus colaboradores —o sea, con quienes, sin estar sujetos a horario, ni al régimen disciplinario de la empresa, se limitan a enviar al periódico o a la revista, o a la cadena o centro de televisión, el artículo, el trabajo, la entrevista o el reportaje correspondiente, que esta publica, según su criterio, cobrando un tanto por trabajo publicado, o con quienes se comprometen a la búsqueda, redacción y envío de informaciones de interés periodístico mediante un precio, cuya cuantía depende del grado de aportación efectuado⁵⁷.

Teniendo en cuenta esta premisa no se considera relación laboral a los colaboradores de medios de comunicación, cuando trabajan sin sujeción a un horario, ni a la disciplina de la empresa, sin continuidad o exclusividad, percibiendo como contraprestación unas cantidades simbólicas que no cabe entender como salario propiamente dicho⁵⁸. En otras palabras, no es laboral porque no concurren las notas de exclusividad, ajenidad, jornada fija, dependencia formal y sometimiento a disciplina jerárquica en los términos exigidos normativamente. En la misma línea interpretativa, no es laboral tampoco la

⁵⁷ Son ejemplo de ello las Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 14 enero y 26 noviembre 1982, 9 abril 1985 y 10 febrero 1987; del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 noviembre 1989, 28 junio 1990 y 11 febrero 1993; del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 6 octubre 1995; y del Tribunal Supremo de 23 mayo 1985, 25 y 31 marzo 1987, 15 febrero y 17 mayo 1988 etc. STSJ Cant. 22 octubre 2004 (rec. 1241/2003).

⁵⁸ STSJ Cant. 22 octubre 2004 (rec. 1241/2003).

actividad de producción de un programa de radio realizada con medios materiales ajenos, con libertad absoluta y sin remuneración o compromiso de remuneración⁵⁹.

b) **Colaboradores de revistas y fotógrafos**

Dentro del grupo de actividades relacionadas con espectáculos públicos, mención especial merecen las tareas de colaboración en la elaboración de revistas y de los fotógrafos.

Las actividades de colaboración en el ámbito de los espectáculos públicos pueden configurar modalidades contractuales tanto laborales como civiles, por lo que, es necesario examinar los requisitos que se exigen jurisprudencialmente para la configuración de una relación de carácter laboral. A este respecto, es especialmente significativa la alusión de la Sala al indicar que, 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 relación⁶⁰.

Así pues, el trabajo de colaboración en la elaboración de una revista no se considera laboral cuando no existe constancia de la existencia de horario, ni de sometimiento al círculo rector y organicista del empresario, que no se manifiestan por el envío de correos electrónicos con contenidos e información porque no contienen órdenes, directrices, ni ningún elemento que permita considerar la existencia de cierta dirección empresarial de los servicios prestados por el colaborador⁶¹.

En la línea señalada anteriormente se cuestiona también la calificación de trabajo desempeñado por un fotógrafos y se insiste en que el sistema de indicios que ayudan a la delimitación de la naturaleza jurídica de una prestación de servicios por la flexibilidad de las notas de dependencia y ajenidad queda condicionado al tipo de actividades o servicios que se realicen, de forma tal, que estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales⁶².

⁵⁹ STSJ Cant. 3 noviembre 2015 (rec.710/2015).

⁶⁰ STSJ Cant. 11 mayo 2012 (rec. 320/2011).

⁶¹ STSJ Cant. 11 mayo 2012 (rec. 320/2011).

⁶² STSJ Cant. 4 septiembre 2015 (rec. 519/2015).

VII. PROFESIONES LIBERALES

Otro de los colectivos que tradicionalmente ha generado una importante litigiosidad derivada de la controvertida naturaleza de la prestación de servicios es el de los profesionales liberales.

La Constitución establece un modelo bipolar –funcionarios y laborales– del personal al servicio de las Administraciones Públicas, si bien ese modelo bipolar siempre ha permitido algunas excepciones de contratos administrativos de prestación de servicios personales que, como tales excepciones, deben ser interpretadas restrictivamente. En este sentido, desde el punto de vista material, la prestación de servicios profesionales en régimen de ajenidad y dependencia es de naturaleza jurídico-laboral y solamente es posible calificarla como contrato administrativo, porque una ley expresamente permita esa exclusión que, por ello mismo, tiene naturaleza constitutiva y no meramente declarativa. Ahora bien, esa exclusión constitutiva “no es un cheque en blanco que se conceda a la Administración pública para que pueda convertir en contrato administrativo cualquier contrato materialmente laboral, por el solo hecho de calificarlo como tal”⁶³.

Para terminar con el análisis de los profesionales liberales, a nivel de la Comunidad autónoma de Cantabria destaca la figura del arquitecto técnico de ayuntamiento y el monitor de informática y la laboralidad de la prestación de servicios ejercitada por este colectivo.

a) **Arquitectos técnicos de ayuntamientos**

La Sala de lo Social del TSJ de Cantabria, en relación con los aparejadores, defiende como regla general, la inexistencia de relación laboral sobre la premisa de falta de ajenidad en el nombramiento de arquitecto técnico, que desempeña funciones de asesoramiento y consultoría general y asistencia técnica en materia urbanística, en dependencias del Ayuntamiento, con organización empresarial propia, con solvencia económica, financiera y técnica o profesional. A juicio de la Sala de lo Social la nota de ajenidad es la esencial en la calificación de la prestación de servicios, al margen de la existencia de un horario y una organización del trabajo; ajenidad que se mani-

⁶³ STSJ Cant. 18 abril 2018 (rec. 145/2018).

fiesta en el hecho de que ejercía su actividad ya no solo para otros ayuntamientos, sino de forma privada⁶⁴.

b) **Monitor de informática**

A juicio del tribunal, son varios los datos para valorar el vínculo entre las partes: que el trabajador aporta su trabajo, exclusivamente, pues la actividad se realiza con material propio o ajeno, en sus instalaciones o en locales cedidos a la misma; que la demandada marca el número de horas de duración de cada curso y la distribución horaria de los mismos. Lo determinante es que él no goza de autonomía alguna a la hora de elegir los alumnos, el precio de las clases ni el horario de impartición de aquellas. Tampoco es decisivo a los efectos de determinar la concurrencia o no de relación laboral la existencia de facturas en las que conste el IVA, el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, ni en Licencia Fiscal, ni el Impuesto sobre Actividades económicas, que son datos meramente accesorios, debiendo estar al contenido de la relación que se desenvuelve entre las partes⁶⁵.

VIII. PERSONAL SANITARIO

La naturaleza de la prestación de servicios del personal sanitario ha sido controvertida. La jurisprudencia se ha referido en numerosas ocasiones al núcleo común del arrendamiento de servicios y el contrato de trabajo y a la distinción producida por la evolución legislativa, señalando que los límites pueden ser difusos en muchos casos, en especial en el ejercicio de profesiones y que ha de atenderse para trazar la línea divisoria al dato de la dependencia, entendida como la inserción en el círculo de organización y dirección de quien recibe los servicios, ya que los presupuestos de voluntariedad, ajenidad y remuneración son comunes a ambas figuras⁶⁶.

Una vez más se exige una detenida consideración de las circunstancias concurrentes en cada caso. Aunque también se ha precisado que, tanto en la profesión médica, como en general en las profesiones liberales, la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy

⁶⁴ STSJ Cant. 18 abril 2018 (rec. 145/2018). En el mismo sentido, véase también la STSJ Cant. 6 febrero 2018 (rec. sentencia núm. 99/2018).

⁶⁵ STSJ Cant. 24 abril 2006 (rec. 245/2006).

⁶⁶ STS 7 julio 1988, 12 julio 1988 y 9 febrero 1990.

atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas⁶⁷.

En el estudio de la doctrina judicial Cántabra se han encontrado diversas sentencias que analizan la naturaleza del vínculo contractual de médicos, coordinadores médicos, MIR, odontólogos, farmacéuticos de hospitales y logopedas.

a) **Médicos**

Como premisa genérica, se ha considerado que no es laboral la prestación de servicios realizada por un médico cuando realiza su trabajo con absoluta libertad y sin sujeción alguna a órdenes o instrucciones. Así pues, en este ámbito, la nota de dependencia se constituye como elemento esencial que caracteriza necesariamente toda relación laboral, hasta el punto de que ha de considerarse prevalente sobre las demás circunstancias que concurren en la relación jurídica⁶⁸.

Por el contrario, en el caso de los médicos internos residentes (MIR), si bien es cierto que siguen la línea de interpretación general y no tienen por objeto exclusivo la existencia o no de relación laboral, sino que se circunscriben a cuestiones ajenas a estos aspectos, tales como la discriminación salarial y la manutención en periodo de guardias⁶⁹. No obstante lo anterior, también pueden encontrarse pronunciamientos judiciales en relación con la prestación de servicios de los médicos residentes que insisten en que la diferencia no se encuentra en la prestación de servicios por cuenta ajena, que es común también al arrendamiento de servicios, sino en la pertenencia al ámbito de organización y dirección del empresario, es decir, el sometimiento al cálculo organicista y rector de la persona para la que se desempeñan los servicios.

El análisis de este colectivo es especialmente relevante porque clasifica los indicios de dependencia en dos grupos, clásicos y específicos. Por una parte, lo que considera indicios clásicos de dependencia de tiempo y lugar, tales como la utilización de los medios materiales y personal auxiliar de la residencia de ancianos y el hecho de acudir todos los días, de lunes a viernes, al lugar de trabajo. Por otra, los indicios específicos de dependencia, tales como una

⁶⁷ STSJ Cant. 26 junio 2008 (rec. 541/2008).

⁶⁸ STSJ Cant. 3 mayo 2001 (rec. 1244/1999).

⁶⁹ STSJ Cant. 2 septiembre 2003 (rec. 987/2003).

ordenación y control de la actividad⁷⁰. Por otra parte, también se ha considerado indicio relevante que no se aporten otros medios salvo el propio trabajo, en la medida en que constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo⁷¹.

b) **Odontólogos**

En el caso de los odontólogos de clínicas privadas son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de igualas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes; en cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo, no del paciente, sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena⁷².

c) **Farmacéutico**

En relación con la profesión liberal de los farmacéuticos de hospital público realizada bajo dependencia ajena se insiste en que no debe estarse a la denominación que den las partes al contrato, sino que atiende a la realidad de las funciones realizadas.

Para que la laboralidad de las notas de actividad retribuida y ajena se den, cabe que la nota de dependencia se obtenga a partir de aspectos de las condiciones personales de quien lo desempeña, resultando irrelevante el hecho de que el trabajador no tenga exclusividad, pues no resta veracidad a las notas de subordinación y dependencia⁷³.

⁷⁰ STSJ Cant 30 agosto 2000 (rec. 796/2000).

⁷¹ STSJ Cant. 18 abril 2000 (rec. 299/2000).

⁷² STSJ Cant. 26 junio 2008 (rec. 541/2008).

⁷³ STSJ Cant.4 octubre 2004 (rec. 461/2004).

d) **Logopedas**

A nivel del trabajo realizado por logopedas, se ha venido considerando que son datos y circunstancias de la relación de servicios que determinan la laboralidad del vínculo contractual: que el trabajador dispone de organización propia para la prestación de los servicios; el lugar, el horario, los medios, los pacientes e incluso el modo de trabajo han sido proporcionados por la Administración; existe retribución garantizada y fija al mes y prestación personal de los servicios⁷⁴.

IX. PERSONAL DOCENTE

La naturaleza de la relación contractual personal docente es especialmente controvertida, sobre todo, por el número de sentencias que abordan la calificación de la prestación de servicios de los profesores de Religión.

a) **En centros educativos públicos: Profesor de Religión**

Los pronunciamientos judiciales en relación con los profesores de Religión son abundantes y variados, donde cabe destacar la evolución en la interpretación judicial.

Para resolver la cuestión litigiosa de forma previa, debemos partir de la especial naturaleza de la contratación del personal docente de la asignatura de Religión Católica, y de la existencia de numerosas reclamaciones judiciales de dicho colectivo, solicitando su total equiparación con la propia del personal docente interino de otras disciplinas o asignaturas.

La mayor parte de las sentencias analizadas coinciden en afirmar que, de conformidad a lo establecido en el Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, la Orden Ministerial de 16 de julio de 1980 y demás normativa complementaria, se establece que “en los niveles educativos la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza” y lo mismo sucede con el art. 3 de la Orden de 11 de octubre de 1982, a tenor del cual “los profesores de Religión y Moral Católica serán nombrados por la au-

⁷⁴ STSJ Cant. 20 septiembre 2007 (rec. 734/2007).

toridad correspondiente, a propuesta del ordinario de la diócesis”, añadiendo que “dicho nombramiento tendrá carácter anual y se renovará automáticamente, salvo propuesta en contra del mencionado ordinario, efectuada antes del comienzo de cada curso, o salvo que la Administración, por graves razones académicas y de disciplina, considere necesaria la cancelación del nombramiento, previa audiencia de la autoridad eclesiástica que hizo la propuesta.

Dicha relación ya es admitida por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, que añade un nuevo párrafo, a la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, en que se reconoce que los profesores que, no perteneciendo los cuerpos de funcionarios docentes, imparten enseñanza de Religión en los centros públicos en que se desarrollan las enseñanzas reguladas en esta ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar⁷⁵.

Otras sentencias, sin discutir la naturaleza de la prestación de servicios, aluden a la especialidad de la relación laboral descrita, indicando que se trata de una relación laboral “objetivamente especial que tiene, tanto un fundamento formal, pues ha sido establecida en un tratado internacional que se incorpora al ordenamiento interno con fuerza de Ley (arts. 94 de la Constitución Española y 1.5 del Código Civil), como material, en atención a las peculiaridades que concurren en la relación de servicios que se considera”⁷⁶.

b) **En centros educativos de titularidad privada: Profesores de actividades extraescolares, de Informática y de academias**

En el ámbito privado, la prestación de servicios del personal docente ha sido objeto de una interpretación que podría denominarse clásica, basada en la presencia o ausencia de la nota de dependencia.

Así pues, se considera que no es laboral el trabajo realizado por los profesores de actividades extraescolares en centros privados, porque no asisten a claustros, ni participan de otras actividades colegiales, nunca disfrutan o solicitan vacaciones, ni se les pagan pagas extraordinarias, no se sanciona la falta de asistencia u otras conductas con relación al servicio contratado, ejecutan el

⁷⁵ STSJ Cant. 5 noviembre 2001 (rec. 382/2000).

⁷⁶ STSJ Cant. 19 octubre 2001 (rec. 563/2000). En parecidos términos, véanse también las SSTSJ STSJ Cant. 10 octubre 2000 (rec. 1014/1998), STSJ Cant. 18 octubre 2001 (rec. 1008/1998) STSJ Cant 26 noviembre 2001 (rec. 392/2000) STSJ Cant. 6 septiembre 2002 (rec. 1014/2001). STSJ Cant. 17 mayo 2010 (rec. 238/2010).

servicio de profesor en cada materia, con plena autonomía e independencia, al no constar que esta estableciese respecto de algún profesor contratado, órdenes o instrucciones relativas a la forma en que debía realizar la prestación del servicio⁷⁷. En similares términos se pronuncia el TSJ de Cantabria, relativa a una profesora de Informática que se considera que no es laboral sobre la base de dos indicios. El primero, la aportación de materiales o herramientas de trabajo tales como el hardware y el software. El segundo, indicio de extralaboralidad es la realización de trabajo retribuido en otra empresa⁷⁸.

Por el contrario, en el caso de una profesora de música en una academia privada se considera que la prestación de servicios es laboral, toda vez que sin que sea necesario una estricta sujeción de los profesores a las indicaciones de la academia, otros aspectos son determinantes de la laboralidad, tales como la habitualidad, permanencia y disponibilidad para atender a las necesidades del centro y de los alumnos, el percibo de una retribución fija por número de alumnos y horas de clase impartidas que fijaba el empresario⁷⁹.

En consecuencia, resulta necesario analizar la casuística que puede presentarse en cada supuesto concreto para determinar cuál es la verdadera naturaleza jurídica del vínculo, sin que quepa establecer normas o principios generales para una determinada profesión o actividad, pues el modo y manera de realización de trabajo puede diferir enormemente de unos casos a otros y no cabe aplicar en todos ellos una misma calificación.

X. REPRESENTANTES DE COMERCIO, AGENTES COMERCIALES, AGENTES DE SEGUROS Y VENDEDORES DE CUPONES

Otro tipo de trabajadores que prestan servicios a caballo entre lo laboral y lo mercantil, son los agentes de comercio y otros profesionales de las ventas y/o la comercialización o distribución.

La actividad de representación comercial puede ser encauzada a través de tres relaciones jurídicas, cuyos límites aparecen en permanente conflicto: una tiene significado laboral común y es la que caracteriza a los denominados dependientes de comercio y se rige por el Estatuto de los Trabajadores; la segunda tiene carácter especial, la de los denominados representantes de comercio que se regula tanto en el artículo 2.1 f) del Estatuto de los Trabajadores como

⁷⁷ STSJ Cant. 24 abril 2006 (rec. 292/2006). En los mismos términos, véase también la STSJ Cant. 24 abril 2002 (rec. 341/2002).

⁷⁸ STSJ Cant. 11 diciembre 2003 (rec.1403/2003).

⁷⁹ STSJ Cant. 13 julio 2001 (rec. 477/2001).

en el Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto). Por último, nos encontramos también con la de significado mercantil regulada por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, desempeñada por los agentes mercantiles.

Las actividades de representación en el tráfico mercantil que se rigen por el Derecho laboral común se caracterizan por la presencia de todos y cada uno de los presupuestos que delimitan la laboralidad y se ejecuta por los denominados dependientes de comercio que ejercitan su labor dentro de la empresa. Por su parte, lo que caracteriza a la relación laboral especial, aunque es muy similar a la anterior, es la ausencia de manifestaciones externas y evidentes de dependencia laboral, fundamentalmente, por desempeñarse la prestación de servicios de representación fuera del centro de trabajo y al margen del estricto control del empresario. Finalmente, la relación excluida de la órbita laboral es la desempeñada por los agentes comerciales, cuya relación mercantil se regula en la Ley 12/1992 de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia y donde la nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación especial antes citada, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, radica esencialmente en la dependencia⁸⁰, en la medida en que se prevé que el agente pueda ser ajeno a los riesgos de la actividad que desempeña.

La doctrina judicial en cuanto a la concurrencia de esta nota de dependencia ha diferenciado entre las instrucciones sobre desarrollo de la actividad del intermediario y las instrucciones sobre las condiciones de realización del encargo recibido, siendo las primeras y no las segundas las relevantes para la determinación de si existe una relación laboral o mercantil, pues son las que sirven para identificar el centro en el que radica la titularidad del poder de decisión sobre las condiciones con sujeción a las cuales el trabajo debe desarrollarse⁸¹.

En las sentencias analizadas existe una serie de datos o circunstancias indiciarias que nos llevan a apreciar la existencia de la nota de dependencia, cuales son: la empresa obliga al actor a trasladarse, diariamente, a su delegación de zona para recibir instrucciones sobre los productos objeto de venta, estrategias comerciales, etc.; al ser diarias dichas reuniones es claro que está obligado a comparecer a las mismas; también está obligado a realizar una guardia, cada cierto tiempo, para atender a clientes propios o ajenos, lo que difícilmente casa con un trabajador independiente; y, además, no puede tomar las vacaciones libremente, sino que debe hacerlo poniéndose de acuerdo con

⁸⁰ STSJ Cant. 21 marzo 2007 (rec. 105/2007).

⁸¹ STSJ Cant. 20 diciembre 2001 (rec. 563 /1999).

los otros agentes comerciales; se le abona una retribución fija mensual muy superior al salario mínimo interprofesional⁸².

Por otra parte, también se ha delimitado el alcance de la asunción del buen fin de las operaciones y su distinción respecto del descuento de las comisiones sobre las ventas fallidas. Efectivamente, «mientras responder del buen fin o del riesgo y ventura supone hacerse cargo del precio o indemnización sustitutoria de la mercancía y objeto de la operación colocada, vendida e impugnada, por el contrario, la comisión es la participación en el tanto por ciento del precio conseguido y, así, mientras en el primer caso la responsabilidad del que actúa como mediador es de la totalidad de la operación porque lo hace por cuenta propia, aun cuando en nombre ajeno, por el contrario, el fracaso en el segundo caso, solo se extiende a la pérdida de la comisión o mejor, a que el derecho a la comisión no nazca, pero sin trascender al precio cuyo riesgo de pérdida u obtención corre por cuenta de la empresa en cuyo nombre se actuó⁸³.

Dentro de las labores de representación comercial, especial mención debe hacerse sobre la prestación de servicios del *agente de seguros* y la naturaleza de su vínculo contractual.

El artículo 3.5 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de mediación de seguros privados establece que la tarea de promoción de seguros se presente como una tarea adicional del trabajador, en el seno del propio contrato, o como una tarea netamente diferenciada de sus obligaciones laborales y amparada en un contrato de agencia.

La nota configuradora de la prestación de servicios, cuya concurrencia es controvertida, se sitúa en la retribución del agente y, más específicamente, las comisiones percibidas que pueden revelar claramente el contenido de la prestación laboral, estrechamente vinculado a la forma de cálculo de las retribuciones variables por comisiones derivadas de actuaciones de promoción comercial llevadas a cabo por terceros bajo su supervisión y control⁸⁴. Así pues, se viene a entender que las comisiones percibidas por un trabajador de la empresa por la actividad de promoción de seguros tienen naturaleza salarial y derivan del contrato de trabajo por razón de que tales funciones formaban parte de las tareas asumidas por el trabajador en su contrato de trabajo⁸⁵. Otros indicios de laboralidad se centran en la ausencia de potestad organizativa y de independencia, el no disponer de cartera de clientes propia, carece de medios materia-

⁸² STSJ Cant. 5 enero 2005 (rec. 860/2004). STSJ Cant. 11 mayo 2007 (rec. 393/2007).

⁸³ STSJ Cant. 11 mayo 2007 (rec. 393/2007).

⁸⁴ STSJ Cant. 26 diciembre 2003 (rec. 1260/2002).

⁸⁵ STSJ Cant. 2 octubre 2015 (rec. 604/2015). STSJ Cant. 7 de abril de 1999 (recurso 1523/1998).

les y está sometida al control y supervisión de la empresa y su retribución incluye una parte fija ⁸⁶.

Por otra parte, también se ha cuestionado la distinción entre agente y subagente de seguros que la jurisprudencia, a los efectos del encuadramiento en los ámbitos mercantil o laboral, sitúa en “la autonomía de su gestión», de modo que (continúa) si se evidencia que, en realidad, «no ostenta tal condición independiente frente a la empresa, por más que así lo declare el contrato suscrito entre ambas partes, sino que se halla subordinado a la misma y encuadrado en su precitado ámbito de organización y dirección, la solución será igual para ambos casos. Es decir, la concertación de uno u otro tipo de contrato solo tendrá efectos, en función de las reales características de la prestación desarrollada ⁸⁷. Por ello, es irrelevante que se haya pactado un contrato de agente y no de subagente. Lo fundamental es que, a pesar de la configuración formal del contrato, la prestación de servicios estaba sometida claramente a las órdenes e instrucciones concretas de su empleadora ⁸⁸.

Otra prestación de servicios con naturaleza cuestionada es la de vendedor de cupones. A este respecto, la doctrina judicial ha señalado que la verdadera naturaleza existente entre los vendedores de cupón pro ciegos de la organización ONCE y esta, es la correspondiente a la laboral común y no a la de representante de comercio, en atención a la que se efectuó el alta y cotización de este trabajador, sin que entienda que corresponde responsabilidad alguna de la entidad empleadora ⁸⁹.

En definitiva, los diferentes datos fácticos que constan en las resoluciones ponen de manifiesto que la relación contractual de un agente comercial, agente de seguros o vendedor de cupones no puede mantenerse como mercantil, cuando concurren las notas de ajenidad, dependencia o subordinación que conforman la relación laboral descrita en el art. 1.1 del ET.

XI. TRANSPORTISTAS CON VEHÍCULO PROPIO

Otra de las cuestiones de naturaleza jurídica que tradicionalmente se han planteado es la distinción entre contrato de trabajo y contrato de transporte. Cuando el transportista desarrolla su actividad con vehículo propio, en

⁸⁶ STSJ Cant. 13 enero 2017 (rec. 927/2016).

⁸⁷ STS 14 julio 2016 (rec. 539/2015).

⁸⁸ STSJ Cant. 18 enero 2013 (rec. 944/2012). STSJ Cant. 2 octubre 2015 (rec. 604/2015). STSJ Cant. 13 enero 2017 (rec.927/2016).

⁸⁹ STSJ Cant. 17 mayo 2006 (rec. 381/2006).

cuanto la misma puede ser incardinada en el Ordenamiento laboral, como trabajo retribuido por cuenta ajena y dependiente, o bien integrar una relación contractual de naturaleza mercantil –contrato de transporte–, en que el porteador, más que a una prestación de actividad, se compromete frente al comitente o cargador a un concreto resultado: el traslado y entrega de las mercancías al destinatario.

La novedad legislativa introducida por la Disposición final séptima de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, no excluye del ámbito laboral a toda prestación del servicio de transporte, ya que, a la vista de los requisitos considerados por aquel, dicha exclusión solo opera cuando concurren cumulativamente varios elementos, a saber: que el vehículo con el que se lleva a cabo dicho servicio sea propiedad de quien lo presta (o bien tenga sobre él un poder de disposición directo), lo realice al amparo de una autorización administrativa de la que sea titular y dicho vehículo sea comercial de servicio público. Los requisitos fijados en la norma delimitadora se fijan pues, mediante una serie de conceptos jurídicos que recogen nociones previamente definidas en otros preceptos legales correspondientes a la legislación estatal sobre transporte; una técnica que, por lo demás, tampoco es extraña a otras exclusiones contenidas en el art. 1.3 ET, puesto que no es la legislación laboral la que define, a título de ejemplo, la relación funcionaria o la estatutaria, ni la de los consejeros de sociedades o miembros de los órganos de administración, como tampoco la de los agentes de comercio.

Para determinar si nos encontramos ante una relación laboral o no, no basta con que el vehículo con el cual se efectúa el reparto sea inferior al indicado tonelaje, sino que es necesario que concurren todos los requisitos configuradores de la misma, que se definen en el artículo 1.1 ET, esto es: una prestación de servicios personal y voluntaria; retribución salarial; dependencia y ajenidad, expresada en la asunción del resultado del trabajo por parte del empleador con obtención de un beneficio y dependencia.

El hecho de que emplease el uniforme y el logotipo de la empresa tampoco es determinante a este efecto, como se admite en varios pronunciamientos de otras Salas de lo Social, como la de Castilla La Mancha (Sentencia de fecha 5.10.2006). Tampoco la circunstancia de que existiese un fijo abonado por la empresa, ya que el mismo puede deberse a una compensación de gastos (en este sentido se pronuncia la STSJ de Cataluña de 25.11.2009)⁹⁰.

A los efectos de identificar la realidad jurídica que el art. 1.3 g) ET describe y poniendo en relación estos con la regulación contenida en la legislación

⁹⁰ STSJ Cant. 27 agosto 2010 (rec. 752/2010).

estatal sobre transporte, ha de precisarse que la prestación de estos servicios solo se entenderá excluida del ámbito laboral cuando el transporte de mercancías es incardinable en el ámbito del transporte público, que según dispone el art. 62.2 de la Ley 16/87 de Ordenación del Transporte Terrestre, que se llevan a cabo por cuenta ajena y mediante retribución económica (mediante el correspondiente precio, en la dicción del art. 1.3 g) ET). De otro lado, la condición de ser titular de la correspondiente autorización administrativa no es un dato meramente formal y accesorio, sino que revela una relación jurídica bien determinada si se tiene en cuenta que, tal como se dispone en el art. 47.1 LOTT, aquella autorización constituye el título administrativo habilitante para el ejercicio de la actividad del transporte y de las actividades auxiliares y complementarias del mismo y que, por tanto, tiene como objetivo posibilitar una explotación con plena autonomía económica a riesgo y de quien la presta (art. 17 LOTT). En este sentido, no resulta superfluo recordar que tal autorización se somete al cumplimiento de una serie de requisitos (art. 48.1 LOTT), comenzando por las condiciones previas de carácter personal sobre nacionalidad, capacitación profesional y económica y honorabilidad para el ejercicio de la actividad (art. 42 LOTT). Además de estos requisitos personales, el art. 48 LOTT condiciona la obtención de la autorización administrativa para el transporte al cumplimiento de las obligaciones de carácter fiscal, laboral y social exigidas por la legislación vigente, junto con el de las condiciones específicas que se establezcan para las distintas clases o tipos de autorizaciones, requisitos todos ellos que se someten a control periódico por parte de la Administración.

La consideración conjunta de los requisitos exigidos para considerar no laboral la prestación del transportista con vehículo propio, evidencia que la realidad jurídica por aquel configurada es la prestación de resultado, que no de actividad realizada por el transportista al que las normas administrativas califican como empresario del transporte de mercancías por carretera, una vez habilitado para ejercer dicha actividad profesional por reunir las condiciones legalmente fijadas. El art. 1.3 g) ET cuestionado entiende, pues, excluido del Ordenamiento laboral el trabajo o actividad efectuado en desarrollo de una relación distinta a la descrita en el art. 1.1 ET, en tanto en cuanto la prestación del mencionado transportista no viene caracterizada por las esenciales notas de ajenidad y dependencia, al tratarse de relación concertada por un transportista autónomo.

El legislador ha considerado, pues, que debía diferenciar explícitamente esta relación del transportista de la propiamente laboral, dado que la misma prestación de servicios no puede entenderse incluida en el ámbito de aplicación de dos regímenes jurídicos distintos, y ello, hemos de insistir, con la plau-

sible finalidad de incrementar la seguridad jurídica en la calificación de la relación contractual controvertida.

Desde la perspectiva constitucional puede, por tanto, afirmarse que la delimitación negativa efectuada por el legislador responde a un criterio objetivo, como es el de la consideración como empresario autónomo del transporte de quien presta el servicio con la habilitación requerida por las normas administrativas. La distinción introducida según este criterio objetivo obedece, además, a una finalidad a la que nada cabe reprochar en términos constitucionales, puesto que la clarificación de los ámbitos laboral y mercantil, en lo que a las relaciones de transporte se refiere, no puede considerarse constitucionalmente ilícita. De otra parte, las consecuencias jurídicas que se derivan de la cuestionada delimitación tampoco adolecen de una desproporción que pudiera resultar constitucionalmente reprochable, puesto que, incluso considerando los especiales caracteres y finalidades del ordenamiento laboral del cual se entienden ahora excluidas estas relaciones, no cabe duda de que tal efecto se adecua, precisamente, a la finalidad expuesta, en tanto no es un resultado constitucionalmente desmedido que el transportista habilitado administrativamente para el trabajo autónomo se someta a un régimen jurídico distinto del aplicable a las relaciones dependientes y por cuenta ajena, precisamente por considerarse un supuesto objetivamente distinto a ellas⁹¹.

XII. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

Otro grupo de trabajadores cuya prestación de servicios también ha tenido una naturaleza controvertida ha sido el de los trabajadores al servicio de las Administraciones públicas, encontrándose cuestiones litigiosas relacionadas con el personal eventual, en concreto, coordinador de actividades deportivas.

Como es sabido, junto a funcionarios y personal laboral, se prevé, en la actualidad, una tercera categoría de empleado público, el llamado personal eventual. Se trata de aquellas personas que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, realizan funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especializado, siendo retribuidas con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin. El nombramiento y cese son libres y, en todo caso, el cese tendrá lugar automáticamente al de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento. A este perso-

⁹¹ STSJ Cant. 20 febrero 2006 (rec. 101/2006).

nal le será aplicable, en los que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera (art.12 EBEP).

La estricta naturaleza jurídica funcional de este personal no ha sido una cuestión clara. Como señala la Sala “lo importante, sin embargo, a efectos de atribución jurisdiccional, es la indudable naturaleza administrativa y no laboral de tales desempeños, sea o no estrictamente funcional”. No es laboral la prestación de servicios cuando el trabajador organizaba los eventos deportivos del Ayuntamiento, coordinaba la actividad deportiva, e informaba al concejal de Deportes de los desperfectos que observaba en las instalaciones deportivas. Por lo tanto, labores que, si no se consideran directivas, si lo son de asesoramiento y coordinación⁹². Para distinguir entre los contratos administrativos y los laborales, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo estableció que en la normativa administrativa lo que estaba previendo era la contratación con carácter administrativo para la posibilidad de llevar a cabo un «trabajo de tipo excepcional, pues su objeto no es una prestación de trabajo como tal, sino un «trabajo específico», es decir, un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final». La procedencia de la contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, es decir, a que se refiera «a la realización de un trabajo específico, concreto y no habitual», entendido como producto delimitado de la actividad humana, en atención a la persona que lo presta⁹³.

a) Profesora de Música

En un primer pronunciamiento sobre la relación laboral de una profesora de Música, el tribunal destaca que es fundamental analizar la casuística que puede presentarse en cada supuesto concreto para determinar cuál es la verdadera naturaleza jurídica del vínculo, sin que quepa establecer normas o principios generales para una determinada profesión o actividad, pues el modo y manera de realización de la misma puede diferir enormemente de unos casos a otros y no cabe aplicar en todos ellos una misma calificación⁹⁴.

Teniendo en cuenta esta premisa, se considera relación laboral el trabajo de profesora de Música celebrado con un ayuntamiento, porque se ejecuta bajo dependencia y el control de la prestación de trabajo, en la medida en que la

⁹² STSJ Cant. 17 mayo 2016 (rec. 295/2016). STSJ Cant. 10 agosto 2004 (rec. 835/2004).

⁹³ STSJ Cant. 29 junio 2006 (rec. 521/2006).

⁹⁴ STSJ Cant. 10 agosto 2004 (rec. 835/2004).

trabajadora no goza de autonomía alguna a la hora de elegir los alumnos, el precio de las clases o el horario de impartición de aquellas⁹⁵. En esta misma línea interpretativa, la Sala se pronuncia a favor de la laboralidad sobre la base del carácter laboral de la relación enjuiciada, bastando con la fijación del horario global por el demandado, sin que sea necesario una estricta sujeción de los profesores al indicado, por la habitualidad y permanencia y su disponibilidad a las necesidades del centro y los alumnos, estando incluidos en el ámbito organizativo y rector del empresario demandado, percibiendo una retribución fija por número de alumnos y hora de clase impartidas que fijaba el demandado sin participación alguna en la gestión de los recursos económicos que procedían de matrículas, cuotas y subvenciones. La ajenidad del trabajo, es decir, la atribución de los frutos del mismo a un tercero es clara y, aunque la sujeción a la dirección de la empresa esté diluida por una cierta libertad de horario dentro del conjunto que fija el demandado, apareciendo la única responsabilidad del negocio por el demandado, que es quien determina las clases a impartir, sin participar en riesgos los actores, ni concurrir elementos que permitan sostener que existe relación mercantil de algún tipo entre los litigantes, lo que supone la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida en cuanto a la excepción opuesta de competencia de este orden jurisdiccional»⁹⁶.

b) **Conserje y limpieza de colegio público**

La determinación de si una relación entre partes tiene o no naturaleza laboral sabemos que no depende de cómo la denominen o califiquen las partes, sino que son lo que son y tienen la naturaleza que le es propia, es decir, prima la verdad material o real frente a la declarada y si las entidades públicas actúan como empresarias no es posible desconocer en sus relaciones con terceros el carácter laboral que les tenga unidos, habiendo declarado la jurisprudencia que la naturaleza administrativa de un contrato tiene que estar autorizada por una norma con carácter de Ley y que es el sometimiento de las partes a dicha norma lo que caracteriza a la relación como diferente de la laboral. De lo dicho anteriormente, el objeto del contrato que une al Ayuntamiento con el trabajador tiene que ser considerado de claro carácter laboral, aun cuando esta naturaleza se ocultó bajo la apariencia de una relación administrativa, naturaleza

⁹⁵ STSJ Cant. 10 agosto 2004 (rec. 835/2004).

⁹⁶ STSJ Cant. 10 diciembre 2001 (rec. 855/2000).

indudable por la finalidad perseguida y la presencia de notas configuradoras de laboralidad⁹⁷.

c) **Adjudicatario del servicio de conserjería y limpieza de polideportivo municipal**

En un caso de prestación de servicios de limpieza y conserjería en un polideportivo municipal se debe atender a la real finalidad de la contratación y el modo en que se hace efectiva, no a la mera denominación que le otorguen las partes, ni a datos tales como la emisión por el actor de facturas con el IVA correspondiente a actividades económicas y su alta en el IAE y RETA que, precisamente, además de la voluntad de las partes, obedece a dicha formalidad contractual administrativa. Se matiza que el hecho de que exista disponibilidad horaria en la jornada pactada que se establece anualmente no impide tal calificación. También la retribución mantenida mes a mes, sin que el actor asuma ningún tipo de riesgo económico en la actividad contratada, percibiendo, incluso, al modo de un laboral, retribución específica por el exceso de jornada, se considera un dato más que avala la contratación laboral⁹⁸.

d) **Asistente técnico vinculado a una Administración pública**

Se considera laboral la actividad de asistente técnico vinculado a una Administración, en la medida en que lo fundamental para determinar la adscripción al área de la contratación administrativa, con exclusión de la laboral, no reside en la naturaleza del servicio prestado, sino en la existencia de una norma con rango de Ley que la autoriza y su sometimiento a la misma, lo que significa que, en ocasiones, solo el bloque normativo regulador del contrato, por libre decisión de quienes lo conciertan, de acuerdo con las Leyes, es capaz de diferenciar una y otra modalidad contractual y que para desvirtuar la presunción del art. 8.1 del ET ha de existir un contrato, regido y amparado en normas administrativas en virtud de las cláusulas incorporadas al mismo⁹⁹.

⁹⁷ STSJ Cant. 5 octubre 2001 (rec. 510/2000).

⁹⁸ STSJ Cant. 29 junio 2006 (rec. 521/2006).

⁹⁹ STSJ Cant. 3 noviembre 2005 (rec. 795/2005).

e) **Analista programador para un Ayuntamiento**

No es laboral la prestación de servicios desempeñada por un analista programador en un ayuntamiento por el hecho de que el funcionario interino no ejercitase labores de función pública, en sentido estricto, sino de apoyo instrumental a aquella, ni estar contemplado su puesto de trabajo en la relación de los correspondientes a su destino, no atendiendo a la forma de la contratación, sino a su finalidad por desbordar los límites de la temporalidad y urgencia del refuerzo administrativo, porque se trata de pretensiones deducidas por funcionario interino para que se declare el carácter laboral de su relación, lo que implica impugnación –directa o indirecta– del vínculo funcional establecido ¹⁰⁰.

f) **Monitor de natación en un Ayuntamiento**

Se considera que es relación laboral al entenderse que existe retribución a pesar de que el pago se realice mediante sobres ¹⁰¹.

g) **Becario en una Fundación**

Se considera laboral la prestación de servicios realizada por un becario porque se aprecian indicios que permiten aplicar la presunción de laboralidad que establece el art. 8 ET, puesto que las notas de dependencia y ajenidad propias de las relaciones laborales concurren en la prestación de servicios. En concreto, la nota determinante es, una vez más, la dependencia, sin que esta nota pueda entenderse desvirtuada por el hecho de que se contase con flexibilidad horaria, ya que no se ha acreditado de contrario, que la misma sea ilimitada y, además, puede justificarse por las propias peculiaridades de la actividad que desempeña. Asimismo, tampoco se considera un índice relevante el sistema de remuneración elegido, previa emisión de las correspondientes facturas y el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, al constituir tales datos, meros elementos externos que permiten otorgar una cobertura formal al contrato ¹⁰².

¹⁰⁰ STSJ Cant. 3 octubre 2005 (rec. 651/2005).

¹⁰¹ STSJ Cant. 27 enero 2003 (rec. 1286/2002).

¹⁰² STSJ Cant. 29 julio 2009 (rec. 599/2009).

XIII. VARIA

Un último grupo de sentencias se refieren a actividades variadas que tienen en común que se haya cuestionado la laboralidad o no de la prestación de servicios que desempeñan. A nivel de la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria, destacan actividades relacionadas con el montaje, mantenimiento y asistencia técnica; protección civil, esteticistas, entre otros.

a) **Electricista**

En relación con la profesión de electricista, teniendo en cuenta la autonomía profesional de este colectivo, la relación es laboral o no, dependiendo de su ejercicio en el ámbito de organización y dirección del empleador o como prestación personal de servicios autónoma. La presunción «iuris tantum» a favor de la existencia del contrato de trabajo que reconocen los artículos 1.1 y 8.1 el ET, cede si, como se expresa en la doctrina jurisprudencial, queda desvirtuada por la prueba acreditativa de que el contrato entre las partes es un arrendamiento de servicios ¹⁰³.

b) **Trabajadores de protección civil, prevención y extinción de incendios**

La protección civil es un servicio público en cuya organización, funcionamiento y ejecución participan las diferentes administraciones públicas, así como los ciudadanos mediante el cumplimiento de los correspondientes deberes y la prestación de su colaboración voluntaria. Señala la Sala que, como cabe deducir de dichas normas, lo que caracteriza la existencia de una relación jurídica de voluntariado es el compromiso libre y altruista de prestar un servicio de forma solidaria y no retribuida.

Coincide con lo previsto en el art. 1.3º letra d) del Estatuto de los Trabajadores, al aludir a «Los trabajos realizados a título de benevolencia»; siendo esta finalidad la nota fundamental que permite diferenciar la realización de actividades de voluntariado de la prestación de servicios laborales, toda vez que el voluntario también actúa y presta servicios bajo la organización y dirección de la entidad con la que colabora y se encuentra sometido a las órdenes e

¹⁰³ STSJ Cant. 6 septiembre 2006 (rec. 592/2006).

instrucciones impartidas por la misma, de manera semejante a la que el art. 1.1º del ET establece para cualquier relación laboral, pudiendo estar obligado a respetar un horario de trabajo y jornada similar a la de todo trabajador por cuenta ajena, debiendo realizar sus tareas con idéntica o similar dedicación y sometimiento. Así se desprende de los arts. 6 y 7 de la Ley del Voluntariado, que regulan los derechos y deberes de los voluntarios estableciendo grandes concomitancias en algunos casos con los que son propios de toda relación laboral, para reconocer, de esta forma, que la realización de estas tareas igualmente exige una disciplina, orden y sometimiento a las instrucciones de la organización, que pueden llegar a ser muy similares a las de una relación laboral, con las lógicas diferencias derivadas de la inexistencia de un contrato de trabajo y la inexigibilidad, por consiguiente, de ciertos comportamientos y actuaciones entre ambas partes.

Lo que permite distinguir si concurre o no una relación laboral, no es por tanto el modo de realización de sus funciones por los voluntarios, en relación con un horario, jornada o sometimiento a las órdenes y directrices de la asociación o entidad con la que colaboran, sino que en muchas ocasiones habrá de estarse únicamente al elemento subjetivo y finalista que lleva al ciudadano a realizar estas tareas para llegar a la correcta calificación jurídica las mismas. «Es por ello que la existencia o no de una contraprestación económica constituye el criterio fundamental para distinguir ambas situaciones, teniendo en cuenta el problema que plantea el que también los voluntarios pueden recibir una compensación económica por los gastos realizados para desempeñar su actividad y tienen derecho a reclamar el reembolso de los mismos (art. 6 de la Ley 6/1996); lo que en ciertos casos generará enormes dudas para determinar hasta qué punto esta eventual retribución únicamente tiene como finalidad compensar los gastos, o realmente supone una contraprestación a modo de salario por el trabajo realizado» (STSJ de Cataluña de 6 de octubre de 2003, rec. 4241/2003) ¹⁰⁴.

c) **Esteticista**

La actividad realizada por las esteticistas es, por regla general, de naturaleza laboral, aunque no se exija un control constante del empresario una vez dadas las órdenes y siempre que la contraprestación sea satisfactoria ¹⁰⁵.

¹⁰⁴ STSJ Cant. 30 marzo 2015 (rec. 1038/2014).

¹⁰⁵ STSJ Cant. 29 enero 2001 (rec. 701/1999).

d) Servicios de limpieza para comunidad de propietarios

La naturaleza de la prestación de servicios de limpieza para varias comunidades de propietarios no es laboral cuando actúa con absoluta libertad respecto al horario de ejecución, de forma que puede coordinar libremente su actividad en dicha comunidad con la que desarrolla, en otras. También provee del material de trabajo necesario con cobro posterior a la comunidad y quien organiza y gestiona su forma de trabajo; falta, por lo tanto, la nota de dependencia que es necesaria para apreciar la existencia de una relación de naturaleza laboral.

Conviene precisar, como dato irrelevante en la determinación de la naturaleza jurídica, que perciba una retribución euros mensuales por la prestación de servicios de limpieza, cantidad que abonaba en mano hasta el año 2011, cuando empezó a efectuar los pagos mediante ingresos en la cuenta corriente; esta circunstancia, a juicio del tribunal, no justifica que tal pago se corresponda con la retribución de un servicio prestado por cuenta ajena y de significado laboral, sino de un arrendamiento de servicios¹⁰⁶.

e) Penados

Los penados tienen derecho a un trabajo remunerado reconocido constitucionalmente y que únicamente se configura como relación laboral especial la actividad que desarrollan los reclusos, consistente en un trabajo productivo por cuenta ajena en el interior de los establecimientos penitenciarios, excluyéndose otras actividades como las de formación profesional, estudio, actividades artesanales...¹⁰⁷.

La conclusión a la que llegan tales sentencias es la de estimar que el despido disciplinario, con todas las connotaciones jurídicas que tiene en el Estatuto de los Trabajadores, constituye una institución ajena a la relación especial de los penados en establecimientos penitenciarios.

¹⁰⁶ STSJ Cant. 21 octubre 2015 (rec. 645/2015).

¹⁰⁷ STSJ Cant. 30 diciembre 2000 (rec. 1076/2000), STSJ 20 noviembre 2001 (rec. 894/2001).

CAPÍTULO XIII

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

JOSÉ MANUEL GARCÍA BLANCA
Abogado. Doctor en Derecho

SUMARIO: I. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.* a) Trabajos amistosos. b) Trabajo no remunerado. c) Trabajos familiares. d) Trabajo por cuenta propia. e) Especial atención a voluntariado y cooperantes. f) Trabajos de familiares.–II. *Actividades religiosas.*–III. *Actividades sindicales y políticas.*–IV. *Socios, administradores, directores.*–V. *Socios cooperativistas.*–VI. *Relaciones con causa formativa.* a) Becarios. b) Actividad docente impartiendo curso de formación.–VII. *Actividades deportivas.* a) Asesor deportivo. b) Deportista profesional.–VIII. *Espectáculos públicos.* a) Artistas. b) Banderilleros. c) Otros.–IX. *Profesionales liberales.* a) Asesor jurídico de sindicato. b) Abogado (asesor jurídico). c) Enólogo.–X. *Personal sanitario.* a) Médicos y odontólogo. b) Fisioterapeuta. c) Psicóloga. d) Podólogo. e) ATS-practicantes.–XI. *Profesionales de la comunicación.* a) Periodista. b) Reportero gráfico. c) Redactora literaria.–XII. *Comerciales, agentes, vendedores.* a) Agentes. b) Vendedor de la ONCE y persona de asistencia.–XIII. *Transportistas.*–XIV. *Servicios prestados a la Administración.* a) Contrato administrativo de arrendamiento de servicios para gestión. b) Arquitecto que trabaja para Ayuntamiento. c) Letrado de Ayuntamiento. d) Responsable de prensa: periodista. e) Servicio de apertura de centro escolar y limpieza. f) Empleados encargados de piscina municipal.–XV. *Actividades de alterne y similares.*–XVI. *Varios.* a) Guías turísticos. b) Servicio en el hogar familiar. c) Otros.

I. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD

a) **Trabajos amistosos**

Los trabajos realizados por amistad, benevolencia o buena vecindad a que se refiere el art. 1.3 d) del ET se caracterizan por referirse a pequeñas actividades, de escasa entidad, que se llevan a cabo en el marco de una relación de amistad, vecindad o relación familiar que la justifica, sin ánimo de lucro y, por tanto, no pretendiendo con ello remuneración.

Sin embargo, lo cierto es que el tipo de actividad que realizaba el fallecido presenta un marcado carácter profesional, de evidente riesgo, propio del quehacer habitual de la empresa y que excede a todas luces de lo que en el común entender puede considerarse trabajo marginal, prestado por benevolencia o pura amistad, sin ánimo lucrativo, por lo que debe concluirse que, entre el trabajador y la empresa demandada, existía una relación laboral, debiendo desestimarse por ello el motivo de recurso examinado¹.

b) **Trabajo no remunerado**

Concurren las notas de ajenidad, dependencia y salario cuando la retribución se lleva a cabo a través del procedimiento de casa-habitación, estando sometido al poder organizativo y directivo del empleador².

c) **Trabajos familiares**

No existe relación laboral en los trabajos que lleva a cabo el esposo de la socia y administradora única de la empresa cuando los trabajos que se llevan a cabo en la gestión de la sociedad están desprovistos de cualquier dependencia³; o son propios de la relación de convivencia⁴.

¹ STSJ Castilla-La Mancha, 22 abril 2010 (rec. 69/2010).

² STSJ Castilla-La Mancha, 19 junio 2008 (rec. 1092/2007).

³ STSJ Castilla-La Mancha, 16 marzo 2006 (rec. 1412/2004); 30 enero 1999 (rec. 315/1998).

⁴ STSJ Castilla-La Mancha, 31 marzo 1995 (rec. 1139/1994).

d) Trabajo por cuenta propia

Son como notas típicas de la relación arrendaticia de servicios las relativas al alta en el IAE, así como en el RETA, el cobro de honorarios por cada uno de los trabajos realizados con aplicación del IVA y deducción del IRPF, realización del trabajo en el taller o centro de trabajo propio del ejecutor del mismo, sometido a su propia organización, sin sometimiento a horario laboral previamente pactado, ausencia de vacaciones retribuidas por la empresa, ausencia de abono de gastos de material, dietas, etc.⁵.

e) Especial atención a voluntariado y cooperantes

La exclusión del voluntariado del ámbito del contrato de trabajo permite *ab initio* negar el vínculo laboral entre los voluntarios y las entidades sin ánimo de lucro donde colaboran (o prestan servicios de forma habitual). El art. 1.1º letra d) ET y la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado amparan esta situación, si bien la presencia de elementos característicos de la relación laboral (abono periódico de una suma a modo de retribución) puede generar dudas sobre la naturaleza del vínculo que une al voluntario con la entidad.

El voluntario no deja de ser voluntario por su deseo de que el organismo para el que trabaje (sic) le abone a modo de compensación una suma que le indemnice por los gastos que su voluntariado le genere. El actual diseño del voluntariado de “diseño plurimotivacional institucionalizado”⁶ ha dado lugar a que el voluntario tenga una cierta expectativa de que su trabajo, aún a título gratuito, va a ser *retribuido*, sino con un salario, pues su vínculo excluye esta posibilidad, con el abono de una determinada cantidad.

El abono de esta suma no transforma la relación entre la entidad y el voluntario en un vínculo laboral, aunque, en tanto que indicio, habrá que estar a la concurrencia del resto de los elementos que configuran el contrato de trabajo *ex art. 1.1 ET*, si es compensación por gastos o contraprestación a modo de salario deberá ser objeto de análisis caso por caso⁷.

Repárese en el efecto que tiene la extra laboralidad del voluntario, pues cualquier litigio será conocido por el orden civil.

⁵ STSJ Castilla-La Mancha, 1 diciembre 2005 (rec. 1159/2004).

⁶ STSJ Castilla-La Mancha, de 12 de julio (rec. 940/2007)

⁷ STSJ Castilla-La Mancha, 12 julio 2007(rec. 798/2006) y 12 julio 2007 (rec. 1481/2005).

f) **Trabajos de familiares**

Nada impide el hecho de que exista una relación laboral, entre empresario y familiar (cuñado), si concurren en ese vínculo todas las notas establecidas en el artículo 1.1 ET, máxime cuando estas circunstancias han sido apreciadas por la Inspección de Trabajo⁸.

II. ACTIVIDADES RELIGIOSAS

Ha sido abundante la litigiosidad generada por los profesores de Religión desarrollan su labor en centros educativos públicos y cuya evolución normativa pivotó desde el nombramiento del docente por el ordinario para las enseñanzas que se llevaran a cabo en los centros públicos de Educación Primaria y que no fuera personal docente de la administración y posterior designación académica, hasta la consideración de una relación laboral “objetivamente especial” que proclamó el TS. La asignación a la administración educativa como empleadora lo fue a todos los efectos y la legislación comunitaria reconoció el carácter indefinido de la relación laboral⁹, todo ello sin perjuicio de que los Estados miembro concretaran los requisitos profesionales esenciales para estas actividades¹⁰.

La especialidad de la relación laboral, superada la ancestral designación eclesiástica por el Ordinario de turno, residenció en el Orden Social el conocimiento de los litigios que en materia retributiva pretendía el reconocimiento de los servicios previos prestados, en unos casos, declarando la incompetencia de jurisdicción del Orden Contencioso Administrativo¹¹, en otros, simplemente reconociendo el derecho del docente, si bien con las limitaciones previstas en el EBEP¹².

III. ACTIVIDADES SINDICALES Y POLÍTICAS

La calificación jurídica de la relación entre sindicatos y el personal que presta servicios es compleja, pues el vínculo asociativo que con carácter gene-

⁸ STSJ Castilla-La Mancha, 6 marzo 2012 (rec. 84/2012).

⁹ Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio.

¹⁰ Directiva 2000/78/CE, del Consejo de 27 de noviembre.

¹¹ STSJ Castilla-La Mancha, Sala Cont., 19/2000, de 1 de abril de 2003.

¹² STSJ Castilla-La Mancha, 18 diciembre 2009 (rec. 454/2009).

ral identifica esta relación puede ser laboral si concurren las notas que caracterizan el contrato de trabajo.

El mandato estatutario o también llamado contrato por “mandato sindical” puede tener su origen en la elección del dirigente sindical por los afiliados o por los órganos de dirección del sindicato o por ser designado liberado sindical con cargo a horas sindicales (a jornada completa o parcial). En todos estos casos no existe vínculo jurídico de naturaleza laboral con el sindicato de manera que las desavenencias que puedan surgir en el desempeño de su actividad deben ventilarse ante la jurisdicción civil.

En el ámbito organizativo sindical se distingue entre el personal llamado “de estructura” con vínculo laboral y ajeno de toda labor de gestión y dirección sindical, de origen no electo, ni mandato temporal y regulado por la normativa laboral y/o convencional; de quien posee una vinculación sindical por mandato de los afiliados y dirección del sindicato y que integra los llamados “cuadros sindicales” con funciones de dirección y proselitismo sindical. La identidad de cometidos que sindicalistas y trabajadores de estructura realizan al compartir un mismo paraguas ideológico y/o colaborativo (es normal que la contratación o afiliación se lleve a cabo entre afiliados) puede confundir desde una perspectiva formal la realidad del vínculo y de la actividad desarrollada (es decir, que lo que es un sindicalista pretenda ser personal de estructura); con todo, el mero trabajo voluntario que realiza el sindicalista, derivada su militancia por la asociación con el sindicato, determina que su actividad quede identificada en sentido orgánico con el sindicato fuera del marco del contrato de trabajo. La exclusividad con la que generalmente desempeñan sus funciones los sindicalistas no puede ser elemento suficiente para integrar su labor dentro del contrato. Por tanto, habrá que entender como sindicalista aquella persona elegida para realizar funciones de representación sindical en el marco de una relación asociativa (medie o no compensación económica), en tanto que por trabajador, habrá de considerarse a quien presta servicios en régimen de ajenidad y retribución, sin –nota negativa– la existencia de responsabilidad sindical¹³.

IV. SOCIOS, ADMINISTRADORES, DIRECTORES

La discusión sobre la naturaleza laboral o mercantil de la relación que existe entre los socios, administradores o directores y las sociedades que repre-

¹³ STSJ Castilla-La Mancha 14 junio 2018 (rec. 243/217); 5 noviembre 2001 (rec. 1419/2001); 14 diciembre 2010 (rec. 1134/2010).

sentan o en la que participan es clásica, sobre todo cuando la discusión de su vínculo se produce con ocasión de su cese.

En principio, las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son actividades típicas de los órganos de administración de las compañías, cualquiera que sea la forma que adopte dicho órgano, bien sea consejo de administración, administrador único u otra forma permitida por la ley. La naturaleza de esa relación impide considerar que su función sea meramente consultiva o de consejo u orientación, pues le compete de forma directa la ejecución, dirección, ejercicio de la gestión y representación de la compañía. Este aspecto que se ha venido denominando “la realización de cometidos inherentes” a la condición de administrador de la sociedad, encaja en el desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan forma jurídica de sociedad y por eso quedan excluidos de la condición de laboralidad, *ex art. 1.3.c.) ET*¹⁴. Répárese que el *nomen iuris* no define la naturaleza de la relación¹⁵.

Inicialmente lo que define la relación como mercantil o laboral no es el contenido de las funciones, sino la naturaleza de su vínculo, siendo posible calificar como laboral aquellas relaciones de trabajo en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección, sino como común, donde el trabajador desempeña simultáneamente cargos de administración de la sociedad en el marco de un contrato de trabajo¹⁶. Entonces la dependencia del órgano de administración como elemento opuesto a la autonomía en la toma de decisiones sociales se erige como elemento esencial para calificar la relación laboral o mercantil. La relación con la sociedad será laboral si no existe una autonomía suficiente para desarrollar el objeto social; por el contrario, será mercantil, si en lugar de mantener una posición pasiva respecto de las decisiones tiene amplias facultades para desarrollar el objeto social con amplitud de funciones y competencias¹⁷, realizando otras tareas distintas de las de su acción en otras sociedades, llevando a cabo su trabajo en función de la cuota de participación de la sociedad, sin que concurra la nota de dependencia al ser miembro del máximo órgano de administración¹⁸; o cuando se es accionista mayoritario y administrador mancomunado de una mercantil¹⁹.

¹⁴ STSJ Castilla-La Mancha, 4 febrero de 2016 (rec. 1705/2015).

¹⁵ STSJ Castilla-La Mancha, 21 octubre 2006 (rec. 805/2005); 31 julio 2006 (rec. 394/2006).

¹⁶ STSJ Castilla-La Mancha, 17 septiembre 2018 (rec. 1130/2017).

¹⁷ STSJ Castilla-La Mancha, 29 mayo 2017 (rec. 66/2017); 4 febrero 2019 (rec. 1797/2018).

¹⁸ STSJ Castilla-La Mancha, 24 enero 2012 (rec. 53/2012).

¹⁹ STSJ Castilla-La Mancha, 30 octubre 2008.

A idéntica solución respecto de la extralaboralidad de la relación debemos llegar si el accionista es socio en la explotación de una discoteca, pero sin mayor intervención que la que deriva de su participación social²⁰; o cuando, aun siendo socio minoritario es administrador mancomunado de la empresa, por y realiza actividades ajenas a la misma²¹.

V. SOCIOS COOPERATIVISTAS

La relación asociativa del socio con la cooperativa impide identificar dicha relación con la de un trabajador y su empleador por más que esta “relación societaria”, v.r., pueda tener ciertos aspectos que aproximen el régimen del socio con el de trabajador por cuenta ajena. Esta diferencia evita que sea aplicable la normativa básica laboral (ET), o el convenio colectivo de sector, o la normativa comunitaria, por no ampararse su relación en la legislación laboral, sino en la legislación societaria propia, ni, por último, tampoco será, la jurisprudencia sobre reconocimiento de laboralidad y derechos implícitos a dicha declaración²².

El hecho de que a normativa estatal atribuya una serie de derechos y en concretas circunstancias a los socios cooperativistas (reconocimiento de los derechos subrogatorios, cuando se extinga la contrata que afecta a personal de la cooperativa), pues la extensión de este derecho no va más allá del estricto contenido que la norma estatal otorga²³.

Por eso para el enjuiciamiento de la legalidad de la contratación que, con terceros, realice la cooperativa de la prestación de servicios de sus socios, ha de tenerse en cuenta, que son los socios que la integran los que trabajan y que son ellos los que recibirán los resultados prósperos o adversos de la entidad, en definitiva, quien en términos del art. 1.1 ET *asumen el riesgo y buen fin de la actividad y operación*²⁴.

Repárese la importancia del anterior dato, pues desde la perspectiva de una posible cesión ilegal de socios cooperativistas a terceros, no existirá enriquecimiento ilícito del prestatario, sino al contrario, serán los socios cedidos (sic) quienes verán lucrada su posición mediante la prestación del servi-

²⁰ STSJ Castilla-La Mancha, 4 noviembre 2004 (rec. 1206/2004).

²¹ STSJ Castilla-La Mancha, 15 febrero 1999 (rec. 1588/1998).

²² STSJ Castilla-La Mancha 27 septiembre 2007 (rec. 2007/1099).

²³ STSJ Castilla-La Mancha, 4 octubre 2007 (rec. 1248/2007).

²⁴ STSJ Castilla-La Mancha, 19 abril 2007 (rec. 1295/2005).

cio en el tercero, lo que desdice la *ajenidad del riesgo* inherente a toda relación laboral²⁵.

Y es especialmente interesante la polémica suscitada sobre la relación de los socios aspirantes cuando, al hilo de lo anterior –prestación de servicios para terceros–, pudiera modificar su condición asociativa por encubrir una relación laboral. La identidad de derechos y obligaciones que posee el socio aspirante con el socio de pleno derecho no parece que mute su condición²⁶, salvo cuando exista un claro caso de fraude²⁷.

El socio cooperativista en el ámbito de su relación poseerá, al igual que cualquier trabajador, aunque con sus especialidades propias y por eso su expulsión (despido) deberá cumplir determinadas exigencias formales²⁸; y está sometida al análisis bajo los mismos parámetros decisorios (prohibición de infracción de derechos fundamentales)²⁹.

VI. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA

a) **Becarios**

La delimitación de la relación laboral y la que es propia del becario es compleja, pues en ambas, para el desarrollo de esa actividad, se abona una suma, lo que exige concretar la finalidad de la beca. El importe de la beca no constituye una retribución de servicios. La esencia de la beca es prestar ayuda económica o de cualquier tipo al becario para hacer posible una formación adecuada al título que pretende o que ostenta, bien en el centro que concede la beca o en otro centro distinto. El importe de la beca no retribuye servicios solo el estudio. La relación laboral no contempla este aspecto formativo y retribuye los servicios prestados por cuenta y orden del empleador, con independencia de que el trabajo pueda tener un efecto sobre la formación por la experiencia³⁰.

La naturaleza de la beca, en muchas ocasiones, impide, por su cuantía, que sea considerada como medio de subsistencia y, por tanto, se identifique como salario, sin que la distinción entre curriculares o extracurriculares sea un elemento definitorio de su carácter laboral o extralaboral³¹.

²⁵ STSJ Castilla-La Mancha, 26 enero 2007 (rec. 1534/2005).

²⁶ STSJ Castilla-La Mancha 31 enero 2008 (rec. 1719/2008).

²⁷ STSJ Castilla-La Mancha, 26 abril 2018 (rec. 610/2017).

²⁸ STSJ Castilla-La Mancha, 25 abril 2014 (rec. 93/2014).

²⁹ STSJ Castilla-La Mancha, 13 septiembre 2018 (rec. 641/2018) y 16 octubre 2018 (rec. 998/2018).

³⁰ STSJ Castilla-La Mancha, 22 junio 2006 (rec. 482/2006).

³¹ STSJ Castilla-La Mancha, 17 diciembre 2018 (rec. 1515/2017); 19 octubre 1999 (rec. 629/1999).

b) **Actividad docente impartiendo curso de formación**

La impartición de diversos cursos, previamente programados según las estipulaciones fijadas al efecto en las aludidas órdenes, determinante de las subvenciones conferidas al efecto a la entidad demandada, la cual aportaba tanto las instalaciones, como todo el material necesario para el desarrollo de los cursos, seleccionando igualmente a los alumnos, y proponiendo, para su autorización, el oportuno programa, haciendo efectivas las retribuciones percibidas por el accionante con cargo a la subvención de forma variable en función de la duración del curso, de las clases impartidas y de los alumnos del mismo, constituyen notas propias de una relación laboral³².

Sin embargo, no concurre la condición de trabajador cuando se suscribe un contrato administrativo entre el Ministerio de la Vivienda y un monitor de un programa educativo en el marco de un plan de recuperación de pueblos abandonados, al gestionar este el plan y asumir el coste íntegro de la formación³³.

VII. ACTIVIDADES DEPORTIVAS

a) **Asesor deportivo**

La prestación de servicios como asesor deportivo dentro de la organización y dirección de la entidad es esencial para poder identificar la existencia de una relación laboral, de modo que la independencia en su gestión deportiva, a pesar de la percepción de una cantidad fija mensual no desvirtúa el vínculo civil³⁴. Lo mismo sucede cuando el director deportivo realiza ese cometido a pesar de haber tenido en el pasado una relación profesional³⁵.

b) **Deportista profesional**

Con demasiada frecuencia la práctica deportiva amateur encubre una relación profesional que debiera haberse articulado al amparo de las

³² STSJ Castilla-La Mancha, 17 enero 2008 (rec. 1596/2007).

³³ STSJ Castilla-La Mancha, 5 febrero 2009 (rec. 1291/2008).

³⁴ STSJ Castilla-La Mancha, 5 marzo 2009 (rec. 1350/2008).

³⁵ STSJ Castilla-La Mancha, 20 octubre 2016 (rec. 1091/2016); 12 julio 2008 (rec. 826/2007).

disposiciones legales establecidas al efecto³⁶. Para distinguir ambas figuras es irrelevante el *nomen iuris* que las partes hayan querido dar a su relación (deportista profesional o amateur); ni la calificación federativa (profesional o aficionado)³⁷; ni la total dedicación; pues lo que determina la profesionalidad es la existencia de una retribución a cambio de los servicios prestados, pues la ausencia de salario determina la cualidad de deportista aficionado³⁸, amén de la necesaria concurrencia de los anteriores elementos.

Se distingue el llamado “amateurismo compensado” de la práctica deportiva profesional “retribuida”, donde las cantidades percibidas por el deportista o bien compensan los gastos que su dedicación conlleva, o bien retribuye su dedicación exclusiva a la disciplina deportiva más allá del abono de pequeñas cantidades o sumas³⁹.

VIII. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

a) **Artistas**

La configuración especial de la relación de los artistas permite, en unos casos, establecer la existencia de un vínculo laboral al amparo de un contrato de trabajo, mientras que, en otros, los integrantes de un conjunto musical están desprovistos en su relación de la necesaria vinculación que permita atribuir la existencia de un vínculo de laboralidad. Se entiende, desde esta perspectiva, que el vínculo será civil y, por tanto, no laboral, en aquellas ocasiones en las que los artistas aporten sus propios instrumentos, establezcan un sistema de reparto de gastos a partes iguales entre los miembros de la orquesta, coexistan, incluso, arrendamiento de los equipos por parte de uno de ellos, necesario para poder llevar a cabo las actuaciones musicales⁴⁰. Lo que podrá dar lugar incluso, en ocasiones, al no abono del precio pactado por actuación si se produce un incumplimiento y el artista no concluye la misma⁴¹.

³⁶ Art. 1.2 R.D. 1006/1985, de 26 de junio.

³⁷ STSJ Castilla-La Mancha, 18 abril 1996 (rec. 1094/1995).

³⁸ STSJ Castilla-La Mancha, 23 enero 2020 (rec. 1071/2019).

³⁹ STSJ Castilla-La Mancha, 12 julio 2008 (rec. 826/2007).

⁴⁰ STSJ Castilla-La Mancha, 16 diciembre 2004 (rec. 1095/2003).

⁴¹ STSJ Castilla-La Mancha, 25 octubre 2006 (rec. 871/2005)

b) **Banderilleros**

Aunque por desgracia cada vez más denostada esta profesión, la conclusión de la relación laboral, o el inicio de esta, dependerá en muchas ocasiones del régimen contractual conforme al convenio colectivo donde, en función del carácter fijo o temporal de la relación mantenida, se prevé una indemnización distinta, o la ausencia de compensación económica para el caso de que no se produzca el llamamiento en la temporada taurina. Esta distinta suerte que se prevé para los subalternos fijos y para los no fijos o libres determina un distinto régimen indemnizatorio que compensa la no realización de los festejos programados, pero que, en esencia, no depende de la participación que en ellos estuviera comprometida por el profesional, sino tan solo por su vinculación fija o libre. La justificación de este distinto régimen encuentra su aval en el hecho de que el subalterno libre puede organizar la temporada como estime oportuno, mientras que el fijo queda sometido a la disciplina de la cuadrilla⁴².

c) **Otros**

En el ámbito de las entidades destinadas a la prensa y radio televisión, con mucha frecuencia sucede que el personal destinado a la «promoción comercial» en el marco de la publicidad se encuentra en las denominadas «zonas grises», donde la concurrencia de los requisitos de dependencia, ajenidad y organización propia es ausente, enmarcándose el desarrollo de su trabajo en el marco de una relación laboral evidente⁴³.

IX. PROFESIONALES LIBERALES

a) **Asesor jurídico de sindicato**

Aun cuando la relación de los sindicatos con sus asesores, y/o abogados, suele llevarse a cabo bajo la óptica de la laboralidad (en ocasiones oculta) existen algunos pronunciamientos en los que no cabe considerar tal condición si a pesar de la presencia, con mayor o menor habitualidad del trabajador en

⁴² STSJ Castilla-La Mancha, 12 julio 2018 (rec. 570/2018).

⁴³ STSJ Castilla-La Mancha, 8 junio 2016 (rec. 690/2015).

las instalaciones del sindicato, existen otros elementos que desdican la concurrencia de dicha relación. Así, por ejemplo, si el abogado posee otro despacho, si las consultas se llevan a cabo en este, si se cobran las costas o se entregan al sindicato, si las obras que se llevan a cabo para ese sindicato son muchas, por el contrario, reducidas, si la relación retributiva se articula a través de una igualdad, etc.⁴⁴

Lo mismo sucede cuando el vínculo del abogado lo es con una entidad bancaria donde las notas de autonomía y libertad para la ejecución de muchos trabajos casan mal con el requisito de la inclusión en el ámbito organizativo y la dependencia⁴⁵.

b) **Abogado (asesor jurídico)**

La relación de un abogado con el Colegio Oficial de Arquitectos de Toledo bajo un contrato de arrendamiento de servicios en el que se ponen a disposición del profesional todos los medios necesarios para llevar a cabo su trabajo, bajo la organización y control de los órganos directivos, encubre, en realidad, un contrato de trabajo, por lo que el cese de la relación debe considerarse un despido⁴⁶.

Sin embargo, no lo es cuando el abogado, en tanto que profesional libre y autónomo, lleva a cabo su cometido con plena libertad, a pesar de la existencia de una retribución fija mensual⁴⁷. En el mismo sentido, con independencia de la denominación del contrato⁴⁸.

c) **Enólogo**

La continuidad como enólogo en una bodega, sin que tenga exclusividad, por lo que puede prestar servicio simultáneo a otras empresas, aun cuando previamente tuviera la condición de socio mayoritario, elimina cualquier nota de laboralidad⁴⁹.

⁴⁴ STSJ Castilla-La Mancha, 4 octubre 2006 (rec. 713/2006).

⁴⁵ STSJ Castilla-La Mancha, 8 mayo 2008 (rec. 22/2008).

⁴⁶ STSJ Castilla-La Mancha, 28 noviembre 2000 (rec. 840/2000).

⁴⁷ STSJ Castilla-La Mancha, 22 enero 2003 (rec. 1463/2002).

⁴⁸ STSJ Castilla-La Mancha, 14 mayo 2007 (rec. 325/2007).

⁴⁹ STSJ Castilla-La Mancha, 25 mayo 2005 (rec. 416/2005).

X. PERSONAL SANITARIO

a) Médicos y odontólogo

Son interesantes los pronunciamientos que analizan la prestación de servicios de un médico odontólogo que, a pesar de tener su propia clínica y/o sociedad dedicada a la misma actividad, desarrolla su trabajo en el marco organizativo de otra clínica. La atención a los pacientes de la clínica en la que trabaja, sin tener que llevar a cabo ningún tipo de captación, el sometimiento al horario de apertura de la clínica, la utilización de los medios propios de la clínica y la percepción de un determinado porcentaje sobre la asistencia al paciente, junto con el auxilio del personal dado de alta en la clínica, constituyen indicios *suficientes* para identificar una relación laboral⁵⁰.

A similar conclusión se llega respecto de la prestación de servicios por un médico en una residencia de ancianos donde, a pesar de su encuadramiento en RETA y el abono mensual mediante el giro de una factura, acudía al consultorio de la residencia en horario habitual, facilitando la residencia tanto el personal auxiliar (enfermeras y auxiliares), medios (medicinas y útiles) e instalaciones, debiendo tan solo el facultativo poner a disposición de la contratante su pericia⁵¹. O lo mismo, cuando esa prestación se lleva a cabo para una clínica privada concurriendo las notas de voluntariedad, remuneración, ajenidad y prestación de servicios dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa⁵². O de un médico especialista en medicina del trabajo que presta servicios en un servicio de prevención⁵³. También en los casos en los que el médico lleva a cabo su servicio en una clínica privada⁵⁴.

b) Fisioterapeuta

No concurren los requisitos del contrato de trabajo y *sí*, por el contrario, un arrendamiento de servicios de un fisioterapeuta, al faltar el carácter personal de la prestación y las notas de dependencia y retribución⁵⁵.

⁵⁰ STSJ Castilla-La Mancha, 25 abril 2019 (rec. 376/2018).

⁵¹ STSJ Castilla-La Mancha, 23 mayo 2014 (rec. 651/214).

⁵² STSJ Castilla-La Mancha, 26 julio 2006 (rec. 561/2006).

⁵³ STSJ Castilla-La Mancha, 18 febrero 2011 (rec. 64/2011).

⁵⁴ STSJ Castilla-La Mancha, 23 junio 1998 (rec. 578/1998).

⁵⁵ STSJ Castilla-La Mancha, 17 junio 2011 (rec. 442/2011).

c) **Psicóloga**

Es laboral la relación que une a una psicóloga con un centro de reconocimientos de conductores si la misma se lleva a cabo en identidad de funciones que otros trabajadores⁵⁶.

d) **Podólogo**

La realización de actividades en el marco organizativo de una clínica podológica donde se facilitan todos los útiles y medios para llevar a cabo la actividad carece de las notas de un arrendamiento de servicios y es laboral⁵⁷.

e) **ATS-practicantes**

No es laboral la relación de un ATS-practicante que presta servicios para sociedades sanitarias pero que organiza, según su criterio y bajo sus medios, su función⁵⁸.

XI. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN

a) **Periodista**

La naturaleza civil del vínculo contractual que une a un periodista con una entidad de radiodifusión impide apreciar la incompetencia de jurisdicción Orden Laboral, cuando se acredita que el profesional no recibe instrucciones diarias sobre su trabajo, ni su programación, ofreciendo el mismo su criterio con arreglo a las informaciones deportivas que considera de interés, estando fuera del círculo rector organizativo, abonando sus servicios a un determinado precio, sin que la empresa esté obligada a aceptarlos o recibirlos y asumiendo el riesgo de que las crónicas que llevara a cabo fueran asumidas por la dirección de la entidad. Asimismo, el hecho de que el profesional asuma los gastos sin que le sean reembolsados, que posea para la realización de las crónicas de

⁵⁶ STSJ Castilla-La Mancha, 21 abril 2016 (rec. 122/2016).

⁵⁷ STSJ Castilla-La Mancha, 30 junio 2008 (rec. 1093/2007).

⁵⁸ STSJ Castilla-La Mancha, 15 junio 2005 (rec. 406/2005).

ordenador propio, equipos de trabajo, vehículo propio, etc., impide considerar la existencia de una relación laboral⁵⁹. Por el contrario, cuando concurren todas las notas, el vínculo es laboral⁶⁰.

Así, es un elemento relevante que sea único redactor de la sección de Deportes en la emisora radiofónica de la demandada en Talavera de la Reina, utilizando para ello los medios técnicos y materiales de la empresa (ordenador, mesa, teléfonos, etc.) y disponiendo de llaves del centro de trabajo, al cual ha de acudir realizando generalmente el horario que se indica, debiendo comunicar a la demandada los días en que no pueda asistir y, en todo caso, aun cuando no recibe instrucciones diarias, directas y pormenorizadas, debe mantener los criterios generales de actuación de la empresa⁶¹.

b) **Reportero gráfico**

Existe un contrato de trabajo de reportero gráfico al estar incorporado plenamente y con continuidad en la organización productiva de la empresa, pues, de no serlo y prestar los servicios con medios propios, la relación sería civil, propia de un arrendamiento de servicios⁶².

c) **Redactora literaria**

La similitud de funciones que puede llevar a cabo un periodista en el ámbito de un servicio de radiodifusión sucede, también, en el caso de una redactora literaria que está sometida a las instrucciones de la entidad, sin poner medio de producción alguno, con horario definido y percibiendo una retribución por ello⁶³. Lo mismo sucede si la colaboradora literaria desempeña, también, funciones de colaboradora gráfica, siguiendo instrucciones al efecto, quedando a disposición de la empresa el material que realiza, aunque a efectos retributivos perciba retribuciones por pieza de trabajo, que percibe a lo largo de doce facturas mensuales, incluidas las vacaciones⁶⁴.

⁵⁹ STSJ Castilla-La Mancha, 17 noviembre 2005 (rec. 987/2004); 24 enero 2012 (rec. 1286/2012).

⁶⁰ STSJ Castilla-La Mancha, 3 marzo 2004 (rec. 745/2002).

⁶¹ STSJ Castilla-La Mancha, 4 abril 2006 (rec. 1681/2004).

⁶² STSJ Castilla-La Mancha, 22 noviembre 2008 (rec. 1079/2006); 24 noviembre 2001 (rec. 1422/1999).

⁶³ STSJ Castilla-La Mancha, 10 diciembre 2004 (rec. 686/2002); 25 septiembre 2002 (rec. 956/2001).

⁶⁴ STSJ Castilla-La Mancha, 10 noviembre 2016 (rec. 1890/2015).

XII. COMERCIALES, AGENTES, VENDEDORES

a) Agentes

En ocasiones, la interposición de sociedades interpuestas para la realización de servicios propios de la sociedad principal y bajo la apariencia de una relación mercantil, no supera la exclusión de la laboralidad, sobre todo, si bajo un pretendido contrato de agencia, el control de la actividad del agente es de tal naturaleza que lo aparta de la independencia propia de estas profesiones (horario, medios, formación, control de actividad, entrega de documentos, planificación). En estos casos, la prestación voluntaria de servicios, sometida al control y dirección de la empresa y dentro de su ámbito de organización, con percibo de una retribución, es palmaria y, por ende, incuestionable, máxime cuando quienes se someten a dicho ámbito de relación carecen de una cartera de clientes⁶⁵. Sobre el concepto de independencia como nota diferenciadora entre el agente y un contrato de trabajo ordinario es muy interesante la sentencia que se indica a pie de página⁶⁶.

Lo mismo sucede cuando el agente no responde del buen fin de las operaciones, percibiendo una cantidad fija y un variable de las operaciones⁶⁷.

Por el contrario, el desarrollo libre de su actividad, sin sometimiento a algún tipo de control organizativo y asumiendo el agente los medios necesarios para llevar a cabo su labor comercial determina la incompetencia de la Jurisdicción Laboral, por ser una relación civil, para conocer del procedimiento⁶⁸. Lo que concurre en los casos de comisionistas que se dediquen a cobrar impagados⁶⁹; o cuando exista un contrato mercantil donde expresamente se recoja que el comisionista asume el buen fin de las operaciones⁷⁰.

b) Vendedor de la ONCE y persona de asistencia

Las labores de asistencia a terceros pueden determinar la concurrencia de los requisitos de laboralidad, lo que sucede cuando exista una asistencia permanente a un vendedor organizando la actividad en su totalidad⁷¹.

⁶⁵ STSJ Castilla-La Mancha, 7 mayo 2019 (rec. 258/2018).

⁶⁶ STSJ Castilla-La Mancha, 8 mayo 2001 (rec. 526/2001).

⁶⁷ STSJ Castilla-La Mancha, 8 mayo 201 (rec. 526/2001).

⁶⁸ STSJ Castilla-La Mancha, 11 octubre de 2012 (rec. 204/2012); 30 julio 2004 (rec. 63/2004); 30 enero 2003 (rec. 394/2006).

⁶⁹ STSJ Castilla-La Mancha, 4 diciembre 1998 (rec. 1256/1998).

⁷⁰ STSJ Castilla-La Mancha, 9 septiembre 1997 (rec. 787/1997).

⁷¹ STSJ Castilla-La Mancha, 27 marzo 1998 (rec. 131/1998).

XIII. TRANSPORTISTAS

La relación de los transportistas autónomos con vehículo propio y mediante afiliación al RETA es civil. El hecho de que se lleve a cabo para otras empresas y en número relevante (no minoritario) también determina la exclusión del ámbito de laboralidad. Téngase en cuenta que, la no comunicación de la condición de TRADE, que pudiera alegarse como causa para atraer la competencia a la Jurisdicción Social, exige la prueba de la dependencia económica en los términos previstos en la normativa reguladora del trabajador autónomo, pero ello no evita la consideración del vínculo como mercantil o civil⁷².

Lo mismo sucede cuando el transportista lleva a cabo el reparto con vehículo propio, siendo él quien atiende los gastos y reparaciones, así como al mantenimiento de este, concurriendo además la circunstancia de que la facturación no era siempre la misma y que su cuantía dependía del trabajo efectuado⁷³.

En todo caso, hay que tener en cuenta la exclusión que lleva a cabo el artículo 1.3.g) ET, con relación a determinadas actividades, entre ellas la de los transportistas, cuando se requiere una autorización para llevar a cabo la actividad, lo que determinará, en unos casos que sea la relación laboral y, en otros casos, civil o mercantil⁷⁴.

XIV. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

a) **Contrato administrativo de arrendamiento de servicios para gestión**

La suscripción de un contrato administrativo bajo la formalidad de arrendamiento de servicios para la gestión contable, fiscal y laboral, donde concurren las notas de ajenidad, dependencia y retribución, bajo el círculo organizativo y rector de la Entidad Local y desarrollando el trabajo en las instalaciones del Ayuntamiento, con sometimiento al igual que el resto de los trabajadores de la entidad, a horario y sin que se ponga en riesgo la estructura organizativa del prestador, dado que usa medios materiales de la entidad a cambio de una retribución mensual periódica y ordinaria es un contrato de trabajo y no un contrato administrativo⁷⁵.

⁷² STSJ Castilla-La Mancha, 11 mayo 2017 (rec. 818/2016).

⁷³ STSJ Castilla-La Mancha, 10 julio 2019 (rec. 326/2018).

⁷⁴ STSJ Castilla-La Mancha, 8 noviembre 2007 (rec. 1102/2006).

⁷⁵ STSJ Castilla-La Mancha, 11 mayo 2018 (rec. 288/2018).

Sin embargo, sí que concurren los requisitos de laboralidad, a pesar de la suscripción de sucesivos contratos administrativos para el arrendamiento de servicio de explotación de una cafetería de club de jubilados municipal, al estar desprovista la relación de cualquier nota de asunción personal del riesgo, máxime cuando, este lo asumía el municipio demandado que organizaba y ponía disposición de los usuarios la actividad de la cafetería⁷⁶.

b) **Arquitecto que trabaja para Ayuntamiento**

Es laboral y no civil la relación que une a un arquitecto de ayuntamiento que, bajo un contrato aparentemente administrativo, estaba obligado despachar los informes solicitados, acudió un día a la semana al Ayuntamiento donde resolvía consultas técnicas, sin posibilidad alguna de renunciar a encargos dados por la entidad municipal, aunque no tenía ni exclusividad, ni realización de la prestación de servicios a jornada completa, recibiendo una retribución como cantidad fija y sin que existiera un riesgo en la contraprestación económica por su trabajo, máxime cuando los gastos y los desplazamientos realizados eran sufragados por el ayuntamiento quien, además, ponía a su disposición el material necesario⁷⁷.

Lo mismo sucede si la asistencia del arquitecto englobaba la emisión de informes técnicos⁷⁸.

c) **Letrado de Ayuntamiento**

La especial vinculación de los letrados con las Entidades Públicas puede confundir su naturaleza a pesar de que el inicio de la relación haya sido a través de un Pliego de Cláusulas económicas para la contratación del profesional. Sin embargo, circunstancias como que el letrado trabaja con sus propios medios, sean de su cuenta y riesgo los gastos ocasionados y de una factura que se acomoda a las condiciones económicas establecidas, no esté incluido en la Relación de Puestos de Trabajo, tampoco exista un control horario, vacaciones, permisos o instrucciones específicas, constituyen indicios suficientes para

⁷⁶ STSJ Castilla-La Mancha, 28 enero 2010 (rec. 1364/2010).

⁷⁷ STSJ Castilla-La Mancha, 21 mayo 2019 (rec. 214/2019).

⁷⁸ STSJ Castilla-La Mancha, 28 julio 2016 (rec. 580/2016).

determinar la existencia de un arrendamiento de servicios de asesoramiento jurídico y no una relación laboral⁷⁹.

d) Responsable de prensa: periodista

La completa libertad y autonomía del profesional en la realización de los servicios contratados (notas de prensa y comunicados oficiales) como responsable de gabinete de prensa de un ayuntamiento, sin sometimiento a instrucciones, con completa disposición de su tiempo, a pesar de la puesta a disposición de una infraestructura mínima permite calificar la relación como civil⁸⁰.

e) Servicio de apertura de centro escolar y limpieza

Aun cuando se trate de una actividad inherente a la actividad del centro, el servicio de apertura de un centro escolar que conlleva su mantenimiento no puede considerarse como una relación laboral, a pesar de la existencia de una empresa interpuesta, puesto que es ella la que asume el riesgo en la ejecución del trabajo y pone para la ejecución de este todos los medios necesarios, sin que el centro asuma los gastos de la actividad contratada⁸¹.

f) Empleados encargados de piscina municipal

La realización de actividades ordinarias de mantenimiento en el mantenimiento de la piscina municipal sin que exista más cometido que el propio de esa actividad es una relación laboral sin vínculo civil o mercantil⁸².

XV. ACTIVIDADES DE ALTERNE Y SIMILARES

La realización de “trabajos individuales en habitación” o “actividad sexual” llevada a cabo bajo un régimen de comisión por gasto de consumición, así como la puesta a disposición de la infraestructura para desarrollar el acto

⁷⁹ STSJ Castilla-La Mancha, 11 octubre 2018 (rec. 702/2018).

⁸⁰ STSJ Castilla-La Mancha, 16 septiembre 2011 (rec. 788/2011).

⁸¹ STSJ Castilla-La Mancha, 7 marzo 2013 (rec. 943/2012).

⁸² STSJ Castilla-La Mancha, 28 noviembre 1994 (rec. 683/1994).

contratado por el cliente, constituye, sin duda alguna, una relación laboral, sin perjuicio de las connotaciones que pudiera tener en otros ámbitos de resultar forzada la prestación del cometido⁸³.

Y, todo ello, por encontrarse dentro de la organización de quien dispone esos medios y concreta el sistema de trabajo⁸⁴.

XVI. VARIOS

a) **Guías turísticas**

La transformación de una relación laboral en el marco de un contrato de gestión de servicio de turismo en una relación mercantil, donde tras constituir una sociedad limitada se realiza una reserva del 75% del capital social, además de la condición de gerente, no puede considerarse como laboral⁸⁵.

b) **Servicio en el hogar familiar**

La realización de actividades esporádicas y marginales en el negocio del cabeza de familia por parte de una empleada de hogar no modifica la naturaleza inicial de la relación, convirtiendo el carácter especial de aquella relación, en ordinaria, como si de un contrato de trabajo normal se tratara⁸⁶.

c) **Otros**

La ausencia de justificación de encontrarse fuera del ámbito organizativo de la empleadora, incluso cuando la actividad laboral se lleve a cabo, propiamente, en el domicilio del «trabajador» (montaje de bolígrafos), facilitando la empleadora los medios, equipos y tiendas, indicando la fecha de entrega y sin que deba abonarse suma alguna por la entrega de la mercadería que debe ser posteriormente montada, no asumiendo riesgo alguno por el incumplimiento de los plazos, determina la necesaria concurrencia de la laboralidad de la relación⁸⁷.

⁸³ STSJ Castilla-La Mancha, 8 marzo 2011 (rec. 1528/2010).

⁸⁴ STSJ Castilla-La Mancha, 14 julio 2016 (rec. 1415/2015); 26 julio 2011 (rec. 710/2011).

⁸⁵ STSJ Castilla-La Mancha, 24 septiembre 2019 (rec. 242/2018).

⁸⁶ STSJ Castilla-La Mancha, 15 noviembre 2012 (rec. 1271/2012).

⁸⁷ STSJ Castilla-La Mancha, 21 junio 2018 (rec. 1041/2017).

Sin embargo, no concurre nota de laboralidad alguna en un podador de olivares, al no estar incluido en el ámbito de organización y dirección del propietario de la finca⁸⁸.

Sí que concurre dicha nota de laboralidad en la realización de servicios de mantenimiento y reparación de maquinaria, emitiendo facturas a la empresa, aunque ello se lleva a cabo siempre bajo instrucciones precisas y sin poner en riesgo la actividad⁸⁹.

Al igual que en el caso de una bordadora⁹⁰.

⁸⁸ STSJ Castilla-La Mancha, 21 julio 2005 (rec. 652/2004).

⁸⁹ STSJ Castilla-La Mancha, 20 septiembre 2016 (rec. 1551/2015).

⁹⁰ STSJ Castilla-La Mancha, 15 octubre 1997 (rec. 814/1997).

CAPÍTULO XIV

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN (BURGOS)

ISABEL MARÍN MORAL

Profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad Francisco de Vitoria

SUMARIO: I. *Trabajos carentes de alguna nota de esencialidad de laboralidad.* 1.1 Voluntariado. 1.2 Trabajos familiares y de buena vecindad.–II *Actividades sindicales y políticas.*–III. *Socios, administradores, directores.* 3.1 El personal de alta dirección. 3.2 Los socios. 3.3 Miembros de consejo de administración.–IV. *Cooperativistas.*–V. *Relaciones con causa formativa.*–VI. *Actividades deportivas.*–VII. *Espectáculos públicos.*–VIII. *Profesiones liberales.*–IX. *Personal sanitario.*–X. *Personal docente.*–XI. *Profesionales de la comunicación.*–XII. *Comerciales, agentes y vendedores.*–XIII. *Distribuidores, repartidores y transportistas.*–XIV. *Servicios prestados a la Administración.*–XV. *Actividades de alterne y similares.*–XVI. *Varia.*

I. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA DE ESENCIALIDAD DE LABORALIDAD

1.1. Voluntariado

Lo que caracteriza la existencia de una relación jurídica de voluntariado es el compromiso libre y altruista que tiene una persona de prestar un servicio

de forma solidaria y no retribuida en una organización privada o pública y con arreglo a programas o proyectos concretos, siendo de aplicación las diferentes normativas autonómicas de voluntariado que no modifican lo que es la relación convirtiéndola en laboral¹.

El voluntariado social no se presume², por ello, para determinar si se está ante trabajos de voluntariado, es preciso analizar el ámbito subjetivo, de modo que no hay relación laboral si se desarrollan los trabajos para una organización religiosa³, pero sí en una fundación⁴ cuando de la actividad desarrollada se desprende la existencia de los requisitos de ajenidad y dependencia.

En un contrato laboral hay siempre una remuneración que se denomina salario, que está regulado en el art. 26 ET; sin embargo, en el ámbito del voluntariado las contraprestaciones suelen no ser estrictamente económicas, de ahí la necesidad de calificarlas para determinar si son o no salario. En este sentido, se considera que no hay remuneración y, por tanto, no hay relación laboral por el mero hecho de que el voluntario reciba habitación, vestido o manutención⁵ en el ámbito de una institución religiosa, pero no llega a igual conclusión la doctrina del TSJ en el caso del trabajo en un albergue, entendiendo que se considera salario cualquier retribución independientemente de la forma⁶.

Además, es importante en todos los casos en los que se cuestiona si hay relación laboral o no, el ámbito finalista de la actividad de voluntariado⁷. De esta forma, si un trabajador decide ser voluntario, pero a cambio de una contraprestación que se pacta desde un inicio, aunque pretenda la calificación de voluntario será una relación laboral. Esto ocurre en el caso de una persona que atendía un albergue y estaba inscrito como voluntario⁸ en el registro autonómico, así como en el caso de una fundación que contrata a varios trabajadores, menos a uno que está cobrando el desempleo, en cuyo caso se considera que no puede ser considerado voluntario⁹.

Una de las notas que caracterizan la dependencia es que el trabajo se desarrolle en un horario determinado y bajo las instrucciones u órdenes de un superior. En el caso del trabajo del voluntario, no es determinante para hablar

¹ STSJ CyL (Burgos) 338/2009 de 28 mayo.

² STSJ CyL (Burgos) 427/2011 de 21 julio.

³ STSJ CyL (Burgos) 338/2009 de 28 mayo.

⁴ STSJ CyL (Burgos) 427/2011 de 21 julio.

⁵ STSJ CyL (Burgos) 338/2009 de 28 mayo.

⁶ STSJ CyL (Burgos) 427/2011 de 21 julio.

⁷ STSJ CyL (Burgos) 338/2009 de 28 mayo.

⁸ STSJ CyL (Burgos) 427/2011 de 21 julio.

⁹ STSJ CyL (Burgos) 145/2017 de 9 marzo.

de relación laboral el hecho de que las actividades se realicen en unas horas determinadas o sometándose a órdenes o directrices de la organización¹⁰, de modo que la concurrencia de estas circunstancias no cambia la calificación de la relación.

1.2. Trabajos familiares y de buena vecindad

En el caso de trabajos denominados familiares y de buena vecindad deben evaluarse la concurrencia de los requisitos de ajenidad y dependencia, si bien deben ser valorados con el conjunto de las circunstancias concurrentes para lo que hay una cierta libertad por parte del juzgador. Así, se puede comprobar que no hay relación laboral¹¹ en el caso de un padre que ayuda en las gestiones administrativas en la empresa familiar, aunque aquel también tenga su trabajo autónomo y la frontera no sea nítida.

Tampoco hay relación laboral si se realizan funciones de limpieza de forma voluntaria sin estar sometido a horario ni a órdenes para hacer el trabajo en un consultorio médico de un municipio de pocos habitantes, sin que recibir una gratificación pueda ser considerado salario¹². Pero sí hay relación laboral en el caso de una bibliotecaria en un municipio, también pequeño, trabajo por el que recibía como contraprestación el pago de los gastos de vivienda, luz y agua, si el trabajo se desarrolla de forma continuada durante 14 años¹³.

En general, se considera que no hay relación laboral cuando se desarrollan trabajos sin ningún tipo de retribución y sin horario o jornada determinada, como la ayuda que prestaba un trabajador en la construcción de un almacén¹⁴, o cuando un amigo ayuda a realizar en sábado un trabajo consistente en transportar tierra en un camión¹⁵. Además, para poder calificar la relación, como laboral o no, será determinante si se realiza de forma habitual o esporádica¹⁶.

Un caso específico es el del trabajador jubilado que sigue yendo a trabajar a la empresa y desarrolla iguales funciones que antes de la jubilación, aunque no reciba contraprestación¹⁷, caso en el que no se puede considerar la

¹⁰ STSJ CyL (Burgos) 338/2009 de 28 mayo.

¹¹ STSJ CyL (Burgos) 727/2004 de 11 noviembre.

¹² SSTSJ CyL (Burgos) 156/2004 de 25 febrero, 156/2004 de 25 febrero.

¹³ STSJ CyL (Burgos) 59/2006 de 26 enero.

¹⁴ STSJ CyL (Burgos) 771/2007 de 8 noviembre.

¹⁵ STSJ CyL (Burgos) 510/2000 de 10 julio.

¹⁶ STSJ CyL (Burgos) 365/1999 de 11 mayo.

¹⁷ STSJ CyL (Burgos) 65/2015 de 2 febrero.

existencia de trabajo voluntario y sí una relación laboral. En la misma línea, no puede considerarse una actividad de amistad la desarrollada por la trabajadora que tiene reconocida una incapacidad¹⁸ permanente en el grado de total para la profesión habitual y que desarrolla el mismo trabajo y con el mismo empresario con el que tuvo el accidente. En estos dos últimos casos, además del reconocimiento de laboralidad, procederá realizar las liquidaciones correspondientes en materia de Seguridad Social.

II. ACTIVIDADES SINDICALES Y POLÍTICAS

En el ámbito sindical también se da la contratación de trabajadores y, en ocasiones, se generan fricciones cuando concurren funciones sindicales propiamente dichas y contrato de trabajo por cuenta ajena. Se discute si existe relación laboral entre el sindicato y el trabajador cuando el trabajador cesa en el puesto de representación, cuestionándose si hay relación laboral o, simplemente, relación asociativa.

La jurisprudencia¹⁹ resuelve a favor de la laboralidad en un caso en que el trabajador desempeña su cargo como secretario de Acción Sindical y, asimismo, ha desempeñado funciones propias de la categoría profesional de Oficial de Tercera Administrativo en el centro de trabajo de dicho sindicato, para lo que firmó un contrato laboral. Para poder discernir si se está ante una relación laboral o mera relación asociativa se debe ponderar en calidad de qué recibe su salario y, en el caso estudiado, se consideró que la relación era laboral y que el contrato no era aparente, sino real, al quedar probado que el trabajador desarrollaba tareas administrativas para el sindicato, tales como introducir cartas en sobres, hacer fotocopias, elaborar documentos en ordenador siguiendo instrucciones del secretario general y ocuparse de la negociación de convenios colectivos y de acudir al SERLA y a la UMAC para asistir y asesorar a los trabajadores en representación del Sindicato USO.

En la misma línea, se puede plantear si el trabajo en un partido político es de carácter asociativo o laboral, ámbito en el que la confianza se configura como eje definitorio. En estos casos, habrá que estar a las circunstancias existentes pero, por ejemplo, se mantendrá la condición de personal laboral²⁰ cuando el trabajador firma un contrato donde queda constancia de que se trata

¹⁸ STSJ CyL (Burgos) 172/2008 de 10 abril.

¹⁹ Sentencia: STSJ CyL (Burgos) 512/2008 de 2 octubre.

²⁰ STSJ CyL (Burgos) 275/2008 de 10 junio.

de un puesto de confianza, sin que pueda modificar la calificación del contrato el hecho de que se aprobara la modificación de la plantilla presupuestaria de la administración o que la extinción del contrato vaya ligada a la concurrencia de falta de confianza, ni que la trabajadora no fuera controlada por el sistema de marcaje de horario o registro de acceso existente en su centro de trabajo.

III. SOCIOS, ADMINISTRADORES, DIRECTORES

3.1. El personal de alta dirección

No estará sujeto al Estatuto de los Trabajadores el personal de alta dirección. Por ello, la dificultad radica en definir qué debe concurrir para que la relación que pueda pactarse de una u otra manera sea finalmente laboral. No basta cómo se califique el contrato y no se debe confundir el ejercicio de determinadas funciones directivas por algunos trabajadores con la alta dirección prevista en el art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985, que regula la relación laboral de carácter especial de la alta dirección, por tratarse de cuestiones distintas²¹.

De conformidad con el RD 1382/1985, de 1 de agosto, se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad. Estos son los requisitos que deben evaluarse para determinar ante qué tipo de relación se está.

La relación laboral especial se cuestiona no solo en el ámbito privado, sino también en el ámbito de la Administración, tal y como argumenta en sentencia que resuelve que el gerente de una asociación pública está sujeto a relación laboral común y no a relación laboral especial²².

3.2. Los socios

Distintos de los trabajadores con contrato de alta dirección son los socios de las empresas que realizan su trabajo como si fueran trabajadores, pero que,

²¹ STSJ CyL (Burgos) 310/2019 de 10 mayo.

²² STSJ CyL (Burgos) 310/2019 de 10 mayo.

además, deciden sobre el fin y forma de trabajo en la empresa. Esa dicotomía hace que no se esté propiamente ante un trabajo laboral, sino ante un contrato mercantil. Sin embargo, no siempre que se es accionista es posible hacer esta afirmación, ya que para que el contrato laboral no opere será necesario que el socio tenga un control de gestión mínimo en la empresa y eso es lo que deberá valorarse, al margen del tipo de contrato que se pueda haber firmado.

Se considera que no concurren los requisitos de ajenidad y dependencia cuando se controla más del 33% de la sociedad²³, porque no se estaría trabajando con sometimiento al círculo rector, disciplinario y organizativo de la empresa. De igual forma, se considera que no hay relación laboral en el caso del trabajador²⁴ que es socio y, sin entrar a valorar porcentaje de participación, se acredita que tiene llaves del establecimiento, es quien abre y cierra y realiza sus actividades de forma autónoma. No cambia la naturaleza de la prestación no laboral el hecho de que se hubiera suscrito un contrato parcial²⁵. Tampoco cambia la naturaleza jurídica de la relación el hecho de que el socio contratara al personal y le diera órdenes²⁶.

El control de las acciones por el socio de una sociedad limitada unipersonal que desarrolla funciones de dirección y gerencia determina que quede fuera de la relación laboral ordinaria, debiendo estar dado de alta como autónomo²⁷, conclusión a la que se llega también en el caso de que no se tenga la mayoría de las acciones y se reciban salarios²⁸.

3.3. Miembros de Consejo de Administración

Tampoco existe relación laboral en el caso de un miembro del Consejo de Administración si no ha demostrado que, al margen de las funciones directivas y representativas de la sociedad, ejerciera otras en régimen de subordinación²⁹, ya que se considera que no hay relación laboral en el desempeño de funciones de mero asesoramiento o consejo, ni tampoco en las ejecutivas que desarrollen los administradores de las sociedades de capital, siendo determinante no la actividad, sino la naturaleza del vínculo de la persona con la empresa y su posición en esta. Por tanto, a quien está en el Con-

²³ SSTSJ CyL (Burgos) 311/2019 de 10 mayo y 1001/2003 de 30 septiembre (JUR 2004\186653).

²⁴ STSJ CyL (Burgos) 109/2000 de 28 febrero.

²⁵ STSJ CyL (Burgos) 311/2019 de 10 mayo.

²⁶ STSJ CyL (Burgos) 1001/2003 de 30 septiembre.

²⁷ STSJ CyL (Burgos) 188/2004 de 10 marzo.

²⁸ STSJ CyL (Burgos) 19/2002 de 14 enero.

²⁹ STSJ CyL (Burgos) 530/2014 de 29 julio.

sejo de Administración de una sociedad mercantil se le supone la capacidad de realizar labores de gestión, dirección y representación de dicha sociedad, que incluyen supuestos extensivos a la gerencia y representación efectiva de la misma y, por ello, no puede encuadrarse en una relación laboral del Estatuto de los Trabajadores³⁰.

IV. COOPERATIVISTAS

Los socios trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado son personas físicas que realizan una actividad laboral por el simple hecho de ser parte de la cooperativa tras el desembolso de una cantidad mínima obligatoria fijada en los estatutos, en virtud de lo que pasa a ser socio trabajador, por ello se habla del carácter mixto de su status jurídico³¹. El interrogante jurídico que habrá que dilucidar es cuándo esa relación es de cooperativista sujeta a normativa propia o bien es una relación laboral como la que se pueda plantear entre la cooperativa y un trabajador que no sea socio.

Las cooperativas tienen su normativa propia, de modo que ha de estarse a su contenido, así como a los estatutos que la regulan y los acuerdos que se adopten en su seno que, entre otras cosas, acordarán los salarios.

Por ello, no son de aplicación los convenios colectivos, ya que no son trabajadores sujetos al Estatuto de los Trabajadores³², sin perjuicio de que expresamente se pacte³³. Por ello, no tiene derecho el socio trabajador al pago de una paga por cumplir 25 años de trabajo³⁴ o quinquenios³⁵, pero sí en el caso de que el convenio lo contemple siendo independiente de en qué régimen de Seguridad Social esté encuadrado el trabajador³⁶. La diferencia en los ingresos entre un trabajador cooperativista y otro que no lo es no supone vulneración del derecho de igualdad³⁷ del art. 14 CE, que solo sería alegable en caso de solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones iguales sin una justificación objetiva y razonable.

La razón de no aplicar al socio cooperativista el convenio colectivo emana de la naturaleza societaria que reviste la condición del socio trabaja-

³⁰ STSJ CyL (Burgos) 263/2013 de 13 junio.

³¹ STSJ CyL (Burgos) 225/2012 de 28 marzo.

³² STSJ CyL (Burgos) 1168/2006 de 23 noviembre.

³³ STSJ CyL (Burgos) 1270/2006 de 14 diciembre.

³⁴ SSTSJ CyL (Burgos) 1194/2003 de 18 noviembre y 1144/2003 de 11 noviembre.

³⁵ STSJ CyL (Burgos) 1144/2003 de 11 noviembre.

³⁶ STSJ CyL (Burgos) 225/2012 de 28 marzo.

³⁷ STSJ CyL (Burgos) 1168/2006 de 23 noviembre.

dor, que no se transforma en relación laboral porque falta la ajenidad³⁸ del art. 1.1 ET. Por otro lado, el socio trabajador no tiene que estar dado de alta como autónomo, sino que puede estar dado de alta en Seguridad Social según en qué sector realice sus actividades como trabajador asimilado o trabajador por cuenta ajena³⁹. La discusión sobre esta materia es competencia del orden social, al serlo para conocimiento de cuantas cuestiones contenciosas se susciten entre la cooperativa de trabajo asociado y el socio trabajador relacionadas con los derechos y obligaciones derivados de la actividad cooperativizada.⁴⁰

V. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA

La línea divisoria entre los contratados laborales y becarios en ocasiones es muy estrecha. Además, debe diferenciarse⁴¹ entre las llamadas becas para la realización de prácticas, ligadas a la actividad educativa y con una finalidad clara, que es completar la formación reglada y, por otro lado, están las que se califican como becas de formación, que persiguen la ampliación del campo de conocimiento del interesado, titulado o no, a cuyo fin se le proporciona ayuda para el seguimiento de sus estudios. Es importante valorar quién es el receptor del trabajo desarrollado por el becario, debiendo tenerse en cuenta que, si ha de cumplir ciertas tareas, no las realiza en línea de contraprestación, sino de “aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que la beca representa, por lo que con esta se materializa un compromiso que adquiere el becario y que no desvirtúa la naturaleza extralaboral de la relación existente”⁴².

Es preciso analizar el trabajo desempeñado y el tiempo durante el cual se ha desempeñado la beca. En este sentido se considera que no hay contrato laboral cuando el trabajador⁴³ obtiene conocimientos para la aplicación práctica del título que ostenta y tiene un tutor. El trabajador, además, no debe ocupar plaza de plantilla ni sustituir a ningún trabajador que esté en IT⁴⁴.

Las prácticas en empresas de alumnos universitarios de últimos años de carrera no pueden contravenir lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores,

³⁸ STSJ CyL (Burgos) 1168/2006 de 23 noviembre.

³⁹ STSJ CyL (Burgos) 225/2012 de 28 marzo.

⁴⁰ STSJ CyL (Burgos) 71/2015 de 5 febrero.

⁴¹ STSJ CyL (Burgos) 86/2013 de 19 febrero.

⁴² STSJ CyL (Burgos) 86/2013 de 19 febrero.

⁴³ STSJ CyL (Burgos) 86/2013 de 19 febrero.

⁴⁴ STSJ CyL (Burgos) 86/2013 de 19 febrero.

esto significa que no pueden reunir los rasgos definitorios de un contrato laboral. Por ello, si la formación no existe o tiene carácter accesorio, realmente se está ante un contrato laboral y no un contrato de prácticas de los expuestos porque la empresa estaría aprovechando para sí el desempeño realizado, quedando constatada la dependencia⁴⁵.

La beca persigue que el alumno se forme debiendo quedar definida su finalidad y, a cambio, este recibe por ello una contraprestación. Pero si el alumno realiza una actividad propia de la empresa sin supervisión y la formación la hace online, la relación no es formativa, sino que es laboral⁴⁶.

En relación con las becas de investigación, el Art. 4.1.b) del RD 63/2006, de 27 de enero, señala que una vez finalizados los dos años de becario se debe acceder al contrato, pero en aquellos supuestos en que el beneficiario de una ayuda hubiera obtenido el DEA con anterioridad a la finalización de los dos primeros años de beca, no accederá a la contratación laboral o fase de contrato hasta que complete el período de dos años de beca. Pues bien, en caso de que exista contrato laboral el becario deberá estar en sus dos primeros años o bien probar que dispone del DEA con anterioridad y no lo sustituye la suficiencia investigadora⁴⁷. Sin perjuicio de ello, puede, a la vez, comprobarse que el trabajo y/o funciones desarrolladas por el becario no son encuadrables dentro del Art. 1.1 ET y, ahí, la clave para distinguir entre beca y contrato de trabajo es que la finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en su formación.

Finalmente están los contratos de formación de médicos internos residentes (MIR), cuya relación es claramente laboral⁴⁸, no una relación laboral especial y el contrato se enmarca en el art. 1.1 ET, ya que prestan servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de un hospital.

VI. ACTIVIDADES DEPORTIVAS

En el ámbito deportivo es habitual que haya dudas sobre cómo calificar la relación de trabajo o, incluso de determinar si existe o no relación contractual en el caso de los deportistas amateurs y aficionados. El art. 2.1d) Estatuto de

⁴⁵ STSJ CyL (Burgos) 544/2010 de 23 septiembre.

⁴⁶ STSJ CyL (Burgos) 544/2010 de 23 septiembre.

⁴⁷ STSJ CyL (Burgos) 369/2010 de 27 mayo.

⁴⁸ STSJ CyL (Burgos) 296/2004 de 4 mayo.

los Trabajadores, considera relación laboral de carácter especial la de los deportistas profesionales y, en ocasiones, la duda es si el desempeño del trabajo esconde dicho contrato laboral especial.

El contrato que firma el deportista amateur⁴⁹, con independencia del nombre que se le otorgue o haciendo constar expresamente que no es laboral, debe analizarse a la luz del art. 1.1. ET, de modo que si concurren las condiciones de ajenidad y dependencia es laboral, sin que el hecho de no tener licencia federativa de jugador profesional determine la inexistencia de relación laboral⁵⁰.

Se considera que concurren requisitos de ajenidad y dependencia y, por tanto, hay relación laboral en el caso de una jugadora de baloncesto⁵¹ que firma un contrato donde se compromete a prestar servicios por cuenta del club, a participar en los entrenamientos, a estar localizable u obtener permiso para ausentar la ciudad, a usar los uniformes y material deportivo del Club, cumplir el horario que fija este y asumir obligaciones que pueden conllevar sanciones con un régimen disciplinario también establecido. Estas circunstancias, unidas a que percibía una cantidad fija al mes, que debe considerarse salario por no ser suficiente para sufragar los desplazamientos y gastos, determinan que exista relación laboral especial.

Por el contrario, no se considera que existe relación laboral especial de deportista profesional en el caso de un jugador de fútbol que juega en Segunda División B como aficionado, según tarjeta de la Federación de Castilla y León de Fútbol, sin estar dado de alta en el RGSS, no percibe salario o remuneración alguna y no consta que realizara su actividad bajo la dirección y organización del Club, al no tener horario alguno, por lo que se concluye que no concurren los requisitos de ajenidad y dependencia del art. 1.1. ET. Sin perjuicio de la relación laboral, el acuerdo en contrato para someter cualquier divergencia a arbitraje determina que la competencia corresponda al orden civil, no al laboral, por aplicación del principio de libertad de contratación del art. 1278 del Código Civil y no la Ley 36/88 de 5 de diciembre, reguladora del Arbitraje, por disponerlo expresamente el artículo 2.2 de la citada norma. El arbitraje en materia laboral, fuera de los casos de conflictos colectivos o materia electoral queda excluido⁵².

⁴⁹ STSJ CyL (Burgos) 254/2004 de 14 abril.

⁵⁰ STSJ CyL (Burgos) 254/2004 de 14 abril.

⁵¹ STSJ CyL (Burgos) 254/2004 de 14 abril.

⁵² STSJ CyL (Burgos) 872/2006 de 14 septiembre.

VII. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

En ocasiones, en el ámbito de la actividad de los espectáculos públicos, la cuestión a dilucidar es si hay contrato laboral de relación especial o hay un contrato de trabajo en grupo, que es el que regula el art. 10.2 ET y se caracteriza por acordarse entre un empresario y el jefe de un grupo de trabajadores considerado en global, lo que determina que el trabajador no pueda exigir por sí mismo, sino a través del representante del grupo. Pues bien, se considera que no existe relación laboral al amparo del Real Decreto 1435/1983 que regula laboral especial de artistas en espectáculos públicos, en el caso de un trabajador⁵³ que desarrolla actividad en la asociación cultural de teatro, que es una entidad de ánimo de lucro, cuando queda probado que entre los trabajadores hay un pacto de cobrar una gratificación por cada actuación realizada y tras cubrir gastos.

Por el contrario, existe relación laboral especial al amparo del Real Decreto 1435/1983 en el caso de un cantante al que se contrata verbalmente para que interviniera en las actuaciones que la empresa tenía con diversos ayuntamientos.⁵⁴

VIII. PROFESIONES LIBERALES

Los profesionales liberales suscriben contratos mercantiles y administrativos que en ocasiones esconden una relación laboral. En cualquiera caso, suscribir un contrato de «prestación de servicios» no determina necesariamente que sea mercantil, ni cuando el contrato se firme como administrativo, sino que puede ser un contrato laboral. Por ello es preciso analizar el clausulado⁵⁵ o bien analizar los indicios externos sobre la forma de prestarse el trabajo⁵⁶.

En las profesiones liberales, la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e, incluso, puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de estas.

La dependencia laboral implica el cobro de una cantidad que retribuya el trabajo, pero también en el caso de los contratos mercantiles hay un pago de un importe previamente estipulado. Cada supuesto obliga a su revisión, considerán-

⁵³ STSJ CyL (Burgos) de 3 marzo 2004.

⁵⁴ STSJ CyL (Burgos) 410/1998 de 6 mayo.

⁵⁵ STSJ CyL (Burgos) 47/2013 de 5 febrero.

⁵⁶ STSJ CyL (Burgos) 433/2018 de 21 junio.

dose mercantil la relación de un arquitecto que cobra su remuneración pactada en cómputo anual⁵⁷ por los servicios prestados, aunque las facturas no sean exactamente iguales todos los meses. La forma de cobrar puede ser también a través de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes. Por el contrario, será laboral la relación del delineante⁵⁸ que cobra su retribución mensual directamente de la empresa, aunque se pague como factura con IVA, si bien en este caso es determinante el hecho de que su trabajo se desarrolle en un horario determinado y en los locales de la empresa, aportando solamente su trabajo, de ahí la importancia de tener en cuenta no solo un indicio de laboralidad, sino un conjunto de ellos. Para determinar si hay o no relación laboral, es importante valorar si el profesional liberal recibe o no órdenes por parte de la empresa o si supervisan su trabajo. No hay laboralidad en el caso de que el arquitecto no tenga horario y no reciba órdenes directas⁵⁹, pero sí hay relación laboral en el caso de otro arquitecto⁶⁰ que trabaja para un Estudio donde desempeña sus servicios y sus trabajos son supervisados por los socios de la empresa. También es laboral la relación del profesional liberal cuando los clientes no son suyos, sino que son de la empresa y las vacaciones deben consensuarse con el resto de los trabajadores⁶¹. En caso de que los trabajos los desarrolle el profesional utilizando los medios que la empresa ponía a su disposición y, además, no corre con los riesgos de las operaciones y trabajos que realizaba percibiendo una retribución, también se está ante indicios de laboralidad⁶².

Por otro lado, hay relación laboral en el caso del trabajador⁶³ que desarrolla servicios de asesoramiento en la gestión de producción dirigiendo el proceso de fabricación e impartiendo instrucciones si no consta que preste servicios para ninguna otra empresa y no tiene organización empresarial alguna. Sin embargo, no existe contrato laboral, sino mercantil, en el caso de los trabajos prestados por el abogado⁶⁴ al sindicato con el que suscribió contrato de arrendamiento de servicios 12 años atrás, tiempo en el que no ha cuestionado la relación mercantil, debiendo mantenerse esta calificación por el hecho de mantener su despacho particular, no tener horario ni recibir instrucciones del sindicato y por ser sustituido en numerosas ocasiones por su compañero de

⁵⁷ STSJ CyL (Burgos) 47/2013 de 5 febrero.

⁵⁸ STSJ CyL (Burgos) 137/2002 de 26 febrero.

⁵⁹ STSJ CyL (Burgos) 47/2013 de 5 febrero.

⁶⁰ STSJ CyL (Burgos) 217/2010 de 17 marzo.

⁶¹ STSJ CyL (Burgos) 217/2010 de 17 marzo.

⁶² STSJ CyL (Burgos) 217/2010 de 17 marzo.

⁶³ STSJ CyL (Burgos) 276/2001 de 2 abril.

⁶⁴ STSJ CyL (Burgos) 508/2016 de 6 octubre.

despacho externo al del sindicato, lo que determina que no hay una relación laboral *intuitu personae*.

En el caso de dudas entre contrato laboral y contrato administrativo, se considera que hay relación laboral en el caso de los veterinarios que realizaban los trabajos encomendados bajo la organización de la Administración contratante, que organizaba y supervisaba las funciones de estos, no solo en cuanto a la forma de llevarlos a cabo, sino incluso también la distribución geográfica que se le encomendaba a cada uno, por lo que es así determinante la carencia de organización y medios propios para la ejecución del contrato por el veterinario⁶⁵. Nuevamente se hace constar que es independiente el nombre que se dé al contrato, siendo lo relevante el contenido de la actividad desarrollada y su forma, ya que la calificación debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que realmente delimitan el tipo contractual.

IX. PERSONAL SANITARIO

En el caso de los profesionales sanitarios⁶⁶ se plantean problemas para determinar si existe un contrato mercantil o una relación laboral, por lo que es preciso evaluar la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia.

El elemento de ajenidad existe cuando el empresario se apropia de los frutos del trabajo, es decir, que es este quien comercializa el producto y obtiene los rendimientos abonando al trabajador por sus servicios. Esta ajenidad no se da cuando el profesional sanitario consta de una estructura productiva propia y autónoma, o cuando sus servicios son prestados con total independencia y espontaneidad, siguiendo los dictados de la buena fe y con sujeción a las normas deontológicas de la profesión⁶⁷, pero habrá ajenidad cuando se utilizan los medios que la empresa pone a su disposición⁶⁸.

Los profesionales sanitarios, por sí mismos o a través de sus empresas, pueden ofrecer sus servicios en unas instalaciones sanitarias por las que abonan una cantidad y en las que hay servicios comunes, recepción, administrativos u otros y en las que gestionan la cartera de pacientes que determinan que haya relación mercantil⁶⁹. También la habrá cuando la comercialización de los

⁶⁵ SSTSJ CyL (Burgos) 720/2005 de 27 octubre y 3/2006 de 11 enero.

⁶⁶ STSJ CyL (Burgos) 310/2015 de 4 mayo.

⁶⁷ STSJ CyL (Burgos) 872/2005 de 13 diciembre.

⁶⁸ STSJ CyL (Burgos) 855/2015 de 11 diciembre.

⁶⁹ STSJ CyL (Burgos) 310/2015 de 4 mayo.

servicios al exterior la realiza el propio profesional sanitario y no la clínica que lo aloja y esto supone que sea el profesional quien perciba sus honorarios, gestione su clientela y sea el titular de las historias clínicas y de los datos de sus pacientes. Sin embargo, la relación será laboral⁷⁰ cuando la clínica es la que organiza los horarios, las visitas y la citas.

Precisamente, la titularidad de los datos personales de los pacientes⁷¹, que incluye las historias clínicas, determina si hay o no relación laboral. Si la relación es mercantil deberá haber una cesión de datos a la empresa con todas las garantías de la Ley Orgánica de Protección de Datos, cosa que no ocurriría si el profesional sanitario no es el titular de los datos, sino que lo es la empresa y él actúa como un encargado de tratamiento.

Habrás así relación laboral⁷² si la clínica es la titular de los datos, quien gestione y conserve las historias clínicas y si la relación comercial de los pacientes se entabla con la clínica y no con el profesional sanitario, que se limitará a atender a los pacientes que son citados por la clínica.

Por otro lado, se considera que hay relación laboral cuando la contratación del profesional sanitario se hace *intuitu personae*, pero hay relación mercantil cuando el médico se obliga a realizar la prestación de servicios profesionales directamente o a través de otros facultativos a su cargo o servicio previa autorización y conformidad de la empresa, debiendo asumir el médico la responsabilidad civil⁷³.

En materia de retribución, el hecho de que esta quede fijada por acto médico no es justificante suficiente para que la relación no se considere laboral, ya que podría considerarse que es un pago por comisión⁷⁴, rendimiento u objetivos que cabe perfectamente dentro del contrato de trabajo. De igual manera, habrá relación laboral cuando hay un pago fijo mensual⁷⁵ que se abona con independencia del trabajo desempeñado⁷⁶ o incluso cuando cobra un porcentaje⁷⁷ sobre los importes que se abonan. Sin embargo, no hay relación laboral cuando el precio que cobra el médico queda fijado bien por la aseguradora o por acuerdo entre el médico y la aseguradora⁷⁸.

⁷⁰ STSJ CyL (Burgos) 441/2013 de 19 septiembre, 351/2012 de 10 mayo, 97/2016 de 19 febrero.

⁷¹ STSJ CyL (Burgos) 310/2015 de 4 mayo.

⁷² STSJ CyL (Burgos) 310/2015 de 4 mayo.

⁷³ STSJ CyL (Burgos) 643/2013 de 10 diciembre.

⁷⁴ STSJ CyL (Burgos) 310/2015 de 4 mayo.

⁷⁵ SSTSJ CyL (Burgos) 310/2015 de 4 mayo y 584/2014 de 24 septiembre.

⁷⁶ STSJ CyL (Burgos) 200/2011 de 5 mayo.

⁷⁷ SSTSJ CyL (Burgos) 855/2015 de 11 diciembre, 65/2017 de 9 febrero, 97/2016 de 19 febrero, 351/2012 de 10 mayo.

⁷⁸ STSJ CyL (Burgos) 310/2015 de 4 mayo.

Se considera indicio de dependencia y, por tanto, que la relación es laboral⁷⁹, cuando la empresa es la que hace las facturas a los clientes, pone los precios, los materiales, el laboratorio en el que trabaja lo determina la empresa, así como el uniforme. También debe evaluarse el tiempo de trabajo de forma que la dependencia puede venir definida con el desempeño laboral unos días y horas concretas⁸⁰, sin que el hecho de que el trabajo se preste dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona cambie la naturaleza laboral de la relación.

No desvirtúa la relación laboral el hecho de que el profesional sanitario fije sus vacaciones⁸¹, pero si es la clínica⁸² la que fija el sustituto de la trabajadora se considera que la relación no es mercantil al ser la organizadora de la actividad⁸³. Sin embargo, se mantiene la relación laboral si las sustituciones o suplencias son la excepción y no la regla en la relación de servicios concertada entre el profesional sanitario y la clínica, al limitarse aquellas a los supuestos de imposibilidad o incapacidad de trabajo, con exigencia expresa de permiso de la empresa⁸⁴.

Sin embargo, no habrá relación laboral sino arrendamiento de servicios cuando el profesional⁸⁵ se deduce los gastos totales del alquiler del local, las nóminas de otros médicos, limpieza, calefacción, agua y si el médico es quien pone a disposición del hospital sus medios materiales.

X. PERSONAL DOCENTE

En el ámbito de la docencia, hay ocasiones en las que hay que discernir entre la existencia de un contrato de trabajo o un contrato mercantil de prestación de servicios, no siendo vinculante cómo las partes denominen al contrato⁸⁶. Se considera que no existe relación laboral en el caso de un profesional liberal⁸⁷ que imparte un determinado número de horas (12 horas) en un concreto curso de formación, sin que haya realizado en años anteriores actividad

⁷⁹ STSJ CyL (Burgos) 65/2017 de 9 febrero.

⁸⁰ STSJ CyL (Burgos) 310/2015 de 4 mayo.

⁸¹ STSJ CyL (Burgos) 310/2015 de 4 mayo.

⁸² STSJ CyL (Burgos) 200/2011 de 5 mayo.

⁸³ SSTSJ CyL (Burgos) 855/2015 de 11 diciembre, 643/2013 de 10 diciembre, 200/2011 de 5 mayo, 310/2015 de 4 mayo, 97/2016 de 19 febrero.

⁸⁴ STSJ CyL (Burgos) 643/2013 de 10 diciembre.

⁸⁵ STSJ CyL (Burgos) 310/2015 de 4 mayo.

⁸⁶ STSJ CyL (Burgos) 83/2003 de 21 enero.

⁸⁷ STSJ CyL (Burgos) 821/2014 de 11 diciembre.

alguna para la empresa, considerándose que no concurre la dependencia porque el trabajador ha tenido libertad para organizar la formación, aunque fuera la empresa la que controlara la asistencia y firma de la hoja de visita, sin que sea relevante que la actividad formativa se diera en la sede de la empresa.

Sin embargo, se considera que hay una relación laboral⁸⁸ cuando la empresa proporciona al trabajador el local, mobiliario, equipamiento, aparataje e incluso personal auxiliar, tiene una jornada de trabajo determinada, siendo el horario el del centro donde presta sus servicios, no elige a los alumnos que son los que determina el centro y el control en la asistencia de los alumnos, que se hacía a través de sistema impuesto por la empresa⁸⁹.

Concurren las notas de ajenidad y dependencia de la relación laboral cuando la prestación se realiza a través de una plataforma propiedad de la empresa⁹⁰, que es también la que da el acceso a las claves de usuario y herramientas para el acceso online al sistema operativo y el trabajador puede ser sustituido en caso de no cumplir con el cometido asignado, lo cual supone que están dentro del círculo organizativo de la empresa sin perjuicio de que no estén sometidos a la jornada laboral concreta.

En el caso de docencia online⁹¹, la relación debe considerarse laboral si el trabajador puede contestar las dudas o atender las tutorías cuando él considere, a pesar de no ir a la empresa a trabajar.

La retribución para que tenga la consideración de salario y no desvirtúe la relación laboral puede ser por curso⁹², existan o no preguntas o dudas de los alumnos, por porcentaje⁹³ de lo cobrado a los alumnos o por cada clase que se da⁹⁴. En algunos casos, el trabajador podría considerarse laboral asalariado a comisión y en cualquiera de los casos anteriores deberán tenerse en cuenta el resto de los indicios de ajenidad y dependencia para que el contrato esté sujeto al ET.

Existe también relación laboral cuando la empresa da instrucciones razonables sobre cómo llevar a cabo la tutorización⁹⁵ de los cursos para los que se ha contratado al trabajador, siendo la propia empresa la que oferta los cursos y la que elige y matricula a sus alumnos. Ahora bien, en el caso de que los alum-

⁸⁸ SSTSJ CyL (Burgos) 433/2018 de 21 junio y 83/2003 de 21 enero.

⁸⁹ STSJ CyL (Burgos) 872/2003 de 15 julio.

⁹⁰ STSJ CyL (Burgos) 808/2019 de 16 diciembre.

⁹¹ STSJ CyL (Burgos) 808/2019 de 16 diciembre.

⁹² STSJ CyL (Burgos) 808/2019 de 16 diciembre.

⁹³ STSJ CyL (Burgos) 433/2018 de 21 junio.

⁹⁴ STSJ CyL (Burgos) 872/2003 de 15 julio.

⁹⁵ STSJ CyL (Burgos) 808/2019 de 16 diciembre.

nos los canalice en gran medida el propio trabajador y sea este quien organice su docencia, fijando lugar y horario, se estará ante una relación mercantil⁹⁶.

También se plantea si el contrato es laboral o administrativo en el caso de los profesores de religión⁹⁷. En estos casos, con el profesor de Religión hay una específica relación laboral, de carácter temporal, que es coincidente con el curso escolar, de acuerdo con la disposición adicional segunda de la LO 1/90, de 3 de octubre que determina que los profesores, que no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan enseñanza de religión en los centros públicos en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial. Finalizado el curso escolar, se extingue el contrato a todos los efectos. De modo tal que, si es llamado para el curso siguiente, necesariamente ha de entenderse que nace una nueva relación laboral, absolutamente desvinculada a la anterior ya extinguida.

XI. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN

En el ámbito de la comunicación encontramos figuras como el *freelance*, colaborador de prensa o periodista autónomo, que en ocasiones encierran una relación laboral, pero en otras están ante contratos de arrendamientos de servicio. Además, puede haber empresas interpuestas creadas por el trabajador para la contratación del servicio, lo que lleva a tener que valorar si existe o no contrato simulado. Debe de nuevo analizarse cada caso en concreto para poder concretar si existen los requisitos de ajenidad y dependencia que deben concurrir para que al amparo del art. 1.1 ET sean trabajadores sujetos a Estatuto de los Trabajadores.

Se considera que hay relación laboral y no hay una mera colaboración periodística por concurrir los requisitos de ajenidad y dependencia en el caso de los trabajadores⁹⁸ que suscriben contrato de arrendamiento de servicios con RTVE, en virtud de los cuales se comprometían a suministrar los servicios de información literaria y noticias en exclusiva y con disponibilidad horaria y quedando sujetos a la línea informativa y control que fijaba la empresa. No cambia la calificación del contrato el hecho de que la retribución se realice a

⁹⁶ STSJ CyL (Burgos) 394/2001 de 5 junio.

⁹⁷ STSJ CyL (Burgos) 86/2007 de 14 febrero.

⁹⁸ SSTSJ CyL (Burgos) 127/2009 de 26 febrero, 312/2009 de 20 mayo y 292/2009 de 7 mayo.

través de facturas que se giran a la empresa instrumental que tengan los trabajadores, es decir, que haya un negocio jurídico simulado, lo que no desvirtúa ese carácter de laboral del vínculo que une a las partes, dado que había una relación *intuitu personae*. Así, en estos casos, lo importante no es cómo se llama al contrato, sino realmente lo que encierra, porque el art. 8.1 ET establece que se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel. Aun así, esta presunción cae y es el trabajador quien ha de demostrar que concurren las circunstancias de ajenidad y dependencia⁹⁹.

Sin embargo, no se considera que hay contrato simulado y, por tanto, no hay relación laboral, en el caso de que desde un inicio Televisión Española contratara con otra empresa el suministro de material gráfico¹⁰⁰ o en el caso de dos trabajadores que verbalmente acuerdan prestar servicios consistentes en realizar artículos y viñetas para una publicación periódica, sin sujeción a horarios, acudiendo cada semana para su entrega en el periódico para que luego se maquetaran. En estos casos se considera que existe arrendamiento de servicios, no contrato laboral, porque no se puede probar la dependencia y ajenidad a la vista de la libertad de los trabajadores para desarrollar su actividad, sin vinculación alguna a las órdenes y control de la empresa.

XII. COMERCIALES, AGENTES Y VENDEDORES

Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo¹⁰¹ el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos considera que, entre un agente y la empresa existe una relación mercantil y no laboral y, ello, porque es una actividad de mediación, que es una de las excepciones a la relación laboral ordinaria. Se considera que no existen los requisitos de ajenidad y dependencia en el caso¹⁰² del agente de una Caja de Ahorros que desarrolla su actividad según sus propios criterios y en su domicilio, sin recibir instrucciones de la Caja, sin sujeción estricta a horario y sin tener puesto de trabajo en la misma, limitándose a acudir a la sede de la patronal para cuestiones técnicas, uno o dos días a la semana. Permite sustentar esta afirmación también el hecho de que el trabajador cobrara comisiones y no un sueldo fijo, además de no haber tenido

⁹⁹ STSJ CyL (Burgos) 472/2012 de 14 junio.

¹⁰⁰ STSJ CyL (Burgos) 189/2009 de 18 marzo.

¹⁰¹ STS 23 de marzo de 1995, recud. 2120/1994.

¹⁰² STSJ CyL (Burgos) 535/2007 de 19 julio.

nunca vacaciones pagadas por la empresa, aclarando que recibir de la empresa determinados materiales para realizar el trabajo no permite justificar por sí mismo la existencia de dependencia laboral.

Tampoco existe esa relación laboral en el caso de un agente de seguros¹⁰³ cuya actividad principal es la mediación, siendo complementaria las labores de cobro, pero entiende que si la actividad de cobro hubiera sido la principal sí hubiera habido relación laboral.

Merece especial mención la justificación que el TSJ CyL hace de la dependencia cuando existe contrato de agencia¹⁰⁴, concepto que considera que existe cuando, quien se dedique a promocionar actos y operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promocionarlos o concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios.

XIII. DISTRIBUIDORES, REPARTIDORES Y TRANSPORTISTAS

El art. 1.3 g) ET, tras declarar excluido de forma genérica de la relación laboral a “todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo”, añade que “a tales efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público, cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador”. La autorización administrativa es la llamada tarjeta de transporte a que se refiere la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres¹⁰⁵.

Se trata de una modificación del Estatuto de los Trabajadores realizada en la Ley 11/1994, de 19 de mayo que determinó una forma diferente de valorar en qué casos debe entenderse que el trabajo de un transportista o un repartidor es mercantil o laboral. El art. 1.3 g) ET introduce así un criterio de diferenciación entre el contrato de trabajo y el contrato de transporte que no figuraba en la legislación precedente¹⁰⁶.

¹⁰³ STSJ CyL (Burgos) 393/2014 de 18 junio.

¹⁰⁴ STSJ CyL (Burgos) 535/2007 de 19 julio.

¹⁰⁵ STSJ CyL (Burgos) 192/2012 de 22 marzo.

¹⁰⁶ STSJ CyL (Burgos) 192/2012 de 22 marzo.

Junto con esta modificación legal aplica en este sector de transporte la creación de la figura del TRADE, lo que también genera conflictos en torno a la evaluación de si la relación es o no laboral y ha llevado a Juzgados a plantear de oficio la incompetencia de jurisdicción, con traslado a las partes y al Ministerio Fiscal¹⁰⁷. Es el caso del trabajador¹⁰⁸ con contrato verbal para prestar servicios de transporte por carretera, que entiende que tiene contrato de TRADE, pero no consta que comunicara a su empresa que reunía los requisitos legales, tal y como exige la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 20/2007. Pues bien, la falta de comunicación determina que no haya habido novación contractual, cuestión que tiene también sustento legal en el art. 1.204 Código Civil, manteniéndose el contrato anterior con el régimen que tuviera, que en este caso es mercantil porque sería de aplicación la prestación de servicios de transporte, trabajando como autónomo, emitiendo facturas y fijando sus rutas. A igual conclusión se llega en el caso de un transportista de furgoneta¹⁰⁹ que tampoco adaptó su condición de autónomo a TRADE, lo que obliga a mantener la relación mercantil.

El Tribunal Superior de Justicia ha aplicado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y reitera en sus sentencias que para poder determinar si hay o no relación laboral por lo que debe comprobarse si hay autorización administrativa de transporte, pago por el servicio, coche o vehículo propio y, también, la existencia o no de poder de disposición. Por tanto, la revisión de las reglas generales de ajenidad y dependencia solo entrarán en juego una vez analizada la falta concurrencia de los requisitos anteriores. Esto ocurrió en el caso de un trabajador autónomo¹¹⁰ que se dedica a repartir prensa diariamente y que reclama su laboralidad, porque no precisa de autorización administrativa de transporte al ser su vehículo inferior a dos toneladas. Pues bien, el TSJ entra a analizar todas las circunstancias del trabajador y considera que no hay relación laboral, porque no solo está en el RETA, sino que, además, el vehículo es propio y no tiene anagrama de la empresa, haciéndose cargo de los gastos de combustible y mantenimiento, no tiene carnet o distintivo de su condición de trabajador por cuenta ajena de la empresa, no tiene uniforme de la empresa, no recibe instrucciones concretas de la empresa, la ruta que hace es discrecional, no está sometido al ámbito disciplinario de la empresa, no se le abonó cantidad alguna en concepto de vacaciones y, estando de baja, el sustituto lo puso el propio trabajador.

¹⁰⁷ STSJ CyL (Burgos) 344/2010 de 20 mayo.

¹⁰⁸ STSJ CyL (Burgos) 344/2010 de 20 mayo.

¹⁰⁹ STSJ CyL (Burgos) 427/2010 de 22 junio.

¹¹⁰ STSJ CyL (Burgos) 403/2010 de 17 junio.

Sin embargo, lo habitual es que el TSJ se centre en analizar si concurren los requisitos del art. 1.3 g) ET que consideran que deben darse de forma acumulativa¹¹¹, es decir, el vehículo debe ser propiedad de quien lo presta, debe realizar su trabajo al amparo de una autorización administrativa y el vehículo debe ser comercial de servicio público. Esto es lo único que se ha valorado en el caso de un transportista que trabajaba para una empresa de transportes, aportaba su coche y su autorización administrativa para su trabajo comercial, de modo que circunstancias como que el trabajador llevaba uniforme de la empresa o el coche estaba rotulado con el nombre de la empresa o que solo trabajaba para esta no hace determinar que el contrato pueda ser calificado de laboral.

En otros casos, se puede constatar que el TSJ se limita a comprobar si el trabajador tenía licencia de transporte, como ocurrió en el caso de un transportista con vehículo con tarjeta de transporte para vehículo cuya tasa máxima autorizada asciende a 3.500 kg y el coche era de su propiedad¹¹². En este caso la mera tenencia de esa autorización y coche en propiedad revela que existe relación mercantil.

XIV. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

En el ámbito de la Administración, existen contratos administrativos que se gestionan a través de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. En estos casos se contratan actividades en concreto que se presumen que son puntuales y que no se pueden realizar por la plantilla de que ya dispone la Administración correspondiente, sean estos funcionarios o laborales. Pues bien, la dificultad en estos casos viene en determinar si esos contratos administrativos encierran una relación laboral sujeta al Estatuto Básico del Empleado Público, debiendo aplicarse la doctrina del Tribunal Supremo¹¹³, que considera que la calificación de la existencia o no de una relación laboral no viene determinada por el tipo de contrato firmado sino por el tipo de trabajo realizado, por el contenido real de las prestaciones concertadas, por ello deben evaluarse y comprobar si concurren las características que determinan que una relación es laboral.

¹¹¹ STSJ CyL (Burgos) 192/2012 de 22 marzo.

¹¹² STSJ CyL (Burgos) 584/2012 de 24 julio.

¹¹³ SSTS 11 de junio 1990 y 5 de julio 1990, entre otras.

El TSJ CyL (Burgos) analiza los diferentes casos que ha tenido valorando la actividad realmente desarrollada y si concurren las circunstancias de ajenidad y dependencia. Así, valora un caso en el que quien suscribe un contrato administrativo es una persona física y no jurídica, y considera que existe relación laboral y no administrativa, cuando esa persona suscribe sucesivos contratos administrativos para prestar servicios de delineación para un hospital¹¹⁴ dependiente de la Junta de Castilla y León. Se llega a esta conclusión tras demostrarse que la prestación de servicios se realiza dentro del ámbito de la organización y dirección de la empresa puesto que los trabajos desempeñados son necesarios para el cumplimiento del objeto social del hospital. Además, existe la supervisión y coordinación del empresario, sin disponer el trabajador libertad para organizar su trabajo, utilizando para ello material de la empresa y debiendo acudir en un horario determinado, sin perjuicio de que eventualmente pueda trabajar desde casa. Y, por siendo determinante, el hecho de cobrar con carácter periódico una retribución y que no pueda sustituirle otra persona, por tanto, el carácter personalísimo de la prestación.

Siguiendo iguales criterios de ajenidad y dependencia resuelve el caso de un trabajador que era profesor de música¹¹⁵ en un organismo público dependiente del Ayuntamiento. En este caso se debatía si la relación era administrativa o era laboral, concluyendo que era laboral porque había ajenidad, tanto en los medios, como en el uso de las dependencias del ayuntamiento. Además, cobraba una cantidad fija con independencia del número de alumnos matriculados. Por otro lado, entiende que hay dependencia, porque es el ayuntamiento quien controla el horario y la actividad del trabajador, actividad que no puede desarrollar otro trabajador, conclusión a la que se llega porque cuando no puede asistir la clase no se imparte. Iguales conclusiones se adoptan en el caso de un veterinario¹¹⁶ contratado por la Junta de Castilla y León para realizar durante diferentes periodos de tiempo las campañas de saneamiento ganadero a través de contratos administrativos sujetos a unos pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, siendo la Administración la que organiza el horario y el trabajo a desarrollar y aporta al trabajador los medios que necesita para realizar su trabajo, a salvo del coche, cobrando una cantidad por el trabajo desarrollado. En este caso, a pesar de que se hizo como contrato administrativo se consideró que el trabajo desarrollado se hacía como relación laboral.

¹¹⁴ STSJ CyL (Burgos) 92/2016 de 12 febrero.

¹¹⁵ STSJ CyL (Burgos) 709/2004 de 2 noviembre.

¹¹⁶ STSJ CyL (Burgos) 720/2005 de 27 octubre.

Otras veces, la calificación del contrato de trabajo tiene en cuenta la existencia o no de una voluntariedad para realizar la actividad, incluso en el ámbito de la administración. Es el caso de un alguacil ¹¹⁷ que, si bien es contratado con carácter administrativo sin dedicación permanente, se considera que no hay relación laboral, sino que el trabajo que desarrolla debe incardinarse en los trabajos de buena vecindad dado el tamaño pequeño del pueblo y las escasas acciones desarrolladas (dar bandos, llevar y recoger el correo del ayuntamiento unas dos veces por semana, abrir la puerta del ayuntamiento y hacer notificaciones).

A igual conclusión se llega en el supuesto de una limpiadora de un consultorio médico ¹¹⁸ de un ayuntamiento. En este caso, si bien se trata de una actividad necesaria e imprescindible, el Tribunal consideró que no había relación laboral porque la trabajadora no tenía un horario definido, no había órdenes por parte del ayuntamiento que, además, tenía escasa población, el local que limpiaba era pequeño y que en años anteriores habían sido otras vecinas las que hacían la limpieza. Concluye, además, que recibir una gratificación, que no era fija, cantidad que se incluía en la partida de pagos a los vecinos por suplidos y por trabajos en obras municipales, corta de leña y otros... no determina que exista retribución y, por tanto, no hay relación laboral.

Sin embargo, en el caso de otra limpiadora ¹¹⁹ de otro ayuntamiento consideró que sí había relación laboral porque, aunque la relación se pactó como administrativa a través de concurso, el mero hecho del paso de 11 años hace que deje de ser aplicación la normativa administrativa y ello porque no se pueden calificar los servicios de la trabajadora como “trabajos específicos y concretos no habituales” y, por otro lado, la actividad de la trabajadora no constituía un trabajo específico, o de resultado concreto que sería propio de la contratación administrativa.

XV. ACTIVIDADES DE ALTERNE Y SIMILARES

Ha de diferenciarse entre la actividad de alterne por cuenta propia y por cuenta ajena. Esta última tiene carácter laboral cuando se acredite la ajenidad de la prestación de la actividad y la dependencia de dicha actividad en el seno de una organización empresarial.

¹¹⁷ STSJ CyL (Burgos) 877/1992 de 12 noviembre.

¹¹⁸ STSJ CyL (Burgos) 156/2004 de 25 febrero.

¹¹⁹ STSJ CyL (Burgos) 100/2006 de 9 febrero.

La prueba de la relación laboral se hace en base a la dependencia que se presume cuando hay una presencia estable de la trabajadora en el local¹²⁰, por tanto, no se está ante una interpretación estricta de subordinación rigurosa y absoluta, sino que basta con que ofrezca sus servicios dentro de un horario y en las instalaciones de la empresa, dentro del ámbito de organización y dirección del empresario o empleador¹²¹. No solo es importante que trabajen en el local del empresario, sino que además utilicen los medios y recursos personales¹²², como los camareros que sirven las copas y contabilizan el gasto que hacen con los clientes, así como el uso de materiales propios de la empresa, como es su local. Así se considera que es un indicio de ajenidad y dependencia el hecho de que las mujeres tengan una taquilla en la empresa donde poner sus cosas personales¹²³. Si las empleadas viven además en el local, cosa que ocurre a menudo, porque se da de alta la empresa como negocio de hostelería, permite demostrar también la dependencia¹²⁴ y ello, aunque el local disponga de dos zonas, una como hostel y otra para las trabajadoras¹²⁵.

No impide que haya un reconocimiento de la laboralidad el hecho de que las trabajadoras gocen de libertad para el desarrollo de sus funciones de captación de clientes o que puedan desarrollar eventualmente sus trabajos en otros clubs o que incluso puedan acudir de vacaciones a su país¹²⁶ y esto se fundamenta en la iniciativa personal y libertad de actuación que deben tener las trabajadoras para el desarrollo de sus funciones.

Además, no es preciso que haya un salario fijo, bastando que cobren de la empresa un porcentaje por las copas a las que son invitadas por los clientes, que se considera retribución ordinaria por comisión¹²⁷.

Se incluye dentro de la actividad de alterne la actividad de servicio de compañía y la de captación de clientes para el consumo de copas¹²⁸.

XVI. VARIA

El art. 8.1 ET consagra la libertad de forma para la celebración del contrato de trabajo y una presunción *iuris tantum* de existencia del mismo, lo que

¹²⁰ SSTSJ CyL (Burgos) 216/2005 de 31 marzo, 327/2005 de 26 mayo y 10 de enero de 2005.

¹²¹ SSTSJ CyL (Burgos) 161/2005 de 10 de enero de 2005 y 161/2005 de 25 febrero.

¹²² STSJ CyL (Burgos) 216/2005 de 31 marzo.

¹²³ STSJ CyL (Burgos) 380/2011 de 23 junio.

¹²⁴ STSJ CyL (Burgos) 3/2005 de 10 enero.

¹²⁵ STSJ CyL (Burgos) 380/2011 de 23 junio.

¹²⁶ STSJ CyL (Burgos) 697/2008 de 4 diciembre.

¹²⁷ SSTSJ CyL (Burgos) 161/2005 de 25 febrero, 327/2005 de 26 mayo, 216/2005 de 31 marzo, 199/2005 de 17 marzo, 3/2005 de 10 enero y 61/2017 de 9 febrero.

¹²⁸ SSTSJ CyL (Burgos) 697/2008 de 4 diciembre y 216/2005 de 31 marzo.

implica que “salvo prueba en contrario” la relación de trabajo entre partes ha de considerarse laboral sujeta a Estatuto de los Trabajadores, sin embargo en un amplio número de casos la carga de la prueba recae en el trabajador, sobre todo, cuando la relación de laboralidad o no proviene del levantamiento de un acta de inspección, en cuyo caso corresponde a la parte denunciada acreditar con las pruebas precisas que no se ajustan a la realidad los extremos constatados por la Inspección ¹²⁹. Así puede verse en el caso del trabajador que desarrolló un abanico amplio de funciones de acuerdo con un documento firmado por las partes, pero no logró probar la ajenidad, es decir, la prestación de servicios dentro del ámbito de organización o dirección de otro, requisito necesario para conseguir esa laboralidad ¹³⁰.

También es un hecho que hay libertad de contratación pero que no es vinculante cómo las partes califiquen el contrato, ya que la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes, no es algo que quede a la libre disposición de estas, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual ¹³¹. Hay una amplia variedad de casuística en la que para poder determinar si existe o no relación laboral es preciso analizar las circunstancias concurrentes al caso concreto, ya que el hecho de calificar una relación laboral como mercantil no la convierte en tal, como ocurrió con un mecánico ¹³² y un montador ¹³³ que tenían un contrato mercantil y estaban dados de alta en RETA, pero debían tener una relación laboral ordinaria por concurrir los requisitos de laboralidad. Lo mismo ocurre en el caso de un restaurador ¹³⁴ que trabaja para la Diócesis de Burgos en el taller diocesano, recibe una retribución de carácter periódico, la dirección técnica no le corresponde al trabajador y por ello recibe órdenes de qué deber realizar y cómo realizarlo, tiene un horario y no aporta material a su actividad, incorporándose los frutos del trabajo directamente al patrimonio del taller. Igual conclusión se obtiene en el caso de la trabajadora que limpia la escalera de un edificio ¹³⁵ que debe estar dada de alta en la Seguridad Social si concurren las notas de voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución. Si el inspector constata que la limpiadora está trabajando y esta reconoce un horario y que tiene una remuneración no discutida por la comunidad de vecinos, procede

¹²⁹ SSTSJ CyL (Burgos) 26/2012 de 18 enero y 556/2011 de 20 octubre.

¹³⁰ STSJ CyL (Burgos) 472/2012 de 14 junio.

¹³¹ STSJ CyL (Burgos) 472/2012 de 14 junio.

¹³² STSJ CyL (Burgos) 690/2007 de 23 octubre.

¹³³ STSJ CyL (Burgos) 412/2017 de 22 junio.

¹³⁴ SSTSJ CyL (Burgos) 26/2012 de 18 enero y 556/2011 de 20 octubre.

¹³⁵ STSJ CyL (Burgos) de 29 julio 2004.

el alta de ella en Seguridad Social, incluso sin haber contrato laboral firmado. En la misma línea se reconoce la laboralidad al trabajador que desempeña trabajos de prospección y controles arqueológicos para una empresa de forma continuada en el tiempo, cobrando por factura más IVA iguales cantidades todos los meses, incluso reconociéndole la empresa su derecho de maternidad y vacaciones¹³⁶.

Sin embargo, se considera que no hay relación laboral en el caso de un trabajador dado de alta en el RETA como TRADE, realizando actividades de reparación de automóviles¹³⁷, a pesar de tener el uniforme de los trabajadores de la empresa y tener el mismo horario, al considerarse que rompe la ajenidad y dependencia que el trabajador no esté sujeto a la dinámica empresarial en cuanto a las directrices y órdenes del empresario, sujeción a periodos vacacionales, petición de permisos, control de resultados de la actividad o cualquier otro avatar que pueda surgir en el desempeño de aquella; que aporte el material y la herramienta para efectuar su trabajo, cuyo importe se descuenta de las facturas giradas a la empresa; que abona los gastos de mantenimiento de las cabinas en los que los trabajos de chapa y pintura se desempeñan; y que abona los salarios y cuotas de Seguridad Social de dos trabajadores que trabajan con él, lo que es incompatible con una relación laboral por cuenta ajena en el que el actor fuere un simple empleado. Tampoco hay relación laboral en el caso de un trabajador con contrato de arrendamientos de servicios que mantiene una granja, porque contrató a su vez a otra persona¹³⁸.

En otras ocasiones, la frontera entre el tipo de contrato proviene de la normativa no laboral que determina la aplicación o no de una determinada normativa laboral. Es el caso de los guardas de cotos de caza y pesca¹³⁹ que están incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social o la aplicación de la normativa fiscal para determinar el valor catastral de las tierras, a fin de que los dueños de una explotación agraria deban estar incluidos en el Régimen de Autónomos y no en el Régimen Especial Agrario¹⁴⁰.

En el caso de los empleados de hogar, para poder dilucidar si la relación laboral es ordinaria o por el contrario es una relación laboral especial de empleado de hogar es preciso determinar qué se considera hogar. Así, se considera hogar la habitación que pueda tener una persona en una residencia de ancianos y, por tanto, el trabajo que pueda desempeñar una persona contratada para

¹³⁶ STSJ CyL (Burgos) 61/2013 de 12 febrero.

¹³⁷ STSJ CyL (Burgos) 419/2015 de 8 junio.

¹³⁸ STSJ CyL (Burgos) 494/2006 de 25 mayo.

¹³⁹ STSJ CyL (Burgos) 555/2000 de 24 julio.

¹⁴⁰ STSJ CyL (Burgos) 84/2000 de 14 febrero.

poder cuidar al residente¹⁴¹. No cabe argumentar que la relación laboral debe ser ordinaria acogiéndose al Convenio de Asistencia Domiciliaria cuando el empleador vive fuera del domicilio¹⁴², incluso en otra ciudad.

En estos casos es relevante además que el empleador sea quien haga el contrato y que en él se reúnan las condiciones mínimas para su consideración como laboral (art. 1.1. ET) ya que no se puede considerar que no aplica la relación laboral especial cuando es una empresa la que gestiona la contratación de los empleados de hogar si es ella la que dirige, la que sustituye al personal en caso de baja o hace las nóminas, en cuyo caso el poder de dirección y la relación *intuitu personae* decae a favor la empresa, que será la que tiene que hacer el contrato con relación laboral ordinaria con los empleados de hogar¹⁴³.

Diferente es cómo debe interpretarse la labor de una limpiadora extranjera en una empresa que no está dada de alta en Seguridad Social en ningún tipo de régimen. En este caso, se declara la relación de laboralidad porque, además de que consta probado que la trabajadora cobra una cantidad fija mensual, queda acreditado que la empresa demandada no tenía contratado el servicio de limpieza a una tercera empresa, ni contaba con personal para realizarla salvo la actora, y la socia partícipe de la sociedad demandada presentó solicitud de permiso de trabajo y residencia de la trabajadora por cuenta de la empresa demandada¹⁴⁴.

Existe también la posibilidad de que se aplique una relación laboral especial y no se aplique el Estatuto de los Trabajadores de forma subsidiaria. Es el caso de los despidos¹⁴⁵ o expedientes sancionadores¹⁴⁶ a los trabajadores penitenciarios que cumplen condena que se rigen por Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de seguridad social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

Finalmente, un caso especial es el trabajador que desarrolla su actividad como empleado de finca urbana propiedad de la Tesorería General de la Seguridad Social, con contrato de empleado de finca urbana y con la categoría de conserje y con las funciones de cuidado, vigilancia y limpieza del inmueble con cuantas obligaciones establecía la Tesorería General de la Seguridad So-

¹⁴¹ STSJ CyL (Burgos) 4/2019 de 17 enero.

¹⁴² STSJ CyL (Burgos) 352/2002 de 30 abril.

¹⁴³ STSJ CyL (Burgos) 136/2017 de 9 marzo, 136/2017 de 9 marzo y 196/2014 de 25 marzo.

¹⁴⁴ STSJ CyL (Burgos) 66/2004 de 28 enero.

¹⁴⁵ SSTSJ CyL (Burgos) 519/2012 de 5 julio, 644/2004 de 7 octubre, 12/2012 de 10 enero, 170/2015 de 12 marzo.

¹⁴⁶ STSJ CyL (Burgos) 6/2005 de 10 enero, 584/2016 de 10 noviembre y 512/2014 de 23 julio.

■ LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA

cial. A este trabajador se le debe aplicar el Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado dado que la exclusión prevista en el antiguo Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración de la Seguridad Social del art. 1 ya no está vigente¹⁴⁷.

¹⁴⁷ STSJ CyL (Burgos) 153/2002 de 4 marzo, 390/2006 de 3 mayo y 29 julio 2004.

CAPÍTULO XV

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN (VALLADOLID)

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.* a) Tareas sin compromiso personal. b) Prestaciones obligatorias. c) Trabajo no remunerado. i) Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad. ii) Trabajos familiares. iii) Voluntariado. d) Trabajo por cuenta propia.–II. *Actividades religiosas.*–III. *Actividades sindicales y políticas.*–IV. *Socios, administradores, directores.*–V. *Cooperativistas.*–VI. *Relaciones con causa formativa.*–VII. *Actividades deportivas.*–VIII. *Espectáculos públicos.*–IX. *Profesionales liberales.* a) Abogados. b) Arquitectos. c) Contables, economistas, consultores. d) Peritos tasadores. e) Veterinarios y agrónomos.–X. *Personal sanitario.* a) Médicos y odontólogos. b) Psicólogos. c) Fisioterapeutas. d) Personal de enfermería, auxiliares sanitarios.–XI. *Personal docente.* a) En centros educativos públicos. b) En centros educativos privados. c) Profesores de academia y particulares. d) Otros.–XII. *Profesionales de la comunicación.*–XIII. *Comerciales, agentes, vendedores.*–XIV. *Distribuidores, repartidores y transportistas.*–XV. *Servicios prestados a la Administración.*–XVI. *Actividades de alterne y similares.*–XVII. *Varia.* a) Empleados de fincas urbanas y comunidades de propietarios. b) Servicios en el hogar familiar. c) Otros.

I. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD

a) **Tareas sin compromiso personal**

La prestación de servicios en régimen laboral exige el compromiso personal de una persona física, por lo que es fácil excluir del ámbito laboral aquellas prestaciones de servicios a las que se obliga una persona jurídica o una comunidad de bienes. Si una entidad contrata los servicios con una comunidad de bienes, integrada por quien venía siendo trabajador por cuenta ajena y por otros tres comuneros, los cuales ulteriormente constituyen una sociedad mercantil, la relación entre aquella entidad y cualquiera de los comuneros, luego socios, no puede calificarse de laboral¹. Tampoco es laboral la contratación por parte de RTVE con una comunidad de bienes compuesta por dos profesionales de la comunicación² o con una sociedad mercantil para obtener servicios de corresponsalía provincial para el Centro Territorial de TVE en Castilla y León³.

No puede una comunidad de bienes ser “parte trabajadora” en un contrato de trabajo, porque las tareas personales realizadas no son consecuencia de una relación individual concertada «intuitu personae» con cada comunero, “sino mera distribución interna dentro de la organización del ente asociativo”⁴. Todo ello, sin perjuicio, naturalmente, de la prohibición de cesión ilegal de trabajadores y de las consecuencias inherentes a esta institución (art. 43 ET); y sin perjuicio de supuestos, más bien excepcionales, de levantamiento del velo de sociedades o comunidades constituidas con la única finalidad de esconder una prestación personal de servicios, como ocurre en un caso de educadores de una Fundación pública, en que la Sala constata que la constitución de la comunidad de bienes por los trabajadores constituye “una mera apariencia jurídica que intenta solapar una verdadera relación laboral”⁵.

Además de que la contratación de los servicios ha de ser con una persona física, esta debe obligarse personalmente a llevarlos a cabo, por lo que la existencia de una facultad de sustitución, que permite al supuesto trabajador designar a terceros para realizar el trabajo en su lugar, suele ser determinante para excluir la laboralidad. Así, el hecho de que un repartidor tenga la “facultad

¹ STSJ CyL (Valladolid) de 13 octubre 2010 (rec. 1527/2010).

² STSJ CyL (Valladolid) de 28 noviembre 2000 (rec. 1919/2000).

³ STSJ CyL (Valladolid) de 3 abril 2012 (rec. 297/2012); 23 septiembre 2009 (rec. 1425/2009).

⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 17 junio 2009 (rec. 925/2009).

⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 4 julio 2012 (rec. 649/2012).

para designar a otra persona a fin de que si él no podía o no le convenía le realizase la tarea de ese o esos días” impide la calificación de la relación como laboral, pese a que todos los demás indicios apunten a la existencia de ajenidad y dependencia⁶. Lo mismo ocurre con un profesor de artes marciales que es frecuentemente sustituido por una alumna⁷. No obstante, la valoración de la facultad de sustitución ha de ser necesariamente casuística, porque si las suplencias o sustituciones de unos profesionales por otros, en caso de imposibilidad de prestar los servicios, constituyen solo excepciones y no la regla, este factor se relativiza y la relación puede ser perfectamente laboral⁸.

b) Prestaciones obligatorias

La exclusión de laboralidad de la prestación personal obligatoria (art. 1.3.b ET) tiene un alcance más limitado si cabe, dado que la obligación a que se refiere el precepto debe nacer estrictamente de la ley (art. 31.3 Const.), no de los contratos (art. 1089 CC). Una de las pocas prestaciones obligatorias es la establecida por la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (RDLeg. 2/2004), en la que se basó una Junta Vecinal de Lillo del Bierzo para defenderse de la demanda de oficio relativa a los servicios como socorrista y taquillera-limpiadora de dos vecinas en las piscinas públicas de la localidad. La Sala razona que no cabe una interpretación extensiva del ámbito y alcance de estas obligaciones de prestación personal. Puesto que la ley establece la prestación “para la realización de obras de competencia municipal, no para la prestación de servicios” y por un tiempo además muy limitado, la Sala concluye que las prestaciones en cuestión son laborales, habida cuenta, además, de su carácter remunerado⁹.

c) Trabajo no remunerado

i) TRABAJOS AMISTOSOS, BENÉVOLOS, DE BUENA VECINDAD

La exclusión de las relaciones informales de colaboración, asistencia, ayuda que se entablan en círculos familiares, amistosos o vecinales (art. 1.3.d

⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 19 diciembre 2016 (rec. 2243/2016).

⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 29 septiembre 2003 (rec. 1780/2003).

⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 12 diciembre 2012 (rec. 1928/2012).

⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 22 noviembre 2006 (rec. 1753/2006).

ET) suele encontrar su justificación en la ausencia de una remuneración propiamente dicha. Esta ausencia es tanto más creíble cuanto más efímera, esporádica o temporal es la prestación de esa colaboración o ayuda. La conjunción de tratarse de una actividad temporal (un bar portátil en las ferias de la ciudad) y ser la ayudante sobrina del empresario hacen, en efecto, creíble la falta de remuneración por dedicar tres horas por la mañana y un rato por la tarde, en contra del criterio de la Inspección de Trabajo¹⁰. También es contraria la Sala al criterio inspector en un caso de quien, por amistad con las titulares de una comunidad de bienes, dedicada a la limpieza y sin estar sometida a ningún tipo de jornada, horario ni percibir retribución, acude a la oficina de dicha comunidad, aparte de charlar y salir a tomar un café con ellas, a echarles una mano en materia informática, utilizando para ello un ordenador de la empresa y atendiendo al menos en una ocasión en ausencia de las titulares algunas llamadas de clientes¹¹.

Sin embargo, se ha afirmado la existencia de relación laboral, desechando la alegación de colaboración amistosa, en un caso en que una persona, en quien concurre además la condición de beneficiario de prestación de desempleo, es “sorprendida” por la Inspección de Trabajo atendiendo un bar del que es titular otra persona, supuestamente amiga. La alegación de ser puramente puntual u ocasional la prestación, sumada a la de que la justificación de la colaboración radica en la necesidad para la empresaria de acompañar a su madre al centro médico, no son suficientes para convencer a la Sala del carácter puramente amistoso de la prestación. Nada se dice en la sentencia¹², además, sobre la remuneración, lo que no deja de ser llamativo, hasta el punto de que en un supuesto similar (aunque en este la persona está empleada en otra empresa y no se encuentra percibiendo prestaciones de desempleo) se falla en contra del criterio de la Inspección de Trabajo precisamente porque “ni consta retribución ni indicios de dependencia”¹³.

En situaciones de convivencia parafamiliar –como la que se da en una institución religiosa o la que se da en el llamado “au pair”¹⁴–, puede encontrarse un contexto propicio para relaciones de colaboración sin remuneración, de intercambio de servicios o bienes, que pueden prolongarse en el tiempo. Así, se rechaza que sea trabajadora quien desde prácticamente niña en un colegio

¹⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 6 julio 2004 (rec. 1043/2004).

¹¹ STSJ CyL (Valladolid) de 12 mayo 2010 (rec. 631/2010).

¹² STSJ CyL (Valladolid) de 21 marzo 2013 (rec. 302/2013).

¹³ STSJ CyL (Valladolid) de 3 octubre 2018 (rec. 644/2018).

¹⁴ Art. 2.2 RD 1620/2011, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

religioso, recibe habitación, manutención e instrucción, a cambio de realizar trabajos de limpieza, ayuda en la compra con las religiosas y otras actividades de mantenimiento en el centro¹⁵. En cambio, la presencia de remuneración en metálico, más allá de lo que pueda considerarse una compensación de gastos, implica la calificación de laboral especial de la relación de trabajo en el hogar¹⁶.

II) TRABAJOS FAMILIARES

De particular importancia social son los que el artículo 1.3.e) ET llama “trabajos familiares”. Su exclusión, que es meramente presuntiva, pues cabe la prueba de la condición de verdadero trabajador asalariado de quien los lleva a cabo, parece basarse en la falta de ajenidad (la doctrina del “fondo familiar común que actúa como sostén económico de la unidad familiar”¹⁷, siendo requisito ineludible el de convivencia bajo el mismo techo¹⁸), lo que da especial importancia, para la prueba en contrario, a la existencia de una remuneración regular, efectiva y formalmente documentada (lo contrario a “dinero de bolsillo”¹⁹), especialmente si se extiende por un período de tiempo que exceda de lo que podría considerarse una “colaboración más o menos esporádica que caracteriza a los trabajos familiares”²⁰. No obstante, la prueba de una remuneración regular no basta, siendo necesario que el trabajo sea el resultado de una obligación que implique actividad habitual y rendimiento²¹. Esto hace especialmente difícil la labor inspectora mediante visita en empresas en que ayudan o colaboran familiares, dado que la comprobación de la presencia un día de un familiar no conlleva que pueda presumirse que exista una relación laboral²².

La ratio de la exclusión es “extrapolable a las uniones de hecho”, máxime si se considera la apertura que propicia la letra g) del artículo 1.3 ET; en estos casos, “la ruptura de la convivencia” perturbará “las relaciones en su más am-

¹⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 23 marzo 2011 (rec. 205/2011).

¹⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 22 mayo 2000 (rec. 564/2000).

¹⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 4 marzo 2015 (rec. 2172/2014).

¹⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 23 diciembre 2011 (rec. 1743/2011).

¹⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 14 mayo 2014 (rec. 509/2014).

²⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 23 junio 2014 (rec. 510/2014). En el mismo sentido, por apreciar la existencia de “abundantes nóminas” (STSJ CyL (Valladolid) de 21 mayo 2014 (rec. 594/2014)).

²¹ STSJ CyL (Valladolid) de 14 noviembre 2007 (rec. 1856/2007).

²² STSJ CyL (Valladolid) de 30 mayo 2012 (rec. 555/2012).

plio espectro, más no convierte en laboral el vínculo”²³. Se argumenta que, a estos efectos, “existe una manifiesta identidad de razón entre el vínculo matrimonial y la convivencia «more uxorio»”²⁴.

En cualquier caso, la exclusión no solo opera cuando se trata de un empleador persona física, sino también cuando el empleador es persona jurídica, siempre que el familiar de quien realiza los trabajos tenga “una especial vinculación como socio, miembro, directivo, etc.”²⁵.

III) VOLUNTARIADO

La exclusión de laboralidad por ausencia de remuneración tiene en el voluntariado un caso de gran importancia social. La justificación de la gratuidad radica en su “carácter solidario” (art. 3.1.a Ley 45/2015, de 14 de octubre, del Voluntariado) y en tratarse de actividades de interés general que se desarrollan a través de “entidades de voluntariado” que necesariamente carecen de ánimo de lucro (art. 13 Ley 45/2015). La cuestión clave en la práctica radica en que, en efecto, no medie remuneración, sino a lo sumo compensación de gastos, alojamiento y manutención, como ocurre en el caso de monitores de campamento infantil para la Fundación de Rugby Cisneros²⁶, donde la Inspección de Trabajo alega la sustitución de trabajadores por voluntarios, argumento que la Sala rechaza, no sin dejar de apuntar que “la extensión de la realidad de trabajos no retribuidos, en el marco del voluntariado [...] es una fuente de problemas sociales [...]. Pero el órgano judicial ha de limitarse a aplicar la legislación vigente”.

Fuera de estas situaciones de normalidad social en el ámbito familiar, vecinal o solidario, la gratuidad del trabajo no se presume, por lo que si se prueba la existencia de actividad laboral y algún indicio de dependencia (p.ej., estar con mono de trabajo en el taller), la conclusión más razonable es la de existencia de contrato de trabajo²⁷, incluso aunque no haya podido probarse la remuneración (quizá totalmente en metálico) o aunque esta se articule mediante formalidades propias del trabajo autónomo, como las facturas. Lógicamente, a falta de toda prueba de trabajo, decae la reclamación de laboralidad²⁸.

²³ STSJ CyL (Valladolid) de 4 marzo 2015 (rec. 2172/2014).

²⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 2 febrero 2015 (rec. 2068/2014).

²⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 23 marzo 2018 (rec. 263/2018).

²⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 9 marzo 2016 (rec. 79/2016).

²⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 9 noviembre 2017 (rec. 1050/2017).

²⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 2 noviembre 2017 (rec. 1038/2017).

d) Trabajo por cuenta propia

La distinción entre trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia es ubicua en casi todos los apartados de esta obra, por lo que en este apartado nos limitamos a aplicar la doctrina general sobre la distinción a un supuesto paradigmático, como el que ofrecen los trabajos de construcción. La actividad por cuenta propia requiere una organización de recursos y medios que se ofrece al mercado, por lo que la aportación de medios por quien contrata el trabajo es un indicador poderoso de ajenidad²⁹; esta aportación es la que económicamente justifica, por un lado, el dominio de las “relaciones de mercado” por quien aporta el capital³⁰ y, por otro, el sometimiento del trabajador a órdenes y control del trabajo³¹, pudiendo la remuneración calcularse por unidad de obra (“metros ejecutados”)³². No someterse a la organización del trabajo por otro y aportar los propios medios conducen a la calificación del trabajador como autónomo³³.

II. ACTIVIDADES RELIGIOSAS

La condición de clérigo de quien alega ser trabajador y la de universidad eclesiástica en la que ejerce su docencia hace que no estemos ante una prestación de servicios con las notas de la relación laboral ordinaria. La docencia ejercida por el sacerdote es en virtud de un nombramiento de derecho canónico, hasta que en 2011 suscribe un contrato de trabajo: hasta tal fecha, no se está ante una relación laboral ordinaria con la Pontificia de Salamanca, sino en el ejercicio de función docente en el marco de Derecho Canónico³⁴.

III. ACTIVIDADES SINDICALES Y POLÍTICAS

El trabajo sindical (*ad intra*, como trabajo burocrático o administrativo en la organización, o *ad extra*, como negociar medidas colectivas, asesorar a los trabajadores, participar en asambleas de trabajadores, etc.) puede ser obje-

²⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 27 marzo 2019 (rec. 2317/2018); 28 octubre 2009 (rec. 1387/2009).

³⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 7 mayo 2015 (rec. 534/2015).

³¹ STSJ CyL (Valladolid) de 28 octubre 2009 (rec. 1387/2009).

³² STSJ CyL (Valladolid) de 10 julio 2013 (rec. 1098/2013); 28 octubre 2009 (rec. 1387/2009).

³³ STSJ CyL (Valladolid) de 22 abril 2015 (rec. 434/2015); 9 enero 2013 (rec. 2156/2012).

³⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 28 enero 2020 (rec. 1478/2019).

to de contrato de trabajo. Ahora bien, “por trabajo sindical no puede entenderse el desempeño de cargos orgánicos del sindicato” (p.ej., miembros de la comisión ejecutiva), cuyo desempeño no constituye relación laboral, incluso aunque se prevea su retribución en los estatutos del sindicato. La razón para ello tiene que ver con “las exigencias de democracia interna” (art. 7 Const.), lo que imposibilita que se configure como relación laboral el desempeño de cargos orgánicos sindicales electivos, ya que son “por naturaleza electivos y no pueden quedar blindados ni protegidos por derechos laborales frente a la democracia interna de la organización”³⁵.

La coexistencia de un contrato laboral con el sindicato y el desempeño de un cargo orgánico se resuelve aplicando la “doctrina del vínculo”, de modo que la relación orgánica absorbe la laboral, sin perjuicio de la suspensión de la relación laboral y el derecho a reserva de puesto de trabajo³⁶. De este modo, quien, ocupando un cargo orgánico en un sindicato agrario desarrolla cometidos netamente sindicales y, además, una variedad de tareas burocráticas o administrativas, no puede ser calificado de trabajador del sindicato³⁷.

La falta de relación laboral con el sindicato no conduce, como en otros supuestos, a declarar la incompetencia jurisdiccional del orden social, ya que la competencia de este orden se extiende al “régimen jurídico específico de los sindicatos, tanto legal como estatutario, en todo lo relativo a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus afiliados”³⁸.

IV. SOCIOS, ADMINISTRADORES, DIRECTORES

La prestación de servicios por parte de socios, administradores, directores, consejeros y figuras análogas puede quedar sujeta a la legislación laboral si concurren los requisitos de remuneración, ajenidad y dependencia. Esta posibilidad propicia que en la jurisdicción laboral se planteen litigios que en su génesis son societarios –desavenencias entre socios, por ejemplo³⁹, cuando no entre familiares o cónyuges que compartían un proyecto empresarial⁴⁰–, especialmente en la pequeña empresa, lo que se traduce en un volumen nada despreciable de sentencias sobre el tema.

³⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 15 mayo 2017 (rec. 673/2017).

³⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 18 septiembre 2006 (rec. 1446/2006).

³⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 9 enero 2001 (rec. 2555/2000).

³⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 7 noviembre 2016 (rec. 1789/2016).

³⁹ Patente en el caso resuelto por la STSJ CyL (Valladolid) de 10 octubre 2006 (rec. 1560/2006).

⁴⁰ Divorcio, p.ej., en el caso resuelto por la STSJ CyL (Valladolid) de 3 marzo 2016 (rec. 1918/2015).

Sentado que “trabajador y accionista son situaciones compatibles”⁴¹, la condición de socio o accionista puede excluir la laboralidad de los servicios que se presten para la sociedad si concurren circunstancias adicionales, como la participación societaria de familiares y el papel del socio en la administración de la sociedad, todo ello con vistas a determinar si la persona en cuestión posee el “control efectivo” de la sociedad. Los criterios que a este respecto sienta la normativa de seguridad social suelen ser tomados como referencia determinante, incluso aunque el litigio no verse sobre materia de seguridad social (encuadramiento, acción protectora) y sí sobre materia estrictamente laboral, como despido⁴² o cantidad⁴³. La clave es que los poderes y funciones que se ostenten como socios “no lleguen a desvirtuar la laboralidad del vínculo en tanto en cuanto no impliquen un efectivo control de la sociedad que determine la falta de dependencia”⁴⁴.

Una participación accionarial minoritaria (inferior al 50 por 100) no suele constituir obstáculo para afirmar la laboralidad de servicios que no sean de administración de la sociedad: administrativo⁴⁵, cocinero⁴⁶, camarero⁴⁷, ingeniero⁴⁸; salvo que esa participación concorra con otra de un familiar con el que se convive o alguna otra circunstancia fáctica (amplios poderes, no recibir órdenes de nadie⁴⁹) que dé lugar a que desaparezca todo atisbo de dependencia en la ejecución de las tareas⁵⁰, o salvo que la persona en cuestión y el resto de socios trabajen en virtud de un acuerdo de esfuerzos conjuntos y reparto de las ganancias o beneficios, autoorganizando cada uno su propia parcela de tareas o funciones⁵¹ o actuando “con la máxima libertad de criterio”⁵². Un fraude tan burdo como atribuir a un trabajador una participación del 1 por 100 de una comunidad de bienes (o para el caso de una sociedad) no transforma la relación laboral en civil o mercantil⁵³.

Lógicamente, en supuestos en que el socio ostenta una participación accionarial igual o mayor al 50 por 100 resulta más difícil sostener la existencia

⁴¹ STSJ CyL (Valladolid) de 13 octubre 1998 (rec. 1862/1998).

⁴² P.ej., STSJ CyL (Valladolid) de 10 octubre 2006 (rec. 1560/2006).

⁴³ P.ej., STSJ CyL (Valladolid) de 30 octubre 2006 (rec. 1768/2006).

⁴⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 30 octubre 2006 (rec. 1768/2006).

⁴⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 10 octubre 2006 (rec. 1560/2006).

⁴⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 30 octubre 2006 (rec. 1768/2006).

⁴⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 27 mayo 2015 (rec. 653/2015).

⁴⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 5 septiembre 2002 (rec. 1727/2002).

⁴⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 10 julio 2014 (rec. 1122/2014).

⁵⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 3 marzo 2016 (rec. 1918/2015).

⁵¹ STSJ CyL (Valladolid) de 7 julio 2014 (rec. 910/2014).

⁵² STSJ CyL (Valladolid) de 29 octubre 2001 (rec. 1338/2001).

⁵³ STSJ CyL (Valladolid) de 26 junio 2017 (rec. 855/2017).

de contrato de trabajo⁵⁴, incluso en casos en que ese porcentaje se alcanza conjuntamente con familiares⁵⁵.

No es necesario que la sociedad esté constituida para poder extender análogicamente los razonamientos anteriores a situaciones pre-societarias o cuasi-societarias: por ejemplo, aquella en que dos personas inician una actividad empresarial con vistas a la constitución de una sociedad que finalmente no se formaliza⁵⁶, o aquella otra en que dos personas comparten recursos (un local) a fin de realizar actividades independientes de peluquería⁵⁷.

Distinto tratamiento es el que debe darse al ejercicio de funciones y poderes que suponen una capacidad prácticamente plena para dirigir y organizar la empresa. Se argumenta que difícilmente puede admitirse que concurra la nota de dependencia cuando en el ejercicio de las funciones de dirección se depende de uno mismo⁵⁸ y se ha excluido la laboralidad incluso en supuestos de participación societaria minoritaria cuando se demuestra que la persona es la “verdadera cabeza rectora” de la sociedad⁵⁹. Aunque la participación social sea minoritaria, ser el administrador único de la sociedad excluye la laboralidad⁶⁰, máxime si no se prueba una prestación efectiva de servicios⁶¹. Esta conclusión es más discutible si no se es ni consejero, ni administrador, sino un mero director general o persona con amplios poderes⁶². En efecto, en estos casos, actuar “bajo información y autorización de los órganos de administración de la sociedad y la Junta General” es indicativa de “control y dirección”, por lo que la relación difícilmente será de arrendamiento de servicios⁶³. Se trata de un “apoderamiento subordinado”⁶⁴. La calificación de la relación como mercantil cuando las funciones de dirección se ejercen en virtud de nombramiento como consejero o administrador (“doctrina del vínculo”) parece un criterio firme en la Sala⁶⁵. No se puede hacer una traslación de la doctrina del vínculo a otras personas jurídicas, como las fundaciones, para cuyos

⁵⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 9 noviembre 2005 (rec. 1557/2005).

⁵⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 7 octubre 2003 (rec. 1735/2003).

⁵⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 24 enero 2007 (rec. 2288/2006).

⁵⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 26 febrero 2018, (rec. 2063/2017).

⁵⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 19 febrero 2014 (rec. 65/2014).

⁵⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 13 enero 2009 (rec. 2041/2009).

⁶⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 29 septiembre 2016, (rec. 1202/2016).

⁶¹ STSJ CyL (Valladolid) de 14 junio 2017 (rec. 515/2017).

⁶² STSJ CyL (Valladolid) de 13 junio 2012 (rec. 797/2012).

⁶³ STSJ CyL (Valladolid) de 18 julio 2019 (rec. 638/2019).

⁶⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 13 octubre 1998 (rec. 1862/1998).

⁶⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 5 febrero 2014 (rec. 15/2014); 12 diciembre 2012 (rec. 2129/2012); 19 diciembre 2012 (rec. 2183/2012); 17 junio 2014 (rec. 179/2014); 14 noviembre 2007 (rec. 1695/2007); 6 mayo 2003 (rec. 659/2003).

directivos el tratamiento jurídico es distinto desde la perspectiva de seguridad social y, en particular, desempleo⁶⁶.

V. COOPERATIVISTAS

La Sala califica de relación mercantil de cooperativista la situación de quien solicita formar parte de una cooperativa del sector cárnico como socia trabajadora y, en virtud de dicha condición, recibe mensualmente una cantidad variable en concepto de «adelantos a cuenta de retornos cooperativos». A juicio de la Sala, tal modo de articularse la prestación de servicios debe ser calificada de mercantil, pues el mero dato de recibir periódicamente una cantidad no responde más que a la normativa de cooperativas, que señala que los socios trabajadores tienen derecho a percibir periódicamente, en plazo no superior a un mes, percepciones a cuenta de los excedentes de la cooperativa denominados anticipos societarios, que no tienen la consideración de salario⁶⁷.

VI. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA

La exclusión del ámbito del contrato de trabajo de las prácticas y becas tiene su fundamento en que en estas el trabajo es instrumental respecto de la verdadera finalidad de la relación, que es la formación: “el becario incrementa su cualificación por encima del interés empresarial”⁶⁸. Su utilización correcta descansa en que prime el interés formativo del becado, pero este interés no se limita a recibir docencia, sino a insertarse en la actividad laboral poniendo el acento en su formación, no en su rendimiento laboral: así, se avala por la Sala la beca económica que una empresa concede a una titulada universitaria en el marco de un convenio con una fundación universitaria, de seis meses de duración prorrogables por otros tantos, con el argumento de que las tareas encomendadas se acomodan al objeto y finalidad del convenio y tienen una proyección formativa evidente⁶⁹. En otro caso en que también la beca se concedía en el marco de un convenio entre empresa y universidad, la Sala concluyó la naturaleza laboral de la relación con los argumentos de que “la relación comenzó antes del convenio de beca, continuó después de la finalización de la primera

⁶⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 19 mayo 2017 (rec. 317/2017).

⁶⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 10 diciembre 2015 (rec. 1952/2015).

⁶⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 18 octubre 2017 (rec. 1513/2017).

⁶⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 24 octubre 2008 (rec. 1176/2008).

práctica y percibió cantidades diferentes a las propias del becario”⁷⁰. Otras resoluciones ponen de relieve la importancia de cumplir estrictamente los términos del convenio entre empresa y universidad, especialmente los relativos al abono al becario de la cantidad comprometida y no más⁷¹. El hecho de que los estudios no estén encaminados a la obtención de título oficial, ni se trate de programas de formación e inserción profesional se ha considerado excluyente de la posibilidad de beca⁷². En todo caso, se calificará como relación laboral la situación en que la mayor parte de las labores tengan una escasa proyección formativa más allá de la que puede dar la experiencia en un puesto de trabajo de cierta cualificación, el llamado becario se inserte en las actividades propias de la empresa, de forma que de no desarrollarse por el becario, tendrían que realizarse por personal laboral o, finalmente, se perciban cantidades superiores al importe de la beca⁷³.

Distinto y, en general, peor pronóstico tienen las becas que, sin ninguna conexión con un programa de estudios o una institución educativa, conceden unilateralmente entidades o empresas; especialmente entidades del sector público, como un Ayuntamiento que concede becas de prácticas para músicos en una banda municipal, que deben ser calificadas de relaciones laborales en la medida en que carecen de un programa formativo específico y de duración limitada y la persona se integra en la organización y presta servicios análogos al resto de trabajadores⁷⁴; o como una Diputación provincial que otorga becas para la ordenación de archivos municipales, actividad que, dice la Sala, es “inencuadrable dentro de una beca”, porque predomina el beneficio de la Diputación sobre el de las becarias⁷⁵.

Mención aparte merece la problemática de las becas de colaboración universitarias, como la que se enjuicia en un caso en que una estudiante de la Escuela Superior de Ciencias de la Familia de la Universidad Pontificia de Salamanca disfruta durante varios años de una beca de colaboración en la citada Escuela, realizando prácticas consistentes en seleccionar trabajos para la revista «Familia» y tareas administrativas en la secretaría de la Escuela (elaborar listados de matriculados en la Escuela, levantar acta de las reuniones del Consejo de la Escuela, expedir certificados a los alumnos, etc.). Para la Sala, la situación debe ser calificada de laboral, al realizar tareas que exceden con

⁷⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 27 enero 2010 (rec. 2007/2009).

⁷¹ STSJ CyL (Valladolid) de 4 junio 2014 (rec. 653/2014).

⁷² STSJ CyL (Valladolid) de 21 julio 2010 (rec. 1116/2010).

⁷³ STSJ CyL (Valladolid) de 22 enero 2014 (rec. 1899/2013).

⁷⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 18 octubre 2017 (rec. 1513/2017); 26 octubre 2017 (rec. 1506/2017).

⁷⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 20 octubre 1992 (rec. 1181/1992).

mucho de lo que constituye una beca de estudios o de investigación, pues se trata de verdaderos trabajos burocráticos, con arreglo a un horario diario y percibiendo una retribución (mal llamada beca), siendo, además, la única empleada de la Escuela ⁷⁶.

VII. ACTIVIDADES DEPORTIVAS

La principal frontera en el ámbito de las actividades deportivas se traza entre la práctica deportiva amateur, gratuita y la que se realiza en virtud de contrato laboral. La Sala considera auténtica relación laboral la denominada “deportiva y no laboral” por las partes, un futbolista y el C.D. Atlético Tor-desillas, porque el futbolista presta sus servicios a cambio de una remuneración de 1.200 euros mensuales más una prima de 2.000 euros para el caso de ascenso ⁷⁷.

En el ámbito del empleo federativo, se califica de laboral la relación entre un ayudante técnico en funciones de enseñanza técnico-deportiva para la Federación Territorial de Tenis de Mesa, que realiza tareas de selección de deportistas, asistencia a concentraciones, competiciones regionales y nacionales, control de asistencia y aprovechamiento de los deportistas en los entrenamientos y las competiciones, formación y reciclaje; que cobra cantidades determinadas en razón de la prestación de servicios, haciéndolo en los días y horas señalados por la Federación, que además le fija unos objetivos a cumplir; siendo indiferente para tal calificación que la Federación sea una asociación sin ánimo de lucro, como indiferente es el origen del dinero por el que se abonan los salarios ⁷⁸.

También se califica de laboral la relación entre seleccionador de juveniles de la Federación Española de Ciclismo, que se encarga de la planificación de la temporada ciclista, seleccionando a diversos componentes, entrenándoles y acompañándoles a las pruebas preparatorias y de competición, con sujeción al control y aprobación de la Federación y a cuyas decisiones ha de plegarse, hasta el punto de que, en ocasiones, ciclistas seleccionados son retirados de la lista por instrucciones superiores. Los medios necesarios para el desarrollo de la actividad son proporcionados por la Federación, que satisface todos los gastos realizados por el profesional en el cumplimiento de sus funciones, perci-

⁷⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 11 febrero 1997 (rec. 98/1997).

⁷⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 10 marzo 2010 (rec. 212/2010).

⁷⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 25 septiembre 2000 (rec. 1224/2000).

biendo este la cantidad pactada en doce mensualidades iguales. Para la Sala, el pago de IVA, la ausencia de horario y la prestación de servicios simultáneamente para tercera persona son datos irrelevantes para desvirtuar la conclusión anterior ⁷⁹.

En el ámbito de entidades y sociedades deportivas y recreativas, se desestima la laboralidad del profesor que imparte clases de tenis a socios de la Sociedad Hípica de Valladolid, de septiembre a junio, los fines de semana, que percibe directamente de sus alumnos el precio correspondiente y que abona a dicha entidad el importe del alquiler de pistas, sin que consten instrucciones concretas de la Sociedad ⁸⁰. Una conclusión distinta se alcanza en relación con otro profesor de tenis que da clases a alumnos que contratan con la Federación de Tenis, en las instalaciones y con los medios de la Federación; en este caso, los alumnos pagan a la Federación y esta abona a los monitores la cantidad pactada por hora de trabajo. Para la Sala, esta estructura contractual supone que los monitores se subsumen en el ámbito organizativo de la Federación (el trabajo y horario los organiza la Federación y los monitores deben pedir autorización cuando están enfermos o no pueden acudir al trabajo) a cambio de una remuneración (el salario por hora trabajada o por unidad de obra es algo perfectamente admitido), yendo el beneficio a la entidad ⁸¹.

VIII. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

La relación laboral existe entre el artista y el organizador del espectáculo, pero no entre aquel y quien es un mero agente, que realiza actividad de intermediación, ceñida a la colocación de los artistas, a la contratación con ayuntamientos con ocasión de las fiestas populares y al cobro de la contraprestación económica abonada por estos, que entrega a los miembros de la orquesta tras la detracción de la convenida comisión, y todo ello sin organizar o montar los espectáculos públicos en que actúan los integrantes de una orquesta ⁸².

El contraste con el caso anterior se ofrece en una situación en que el demandado es el promotor de un “Concierto de Navidad”, reserva el local en que se celebra el concierto, señala las fechas en que tiene lugar y fija los precios de las entradas y percibe su importe. Este organizador se compromete a pagar al violinista y a su madre, soprano, la cantidad de 1.193 euros por los conciertos

⁷⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 23 mayo 1995 (rec. 955/1995).

⁸⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 25 mayo 1999 (rec. 875/1999).

⁸¹ STSJ CyL (Valladolid) de 3 junio 2002 (rec. 632/2002).

⁸² STSJ CyL (Valladolid) de 5 octubre 1999 (rec. 1492/1999).

realizados entre el 1 y el 3 de enero. La Sala concluye la laboralidad de las relaciones con los dos artistas ⁸³.

IX. PROFESIONALES LIBERALES

a) **Abogados**

La prestación de servicios de abogacía en régimen de arrendamiento de servicios se sostiene en casos en que, no estando sujeta la profesional a régimen de jornada ni horario, ni asistencia a centro de trabajo, los asuntos que le son confiados los atiende en concurrencia con los de otros posibles clientes, existiendo la posibilidad real de intervenir en ellos por medio de colaboradores. Las llamadas de atención sobre matices o puntos críticos de los asuntos por parte del cliente no son indicadores de dependencia, como tampoco recibir la remuneración en forma de iguala mensual ⁸⁴.

Tampoco puede apreciarse relación laboral en el vínculo contractual que liga al sindicato CGT con una comunidad de bienes integrada por abogados, siendo el objeto del contrato la prestación de servicios de asesoría jurídica. El dato de la comunidad es bastante significativo, aunque la profesional que reclama es la que habitualmente presta el servicio. De todos modos, la asesoría no tiene un horario concreto, sino que responde a un sistema de cita previa y en ella atienden los dos letrados a otros clientes. Tampoco hay control por parte del sindicato de la actividad de los abogados, que son remunerados con una cantidad fija mensual ⁸⁵.

Sí es laboral, en cambio, la relación entre el abogado y una sociedad de promoción turística de Valladolid, porque presta los servicios en las dependencias de la sociedad, con los medios materiales de esta, percibe una retribución igual todos los meses, está sujeto a los criterios de la sociedad y debe coordinar sus vacaciones con los trabajadores de esta. La flexibilidad en los horarios es compatible con la laboralidad; es más, apunta la Sala, el hecho de que se considere flexible su horario implica que existe una obligación de trabajo presencial en el propio centro de la empresa, que es determinante de la subordinación propia del contrato de trabajo ⁸⁶.

⁸³ STSJ CyL (Valladolid) de 26 diciembre 2013 (rec. 1867/2013).

⁸⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 4 enero 1994 (rec. 2489/1993).

⁸⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 30 octubre 2017 (rec. 1653/2017).

⁸⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 23 octubre 2017 (rec. 1443/2017).

En el caso de una Graduado Social que se incorpora a una asesoría fiscal y contable, precisamente para extender la cobertura del asesoramiento a la materia laboral y social, se decide que no existe relación laboral, pese a asumir la profesional el régimen de tiempo y horario de la asesoría, pero con posibilidades de alteración unilateral, pese a trabajar con los medios de la asesoría, pese a carecer de autonomía en cuanto a la fijación de honorarios, poniendo el acento en el sistema de reparto de honorarios al 50% con la asesoría y en la facultad para rechazar clientes o usuarios de la mercantil⁸⁷.

b) Arquitectos

La prestación de servicios profesionales de arquitectura para un grupo de empresas inmobiliarias y de construcción se califica de laboral cuando, pese a no existir una total exclusividad del arquitecto, la actividad se lleva a cabo durante años con sujeción a horario, en los locales empresariales, bajo directrices e instrucciones de la empresa, con medios de la empresa, remuneración mensual, beneficios típicamente laborales como plaza de garaje y teniendo el arquitecto a su cargo un grupo de delineantes cuyos servicios son retribuidos por el grupo empleador. Ningún dato formal, como facturas o alta en el RETA, ni tampoco el hecho de haber reclamado nunca la condición de trabajador por cuenta ajena, pueden impedir alcanzar esta conclusión⁸⁸.

Mención aparte merece la condición de arquitecto municipal, rica en litigiosidad, inclinándose la mayoría de sentencias hacia la no laboralidad. Se ha sostenido la naturaleza no laboral de la relación cuando el arquitecto se obliga, sin exclusividad alguna, a atender un día a la semana a los ciudadanos, aporta todos los medios materiales, no recibe órdenes sobre su trabajo y factura cantidades diversas cada mes⁸⁹. Tampoco se ha considerado laboral la relación entre arquitecto y Ayuntamiento, a cuyas dependencias acude habitualmente los martes, porque no tenía horario, ni número de horas concretas de permanencia, ni el Ayuntamiento le proporcionaba medios materiales para realizar su trabajo, más allá de una mesa y una silla⁹⁰. Tampoco se ha entendido que exista contrato de trabajo entre el arquitecto contratado para la dirección técnica urbanística y el Ayuntamiento cuando, pese a existir una retribución fija mensual, se le agregan ocasionalmente cobros adicionales en función de servicios

⁸⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 6 febrero 2001 (rec. 2479/2000).

⁸⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 29 junio 2017 (rec. 2126/2016).

⁸⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 20 enero 2016 (rec. 1825/2015).

⁹⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 7 abril 2006 (rec. 534/2006).

específicos (como la dirección de una obra o la redacción de unas normas), lo que es valorado por la Sala como revelador de no estar sometido el arquitecto a la dirección municipal a la hora de determinar su actividad; si ello no bastara, el profesional cuenta con su propio despacho abierto al público, acude a las dependencias municipales pocas horas a la semana, sin sujeción a horario, pudiendo modificar el día de recepción e incluso aplazarlo para la semana siguiente; y no usa medios municipales, salvo la mesa y silla, sin despacho concreto, para la atención a los interesados⁹¹. Tampoco se ha apreciado laboralidad en la relación de un arquitecto con el Ayuntamiento cuando, aun percibiéndose una retribución fija mensual, se comprueba que se le agregan ocasionalmente cobros adicionales en función de encargos específicos prestados en el marco del contrato, en concepto de los cuales ha percibido cantidades muy superiores a las fijas mensuales, cobros adicionales reveladores de que el profesional no está sometido a la dirección municipal a la hora de determinar su actividad; además, aunque el arquitecto disponía de un despacho municipal para atención al público varios días a la semana en horario de mañanas, el horario era modificable por las partes⁹².

En cambio, se ha sostenido la laboralidad de la relación del arquitecto que presta servicios de asesoramiento urbanístico en las dependencias municipales, con sometimiento a horario y sin aportación de infraestructura organizativa alguna; se argumenta, además, que los servicios de asesoramiento son los requeridos por el empleador, no los elegidos por el arquitecto; la retribución es mensual y con sumas anualmente estables⁹³. En la misma línea, se afirma la laboralidad del arquitecto contratado por el Ayuntamiento para emitir informes de licencias, trabajos de visita, inspección y comprobación de edificios, obras y construcciones y la asistencia técnica directa a la Alcaldía y Concejalía de Urbanismo, habida cuenta de que desempeñaba su trabajo en un despacho municipal, utilizaba medios del Ayuntamiento, dentro del horario de atención al público y en días estipulados por el consistorio, el cual abonaba la misma cantidad mensual con independencia de la carga de trabajo⁹⁴.

La abundante casuística del arquitecto municipal da pie a soluciones menos comunes, como la de sostener un doble vínculo, laboral y administrativo, entre el arquitecto y el Ayuntamiento. Así se sostiene en un caso en que el arquitecto contratado para emitir informes, asesorar al Ayuntamiento y recibir a vecinos y público para responder a consultas sobre materias propias de su es-

⁹¹ STSJ CyL (Valladolid) de 15 octubre 2008 (rec. 1155/2008).

⁹² STSJ CyL (Valladolid) de 23 junio 2009 (rec. 929/2009).

⁹³ STSJ CyL (Valladolid) de 20 octubre 2010 (rec. 1518/2010).

⁹⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 4 julio 2016 (rec. 1222/2016).

pecialidad, acude semanalmente en horario regular y recibe una remuneración mensual fija, en relación que es calificada como laboral; pero, simultáneamente, el arquitecto tiene abierto su propio despacho profesional, al que el Ayuntamiento contrata para algún proyecto, cuyos honorarios no pueden ser considerados salario ni, por tanto, la relación como laboral⁹⁵.

c) **Contables, economistas, consultores**

Un profesional de la contabilidad es contratado por un asesor para desarrollar en el despacho profesional de este último (único que se anuncia con su nombre en la placa colocada en la puerta) tareas consistentes en llevar la contabilidad de una serie de clientes del asesor, recibiendo a cambio una cuantía mensual fija. El contable no está sujeto a órdenes o instrucciones de la otra persona sobre la forma de llevar la contabilidad, no cumple horario ni jornada y atiende a sus propios clientes, a los que factura directamente. La Sala entiende que el elemento determinante para decidir si la relación es laboral es si la actividad conlleva la integración en una estructura de dirección, y su valoración es negativa, ya que el contable no está sujeto a órdenes, horario ni disciplina laboral⁹⁶.

En cambio, se determina la laboralidad de la relación entre un economista que realiza funciones de jefe de Administración, llevando la contabilidad de la empresa, con sometimiento a jornada y horario, al tiempo que su actividad se lleva a cabo en el centro de trabajo de esta y utilizando los medios de la Sociedad, con obligación de solicitar permiso al encargado cuando lo necesita. Frente a tales indicios, poco pesa que el economista tuviera despacho abierto como profesional libre⁹⁷.

d) **Peritos tasadores**

Se afirma la naturaleza laboral de la relación entre quien, durante más de 10 años, viene prestando servicios para una empresa, realizando peritaciones para los ganaderos afectados por ataques de lobo. Las claves de la decisión son que la empresa da las órdenes de salida a la trabajadora, le proporciona los

⁹⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 26 junio 2017 (rec. 939/2017).

⁹⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 9 mayo 2005 (rec. 696/2005).

⁹⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 13 octubre 1999 (rec. 1809/1999).

medios de trabajo (vehículo, teléfono móvil, ordenador), corre con los costes de la actividad y le abona una cantidad mensual fija, aunque el monto varíe de unas ocasiones a otras según fluctuación del nivel de actividad. No es óbice para esta conclusión que la trabajadora preste servicios para otras compañías haciendo peritaciones judiciales⁹⁸.

e) Veterinarios y agrónomos

Una empresa de ganado contrata los servicios de un veterinario para la dirección y control veterinarios de una granja; entre sus cometidos se encuentra no solo lo relativo a la parte sanitaria de la explotación, sino también su dirección y organización. La Sala advierte la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia, porque el veterinario presta personalmente los servicios en las dependencias de su empleador, en cumplimiento de los fines empresariales, para lo que se compromete a desplegar una concreta actividad y no un específico resultado, poniendo a disposición de la empresa los servicios desempeñados, sin asunción del riesgo al percibir por su ejecución una retribución fija independientemente del trabajo. Aunque el profesional aporte algún material, el trabajo se lleva a cabo en instalaciones ajenas y, por tanto, utilizando, al menos en parte, medios e instrumentos propios de ella. También parece decisivo que el veterinario se identifique *ad intra* y *ad extra* como el encargado de la empresa en un ámbito muy superior al estrictamente sanitario: dando órdenes sobre los trabajos a realizar, controlando los accesos a la finca, realizando la distribución de la jornada y el pago de los salarios a los trabajadores, integrando la actividad preventiva de riesgos laborales con los técnicos y, en definitiva, organizando y dirigiendo el trabajo en la granja⁹⁹.

En el ámbito del empleo público, se enjuicia la laboralidad de varios Técnicos-Veterinarios con contrato administrativo con la Consejería de Agricultura, que prestan servicios en diversas campañas anuales de saneamiento ganadero. La actividad se ejecuta en equipos de dos veterinarios con dedicación exclusiva en las áreas asignadas por la Consejería y con sujeción a un calendario. Los contratos no establecen horarios o jornadas de trabajo concretas, pero se concreta que los servicios no pueden ser prestados en domingo. Los trabajos contratados quedan sometidos a la inspección y vigilancia de la Administración. Perciben retribuciones mensualmente a razón de un precio

⁹⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 29 octubre 2014 (rec. 1297/2014).

⁹⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 13 diciembre 2018 (rec. 1518/2018).

unitario por acto clínico realizado. La Sala afirma la existencia de contratos de trabajo, ya que los contratos administrativos se apoyan en una normativa que no ampara la contratación de servicios genéricos sin sustantividad propia y concurren en la relación las notas de ajenidad y dependencia¹⁰⁰.

X. PERSONAL SANITARIO

a) Médicos y odontólogos

Es abundante la litigiosidad sobre la laboralidad de las relaciones de servicios de médicos y odontólogos. Cuando prestan sus servicios en clínicas y hospitales privados, cabe tanto el contrato de trabajo como el arrendamiento de servicios, pero es apreciable una tendencia a afirmar la existencia de relación laboral, siendo la relación civil excepcional. Así, de casi una veintena de resoluciones analizadas enjuiciando la laboralidad de la relación entre el médico y la clínica, tan solo en cinco de ellas se decide que no existe contrato de trabajo. Con carácter general, se destaca que la nota de dependencia no se proyecta en la esfera diagnóstica y terapéutica, sino en los ámbitos organizativos y de medios¹⁰¹.

En la primera, un caso dudoso, se trata de un odontólogo en clínica dental con un período de prestación de servicios de escasamente un año y respecto del que la Sala encuentra que: en el contrato se pacta que el servicio puede prestarse por el actor o por la persona de su propia organización que estime pertinente (aunque no haya constancia de que se haya hecho uso de esta posibilidad); no existe exclusividad; no hay un sometimiento a horario, ya que el profesional acude cuando hay servicios que prestar, ello condicionado a un día a la semana; el profesional da las instrucciones sobre las citaciones con lo que tiene capacidad de autoorganización. Todo ello pese a que el profesional utiliza las instalaciones y elementos de la clínica, pero también aporta elementos para el trabajo como es el motor para la implantología¹⁰².

En la segunda, un caso más claro, la persona física titular de la clínica concierta con otro odontólogo un contrato de arrendamiento de servicios por razón de su enfermedad (que desemboca en su fallecimiento al cabo de tres meses, siendo sucedida en la titularidad de la clínica y del contrato de arrendamiento).

¹⁰⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 9 mayo 2005 (rec. 334/2005).

¹⁰¹ STSJ CyL (Valladolid) de 19 septiembre 2007 (rec. 1557/2007).

¹⁰² STSJ CyL (Valladolid) de 30 junio 2010 (rec. 1015/2010).

miento por sus hijos menores de edad) para que ese profesional se encargue de la llevanza de la citada clínica de forma provisional. La prestación de servicios se lleva a cabo en un local cuyo alquiler pagan al 50% los titulares de la clínica y el odontólogo; los instrumentos propios de la especialidad fueron adquiridos al 50%, encargándose el odontólogo de todos los gastos de mantenimiento, reparación y, en su caso, reposición; los salarios y cotizaciones de dos empleadas se abonan al 50 por 100 entre titulares y odontólogo; el horario es el de apertura de la clínica, sin obligación de acudir si no hay pacientes citados; si el odontólogo no puede acudir a la clínica no es sustituido, sino que se limita a avisar a las auxiliares para que procedan a anular las citas; las vacaciones del odontólogo se hacen coincidir con las de cierre de la clínica (vacaciones del resto del personal); los pacientes, aunque captados por la clínica, se relacionan directamente con el odontólogo para concertar citas y urgencias, fijando las citas el propio odontólogo y el número de personas a atender; el odontólogo, aplicando las tarifas de la clínica, calcula el importe de cada factura en función de los tratamientos realizados, que es emitida y cobrada por el personal de la clínica a nombre del titular de la misma; el odontólogo no tiene retribución fija, sino que percibe un porcentaje del 50% de los beneficios obtenidos, descontando para el cálculo de dichos beneficios de los ingresos de la clínica los gastos corrientes (agua, luz, teléfono, etc.). Para la Sala, se excluye la laboralidad por la inexistencia de retribución y por correr el odontólogo con el riesgo empresarial. Es más, casi se excluye el contrato civil de arrendamiento de servicios, al aproximarse más la relación a un contrato de sociedad, aunque esta distinción obviamente no es materia que la Sala tenga que decidir¹⁰³.

En la tercera, otro caso muy dudoso, se trata de odontólogos que prestan servicios para una clínica que opera bajo la marca “Vitaldent”, quedando a discreción de los profesionales la concreción de los días y horas de trabajo en la clínica. Aunque es cierto que en ocasiones aportan instrumental propio, trabajan en las dependencias de la clínica con medios proporcionados por esta. Es cierto que los servicios se compensan con arreglo a un porcentaje sobre lo facturado a los clientes asistidos por los odontólogos y que los profesionales han de abonar un canon anual en concepto de uso de la infraestructura y medios materiales de la clínica. Pero lo más relevante para la Sala es la asunción por los facultativos de las consecuencias del impago del precio de los servicios prestados por parte de los clientes, lo que desdibuja las notas de laboralidad¹⁰⁴.

¹⁰³ STSJ CyL (Valladolid) de 16 mayo 2012 (rec. 349/2012).

¹⁰⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 20 junio 2012 (rec. 982/2012).

En la cuarta sentencia, se trata de una clínica especializada en rehabilitación que contrata verbalmente a un médico rehabilitador. Los servicios se prestan en el local de la clínica, utilizando la infraestructura material y personal de la misma. La médico acude un día a la semana para atender a los pacientes que ella misma ordena se citen, si bien hay semanas que no acude y hay semanas que acude dos días, suspendiendo en ocasiones las citas concertadas por no poder acudir. No percibe una retribución fija ni mínima, sino que gira honorarios mensualmente en función de las consultas realizadas, siendo los ingresos resultantes oscilantes. La valoración de la Sala es que aunque la profesional se valga de la organización de la clínica para la prestación de sus servicios, no está sometida a la dirección de la misma, con las características propias de una relación laboral, porque no tiene horario fijado por la empresa, acude generalmente un día a la semana, aunque con absoluta autonomía, puesto que no consta exista instrucción alguna al respecto, hay semanas que no acude, semanas que acude dos veces e incluso suspende, sin duda por tener otras obligaciones, citas ya concertadas, de tal suerte que es la propia profesional quien organiza o programa su trabajo y la forma en que lo presta, lo que resulta incompatible con una relación laboral¹⁰⁵.

Finalmente, en la quinta sentencia, se destaca que el odontólogo que reclama laboralidad es un empresario independiente que goza de libertad organizativa para decidir cuándo va a prestar servicios en su propia consulta e incluso decidir que sean otros profesionales odontólogos los que lo hagan en su lugar, y ello, sin perjuicio de que la consulta se encuentre físicamente dentro de una clínica que opera bajo la marca “Vitaldent”, existiendo un acuerdo para que el odontólogo asuma la cuota parte de gastos por el uso de las instalaciones¹⁰⁶.

Todas las demás sentencias analizadas concluyen que la relación entre el médico y la clínica es laboral, tanto en clínicas específicamente dentales¹⁰⁷, como en otro tipo de entidades sanitarias con servicios de otras áreas médicas: urología¹⁰⁸, medicina general¹⁰⁹, nefrología¹¹⁰. Es significativa la doctrina establecida en un caso de una clínica de la aseguradora Adeslas, que implica a varios profesionales y en la que la Sala afirma la laboralidad sobre

¹⁰⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 7 marzo 2007 (rec. 13/2007).

¹⁰⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 19 septiembre 2007 (rec. 1557/2007).

¹⁰⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 23 julio 2010 (rec. 1229/2010); 12 diciembre 2012 (rec. 1928/2012); 5 octubre 2011 (rec. 1252/2011); 3 mayo 2017 (rec. 2518/2016); 16 febrero 2010 (rec. 2024/2010); 10 junio 2016, (rec. 780/2016).

¹⁰⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 10 septiembre 2014 (rec. 983/2014); 25 marzo 2015 (rec. 317/2015).

¹⁰⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 22 octubre 2014 (rec. 1352/2014); 18 febrero 2015 (rec. 2122/2014).

¹¹⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 11 febrero 2015 (rec. 67/2015).

la base de: a) la prestación se llevaba a cabo en las dependencias de Adeslas y con los medios materiales, instrumentales, auxiliares y de gestión burocrática o administrativa de Adeslas; b) la prestación se materializaba con la nota de habitualidad y bajo las directrices o dictados cronológicos y horarios dispuestos por Adeslas, sin que a ello obste que se conceda cierta autonomía a los trabajadores para repartir entre ellos los turnos, puesto que lo relevante es que tales turnos, fijados por la empresa, habían de estar en todo caso cubiertos conforme al reparto entre los mismos; c) la prestación a los pacientes es cobrada por Adeslas, que fija precios y costes de la asistencia; d) existe remuneración mensual homogénea, vinculada al tiempo de trabajo; e) no existe aportación alguna de los profesionales a la cartera o fondo de negocio de la empresa, puesto que la asistencia sanitaria clientelarmente requerida es la demandada de la empresa sanitaria y no de los profesionales contratados; f) las historias clínicas o expedientes informativos de los pacientes atendidos no se incorporan a los archivos de los profesionales, sino que quedan entre el patrimonio documental de Adeslas¹¹¹.

Además de la problemática de las relaciones con las clínicas, los profesionales de la medicina son contratados a menudo por empresas no sanitarias bajo un contrato de arrendamiento de servicios. Es el llamado “médico de empresa”. En general, a efectos de la calificación como laboral de la relación, se destaca la irrelevancia de que los servicios médicos sean prestados a una empresa no sanitaria, puesto que lo importante es que concurren las notas de ajenidad y dependencia, aunque es cierto que precisamente por tratarse de empresas no sanitarias estos profesionales médicos no suelen recibir instrucción alguna sobre cómo dispensar la asistencia médica o prescribir la medicación oportuna.

En uno de estos casos, se enjuicia la relación entre el Real Valladolid SAD y el médico contratado para medicina general, nutrición, control de entrenamiento, control de antidopaje y atención primaria de lesiones deportivas. La relación se califica de laboral porque el médico percibe una remuneración fija, no afectada por riesgo alguno; realiza la actividad convenida sin aportar los medios para el trabajo, siendo el Club el que compra el material que el médico considera necesario; forma parte del organigrama de los servicios médicos del Club; ha de acudir a los entrenamientos y partidos; recibe órdenes referidas a la remisión de pacientes a médicos concretos. Frente a estas razones, la Sala concede escaso peso a que algunas de las órdenes fueran emitidas con utilización de expresiones no imperativas o que el médico pudiera, previo

¹¹¹ STSJ CyL (Valladolid) de 5 octubre 2007 (rec. 939/2007); 13 julio 2007 (rec. 939/2007).

acuerdo con otro de los médicos del Club, faltar a algún entrenamiento o partido, o que de la cantidad fijada en concepto de retribución se descontara un 15% en concepto de honorarios profesionales, ya que nada de ello afecta al carácter personalísimo de la prestación ¹¹².

En otro caso, se trata de una empresa láctea que contrata a un médico para prestar asistencia a los trabajadores de la empresa. El médico estaba sujeto a un horario o jornada laboral de lunes a viernes de 10:30 a 12:00 horas y de 17:30 a 19:00, dispensando la asistencia sin cita previa a los trabajadores que acuden al botiquín en esas horas. Destaca la Sala en este caso que “el elemento de la ajenidad no siempre permite diferenciar el contrato de trabajo del de arrendamiento de servicios puesto que en ambos contratos el trabajador o arrendador de sus servicios los presta para beneficio de quien le contrata y le retribuye con un salario o un precio”. Centrándose en el elemento de la dependencia, que la Sala entiende como integración en la organización y dirección de la empresa, se sostiene la laboralidad de la relación al destacar que los servicios se prestan en el botiquín de la empresa, con instrumental y medicamentos proporcionados por la empresa, con un horario fijo, percibiendo una cantidad mensual fija que no depende del número de trabajadores o pacientes atendidos. Finalmente, se destaca que el médico forma parte de la organización de la empresa al ser miembro del Comité de Seguridad y Salud laboral, colaborando con el Servicio de Vigilancia de Salud y realizando los periódicos reconocimientos médicos de la plantilla ¹¹³.

b) **Psicólogos**

Se discute la laboralidad de la relación entre un psicólogo y el Centro de Reconocimientos del Colegio de Médicos de León, SL. El objeto de la contratación es realizar los reconocimientos psicológicos necesarios para la obtención del permiso de armas. La relación se califica como laboral por las siguientes razones: el psicólogo acude al centro de trabajo cada vez que se le llama para practicar un reconocimiento psicológico, lo que supone que el horario es fijado por la sociedad; es esta la que fija las retribuciones, las cuales le eran abonadas al actor después de cobrarle el servicio al cliente según la tarifa establecida; también es la sociedad la responsable de dar las instrucciones para el cumplimiento de los trabajos a realizar y de controlar su cum-

¹¹² STSJ CyL (Valladolid) de 19 diciembre 1995 (rec. 2411/1995).

¹¹³ STSJ CyL (Valladolid) de 23 septiembre 2013 (rec. 1168/2013).

plimiento; y, por último, los servicios psicológicos se prestan en el local habilitado al efecto por la empresa, utilizando el mobiliario y el material necesario allí existente para realizar las exploraciones pertinentes. No se menciona, pero quizá debió pesar en la decisión, que la relación se hubiera extendido por más de 25 años hasta que terminó por desavenencias, precisamente, sobre la organización del trabajo ¹¹⁴.

c) **Fisioterapeutas**

La Sala enjuicia un caso de un fisioterapeuta contratado mercantilmente por una residencia privada de mayores. El trabajo contratado se realiza de lunes a viernes, en horario de 10,30 a 14,00 horas, con una retribución de 300 euros mensuales. Los servicios se prestan lógicamente en la residencia, que está debidamente equipada con los oportunos aparatos. Es la residencia la que proporciona la totalidad del resto de los medios materiales precisos, tales como cremas, toallas, medicamentos, camilla, etc. El profesional elabora informes de residentes en función de las exigencias de la empresa, a cuya disposición los pone. Pocas dudas tiene la Sala para concluir que se trata de una relación laboral, fundamentalmente porque: (1) no hay aportación organizativa propia alguna por parte del profesional, el cual, además, no llevaba a cabo ninguna actividad profesional complementaria a la citada; (2) consta una jornada de estable distribución; (3) se retribuye en cuantía mensual fija; y (4) los informes y la documentación representativa de la asistencia rehabilitadora no queda en el patrimonio del profesional, sino que se pone a disposición de la residencia que demandaba la elaboración de tales informes ¹¹⁵.

d) **Personal de enfermería, auxiliares sanitarios**

Se enjuicia por la Sala el caso de un ATS contratado bajo arrendamiento de servicios por una empresa láctea para atender en el botiquín de empresa a los empleados de la misma, en colaboración con el servicio de prevención ajeno. La prestación de servicios se realizaba en horario de lunes a viernes, de 8 de la mañana a 12 del mediodía, percibiendo una remuneración mensual fija, con incrementos anuales iguales al resto de empleados, disfrutando un mes de

¹¹⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 27 junio 2012 (rec. 1085/2012).

¹¹⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 12 septiembre 2005 (rec. 1304/2005).

vacaciones. La naturaleza laboral de la relación plantea pocas dudas, habida cuenta de que la profesión de ATS se ejerce en el centro de trabajo, sirviéndose de las instalaciones, equipos, instrumental y ropa de trabajo proporcionados por la empresa; atendiendo exclusivamente a empleados de la empresa; siendo retribuido mensualmente, incluyendo el mes de vacaciones, y estando sometido a horario¹¹⁶.

La misma conclusión alcanza la Sala en otro supuesto que afecta a una ATS y a un médico especialista en Medicina deportiva, quienes prestan servicios con habitualidad para un centro médico en el que se atiende a pacientes de la Unión Deportiva Salamanca y de diversas aseguradoras. La laboralidad de ambos profesionales se basa en los siguientes argumentos: (1) los pacientes son del centro médico, que se encarga de fijar las consultas y de facturar conforme a los precios fijados por el propio centro; (2) los medios para la prestación son de la sociedad titular del centro; (3) los servicios se remuneran mensualmente en sumas homogéneas, 1.700 a 2.000 euros en el caso del médico, 850 a 1.000 en el caso de la ATS (por mucho que se adopte la forma de la factura de honorarios); (4) no existe aportación alguna de los profesionales a la cartera o fondo de negocio de la empresa; (5) las historias clínicas o expedientes informativos de los pacientes atendidos no se incorporan a los archivos de los profesionales, sino que quedan en el patrimonio documental de la empresa. Para la Sala, estos potentes indicios no resultan desplazados por el hecho de que los profesionales presten servicios, además, en su propia consulta privada, máxime si son de “relieve menor”. Un apunte final obvio, pero esclarecedor: “nada tiene que ver que los profesionales patrocinen con vehemencia su condición de sanitarios autónomos e independientes, puesto que la realidad de los institutos jurídicos no es de creación individual o personal, sino que se impone heterónomamente al grupo social todo por el titular del poder legislativo”¹¹⁷.

XI. PERSONAL DOCENTE

a) En centros educativos públicos

La Sala de Valladolid resolvió el controvertido caso del profesor (que llegó incluso a ocupar el cargo de director) de la Escuela Universitaria de En-

¹¹⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 10 julio 2013 (rec. 1005/2013).

¹¹⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 18 septiembre 2006 (rec. 1408/2006).

fermería de Palencia, adscrita a la Universidad de Valladolid. El profesor venía impartiendo docencia en dicha Escuela desde 1982, habiendo suscrito contratos administrativos de servicios con la Diputación Provincial. Pese a que la sentencia de instancia no calificó la relación como laboral, la Sala sí concluye que se trata de un contrato de trabajo, por las siguientes razones: (1) los servicios son remunerados con una cantidad fija mensual por todos los meses lectivos (pese a la existencia de una factura); (2) el objeto del contrato administrativo debe agotarse en una duración determinada y sometida a término, pues de otro modo se obviarían los principios constitucionales de acceso al empleo público, en tanto que en el caso que nos ocupa la actividad es permanente y continuada; (3) el profesor se encuentra incardinado en una organización, integrándose en la estructura de la Escuela, y empleando los medios de la misma para la realización de sus tareas docentes y administrativas; (4) no puede negarse la dependencia cuando se dan clases en una escuela que tiene un programa y para alcanzar un título que implica estar sometido al programa y al régimen de la escuela. Que el actor a partir de cierto momento fuese director de la Escuela no desvirtúa la naturaleza de su relación¹¹⁸.

En la misma línea, la Sala concluye la laboralidad de la relación de 19 profesores de enseñanzas especiales y actividades extraescolares (ajedrez, participación ciudadana, dibujo y pintura, expresión plástica, arte manual, corte y confección, música, atención a la infancia y ludoteca) con contratos formalmente administrativos con el Ayuntamiento de Santa Marta de Tormes. Las actividades se llevan a cabo en locales de titularidad del Ayuntamiento, sobre todo en el Centro de Cultura, sin que mediara precio alguno a satisfacer por los profesores o especialistas en concepto de alquiler o cesión de tales locales. Entendiendo que esta contratación carece de adecuado amparo legal en la legislación administrativa de contratos, la Sala aprecia la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia: los profesores no aportan medios o instrumentos de clase alguna, carecen de todo tipo de infraestructura organizativa para la ejecución de su quehacer y no disponen de autonomía, ni en materia de tiempos de docencia, localización de esos tiempos, precios de los cursos, selección de los alumnos, etc. Finalmente, la Sala califica de retórica y formal la cláusula contractual conforme a la cual se permite la sustitución del profesor en caso de enfermedad¹¹⁹.

Con similar argumentación, se afirma la existencia de relación laboral también en un caso de una profesora de inglés contratada durante tres años por

¹¹⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 20 diciembre 2018 (rec. 1921/2018).

¹¹⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 10 diciembre 2008 (rec. 1478/2008).

el Ministerio de Defensa para prestar servicios en la Academia Básica del Aire de Virgen del Camino (León), habida cuenta de que la contratación formalmente al amparo del RD 1465/1985 (hoy derogado) no podía dar cobertura a una relación estable como la del caso, ya que los contratos a que alude dicho RD tienen carácter excepcional, limitados a aquellos que tengan por objeto trabajos específicos y concretos no habituales, excluyendo de su ámbito aquellos que sean habituales o propios de la gestión ordinaria llevada a cabo por el órgano público y habida cuenta de que los servicios prestados por la profesora tienen carácter estable, en la medida en que el plan de estudios del centro de formación en que vino ocupada incluye la enseñanza del idioma inglés como materia habitual, estando incluso incluido el puesto de trabajo en la plantilla laboral del Ministerio ¹²⁰.

b) **En centros educativos privados**

Se discute si quien imparte clases de judo en el Colegio La Salle de Palencia tiene relación laboral con el centro educativo. Las clases en cuestión forman parte de la oferta extraescolar y se imparten en el Colegio en horario de lunes, miércoles y viernes de 17:30 a 19:30 de la tarde, los alumnos que acuden a las clases son o han sido alumnos del Colegio y la cuota a los alumnos se cobra por el Colegio. Por sus clases, el profesor percibe unas cantidades que la Sala no considera propiamente un salario o retribución por sus servicios, sino una compensación económica que no siempre es la misma, que tiene por objeto el reintegrarle o compensarle por los gastos que hace al tener que desplazarse desde Valladolid, donde tiene su domicilio, a Palencia, así como también por los desplazamientos a los lugares donde se organizan competiciones de su especialidad. Por esta razón y porque además el monitor tenía absoluta autonomía para fijar el horario de sus clases, dirigirlas, elegir los campeonatos sin recibir instrucción alguna por parte del Colegio, se concluye la no laboralidad de la relación ¹²¹. Más clara es la falta de laboralidad en un caso similar de profesor de artes marciales como actividad extraescolar, que abona un canon por la utilización de las instalaciones del Colegio de los Padres Jesuitas y que es compensado con el 50 por 100 de las cuotas pagadas por los alumnos ¹²².

¹²⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 31 mayo 1994 (rec. 1007/1994).

¹²¹ STSJ CyL (Valladolid) de 22 octubre 2014 (rec. 1216/2014).

¹²² STSJ CyL (Valladolid) de 12 abril 1999 (rec. 500/1999).

Parece claro el caso, resuelto con sucinta argumentación en favor de la laboralidad, que se plantea en relación con la actividad docente de la entidad educativa Enseñanzas Aeronáuticas Civiles SA. Se cuestiona la laboralidad de 27 personas que imparten docencia teórica en disciplinas diversas, instrucción de vuelo o instrucción de simulador. La actividad docente e instructora se imparte en los centros de la empresa y con los medios de esta. La programación docente (planteamiento de los cursos, su organización y distribución cronológica y horaria) se efectúa por la empresa, aunque ocasionalmente se realicen modificaciones para satisfacer el concreto interés de los docentes o instructores. La empresa dicta un “Manual” de normas de actuación interna (sobre clases, sobre prácticas, sobre control del rendimiento académico, faltas académicas, etc.) La remuneración que estos perciben es mensual, aunque resulta de multiplicar el número de horas lectivas por su correspondiente precio, fijado eso sí por la empresa, la cual elaboraba también las facturas. Por lo demás, además de este colectivo de 27 personas, prestan servicios en la empresa, como docentes e instructores, otras personas ligadas formalmente por contratos de trabajo, sin que la actividad de uno y otro colectivo difiera esencialmente. Con esta base fáctica, es claro que, como razona la Sala, estamos ante profesores que ponen sus conocimientos y preparación al servicio de la empresa para dar clases teóricas y prácticas al colectivo de alumnos que contrata con la empresa ¹²³.

c) Profesores de academia y particulares

Se discute la naturaleza laboral de la relación entre una profesora contratada por una empresa dedicada a la formación de trabajadores desempleados, en virtud de sucesivos contratos de prestación de servicios, que tienen por objeto diversas acciones formativas en las que se especifica el número de horas lectivas, los días y horario de docencia, el lugar de impartición (siempre el centro de trabajo de la empresa) y los contenidos. Por sus servicios, se pacta que se remunera a la profesora previa presentación de la correspondiente factura. En la realidad, la profesora no aportaba material alguno, aunque pudiese preparar clases, exámenes o ejercicios fuera de las instalaciones de la empresa. La Sala se inclina por la laboralidad de la relación, argumentando que no es incompatible esta calificación con tener en consideración las opiniones de los profesores que imparten los cursos a la hora de elegir textos, elegir sustituto o

¹²³ STSJ CyL (Valladolid) de 26 noviembre 2001 (rec. 1854/2001).

retocar horarios. Tampoco es óbice que un profesor esté dado de alta en el RETA y que desarrolle una actividad liberal aparte de la laboral; como tampoco lo es el hecho de que se haga una valoración de los profesores por parte de los alumnos ¹²⁴.

No se encuentra relación laboral, en cambio, en el caso de un profesor que prepara a opositores en una academia, debido a que el profesor cuenta con libertad para ajustar los horarios de clases con sus alumnos; a que, aunque utiliza las instalaciones de la academia, se presenta al mercado (Linkedin, etc.) con su propio nombre como profesor especializado en estas preparaciones; y a que el sistema de remuneración consiste en un reparto al 50 por 100 de las tasas abonadas por los alumnos ¹²⁵.

En otro caso, se cuestiona la laboralidad de la impartición de docencia por parte de un técnico superior de prevención de riesgos laborales para Berdecal Formación, S.L. Esta empresa eligió al técnico como formador de un curso de actualización para nivel de capacitación básico de 5 horas, que impartió el 11 de diciembre de 2015 a siete alumnos, trabajadores de otra empresa, con una remuneración de 20 euros la hora. La afirmación de la laboralidad en este dudoso caso se asienta en que fue Berdecal Formación la que concretó e impuso al docente los términos en que se había de prestar el servicio en cuanto a: fecha, jornada, asistentes y contenido (si bien contaba «con libertad de cátedra» respecto del modo a impartir sus enseñanzas, dice la Sala), fijando una retribución fija y estable por unidad de tiempo trabajada ¹²⁶.

Otra empresa dedicada a la formación es también cuestionada en lo relativo a la naturaleza del contrato que mantiene con un profesor de un curso de “Eficiencia energética de edificios”, de 280 horas, para 15 alumnos. El curso se imparte en una de las aulas de la empresa de formación. La planificación didáctica del curso completo, en cuanto a los temas a impartir, está predeterminado por la Junta de Castilla y León, que es la que subvenciona la formación profesional para el empleo, en su modalidad de oferta, dirigida prioritariamente a desempleados. El profesor imparte las clases en el período indicado y en el horario consensuado con la empresa. Por estos servicios, el profesor percibe un importe total de 9.795 euros en tres facturas ajustadas al modelo establecido por la Junta. Con estos datos, la Sala afirma que la relación es laboral: no da importancia al hecho de que se trata de una colaboración puntual, sino que subraya que el profesor imparte todas las clases del

¹²⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 8 octubre 2014 (rec. 1143/2014).

¹²⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 10 abril 2013 (rec. 326/2013).

¹²⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 12 julio 2018 (rec. 430/2018).

curso, incluso las tutorías de las prácticas de 280 horas de los alumnos. Menos coherente parece el último de los argumentos de la Sala: fue el profesor quien seleccionó a los alumnos mediante la realización de un test previo, confeccionado y corregido por él ¹²⁷.

Curioso, finalmente, el caso de una profesora de academia privada dedicada a la enseñanza de Lengua española para extranjeros, entre los que no media pacto escrito. Su tarea en la academia es mixta: docente y comercial: contactar con profesores para su contratación por la academia, relacionarse con alumnos y con plataformas publicitarias a fin de promocionar la actividad de enseñanza del español de la academia, dirigir tal actividad e impartir docencia de la lengua. En compensación, la profesora recibe una cantidad fija mensual. Lo curioso del caso es que pocos meses después de iniciada la descrita relación, la profesora y uno de los socios y administradores abren una cuenta bancaria mancomunada destinada a la recepción de derechos de matriculación desde el extranjero y atención de pequeños gastos. Pocos meses después, las desavenencias entre las partes conducen a la extinción de la relación. La conclusión de la Sala es que la relación es laboral. Aun admitiendo que se intentó realizar “una especie de sociedad irregular”, la realidad preponderante para la Sala es que la profesora presta servicios en el seno de una organización empresarial, dando clases como el resto de profesores, utilizando su substrato físico (el hecho de “aportar libros” nada añade, según la Sala). El hecho de contar con firma mancomunada en una cuenta se despacha porque su montante económico es ridículo y admitir que colabora en la publicidad o fijación de precios es igualmente irrelevante al no constar que ella tuviera el poder de decisión ¹²⁸.

d) **Otros**

En otro interesante caso, la Sala sostiene que existe relación laboral entre un monitor de expresión plástica y el Hospital de Día (Psiquiátrico) del Consorcio Hospitalario de Salamanca (entidad de derecho público). La actividad se enmarca dentro de un programa terapéutico de expresión artística que es objeto de contratación administrativa. La actividad se desarrolla diariamente de lunes a viernes de 12 a 15 horas con un grupo de 14 pacientes, de manera coordinada con el resto de monitores y profesionales, todos los cuales mantienen reuniones diarias en las que psiquiatras y psicólogos se interesan por el

¹²⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 28 junio 2019 (rec. 597/2019).

¹²⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 27 noviembre 2000 (rec. 2150/2000).

comportamiento de los pacientes. Los objetivos terapéuticos y el procedimiento de cómo lograrlos los fija el equipo terapéutico. A partir de cierto año, a la actividad descrita se incorpora otra, llamada taller de reciclado de papel y pintura, que se desarrolla también en las instalaciones del Consorcio con pacientes crónicos que el propio monitor recoge en otro Hospital. En el desarrollo del trabajo, le ayudan auxiliares del Consorcio. Frente al argumento del Consorcio de que la relación es administrativa, porque es el bloque normativo al que voluntariamente se someten las partes el que destruye en su caso la presunción de laboralidad, la Sala argumenta que, aunque la Administración pública puede celebrar entre otros el denominado contrato de servicios, entre los requisitos de capacidad exigidos para el adjudicatario de este tipo de contratos está el de que por la persona adjudicataria se acredite disponer de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la ejecución del contrato. En el caso enjuiciado, el monitor no presta más que su personal trabajo como monitor sin aportar ningún tipo de infraestructura, no difiriendo su trabajo del que presta el resto del personal aunque no tenga la condición de funcionario. No obstan a esta conclusión que la empleadora no haya hecho uso del poder disciplinario, que el monitor no haya disfrutado de vacaciones aunque las haya pedido o que no fiche al comienzo y término de su jornada (lo que al parecer solo se exige a los funcionarios), resultando igualmente irrelevante que sea o no sustituido en sus ausencias ¹²⁹.

XII. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN

Entre las diversas actividades que integran el mundo profesional de la comunicación, cabría distinguir entre las que se prestan para empresas del sector de medios (prensa escrita o digital, radio, televisión, agencias, etc.) y las que tienen lugar en organizaciones o empresas de otros sectores.

En el sector de medios, son frecuentes los litigios sobre la naturaleza de la relación de reporteros gráficos, redactores y colaboradores, no en vano la palabra inglesa *freelance*, de etimología bélica (“mercenario”), echa raíces en nuestra lengua vinculada sobre todo a periodistas y fotógrafos. La tendencia jurisprudencial es, sin duda, la integración de la mayor parte de relaciones continuadas de servicios en el ámbito laboral y el sector de prensa no es ajeno a esta tendencia, como prueban los casos que a continuación se reseñan.

¹²⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 18 octubre 2006 (rec. 1445/2006).

En un caso, se trata de un colaborador del periódico “Crónica de León”, para el que elabora una veintena de artículos mensuales de 2005 a 2013. Además, cubre convocatoria de ruedas de prensa, acontecimientos y eventos asignados por la empresa (los gastos de kilometraje le son reembolsados). Los artículos los redacta con sus propios medios, sin acudir al periódico. Los trabajos se remuneran de forma mensual, contra factura. El colaborador es propietario de un periódico digital denominado Bembibre Digital y locutor en programas de radio de la emisora Hit Bierzo Radio. Para la Sala, se dan los requisitos para caracterizar la relación como de una colaboración estable para un solo medio (exclusividad de medios escritos), frente a la alternativa de profesionales que libremente ofrecen sus productos a diversos medios. Es decisivo que sea la empresa titular del periódico la que fije los eventos o acontecimientos cuya información interesa cubrir, apropiándose de la correspondiente cobertura informativa realizada. La fórmula compensatoria mensual con precios fijados por la empresa se asimila al salario, a lo que se añade la compensación de gastos. Poco importa, dice la Sala, que el redactor fuera propietario de un periódico digital y locutor en determinada emisora de radio, puesto que ello no revela otra cosa que una no prohibida pluriactividad del corresponsal de prensa, ya que la exclusividad pactada quedaba circunscrita a la prohibición de colaborar con cualquier otro medio de prensa escrita que desarrollara su actividad en el ámbito de la provincia de León ¹³⁰.

Mucho más claro todavía es el caso de un colaborador del mismo periódico “El Mundo – La Crónica de León” que, desde 1991, redacta y maqueta reportajes para la sección de deportes (cubriendo los eventos deportivos asignados por la empresa). Entre otras tareas adicionales, coordina y dirige el suplemento “Mundo Natural”. Para todas las tareas, utiliza los medios propios de la empresa (mesas, ordenadores, teléfonos, fax, etc.). Sus textos y las fotografías obtenidas por el redactor, publicados en el periódico, quedan archivados en la base de datos propiedad de la empresa editora. El redactor percibe cantidades mensuales variables con una factura bajo la rúbrica “colaboraciones” ¹³¹.

Similares conclusiones se alcanzan en relación con reporteros gráficos que reciben las instrucciones del jefe de Fotografía y realizan los reportajes encomendados, usando para ello su propio material fotográfico (cámara, tarjetas, etc.) y su propio vehículo, sin que sea obstáculo la propiedad por el trabajador de la cámara fotográfica y del material utilizado, cuyo valor, razona la Sala en casos del periódico “Tribuna de Salamanca”, es accesorio en relación

¹³⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 16 enero 2014 (rec. 1710/2013).

¹³¹ STSJ CyL (Valladolid) de 8 mayo 2006 (rec. 688/2006).

con las retribuciones percibidas de forma continuada y estable, a lo que se añade la compensación de los gastos de desplazamiento. No es obstáculo tampoco el que el fotógrafo haya realizado exposiciones individuales o colectivas o que sus fotografías se vean en otras revistas ¹³².

Distinta conclusión alcanza la Sala en el caso de un colaborador de agencia de noticias (Europa Press), que inicia su actividad para la agencia en 2009, percibiendo una retribución fija mensual de 400 euros brutos. La colaboración consiste en remitir las noticias de la provincia de Palencia que el propio colaborador considere de interés (sin compromiso de envío mínimo), para lo cual el colaborador trabaja con sus propios medios desde su domicilio, sin horario fijo ni jornada semanal predeterminada. La agencia puede publicarlas o no. En ocasiones, sin embargo, la agencia le pide acudir a un determinado acto o evento. La misma persona colabora también con el diario “El Mundo”, enviando las mismas noticias. El litigio surge cuando en 2010 el colaborador se niega a cubrir una noticia por encargo de la agencia, frente a lo cual esta reacciona poniendo fin a toda colaboración. Discrepando del criterio de instancia, la Sala afirma la no laboralidad de la relación, al entender que la colaboración no está sometida al poder organizativo y directivo de la agencia, porque no se lleva a cabo en las dependencias del empleador ni con medios del empleador, ni está sujeta a jornada u horario y porque el colaborador es libre de determinar los contenidos de la actividad informativa. La Sala destaca como episodio revelador de la falta de dependencia el suceso que precipitó la ruptura de la relación. Finalmente, respecto de la remuneración fija mensual, la Sala razona que no instituye por sí solo un vínculo de naturaleza laboral, puesto que la iguala es también factible en el arrendamiento de servicios ¹³³.

Moviéndonos fuera del sector de medios, la Sala ha resuelto el caso de un profesional de la comunicación que trabaja para la Fundación Siglo para el Turismo y las Artes de Castilla y León, constituida bajo el protectorado de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León. Se discute la laboralidad de la relación de una trabajadora que lleva a cabo la actividad de servicios de comunicación, prensa y publicidad. La Sala salva el escollo de que la relación en distintos momentos se trabó no con la persona física, sino con una sociedad. Sin embargo, la conclusión de la Sala es que la relación es laboral porque la actividad se desarrolla en las dependencias de la Fundación, con medios materiales de esta, atendiendo a órdenes e instrucciones de su di-

¹³² STSJ CyL (Valladolid) de 27 septiembre 2011 (rec. 1155/2011); 30 junio 2011 (rec. 1154/2011).

¹³³ STSJ CyL (Valladolid) de 18 mayo 2011 (rec. 538/2011).

rector, siendo la retribución mensual homogénea y corriendo la empleadora con los gastos de la actividad ¹³⁴.

XIII. COMERCIALES, AGENTES, VENDEDORES

La abundante litigiosidad sobre las fronteras entre las relaciones mercantiles y las laborales en las tareas de promoción comercial y red de ventas suele discurrir sobre el grado de autonomía con que cuenta el profesional comercial a la hora de llevar a cabo su actividad, de modo que el muestrario de casos que ofrece esta concreta área funcional puede considerarse un auténtico paradigma aplicativo de las notas fundamentales de ajenidad y dependencia.

Empezando por la nota de ajenidad, el primer elemento que hay que despegar es el riesgo, ya que, si el comisionista, vendedor o comercial asume el riesgo de las operaciones comerciales, la calificación difícilmente puede ser laboral ¹³⁵. Responder del buen fin de las operaciones aparece en las sentencias como elemento conectado, normalmente, con la titularidad de los medios de producción ¹³⁶, pero el solo hecho de que los medios de producción (automóvil, teléfono, equipo informático, etc.) sean costeados por la empresa puede no ser suficiente para afirmar la laboralidad si es que, por el lado de la dependencia, el comercial cuenta con un elevado grado de autonomía en cuanto a rutas, jornada, horarios, programación de visitas, etc ¹³⁷. De ahí que deba siempre conjugarse la falta de ajenidad en los medios (por proporcionar la empresa los medios materiales fundamentales para la actividad) con la falta de autonomía en cuanto a la organización y métodos de trabajo ¹³⁸. En cuanto al sistema de remuneración, contar con una sustancial parte fija, complementada con las oportunas comisiones, es factor indicativo de laboralidad ¹³⁹. En cambio, una remuneración de puro comisionista lleva a la no laboralidad, como en el caso de una persona contratada para conseguir clientes para un restaurante ¹⁴⁰.

Por el lado de la dependencia, la sujeción a instrucciones detalladas sobre rutas, visitas, captación de clientes, técnicas de venta, así como a horarios o la necesidad de justificar ausencias son claramente indicativas de laboralidad ¹⁴¹,

¹³⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 22 noviembre 2019 (rec. 1871/2019).

¹³⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 10 mayo 1999 (rec. 778/1999).

¹³⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 27 enero 2020 (rec. 2277/2019).

¹³⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 25 mayo 2020 (rec. 361/2020).

¹³⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 16 marzo 2011 (rec. 167/2011).

¹³⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 20 noviembre 2014 (rec. 1218/2014).

¹⁴⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 23 septiembre 2003 (rec. 1783/2003).

¹⁴¹ STSJ CyL (Valladolid) de 19 abril 2017 (rec. 213/2017).

lo que lógicamente debe llevar a afirmar la naturaleza mercantil del contrato cuando no se realiza un trabajo sujeto a jornada, horario, lugar físico o vigilancia, sumado a un sistema de remuneración puramente variable¹⁴². Es relevante distinguir las instrucciones relativas “al producto o servicio vendido” y las relativas “a la forma de desempeñar la actividad de venta”: son estas últimas las indicadoras de laboralidad, ya que las especificaciones sobre el producto o servicio que es objeto de la venta son perfectamente compatibles con una relación mercantil de agencia¹⁴³. De ahí que recibir formación sobre los productos o servicios que se han de comercializar no sea indicativa de laboralidad¹⁴⁴. Desde luego, una relación a pura comisión por ventas sin sujeción a control alguno sobre la actividad por parte de la empresa no puede calificarse de laboral¹⁴⁵. La integración en equipos jerarquizados y sometidos a control, con régimen de ascensos, es un enérgico indicativo de laboralidad¹⁴⁶, del mismo modo que lo es “rendir cuentas a la empresa de las rutas seguidas y clientes visitados de manera semanal”¹⁴⁷.

Mención aparte merece la problemática específica de agentes y subagentes de seguros. El criterio decisivo para calificar la relación es la actividad desarrollada por el agente y el modo de prestarla. En cuanto a la actividad, para tratarse de una relación mercantil, debe tratarse de la suscripción de pólizas de seguros y el mantenimiento de la cartera, aunque el agente pueda realizar de modo marginal o esporádico tareas, como el cobro de recibos¹⁴⁸, y sin que sea óbice para la calificación como agente el hecho de que realice funciones de jefe de equipo¹⁴⁹. En cuanto al modo de prestarla, la relación mercantil ha de desarrollarse con criterios organizativos propios y percibiendo una contraprestación económica (comisiones) en función del resultado de la actividad¹⁵⁰. En este sentido, es clave no estar sujeto a un horario, autoorganizar el trabajo, no comunicar si se está de baja médica, ni los días en que se disfruta vacación o día libre¹⁵¹. De este modo, una subagente no puede ser mercantil si su actividad consistía en suscribir nuevas pólizas y cobrar los recibos de las que tenía suscritas, atender llamadas, recibir a los clientes, gestionar recibos y siniestros,

¹⁴² STSJ CyL (Valladolid) de 1 febrero 2018 (rec. 2120/2017).

¹⁴³ STSJ CyL (Valladolid) de 11 mayo 2016 (rec. 817/2016).

¹⁴⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 22 diciembre 2014 (rec. 1555/2014).

¹⁴⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 4 julio 2016 (rec. 1211/2016).

¹⁴⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 18 enero 2017 (rec. 1362/2017).

¹⁴⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 24 abril 2014 (rec. 396/2014).

¹⁴⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 18 enero 2017 (rec. 1788/2016).

¹⁴⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 10 mayo 2017 (rec. 529/2017).

¹⁵⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 18 enero 2017 (rec. 1788/2016).

¹⁵¹ STSJ CyL (Valladolid) de 10 marzo 2016 (rec. 56/2016).

si no estaba el encargado de la oficina, todo ello con un horario de tarde y recibiendo órdenes expresas de sus compañeros de oficina, a la vez superiores jerárquicos. A esta conclusión de laboralidad no será óbice que la subagente cobrase parte de su remuneración en comisiones ¹⁵².

XIV. DISTRIBUIDORES, REPARTIDORES Y TRANSPORTISTAS

Los servicios de transporte contratados con distribuidores y repartidores personas físicas se excluyen del ámbito del contrato de trabajo cuando quienes realizan el trabajo lo hacen con su propio vehículo, siendo titulares de autorizaciones administrativas para la actividad del transporte. Corresponde al propio transportista con contrato mercantil acreditar los requisitos para poder ser considerado trabajador ¹⁵³, poniendo con ello de relieve la escasa utilidad de la presunción del artículo 8.1 ET. Sin embargo, acreditada la remuneración, la ajenidad y la dependencia, la no acreditación de la masa máxima del vehículo no puede hacer inoperativa la presunción, por lo que pesa sobre la empresa que quiere desvirtuar la naturaleza laboral de la relación el *onus probandi* en torno a este particular ¹⁵⁴. Pese a la aparente certeza que proporciona la exclusión de laboralidad del artículo 1.3 g), párr. 2º, ET, la litigiosidad sobre la calificación de la relación de servicios de transportistas y repartidores no es escasa.

Conviene recordar que la titularidad del vehículo no puede identificarse con su propiedad en el sentido del art. 348 CC, por lo que si el propietario de un tráiler cede el derecho a utilizarlo mediante contrato de arrendamiento a la persona que, a su vez, se obliga mediante el oportuno contrato a realizar el transporte para ese mismo propietario, el poder directo de disposición sobre el vehículo en el sentido del art. 1.3 g) ET lo ostenta el arrendatario, que queda así excluido del ámbito laboral, máxime si se tiene en cuenta que corre con todos los gastos de uso, mantenimiento y explotación del vehículo, percibe una compensación media mensual muy superior a lo que es un salario, fija fechas y horarios de ejecución de los portes, los tiempos dedicados a la conducción y a descansos, así como las hojas de ruta, y, finalmente, tiene contratado un conductor asalariado. ¹⁵⁵

La laboralidad de la relación del transportista o repartidor es compatible con un sistema de remuneración en función del número de entregas y también

¹⁵² STSJ CyL (Valladolid) de 24 septiembre 2008 (rec. 946/2008).

¹⁵³ STSJ CyL (Valladolid) de 27 junio 2016 (rec. 788/2016).

¹⁵⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 8 abril 2013 (rec. 241/2013).

¹⁵⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 21 enero 2016, (rec. 1640/2015).

lo es con la prestación de servicios para otros clientes¹⁵⁶. En cambio, es incompatible con un régimen que posibilite efectivamente la sustitución de la persona del transportista por otra¹⁵⁷. Parece un elemento determinante de la dependencia que exista una obligación de prestar el servicio de reparto diariamente, por ejemplo para un supermercado¹⁵⁸. Sin embargo, en otros supuestos se ha subrayado la titularidad de las autorizaciones administrativas precisas para la realización de la actividad de transporte, la gestión libre de las rutas encomendadas por el cliente, así como los tiempos de trabajo y descansos¹⁵⁹.

En un caso híbrido de distribuidor comercial-repartidor de productos de la empresa de bebidas y *snacks* Pepsico, la Sala decide que no existe relación laboral, no solo porque el vehículo es de titularidad del repartidor (aunque rotulado con las marcas de Pepsico), sino porque este tiene libertad en cuanto a las rutas y asume el riesgo y ventura de las operaciones respecto de los clientes al contado (60-70 por 100 de la facturación), en tanto que Pepsico asume dicho riesgo en relación con los clientes a crédito¹⁶⁰.

XV. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

La cuestión más habitual de delimitación del contrato de trabajo se plantea en relación con los contratos administrativos de servicios. La calificación de la relación de servicios como administrativa se ha sostenido en situaciones en que la persona física contratada para prestar servicios de limpieza o mantenimiento de manera continuada (más de 20 años) para un pequeño Ayuntamiento disfruta de amplia autonomía para organizar su trabajo; en un caso, además, el llamado “alguacil” se hace ayudar de su esposa e hija y carece de jornada y horario; y esta calificación se mantiene pese a percibir una remuneración fija mensual¹⁶¹; y en otro caso, además, la contratada como limpiadora de un auditorio municipal, hasta su sustitución por una contrata con una empresa, no estaba sometida a ningún tipo de órdenes o indicaciones del Ayuntamiento, sino que organizaba su trabajo a la medida de sus disponibilidades horarias y según las necesidades impuestas por una relación de actividades programadas que mensualmente le entregaba el Ayuntamiento¹⁶².

¹⁵⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 8 abril 2013 (rec. 241/2013).

¹⁵⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 19 diciembre 2016 (rec. 2243/2016); 30 marzo 2017 (rec. 226/2017).

¹⁵⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 8 abril 2013 (rec. 241/2013).

¹⁵⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 5 abril 2018, (rec. 314/2018).

¹⁶⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 17 enero 2018 (rec. 2015/2017).

¹⁶¹ STSJ CyL (Valladolid) de 12 septiembre 2005 (rec. 1313/2005).

¹⁶² STSJ CyL (Valladolid) de 23 octubre 2000 (rec. 1262/2000).

En otro caso, una psicóloga trabaja durante 15 años en la Oficina de Atención a las Víctimas dependiente del Ministerio de Justicia. La relación se enmarca en el convenio de colaboración entre el Ministerio y el Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos, en el cual se establece que ni el Ministerio ni el Colegio adquirirá relación laboral o administrativa alguna respecto de los psicólogos que presten directamente la atención psicológica. Reclamada la laboralidad frente al Ministerio, este alega que se limitaba a pagar la correspondiente aportación económica al Colegio para que este facilitara los psicólogos, quienes debían someterse a la formación establecida por el Ministerio y el Colegio antes de iniciar su actividad en la Oficina. La Sala, sin embargo, afirma la laboralidad de la relación, con apoyo en la STS 11 febrero 2015 (rec. 2353/2013), al constatar: la psicóloga realiza su trabajo con los medios materiales propiedad del Ministerio (local, mobiliario, correo electrónico, plataforma virtual, resolución de incidencias informáticas por el CAU del Ministerio); atiende los casos que le indica el gestor de la Oficina, un funcionario del Ministerio; el Ministerio atiende y resuelve las solicitudes de jornada continuada o de cambio de horario o de días de trabajo de la psicóloga. No le parece a la Sala elemento suficiente para descartar la laboralidad la forma de la remuneración, que es previa factura dirigida al Colegio de Psicólogos, que es el que realiza el abono, aunque con cargo a la subvención que recibe del Ministerio ¹⁶³.

XVI. ACTIVIDADES DE ALTERNE Y SIMILARES

Son numerosas las ocasiones en que la Sala ha debido enjuiciar la laboralidad de las personas que prestan servicios de alterne. La calificación de laboralidad es segura cuando la actividad comprende incitar al cliente al consumo de bebidas en el local ¹⁶⁴: la ajenidad no se pone en duda, ya que el beneficiario del trabajo es la empresa titular del establecimiento, que pone los medios materiales; la remuneración adopta la forma de comisión, sin que sea relevante que esta sea entregada directamente por el cliente a la trabajadora o sea abonada por la empresa previo cobro al cliente ¹⁶⁵. La inserción de estas trabajadoras en la organización de capital (local, bebidas, música) y personas (camareros) tampoco parece discutible, por mucho que puedan disfrutar cierta flexibilidad horaria “si

¹⁶³ STSJ CyL (Valladolid) de 30 enero 2019 (rec. 1533/2018); 5 diciembre 2018 (rec. 1396/2018).

¹⁶⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 13 marzo 2014 (rec. 108/2014).

¹⁶⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 9 noviembre 2017 (rec. 1006/2017); 2 noviembre 2017 (rec. 992/2017).

hubiere suficientes chicas”¹⁶⁶ o incluso aunque no estén sometidas a horario alguno¹⁶⁷. Lógicamente, si falta la remuneración referida, la conclusión es la contraria: están ausentes los elementos básicos de la relación laboral si el trabajo no se presta para el supuesto empleador y este no abona contraprestación a las trabajadoras; la relación jurídica es de alojamiento: consiste en alojarse como huéspedes del hotel con manutención, que puede incluir el derecho a refrescos gratis en la cafetería y dos bebidas con alcohol diarias¹⁶⁸.

Si efectivamente concurre la actividad de alterne (promoción del consumo y cobro a comisión por bebida vendida), el hecho de que las trabajadoras residan en el local y abonen un precio por la habitación y manutención no parece tener relevancia en la calificación¹⁶⁹, aunque en algún caso se ha apuntado que esta “permanencia” en el establecimiento permite hablar de una “dependencia reforzada”¹⁷⁰.

Respecto de los servicios puramente sexuales en las habitaciones de estos establecimientos, parecen quedar al margen de la valoración de la laboralidad del “alterne” (entendido como promoción de consumo de bebidas), si no consta su retribución, ni si la entidad empleadora tiene una participación económica en la misma¹⁷¹, por lo que habrá que presumir que, en su caso, se ejerce “por cuenta de las propias señoritas”¹⁷². Por lo demás, que puedan contactar con clientes dentro o fuera del establecimiento o puedan o prestar sus servicios fuera del local no implica que deje de existir relación laboral en lo que al alterne toca¹⁷³.

XVII. VARIA

a) Empleados de fincas urbanas y comunidades de propietarios

La contratación de servicios de limpieza por una comunidad de propietarios de un inmueble urbano será laboral, incluso en el caso de que la trabajadora disfrute de plena libertad para fijar su horario, siempre que se trate de servicios continuados, se fije un mínimo de días de limpieza (p.ej., dos días a

¹⁶⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 31 marzo 2016 (rec. 140/2016).

¹⁶⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 28 julio 2014 (rec. 1183/2014).

¹⁶⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 2 junio 2010 (rec. 791/2010).

¹⁶⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 9 noviembre 2017 (rec. 1006/2017); 2 noviembre 2017 (rec. 992/2017).

¹⁷⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 17 junio 2015 (rec. 767/2015); 23 marzo 2011 (rec. 217/2011).

¹⁷¹ STSJ CyL (Valladolid) de 4 marzo 2015 (rec. 151/2015).

¹⁷² STSJ CyL (Valladolid) de 28 julio 2014 (rec. 1183/2014).

¹⁷³ STSJ CyL (Valladolid) de 12 septiembre 2014 (rec. 1138/2014).

la semana), a cambio de una retribución mensual; no es óbice que la empleada pueda elegir los concretos días y horas, manifestando la Sala “la atenuación o elasticidad con que debe entenderse la nota de dependencia”; tampoco es óbice que realice su labor sin vigilancia, porque el control se verifica a posteriori al utilizar la escalera del inmueble¹⁷⁴. Se ha considerado, también, que el disfrute de un piso de la comunidad por la empleada ha de considerarse compensación salarial, indicativa, por tanto, de laboralidad, nuevamente sin dar importancia a la libertad de horario o a no recibir instrucciones concretas o incluso a que, en ocasiones, la trabajadora fuera reemplazada por familiares¹⁷⁵.

b) Servicios en el hogar familiar

Dada la relativa opacidad del hogar familiar y la informalidad (rozando en la parafamiliaridad) de las relaciones que en él tienen lugar, una cuestión habitual en los pleitos sobre servicio del hogar es la prueba del trabajo y de la remuneración que permitan conformar una base sobre la cual determinar la existencia de una auténtica relación laboral. En un caso resuelto por la Sala, una persona reclama salarios por haber realizado tareas de limpieza en el hogar de otra que se encuentra discapacitada. Aunque consta la convivencia durante años de la limpiadora y el titular del hogar, no hay prueba alguna de remuneración, más allá de un reconocimiento de deuda por parte del titular del hogar cuyo fundamento no es claro; razona la Sala que “en ningún caso tal reconocimiento de deuda podría equipararse a la percepción de un salario”, y que la convivencia, habida cuenta de la vulnerable situación del titular del hogar (posteriormente incapacitado por resolución judicial), más es indicativa de que es la demandante y su compañera “quienes regían la casa del demandado, su persona y bienes”¹⁷⁶.

Se ha planteado la diferenciación entre el contrato laboral de servicio del hogar familiar y el contrato civil de alimentos (art. 1791 CC), en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos. El hecho de que este contrato civil contemple la prestación de asistencia de todo tipo permite amparar en su seno prestaciones de servicios análogas tras las que dan contenido a la relación la-

¹⁷⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 9 junio 1995 (rec. 1060/1995).

¹⁷⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 31 mayo 1994 (rec. 931/1994).

¹⁷⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 28 marzo 2017 (rec. 2297/2016).

boral del servicio del hogar familiar. Sin embargo, el hecho de no cumplirse estrictamente los requisitos de aquel contrato civil impone la calificación de laboral de la prestación de servicios en cuestión ¹⁷⁷.

c) **Otros**

La riqueza de situaciones en que se discute la laboralidad se pone de relieve en casos tan diversos como:

— El de una peluquera que presta servicios un día a la semana a los residentes de un geriátrico. Pese a que la profesional cuenta con establecimiento de peluquería abierto al público, la relación se califica de laboral con la residencia, argumentándose que los servicios se prestan de manera personal en la residencia, con medios, instrumentos y productos facilitados por esta, a cambio de una remuneración mensual que varía en función del número de residentes atendidos, los cuales abonan el precio a la residencia, no a la peluquera, siendo la institución la que fija dicho precio y la que organiza la agenda de la profesional el día concertado para su prestación ¹⁷⁸.

— El de un productor y promotor de fiestas de música electrónica para la empresa titular de una sala de fiestas. El productor, que tiene su propia marca comercial con la que se anuncia, organiza dos actuaciones al mes para esta empresa, contratando y pagando directamente a los músicos, repartiéndose la taquilla entre aquel y la empresa. La Sala no encuentra fundamento alguno para declarar la laboralidad: el productor opera con total autonomía, organiza fiestas para otros clientes, contrata y remunera él mismo a los músicos y ni siquiera puede hablarse de remuneración salarial cuando se produce un reparto de la taquilla ¹⁷⁹.

— El de un profesor de Medicina de la Universidad de Valladolid que, al amparo de un acuerdo del art. 83 LOU (LO 6/2001), presta servicios para un hospital privado. Planteada la laboralidad entre el médico y el hospital por la TGSS, es desestimada por la Sala, más por las razones formales de estar amparada la prestación en dicho precepto legal, que por el convencimiento de que el médico no estuviera integrado en la organización del hospital, realizando incluso guardias, lo que lleva al Tribunal a pensar en una “puesta a disposición de un funcionario por parte de la Universidad de Valladolid al Hospital Reco-

¹⁷⁷ STSJ CyL (Valladolid) de 19 junio 2006 (rec. 971/2006).

¹⁷⁸ STSJ CyL (Valladolid) de 29 octubre 2014 (rec. 1298/2014).

¹⁷⁹ STSJ CyL (Valladolid) de 19 diciembre 2007 (rec. 1750/2007).

letas de Zamora”, que queda fuera de su esfera de enjuiciamiento¹⁸⁰. No queda fuera, en cambio, el caso de personal laboral no docente de la Universidad, que reclama remuneración a esta por los servicios prestados a un tercero en el marco de un convenio entre instituciones¹⁸¹.

— El de un trabajador contratado para realizar una poda de cuatro hectáreas de viñedo, ayudado por un familiar, durante dos días y medio, para lo que solamente precisó de una tijera aportada por el propio trabajador y que fue retribuido mediante una única factura de 454 euros. Descarta la Sala que llevar o no tijeras propias sea relevante en este caso, y afirma, con escasa argumentación, que la prestación tiene todas las características propias de una relación laboral que además debe presumirse (art. 8.1 ET)¹⁸².

— El del artesano con taller propio que trabaja para varios clientes sin someterse a criterios de organización impuestos por ningún cliente, gozando de total autonomía en cuanto a tiempo o lugar de trabajo. No se aprecia laboralidad en la relación con un cliente cuyas instalaciones visita esporádicamente, realizando en ellas parte de su trabajo, incluso con medios de esta empresa¹⁸³.

— El de un técnico de mantenimiento de aire acondicionado cuya prestación de servicios continuada para un cliente se declara no laboral por no acreditarse dependencia y por coexistir con una relación paralela con el mismo cliente a través de la empresa de la que es titular el técnico¹⁸⁴.

— El de una camarera en un proceso de selección de personal que es puesta a prueba mediante el encargo de realizar las tareas ordinarias del restaurante: la realización de tales tareas, aunque sea por unas pocas horas, constituye ya un contrato de trabajo y la puesta a prueba debiera haberse articulado mediante el instituto laboral del período de prueba¹⁸⁵.

— El de un técnico contratado como autónomo para revisión de automóviles para su transporte. Renault contrata el transporte con CAT, que a su vez subcontrata con Pool Ibérico la supervisión y revisión de los vehículos para su correcta carga y transporte, siendo esta última la que contrata al autónomo. Siendo la prestación de servicios personalísima, regular de lunes a viernes y retribuida con cantidades mensuales más o menos homogéneas, la falta de control de jornada y horario no es decisiva en la calificación, puesto que, razo-

¹⁸⁰ STSJ CyL (Valladolid) de 26 septiembre 2018 (rec. 981/2018).

¹⁸¹ STSJ CyL (Valladolid) de 14 mayo 2002 (rec. 912/2002).

¹⁸² STSJ CyL (Valladolid) de 11 febrero 2015 (rec. 2124/2014).

¹⁸³ STSJ CyL (Valladolid) de 15 diciembre 1998 (rec. 2191/1998).

¹⁸⁴ STSJ CyL (Valladolid) de 22 octubre 2014 (rec. 1377/2014).

¹⁸⁵ STSJ CyL (Valladolid) de 22 octubre 2014 (rec. 1462/2014).

■ LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA

na la Sala, “la dependencia resulta del hecho de que se trata de un trabajo preordenado y sistemático cuya realización ha de hacerse obviamente en función de los transportes de vehículos y, obviamente, dentro del tiempo preciso para la expedición de los mismos”¹⁸⁶.

¹⁸⁶ STSJ CyL (Valladolid) de 3 febrero 2009 (rec. 2113/2009).

CAPÍTULO XVI

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

HILDA I. ARBONÉS LAPENA
Abogado

JOSÉ RAFAEL GARCÍA DE LA CALLE
Magistrado de lo Social
Profesor Asociado de Derecho del Trabajo. Universidad de Alcalá

ELENA MARTÍNEZ TORREGROSA
Abogada. J&A Garrigues, S.L.P.

CAMINO ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA
Profesora Titular (i) de Derecho del Trabajo. Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.* a) Trabajo autónomo. b) Trabajo no remunerado: voluntariado y trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad. c) Trabajos familiares. II. *Actividades religiosas.*—III. *Actividades sindicales y políticas.*—IV. *Trabajo a distancia, a domicilio, teletrabajo.*—V. *Socios y órganos de administración.*—VI. *Cooperativas.*—VII. *Relaciones con causa formativa.*—VIII. *Actividades deportivas.*—IX. *Espectáculos públicos.*—X. *Profesiones liberales.*—XI. *Personal sanitario.*—XII. *Personal docente.* a) En centros educativos públicos. b) En centros educativos de titularidad privada.

- c) Profesores de academia y profesores particulares. d) Otros.—XIII. *Profesionales de la comunicación*.—XIV. *Comerciales, agentes, vendedores*.—XV. *Distribuidores, repartidores y transportes*.—XVI. *Servicios prestados para la Administración*. a) Contrato de trabajo “versus” contrato de arrendamiento de servicios. b) Contrato de trabajo “versus” contratos administrativos de consultoría y asistencia técnica. c) Contrato de trabajo “versus” prestación de servicios funcionariales.—XVII. *Actividades de alterne y similares*.—XVIII. *Varios*. a) Servicios a fincas urbanas y comunidades de propietarios. b) Servicios al hogar familiar. c) Montaje, mantenimiento y asistencia técnica. d) Tatuadores y masajistas (no sexuales). e) Mandatarios, gestores y apoderados. f) Operadores de imagen. g) Quiosqueros. h) Fotógrafo de prensa. i) Contable. j) Joyera. k) Pequeños trabajos de mantenimiento en pensión.

I. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD ¹

a) Trabajo autónomo

La nota de dependencia es el principal elemento que permite distinguir el trabajo autónomo del trabajo por cuenta ajena, sin que importe el trabajo en exclusividad para la empresa ni que se fije el precio por hora trabajada, de acuerdo con la sentencia de 26 de abril de 2013². No hay tal dependencia cuando no se reciben órdenes directas sobre cómo realizar el trabajo ni sobre el horario ni si está sometido al régimen organizativo y disciplinario de la empresa. Sentencia de 31 de enero de 2013³.

En cuanto a los TRADEs, la mayor conflictividad se centra en aquellos casos en que en el momento del cese del trabajador que formalmente se ha mantenido como trabajador estrictamente autónomo sin haberse hecho las adaptaciones transitoriamente previstas en la Ley 20/2007 de 11 de julio del Estatuto del Trabajador Autónomo (Disposición Transitoria 2 y 3) y por tanto, sin haber puesto en conocimiento del empresario la comunicación que establece el art. 12.2 LETA haciendo constar su dependencia económica, pretende hacer valer la existencia de los presupuestos de dependencia del TRADE como informadores de dicha situación jurídica, relegando la comunicación antes citada a una pura cuestión formal. Para la sentencia de 23 de diciembre de 2011⁴

¹ Autoría: HILDA I. ARBONÉS LAPENA.

² STSJC 3026/2013 de 26 de abril (rec. 3215/2012).

³ STSJC 781/2013 de 31 de enero 781/2013 (rec. 3169/2012) y 4852/2004 de 21 de junio (rec. 9646/2003).

⁴ STSJC 8311/2011 de 23 de diciembre (rec. 7160/2010).

tal comunicación se considera un requisito para la existencia del consentimiento sobre el vínculo contractual que se establece. Por tanto, si no ha habido esa comunicación, no hay contrato de TRADE ni competencia de la jurisdicción social, criterio coincidente con el TS. En el mismo sentido, la sentencia de 16 de marzo de 2012 y de 21 de junio de 2004⁵.

En ocasiones las notas de laboralidad que concurren en un determinado asunto y las de ausencia de esta son de similar trascendencia y cuesta decidirse por una u otra. En la sentencia de 25 de febrero de 2005⁶, concurrían unos importantes elementos de ausencia de laboralidad en un grupo de dos trabajadores que se ofrecían como autónomos, a fin de prestar servicios conjuntamente en trabajos de electricidad y fontanería a una empresa del sector, la cual los contrató en arrendamiento de servicios y subcontrató a estos en obras de su titularidad; los trabajadores estaban dados de alta en el RETA, facturaban por horas y con los correspondientes requisitos fiscales. Pero se daban también otros fuertes elementos de estricta laboralidad, como era el hecho de que los trabajadores no formaban una auténtica empresa y que sus servicios consistían en estricto trabajo personal y no de una obra a tanto alzado, sin ni siquiera aportar ningún tipo de maquinaria o utensilios, cobrando por hora trabajada y bajo la supervisión de un jefe de obra de la empresa contratante, aunque disponiendo de cierta libertad horaria y, por supuesto, de discrecionalidad técnica en el ejercicio de su profesión. A pesar de que la sentencia, ante la pareja potencialidad de los argumentos en uno u otro sentido, no ignora la presunción de laboralidad del art. 8.1 ET ni el principio de indisponibilidad del art. 3.5 del mismo texto legal, finalmente decanta la solución invocando el art. 7 del C. Civil relativo a los actos propios y a la buena fe contractual, haciendo prevalecer estos últimos a la hora de configurar la relación interpartes como un arrendamiento de servicios, puesto que en tal calidad se ofrecieron los trabajadores a la empresa.

b) **Trabajo no remunerado: voluntariado y trabajos amistosos, benévolo y de buena vecindad**

En relación con el Voluntariado, las fronteras del Derecho del Trabajo vienen delimitadas en estos supuestos por la Ley 45/2015 de 14 de octubre de Voluntariado, que deroga la Ley 6/1996 de 15 de noviembre, la Ley 25/2015

⁵ STSJC 2141/2012 de 16 de marzo (rec. 7295/2011).

⁶ STSJC 1674/ 2005 de 25 de febrero (rec. 8649/2004).

de 30 de julio del Voluntariado y del fomento del asociacionismo (DOGC 6930 de 7 de agosto de 2015) y el art. 1.3.d) ET. La Sala declara la inexistencia de relación laboral entre el voluntario que realiza acciones de colaboración con programas de acogimiento de menores⁷, por ejemplo, y la Administración, basándose en que es el voluntariado social un modo de realización de funciones por parte de los voluntarios en relación con un horario, jornada o sometimiento a las órdenes y directrices de la asociación o entidad con la que colaboran, lo que permite distinguir esta situación jurídica de una relación laboral, a pesar de que, en muchas ocasiones, debe estarse únicamente al elemento subjetivo y finalista que lleva al ciudadano a realizar estas tareas para llegar a la correcta calificación jurídica las mismas. Es por ello, que la existencia o no de una contraprestación económica constituye el criterio fundamental para distinguir ambas situaciones, teniendo en cuenta el problema que plantea el que también los voluntarios pueden recibir una compensación económica por los gastos realizados para desempeñar su actividad y tienen derecho a reclamar el reembolso de los mismos. Es destacable también la sentencia de 6 de octubre de 2004⁸, que establece doctrina general sobre el voluntariado social.

Lo mismo ocurre con los trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad. La prestación de servicios sin horario ni retribución alguna, primando el carácter de voluntariedad, en un Grupo Político de un municipio, siendo la afinidad política la que motivó que empezara a colaborar con el Grupo Municipal, seguramente motivado todo ello por la promesa de una contratación futura en el tiempo, no constituye relación laboral⁹. Doctrina que ya había sido recogida por esta misma Sala, entre otras, en la sentencia de 14 de marzo de 2001¹⁰, en base a lo argumentado por el TS en sentencia de 25 de enero de 2000. Contrariamente, la Sala declara la existencia de relación laboral fruto de la prestación de servicios de una señora acogida en una casa de la finca de la propietaria en la que se explotaba un negocio¹¹, por pena y favor personal, al darse una prestación de servicios sin sujeción a riesgo ni lucro personal, ya que el negocio era de la propietaria de la finca, se retribuían los servicios con alojamiento y alimentación; y existía una dependencia o sometimiento a la esfera organizativa de la propietaria, en tanto que esta era la titular de la casa e instalaciones donde la trabajadora, además de prestar unos servicios, tenía su vivienda.

⁷ STSJC 4334/2000 de 18 de mayo (rec. 955/2000).

⁸ STSJC 6037/2003 de 6 de octubre (rec. 9419/2004).

⁹ STSJC 2077/2017 de 24 de marzo (rec. 401/2017).

¹⁰ STSJC 2360/2001 de 14 de marzo (rec. 7317/2000).

¹¹ STSJC 7003/2016 de 25 de noviembre (rec. 5489/2016).

c) Trabajos familiares

En cuanto a la relación de convivencia *more uxorio*, no pone en juego la presunción de relación familiar (extralaboral) contenida en el art. 1.3.e) ET, pero tampoco implica que el trabajo productivo de un conviviente en el negocio del otro se canalice necesariamente a través del contrato de trabajo. Así, la sentencia de 15 de diciembre de 2012¹², siguiendo el criterio de la STS de 11 de marzo de 2005, dejando al margen la convivencia como pareja de hecho de la actora con el demandado y no como matrimonio, se sitúa en determinar si concurren o no en la relación de servicios las notas definitorias de la laboralidad. Entiende la Sala que el hecho de que no puedan calificarse como trabajos familiares los que desarrolla un miembro de una pareja de hecho en una empresa de la que es titular el otro, no supone que el vínculo por el que lo hace tenga que ser necesariamente un contrato de trabajo, quedando excluido de esa calificación si se acreditara que no reúne alguno de los rasgos esenciales de un contrato de esa naturaleza descritos en el art. 1.1ET. El recurrente, pareja de la dueña de un pequeño bar, permanecía en el local muchas tardes y noches sin horario fijo ni preestablecido y, únicamente, en sustitución de la misma, sin quedar acreditada la percepción de remuneración. De esa comunidad de vida, extendida también a la actividad común de hostelería que llevaban a cabo juntos, en modo alguno suponía la existencia de una ajenidad en la posición del demandante ni una dependencia o incorporación al ámbito organizativo o directivo de la demandada, ni se incorporaban al patrimonio común que tenía la pareja los resultados de la actividad.

II. ACTIVIDADES RELIGIOSAS¹³

A la hora de abordar las fronteras del Derecho del Trabajo en quienes desarrollan actividades religiosas, afecta especialmente a los profesores de Religión y Moral Católica en relación con la Administración educativa. Se plantea por la doctrina de la Sala, cuál es el vínculo que surge entre estos profesores, que no tienen relación de carácter funcional perteneciente a los Cuerpos de Funcionarios Docentes, y el Departament d'Ensenyament de la Generalidad de Cataluña, que es quien, mediante transferencia de competencias, osten-

¹² SSTSJC 7482/2015 de 15 de diciembre (rec. 5825/2015), 5955/2005 de 7 de julio (rec. 3036/2005) y 2471/2009 de 18 de marzo (rec. 60/2008).

¹³ Autor: HILDA I. ARBONÉS LAPENA.

ta la titularidad de la actividad docente. El vínculo que surge entre profesor de Religión y la Administración educativa es una relación laboral y materialmente especial designada por el Departament d'Ensenyament de la Generalidad de Cataluña, encuadrada en el Régimen General de la Seguridad Social y con un periodo de duración de un año escolar, a propuesta del Obispado¹⁴.

III. ACTIVIDADES SINDICALES Y POLÍTICAS¹⁵

En las actividades sindicales/políticas, las fronteras del Derecho del Trabajo en la doctrina de la Sala se sustentan básicamente en dos cuestiones:

- a) Inexistencia de relación laboral entre el sindicalista y el sindicato del cual es dirigente, miembro y representante, por el que media contrato de trabajo de duración determinada. Relación exclusivamente asociativa.¹⁶
- b) Coexistencia de doble relación entre sindicalista contratado para realizar tareas de dirección y representación del sindicato y la de trabajador (además de sindicalista), contratado mediante contrato de duración determinada para la realización de tareas administrativas en la propia estructura sindical. La doble condición, no excluye, en todo caso, la existencia de una relación laboral para la prestación de servicios por cuenta ajena del trabajador (sindicalista) y otra asociativa con la entidad.¹⁷

Resulta interesante la diferencia que la Sala establece entre sindicalista liberado (sin cargo orgánico de representación) y el sindicalista con cargo orgánico de representación, elegido democráticamente en los órganos estatutariamente establecidos; a pesar de que ambos prestan servicios en el sindicato, el primero actúa como un simple trabajador, por estrecha que sea su vinculación con el sindicato, mientras que el segundo es un auténtico directivo del sindicato, circunstancia que lo excluye de la relación laboral, pasando a ser esta asociativa y ajena al control de la jurisdicción social. Distinción que puede verse reflejada de forma muy clara y precisa en la sentencia de 19 de mayo de

¹⁴ STSJC 9882/2001 de 17 de diciembre (rec. 4502/2001), 5960/2000 de 10 de julio (rec.767/1999), 1178/2001 de 8 de febrero (rec. 6946/2000), 113/2010 de 13 de enero (rec. 6362/2008) y 6003/2017 de 9 de octubre (rec. 5447/2000).

¹⁵ Autor: HILDA I. ARBONÉS LAPENA.

¹⁶ SSTSJC 6039/2010 de 22 de mayo (rec.3391/2010) y 3290/2013 de 9 de mayo (rec. 993/2013).

¹⁷ STSJC 4538/2008 de 2 de junio (rec. 2405/2008).

2014¹⁸, que *obiter dicta* hace extensiva a los partidos políticos y a sus organizaciones de carácter análogo. Además de concretar esta distinción, la sentencia determina que, una vez terminada la función representativa por agotamiento del mandato, si se sigue prestando servicio, está claro que estos lo serán en calidad de trabajador por cuenta ajena.

IV. TRABAJO A DISTANCIA, A DOMICILIO, TELETRABAJO¹⁹

La Sala, de forma general, reconoce la existencia de relación laboral entre empresa y trabajador que presta servicios a distancia, domicilio o practicando teletrabajo, no calificándolo de simple colaborador ocasional, al entender que el trabajo realizado no se hace a iniciativa propia, sino siguiendo las instrucciones de la empresa, quien adquirirá el resultado de la actividad, percibiendo a cambio una remuneración. Son las denominadas relaciones laborales “atípicas”, al no existir presencia física en el círculo del empresario rector. Es cierto que el ejercicio de esta actividad a distancia mayoritariamente no está sujeta a horario, lo que no impide a la Sala calificar la relación como laboral, pues la dependencia es un concepto relativamente vago, en tanto debe entenderse en sentido amplio y flexible²⁰. Siendo en todo caso indiferente la afiliación al RETA y la retribución mediante factura, no es necesaria una sumisión rigurosa, sino que basta la inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial²¹.

V. SOCIOS Y ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN²²

Los consejeros o miembros de los órganos de dirección de las empresas, excluidos de la relación laboral por el art. 1.3.c) ET, se distinguen del personal de alta dirección, vinculado por un contrato laboral, no por las funciones que realizan, que pueden ser análogas, sino por la naturaleza jurídica de las relaciones que mantienen con la entidad. El elemento distintivo hay que buscarlo en que en el personal de alta dirección concurre de forma evidente la ajenidad, mientras que la misma no existe de ningún modo en la relación jurídica de los

¹⁸ STSJ 3637/2014 de 19 de mayo (rec. 1794/2014).

¹⁹ Autor: HILDA I. ARBONÉS LAPENA.

²⁰ SSTSJ 95/2015 de 12 de enero (rec. 4797/2014) y 5270/2006 de 10 de julio (rec. 5189/2005).

²¹ STSJ 9178/2004 de 21 de diciembre (rec. 7610/2004).

²² Autor: HILDA I. ARBONÉS LAPENA.

miembros de los órganos de administración, ya que estos son parte integrante de la propia sociedad, es decir, la propia persona jurídica particular de la empresa de que se trate, según la sentencia de 28 de junio de 2011²³. En esta misma sentencia, se da el caso de un administrador que es dado o se da de alta en el RGSS y suscribe un contrato laboral; sin embargo, atendiendo al hecho de que ostenta un capital social *per se* y con el añadido de otro por vinculación familiar ello supone la mayoría del capital social junto con amplísimos poderes, tal cosa comporta unas funciones de mando ejecutivas y gestoras propias de la dirección de la sociedad que no se corresponden con las de un simple trabajador con cargo directivo. Por tanto, al no haber dependencia ni ajenidad, sino desempeño de las funciones de gestión y administración ordinarias de la sociedad, la naturaleza del vínculo no es laboral, sino mercantil. En este mismo sentido, de forma contundente se pronuncia la sentencia de 3 de noviembre de 2017²⁴, cuando ante una situación similar a la antes descrita establece que no es posible en estos casos calificar la relación existente como propia de una relación laboral de alta dirección, pues solo en los casos de relaciones de trabajo en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral. La pérdida por cualesquiera vicisitudes societarias de las participaciones sociales o de los cargos en el consejo de administración, siguiendo sin embargo con la prestación de servicios de dirección en términos análogos al periodo anterior, convierte la relación en laboral desde aquella fecha, así sentencia de 22 de mayo de 2002²⁵.

VI. COOPERATIVAS²⁶

La distinción competencial entre los asuntos derivados de la relación societaria y los de la relación laboral hacia la jurisdicción civil y social respectivamente, no ofrece dudas en las sentencias dictadas por la Sala, coincidentes con los criterios del Tribunal Supremo y de otros Tribunales Superiores de Justicia. La única nota discordante se produjo cuando las sentencias de 29 de junio de 2001²⁷ y de 22 de enero de 2002²⁸ que atribuía al orden civil decidir

²³ STSJC 4515/2011 de 28 de junio (rec. 2103/2011), 7473/2003 de 26 de noviembre (rec. 336/2002).

²⁴ STSJC 6647/ 2017 de 3 de noviembre (rec.4237/2017).

²⁵ STSJC 3981/2002 de 22 de mayo (rec. 911/2002) y 3776/2018 de 25 de junio (rec. 2293/2018).

²⁶ Autor: HILDA I. ARBONÉS LAPENA.

²⁷ STSJC 5734/2001 de 29 de junio (rec. 372/2001).

²⁸ STSJC 481/2002 de 22 de enero (rec. 4531/2001).

sobre el retorno de las aportaciones de capital en el momento del cese como cooperativista, fueron contradichas por la sentencia de 23 de octubre de 2002²⁹, atribuyéndose de nuevo al orden laboral su conocimiento; sin embargo esta última resultó a su vez enmendada por la sentencia de 20 de octubre de 2010³⁰, devolviendo a la jurisdicción civil la competencia, en idénticos términos que la del mismo tribunal de 20 de noviembre de 2006. Así pues, la jurisdicción civil es la competente para aquellas cuestiones que se planteen en relación con el reintegro o reembolso de las aportaciones realizadas una vez producida la baja del trabajador cooperativista.

El mundo cooperativista ha generado una gran actividad judicial de la Sala centrada casi exclusivamente en la determinación del auténtico titular de la relación laboral o la cesión ilícita, es decir, los falsos cooperativistas encuadrados en esas cooperativas fraudulentas conocidas por “cárnicas”, cosa que, sin duda, se sitúa *intra muros* de la jurisdicción. Así sentencia de 21 de febrero de 2002³¹, aunque el criterio se ha suavizado en la sentencia de 30 de mayo de 2019³², donde se desestima la posible cesión ilícita. En ocasiones, grupos de profesionales se asocian en forma de cooperativas para participar en adjudicaciones de servicios ofrecidas por la Administración pública, en la cual prestan servicios como tales profesionales, al punto de que cuando cesa la adjudicación pretenden calificar su relación con la administración de individual y laboral, cosa que ha resultado negado por sentencias como la de 7 de abril de 1994³³, relativa a profesionales de la Medicina y Psicología que se ofrecieron mediante cooperativa a un servicio municipal de planificación familiar.

VII. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA³⁴

El denominador común a la hora de delimitar la frontera existente entre la relación laboral y otro tipo de relaciones con causa formativa (becas de investigación, programas de formación en las empresas, convenios de cooperación para la realización de prácticas formativas externas...) reside, fundamentalmente, en determinar cuál es el interés preponderante en el caso concreto enjuiciado. Esto es, si el beneficio de la prestación de servicios recae sobre la

²⁹ SSTSJC 6762/2002 de 23 de octubre (rec. 7298/2001), 140/2000 de 10 de enero (rec. 6349/1999) y 481/2002 de 22 de enero (rec. 453/2001).

³⁰ STSJC 6682/2010 de 20 de octubre (rec. 2945/2010).

³¹ STSJC 1511/2002 de 21 de febrero (rec. 7788/2001).

³² STSJC 2757/2019 de 30 de mayo (rec.721/2019).

³³ STSJC 1957/1994 de 7 de abril.

³⁴ Autor: ELENA MARTÍNEZ TORREGROSA.

empresa o entidad colaboradora –en cuyo caso, nos encontraremos ante una relación laboral–, o si, por el contrario, redundan en el propio interés de la persona que se halla inmersa en la actividad formativa –caso en el que, con carácter general, nos encontraremos ante una relación de naturaleza distinta–.

En el caso de los becarios³⁵, para determinar cuándo nos encontramos ante una relación laboral verdadera, debemos estar no al resultado que la actividad del becario reporta a la institución de la que depende (sea esta la Universidad o una empresa privada), sino a la incidencia que esta actividad tiene para su formación; ya que garantizar la formación práctica del becario ha de ser el objetivo último de las becas de investigación o de formación.

En este sentido, la frontera entre la existencia de una beca y una relación laboral ordinaria, viene marcada por la propia naturaleza o contenido del cometido del becario. Si la labor del becario, de no ser realizada por él, requiere contratación laboral, muy probablemente nos encontremos ante una relación laboral encubierta, ya que no resulta infrecuente la práctica de recurrir a las relaciones formativas para precarizar las relaciones laborales.³⁶

En cuanto al devengo de la remuneración percibida por el becario, esta se puede producir en cómputo anual o mensual, sin que la percepción mensual de una retribución fija determine *per se* la existencia de una relación laboral.³⁷

Si atendemos a la existencia de convenios de cooperación para la realización de prácticas externas en empresas suscritos con universidades, debemos estar a la naturaleza de las funciones realizadas por el estudiante –si son o no las propias de un concreto puesto de trabajo en la empresa–. Igualmente, se valora como indicio de laboralidad recurrente la realización de una actividad laboral propiamente dicha, en detrimento del desarrollo de acciones formativas concretas para el estudiante. A título de ejemplo, en el caso concreto³⁸ de un estudiante de Ingeniería que, sin haber terminado sus estudios, desarrolla un programa de gestión para una empresa, cuyos frutos redundan en beneficio de esta, se declara la existencia de relación laboral.

Otra de las fronteras a la relación laboral, se manifiesta por la existencia de un convenio de colaboración entre una empresa y un centro de For-

³⁵ STSJ Cataluña 13 febrero 2004 (rec. 804/1999), STSJ Cataluña de 3 octubre 2000 (rec.3175/2000).

³⁶ STSJ Cataluña 3 de octubre 2000 (rec. 3175/2000).

³⁷ STSJ Cataluña 13 febrero 2004 (rec. 804/1999).

³⁸ STSJ Cataluña 25 mayo 2018 (rec. 1937/2018).

mación Profesional –especialmente, en casos de FP dual–. Resulta especialmente reveladora la Sentencia ³⁹ que desvirtúa la existencia de relación laboral en base a los siguientes indicios: 1) la formación práctica resulta parte integrante del programa académico correspondiente; 2) las funciones del estudiante no implican prestación de servicios, sino que son meramente formativas; 3) no entra en juego el régimen disciplinario –propio de una relación laboral–, sino que los posibles incumplimientos del estudiante redundan, en todo caso, en una peor calificación académica; 4) no existe sometimiento a la organización empresarial, ya que el horario fijo del estudiante es de mañanas –no se integra en el sistema a turnos existente en la empresa–; 5) la retribución no resulta significativa –solo compensa gastos de desplazamiento–; por último, 6) una trabajadora de la empresa ejerce funciones de tutora, supervisando la actividad del estudiante. La importancia de la supervisión del “presunto alumno” se trata de un indicio reiterativo de ausencia de laboralidad. ⁴⁰

Por último, en lo que hace a las relaciones formativas previas a la contratación laboral, es necesario ponderar la duración de la actividad formativa con la del contrato proyectado. No cabe enmascarar bajo la realización de acciones formativas una auténtica relación laboral, salvo que pueda demostrarse que, resulta requisito *sine qua non* previo para la contratación, la realización de una formación teórico-práctica en la materia concreta. De lo contrario, las actividades formativas quedan comprendidas dentro del periodo de prueba, teniendo a todos los efectos, la consideración de tiempo efectivo de trabajo. ⁴¹

VIII. ACTIVIDADES DEPORTIVAS ⁴²

Para delimitar las fronteras del Derecho del Trabajo en el ámbito de las actividades deportivas, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, la diferenciación entre deportista profesional y deportista aficionado o “*amateur*”.

Tal diferenciación, se desprende del artículo 1.2 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. La clave consiste en diferenciar el deporte

³⁹ STSJ Cataluña 13 marzo 2018 (rec. 297/2018).

⁴⁰ STSJ Cataluña 18 noviembre 2010 (rec. 5277/2009).

⁴¹ STSJ Cataluña 3 marzo 2008 (rec. 432/2008).

⁴² Autor: ELENA MARTÍNEZ TORREGROSA.

“compensado” del “retribuido”. Para ello, declara la jurisprudencia, la necesidad de aplicar tres reglas, que se pueden sintetizar de la siguiente forma: 1) corresponde a la entidad deportiva la prueba del carácter compensatorio –y no remuneratorio– de las cantidades recibidas por el deportista; 2) no entra en juego la denominación que a tal cantidad –compensatoria o retributiva–, hayan otorgado las partes; 3) se tiene en cuenta la periodicidad en el devengo y la uniformidad en los importes como indicios de encontrarnos ante una auténtica retribución, dado el carácter irregular y variable de las meras compensaciones.⁴³

Por tanto, se ha considerado indicio de relación laboral la percepción de una remuneración de carácter fijo por parte de jugadores de fútbol con independencia de los gastos que generaron por sus desplazamientos⁴⁴. En definitiva, ante la ausencia de prueba en contrario, las cantidades obtenidas se consideran como salario ex artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores.

Igualmente, el sometimiento de los jugadores y técnicos de un club deportivo a la junta directiva, así como a las órdenes del entrenador, constituyen indicios de relación laboral especial al encontrarse dentro del ámbito organizativo de un empresario, cumpliendo así con el requisito de dependencia.⁴⁵ A *sensu contrario*, se considera arrendamiento de servicios, la relación existente con un entrenador de tenis cuando pese a que percibe una cantidad mensual fija y otra variable, cuenta con libertad para el desarrollo de su actividad, sin contar con supervisión alguna y sin sujeción a jornada laboral fija.⁴⁶

Por último, no puede escapar al presente análisis, la relación que une a un club deportivo con el masajista que presta servicios recurrentes para el mismo. En el caso concreto⁴⁷, la frontera la encontramos en la prestación de servicios como trabajador autónomo. No obstante, se aprecian los siguientes indicios de laboralidad: 1) recibe órdenes e instrucciones directas del preparador físico del club, quedando sometido a un horario fijo; 2) pese a que el trabajador cuenta con un club de fisioterapia propio, es el club el que aporta los materiales para su prestación de servicios; 3) la facturación al club es periódica y homogénea, pese a que existe facturación a otras entidades; y 4) en el contrato suscrito entre el trabajador y el club se hace constar la dependencia jerárquica del primero a la dirección del club.

⁴³ STSJ Cataluña 9 mayo 2014 (rec. 1414/2014), STSJ Cataluña 23 mayo 2016 (rec.1447/2016).

⁴⁴ STSJ Cataluña 12 diciembre 2018 (rec. 4667/2018).

⁴⁵ STSJ Cataluña 26 febrero 2018 (rec. 7244/2017).

⁴⁶ STSJ Cataluña 11 mayo 2011 (rec. 810/2011).

⁴⁷ STSJ Cataluña 1 julio 2014 (rec. 1488/2014).

En definitiva, en este último caso, a diferencia del deslinde entre deportista “*amateur*” y deportista profesional que viene marcado principalmente, por la existencia o no de retribución –que no compensación de gastos–, la nota determinante para considerar la existencia de relación laboral frente al trabajo autónomo alegado, radica en la imposibilidad del trabajador para organizar libremente su trabajo, lo que no es muestra sino de la dependencia y sometimiento a la organización del empresario, indicios de laboralidad ex artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores.

IX. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS ⁴⁸

Si atendemos a la prestación de servicios en espectáculos o medios de comunicación, el debate se centra en si procede el encuadramiento en la relación laboral común o si, por el contrario, nos encontramos ante una relación especial propia de los artistas en espectáculos públicos –la cual se rige por el Real Decreto 1435/1985 de 1 de agosto–.

A fin de diferenciar la normativa aplicable, hemos de atender, principalmente, al propio contenido de la actividad. Así, el rasgo definitorio de la actividad desarrollada por los artistas, radica en el desarrollo de una habilidad frente al público en general, con fines últimos de entretenimiento. En este sentido, se ha considerado ⁴⁹ que las funciones desarrolladas por un presentador de televisión, que elabora sus propios reportajes, pero que se encuentra bajo las órdenes del director del programa, es relación laboral común; máxime cuando sus funciones –elaboración de programas y presentación al público–, no pueden incluirse dentro de la acepción clásica de espectáculo público.

Igualmente, resulta curioso el supuesto ⁵⁰ de una pianista intérprete de piezas musicales para una empresa concesionaria del servicio de música de una cadena de tanatorios. En este caso, la calificación de su relación como común, halla su razón de ser en el carácter privado de las ceremonias en las que desarrollaba su habilidad –las cuales tenían como espectadores a los allegados del fallecido–. Por el contrario, la calificación que el RD. 1435/1985 hace en su artículo 1.3 de la ejecución de actividades artísticas, menciona que han de ser “*desarrolladas directamente ante el público*”, para quedar dentro de su ámbito de aplicación.

⁴⁸ Autor: ELENA MARTÍNEZ TORREGROSA.

⁴⁹ STSJ Cataluña 19 marzo 2009 (rec. 559/2007).

⁵⁰ STSJ Cataluña 19 octubre 2017 (rec. 4242/2017).

Sin embargo, pese que el artículo 8 del RD. 1435/1985 excluye la obligatoriedad de los ensayos gratuitos en la relación especial de artistas, se ha excluido⁵¹ como prueba indiciaria de tal relación laboral, la realización de audiciones o pruebas preliminares para valorar la aptitud del artista para el espectáculo proyectado, al no haber existido una verdadera prestación de servicios –desarrollo de una habilidad frente a un público–, ni haber estado de forma real bajo el poder de dirección del empresario.

Tampoco se considera la existencia de relación especial de artistas, sino de relación laboral ordinaria en el caso de los técnicos de iluminación y sonido⁵² adscritos a una orquesta, en la medida en que se excluyen de forma expresa por el artículo 1.5 del RD. 1435/1985.

En aquellos casos en los que se declara la existencia de relación laboral especial, en términos del RD. 1435/1095, resulta común la justificación de la temporalidad en la contratación, en contra de la reclamación de la condición fijadiscontinua de los artistas que son contratados por temporadas.⁵³ Dada las especialidades de la actividad –en este caso, espectáculos desarrollados durante los meses de apertura de un parque temático–, se entiende que al organizador del espectáculo no puede imponérsele la contratación continuada de un artista concreto, siendo totalmente lícita la renovación parcial del espectáculo –con el fin de perfeccionarlo– temporada tras temporada.

Como en apartados anteriores, también en esta materia encontramos la frontera clásica del contrato de agencia –y de la existencia, por tanto, de una relación jurídica de carácter civil–. De esta forma, ha sido declarada⁵⁴ la relación existente entre un modelo y una agencia de modelos, en la que esta última se dedica, simplemente, a la realización de funciones de intermediación con los clientes. No obstante, el modelo es libre de aceptar o rechazar las propuestas y percibe la retribución directamente de los clientes –previo descuento de una comisión por parte de la agencia–, circunstancias que excluyen claramente su dependencia.

Por último, en relación con la figura del representante de artistas, se observan pronunciamientos⁵⁵ en los que su relación laboral ordinaria, se pretende enmascarar a través de la figura del trabajador autónomo. En estos casos, el alta en el RETA, no constituye un obstáculo para tal declaración, siempre y cuando

⁵¹ STSJ Cataluña 3 octubre 2008 (rec. 5132/2008).

⁵² STSJ Cataluña 15 marzo 2004 (rec. 117/2003).

⁵³ STSJ Cataluña 15 marzo 2004 (rec. 117/2003).

⁵⁴ STSJ Cataluña 24 abril 2002 (rec. 97/2002).

⁵⁵ STSJ Cataluña 20 enero 2015 (rec. 6513/2014).

concurran los demás requisitos propios de la relación laboral con la agencia de la que dependen.

X. PROFESIONES LIBERALES ⁵⁶

Del análisis de la naturaleza del vínculo en las llamadas “profesiones liberales” se extrae un amplio abanico de relaciones fronterizas con la laboral, entre las cuales destaca, por su recurrencia, la figura mercantil del arrendamiento de servicios.

En el caso de los abogados que prestan servicios para despachos profesionales, resulta recurrente la distinción entre trabajador autónomo –o trabajador dado de alta en la Mutuality de la Abogacía–, y trabajador sujeto a la relación laboral de carácter especial regulada en el Real Decreto 1331/2006, de 17 de septiembre.

En estos casos, se ha considerado como elemento desvirtuador de la independencia propia de un trabajador autónomo el hecho de que el mismo perciba un ingreso periódico –una especie de salario mínimo garantizado–, con independencia de los encargos que realice cada mes en concreto. Este indicio, ha sido considerado de mayor peso respecto de otros existentes a favor de la independencia, tales como que el trabajador ejerciera su actividad en su propio despacho o incluso que tenga libertad para rechazar asuntos y ello porque en el ámbito de las profesiones liberales se entiende que el requisito de dependencia debe ser interpretado en un sentido laxo. ⁵⁷

En el ámbito de la actividad desarrollada por los arquitectos y, concretamente, cuando son contratados para la prestación de servicios de asesoramiento y consultoría en los ayuntamientos, se ha declarado la inexistencia de relación laboral –siempre que se cumplan los requisitos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público–, dada la existencia de una excepción legal a la presunción de laboralidad. ⁵⁸

No obstante, en caso de prestación de servicios para una empresa, se ha entendido que prevalece la laboralidad frente a la consideración del trabajador como autónomo, cuando se trata de trabajadores que prestan sus servicios con exclusividad para aquella. Por otro lado, la ausencia de la firma de los trabajadores –presuntamente autónomos– en los proyectos que desarrollan para la

⁵⁶ Autor: ELENA MARTÍNEZ TORREGROSA.

⁵⁷ STSJ Cataluña 9 octubre 2015 (rec. 3663/2015), STSJ Cataluña 7 junio 2016 (rec. 1889/2016).

⁵⁸ STSJ Cataluña 2 junio 2010 (rec. 925/2009).

empresa, se ha considerado como indicio de la titularidad empresarial del resultado del trabajo –nota característica de la ajenidad–.⁵⁹

En el campo de la actividad desarrollada por los consultores que prestan servicios –a través de un contrato mercantil– de intermediación en el mercado financiero, la clave para diferenciar ambas situaciones jurídicas –existencia de relación laboral o civil–, consiste en determinar el mayor o menor grado de dependencia del trabajador con la empresa.

En caso de encontrarnos ante una relación laboral especial, hallaría su regulación a través del Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas.

La propia rúbrica del RD. 1438/1985 contiene que el principal indicio de laboralidad, reside en la no asunción del riesgo y ventura de las operaciones. No obstante, tras la entrada en vigor de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, cambia el criterio jurisprudencial ya que la propia Ley sienta como regla general en su artículo 1 la no asunción del riesgo por parte del agente, salvo pacto expreso en contrario.⁶⁰

Interesante resulta el supuesto de los socios miembros de una sociedad civil, que, pese a su apariencia societaria externa, en realidad dependen de otras personas que resultan encontrarse en una situación de prevalencia jerárquica, los cuales imparten a los primeros las instrucciones y órdenes necesarias para el ejercicio de las funciones de consultoría.⁶¹

El contrato de arrendamiento de servicios resulta igualmente “fronterizo” con la relación laboral ordinaria, en los servicios prestados por los peritos tasadores externos que trabajan para las compañías aseguradoras –pese a que estas suelen contar con personal adscrito a este concreto puesto de trabajo en su plantilla–. En estos casos, la facturación, teniendo en consideración las peritaciones encomendadas y conforme al baremo negociado con la empresa, resulta indicio de ausencia de laboralidad, pese a que los trabajadores reciban unas instrucciones mínimas sobre el desarrollo de su trabajo o, incluso, tengan que comunicar sus vacaciones a la empresa.⁶²

Por último, en el ámbito de la actividad de los traductores, la presunción de la existencia de un contrato de trabajo prevista en el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores, cede frente a la existencia de contrato mercantil de arren-

⁵⁹ STSJ Cataluña 28 febrero 2000 (rec. 1957/1999).

⁶⁰ STSJ Cataluña 16 julio 2008 (rec. 2541/2008).

⁶¹ STSJ Cataluña 28 noviembre 2007 (rec. 2019/2005).

⁶² STSJ Cataluña 13 enero 2011 (rec. 3521/2020).

damiento de servicios profesionales, cuando: 1) es el propio traductor el que selecciona libremente a sus colaboradores; 2) solo acude a las instalaciones de la empresa para la entrega de los trabajos realizados; 3) elige libremente los días de prestación de servicios; y 4) el montante económico percibido fluctúa en función de las traducciones realizadas.⁶³

XI. PERSONAL SANITARIO⁶⁴

En la prestación de servicios sanitarios también nos encontramos con cierta frecuencia lo que se ha denominado por la doctrina del Tribunal Supremo como “*zonas grises del derecho del trabajo*”, las cuales se caracterizan, una vez más, por la confluencia entre las relaciones de carácter mercantil y las de carácter laboral.

Sin embargo, el hecho de que el personal médico –que presta sus servicios para un centro de carácter privado–, ejerza en el mismo funciones de control (véase, cargos de director, director suplente o socio), enerva el requisito de “dependencia” necesaria para encontrarnos ante una relación de carácter laboral. Adicionalmente, si la percepción de la retribución fluctúa en atención al número de pacientes, se puede considerar que existe participación en el riesgo del negocio.⁶⁵

En el ámbito de las mutuas, resulta recurrente la suscripción de “conciertos” con personal sanitario para el arrendamiento de servicios profesionales, mediante un contrato de carácter mercantil. No obstante, este carácter cede a favor de la presunción de relación laboral en aquellos casos en que no existe un mínimo de estructura organizativa –por pequeña que sea– en el médico que se encuentra vinculado a la mutua por un contrato de arrendamiento de servicios.⁶⁶

Si los resultados de la explotación –del servicio médico en concreto–, son adquiridos para la clínica en la que se prestan servicios y esta incorpora en su patrimonio el importe facturado a los clientes –del cual un porcentaje irá destinado al pago del profesional–, nos encontraremos ante un claro indicio de laboralidad.⁶⁷

Sin embargo, se entiende que este indicio de ajenidad no concurre cuando el facultativo asume los riesgos en caso de impago del cliente y el importe de la facturación se pacta de mutuo acuerdo con la clínica.⁶⁸ Tampoco en aque-

⁶³ STSJ Cataluña 28 septiembre 2015 (rec. 2792/2015).

⁶⁴ Autor: ELENA MARTÍNEZ TORREGROSA.

⁶⁵ STSJ Cataluña 2 mayo 2019 (rec. 348/2019).

⁶⁶ STSJ Cataluña 26 septiembre 2016 (rec. 3689/2016).

⁶⁷ STSJ Cataluña 17 junio 2016 (rec. 2074/2016).

⁶⁸ STSJ Cataluña 19 noviembre 2014 (rec. 4746/2014).

llos casos en que las retribuciones se adaptan a las tarifas que establezcan los colegios oficiales a los que pertenezcan los profesionales y este importe varía mensualmente.⁶⁹

Nota común en los pronunciamientos analizados sobre odontólogos, es su alta en el RETA –pese a su inclusión en tal régimen especial no obsta, en absoluto, para su consideración como trabajador por cuenta ajena–. La frontera viene marcada, una vez más, por el arrendamiento de servicios, considerándose que esta naturaleza mercantil prevalece: 1) si la retribución se percibe solamente en caso de efectiva prestación de servicios; 2) si el profesional presta sus servicios a varias clínicas o incluso cuenta con una de su propiedad; y 3) si la prestación de servicios se hace sin sujeción a un horario fijo.⁷⁰

A conclusión distinta se llega en los casos de odontólogos que prestan sus servicios en exclusividad para una clínica de tal naturaleza, cuando la facturación de los servicios y los materiales utilizados se ajustan a los parámetros que se les imponen desde dirección. El hecho de que la retribución consista en un porcentaje sobre la facturación y que, por tanto, sea variable, no destruye la presunción de laboralidad, ya que supone una variante del denominado “salario a comisión”.⁷¹

La suscripción de un contrato para la prestación de servicios de oftalmología en un centro destinado a la renovación de licencias (permiso de armas, de conducción...), se reputa como mercantil cuando el profesional sanitario goza de libertad organizativa, pese a que lógicamente, haya de adaptarse a los horarios de apertura del centro.⁷²

Por último, no se reputa como laboral la prestación de servicios de enfermería para una mutua –pese al sometimiento al horario y utilización de materiales de esta–, cuando el profesional actúa sin dependencia al enfermero jefe de plantilla.⁷³

XII. PERSONAL DOCENTE⁷⁴

a) En centros educativos públicos

La relación laboral de los profesores de Religión en centros públicos se entiende que reviste carácter especial, pese a no estar declarada expresamente

⁶⁹ STS Cataluña 19 abril de 2016 (rec. 1013/2016).

⁷⁰ STSJ Cataluña 9 enero 2003 (rec. 6186/2002).

⁷¹ STSJ Cataluña 3 diciembre 2010 (rec. 3439/2009).

⁷² STSJ Cataluña 5 febrero 2018 (rec. 6234/2017).

⁷³ STSJ Cataluña 30 octubre 2012 (rec. 731/2012).

⁷⁴ Autora: CAMINO ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA.

en el artículo 2.1 ET. La especialidad deriva de su establecimiento en un tratado internacional, de la intervención en su regulación de tres organismos distintos –el Estado, la Conferencia Episcopal y la Generalitat de Cataluña–, así como de las peculiaridades que concurren en la prestación de servicios de estos profesores⁷⁵.

b) **En centros educativos de titularidad privada**

Se considera relación laboral la del profesor que imparte regularmente enseñanza de una o más asignaturas en un centro docente privado adscrito a una universidad, dentro del ámbito de organización y dirección del mismo, sometido a sus normas de disciplina académica. La libertad del profesor en el desarrollo de sus clases no puede impedir tal calificación, pues la autonomía del profesor es connatural a la práctica de la enseñanza⁷⁶.

La misma calificación merece la relación de un profesor contratado a tiempo parcial en un centro universitario privado, siguiendo la doctrina del TS (STS 18 marzo 2002, entre otras) sobre la relación laboral de un profesor contratado por un colegio universitario. Debe tenerse en cuenta que tal es la naturaleza que la Ley Orgánica de Universidades establece para el profesor asociado de Universidad, sustituyendo al anterior régimen de contratación administrativa. La exclusión del ámbito de aplicación del convenio sectorial no es obstáculo para calificar la laboralidad del vínculo, pues no prejuzga el carácter de la prestación de servicios, que debe determinarse en función de la concurrencia de las notas de laboralidad. En este sentido, la sujeción al horario y calendario académico fijados por el centro, la utilización de material y medios proporcionados por este, la inclusión en el directorio de profesores o el hecho de disponer de una cuenta de correo electrónico corporativa, son indicios de la existencia de dependencia en la actividad del profesor⁷⁷.

c) **Profesores de academia y profesores particulares**

En el ámbito de las academias o centros de formación, la integración del profesor en el círculo organicista y rector de la empresa se manifiesta, por

⁷⁵ STSJ Cat 16 septiembre 2015 (rec. 3697/2015) y STSJ Cat 20 junio 2000 (rec. 1992/2000).

⁷⁶ STSJ Cat 21 enero 2004 (rec. 1451/2001).

⁷⁷ STSJ Cat 7 enero 2004 (núm. 18/2004).

ejemplo, en el establecimiento por parte del centro de los horarios, calendarios y espacios para la docencia, la organización de los grupos de alumnos, así como en la utilización de los medios materiales puestos a disposición por la empresa. La aportación de algún medio por el profesor, de forma marginal, de escaso valor o de uso personalísimo –como casos prácticos, presentaciones o material de soporte– no excluye la laboralidad del vínculo⁷⁸. La prestación de trabajo indiferenciada con otros profesores contratados en régimen laboral no hace sino confirmar la existencia de un auténtico contrato de trabajo⁷⁹.

La ajenidad se manifiesta en el hecho de que sea la entidad –y no el profesor– el que oferta los cursos al público y quien cobra a los alumnos, de manera que es el centro y no los estudiantes los que retribuyen al profesor⁸⁰. La regularidad y cuantía fija de la remuneración –independientemente del número de alumnos– son indicativas de la ajenidad en los riesgos propia de la relación laboral⁸¹.

Sin embargo, no desvirtúa el carácter laboral de la prestación el hecho de que el profesor disponga de autonomía en el desarrollo de los cursos, en su contenido o en la evaluación de los estudiantes, dado que son aspectos que pertenecen al ámbito de la libertad de cátedra⁸².

Matices particulares presenta el supuesto de la docencia a distancia, donde se pone de manifiesto la flexibilidad de la dependencia propia de las formas de teletrabajo. Uno de los indicios de laboralidad en el trabajo a domicilio es que la empresa facilite los medios necesarios para realizar las tareas y que el trabajo se realice bajo sus directrices y control, lo que ocurre cuando se reciben encargos e instrucciones precisas sobre las llamadas a realizar a los alumnos. Por otra parte, el hecho de que los alumnos no puedan contactar directamente con la profesora, sino a través de los medios de la empresa, pone de manifiesto la ajenidad en la prestación de servicios⁸³.

d) **Otros**

En el caso de los profesores de defensa personal del Instituto de Seguridad Pública de Cataluña, que vienen prestando servicios bajo las directrices de

⁷⁸ STSJ Cat 1 julio 2019 (rec. 1893/2019).

⁷⁹ STSJ Cat 11 febrero 2009 (rec. 7261/2008).

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ STSJ Cat 4 abril 2016 (rec. 47/2016).

⁸² *Idem*.

⁸³ STSJ Cat 10 julio 2006 (rec. 5189/2005).

este organismo público para la formación de los aspirantes a policías autonómicos, se declara la laboralidad del vínculo contractual. Aunque la normativa de aplicación contempla la contratación administrativa, la Sala entiende –siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo (STS 30 abril 2007)– que el contrato administrativo no existe cuando lo que se contrata no es un producto específico, concreto –un estudio, un proyecto o un dictamen– sino una actividad en sí misma. En el caso de la enseñanza, lo que se contrata no es ninguna obra o resultado objetivable, sino la actividad docente que se presta, además, bajo la dirección y control del organismo público⁸⁴.

La dependencia como requisito necesario para estimar la existencia de una relación laboral no se aprecia cuando un profesor de guitarra como actividad extraescolar no recibe instrucciones por quien le contrata –más allá de posibles horarios y calendario–, ni existe un régimen disciplinario, ni un seguimiento de su actividad⁸⁵. El sometimiento a un horario es una de las manifestaciones más habituales de subordinación o dependencia; la propia actividad de enseñanza es inconcebible sin la previa fijación de un horario a fin de que el profesor y los alumnos puedan coincidir físicamente⁸⁶. Sin embargo, en alguna ocasión –la actividad de una profesora de pilates– la inexistencia de un horario fijo no ha sido obstáculo para determinar la laboralidad del vínculo⁸⁷.

En el caso de un profesor de ajedrez en un club de ajedrecistas se estima la existencia de una relación laboral común, en detrimento de la relación laboral de los deportistas profesionales, porque la prestación de servicios va dirigida a la docencia y no a la actividad deportiva a la que se refiere la normativa reguladora de la relación laboral especial⁸⁸.

XIII. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN⁸⁹

El supuesto de los colaboradores en los medios de comunicación es uno de los más litigiosos, al situarse entre el contrato de trabajo y el arrendamiento civil de servicios. Una primera línea jurisprudencial, en los años 80, solía excluir del ámbito laboral a los colaboradores de prensa y a los fotógrafos, por entender que eran profesionales independientes. Sin embargo, posteriormente

⁸⁴ STSJ Cat 7 noviembre 2012 (rec. 5123/2011) y STSJ Cat 12 noviembre 2012 (rec. 3223/2012).

⁸⁵ STSJ Cat 19 noviembre 2009 (rec. 5414/2009).

⁸⁶ STSJ Cat 2 febrero 2001 (rec. 6993/2000).

⁸⁷ STSJ Cat 15 diciembre 2015 (rec. 5547/2015).

⁸⁸ STSJ Cat 7 marzo 2012 (rec. 7151/2011).

⁸⁹ Autora: CAMINO ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA.

el Tribunal Supremo (STS 11 mayo 2010, entre otras) ha entendido que la línea de distinción entre ambas figuras es difusa, lo que obliga al análisis de las circunstancias del caso, poniendo especial atención en la dependencia –más que en la retribución o en la ajenidad– como nota diferenciadora de ambos contratos. Por otra parte, atendiendo a la multiplicidad de supuestos de hecho que pueden presentarse, es difícil fijar unos presupuestos que sean aplicables con carácter general, de ahí el necesario examen de las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si en una concreta colaboración periodística se dan, o no, las notas que caracterizan la relación laboral.

Así, en el caso de un colaborador gráfico, aunque este trabajo puede realizarse por cuenta propia –con elección de los reportajes por el colaborador y su posterior ofrecimiento a empresas informativas– esto no ocurre cuando el intercambio de trabajo por retribución está determinado de antemano, mediante encargo o intervención de la empresa⁹⁰. Debe entenderse la incardinación en la organización de la empresa cuando esta adquiere el resultado del trabajo del fotógrafo y su utilidad patrimonial⁹¹. La circunstancia de que no se den órdenes concretas de cómo realizar las fotografías es consustancial con el tipo de trabajo, donde las instrucciones son las órdenes de cubrir un determinado evento⁹², la asignación de un ámbito geográfico concreto de actuación, así como la exigencia de una amplia disponibilidad⁹³. En relación con la ajenidad⁹⁴, se entiende que hay ajenidad en los medios cuando al fotógrafo se le facilitan instrumentos de trabajo –las películas para las fotografías– y se le pagan los gastos –por ejemplo el kilometraje–; se aprecia ajenidad en los frutos cuando la empresa se queda con los negativos de las fotos, sean o no publicadas– y se estima ajenidad en los riesgos cuando la empresa paga todas las fotografías con independencia de que sean o no publicadas y cuando la retribución se fija por tarea más que por número de fotografías. Por lo demás, en los colaboradores gráficos, el hecho de recibir una retribución variable no es incompatible con el carácter laboral del vínculo, si concurren el resto de las notas de laboralidad; tampoco la escasa remuneración –aunque es más indicativa de una percepción por colaboración que de una retribución laboral– desvirtúa la existencia de un contrato de trabajo, si se dan las notas de laboralidad⁹⁵.

⁹⁰ STSJ Cat 16 mayo 2000 (rec. 1089/2000).

⁹¹ STSJ Cat 16 noviembre 2011 (rec. 4295/2011).

⁹² STSJ Cat 13 noviembre 2002 (rec 5930/2002).

⁹³ STSJ Cat 8 abril 2011 (rec. 214/2011).

⁹⁴ STSJ Cat 25 abril 2001 (rec. 8308/2000).

⁹⁵ STSJ Cat 16 mayo 2000, cit.

En el supuesto de un dibujante de prensa se entiende que hay ajenidad cuando no se realiza el trabajo por propia iniciativa y para ofrecerlo luego en el mercado, sino atendiendo instrucciones precisas de la empresa –que le indicaba, por ejemplo, sobre qué personaje debía efectuar el dibujo– que adquiere el resultado del trabajo y publica en prensa los trabajos realizados. El hecho de que el dibujante tenga un criterio intelectual y artístico propio en su elaboración no desvirtúa el carácter laboral del vínculo, ni tampoco la circunstancia de que el sistema de retribución fuera “a la pieza” –una cantidad fija diaria por la confección del dibujo–, porque lo relevante no es la forma de retribución, sino la existencia de dependencia y ajenidad⁹⁶.

Se entiende que el trabajo se presta dentro del ámbito de organización empresarial cuando se elaboran crónicas deportivas para una emisora de radio, sin que el comentarista asuma ningún riesgo sobre la aceptación por la audiencia de sus informaciones, así como por el hecho de no rechazar la realización de ninguna crónica o la cobertura de algún evento deportivo. También que la retribución se abone por la emisora –y no por los oyentes directamente– por la mera entrega de su trabajo, sin ningún condicionamiento, o el percibir una cantidad idéntica todos los meses, refuerza el carácter laboral de la prestación de servicios⁹⁷.

La circunstancia de acudir en representación de un periódico a las ruedas de prensa y ante organismos e instituciones, es indicativa de la dependencia del corresponsal de un diario⁹⁸. También el hecho de atender a las necesidades productivas normales y ordinarias del medio de comunicación, por ejemplo, cuando el colaborador periodístico es requerido para sustituir a trabajadores de la plantilla en caso de ausencia o para elaborar cuñas publicitarias u otro tipo de colaboraciones más allá de las pactadas contractualmente⁹⁹.

En el ámbito de los profesionales de la comunicación, como ocurre con carácter general, uno de los indicios de ajenidad es no disponer de una infraestructura empresarial propia –no arriesgar su patrimonio en el ejercicio de la profesión de locutor– prestando servicios en los locales de la empresa con los medios materiales que esta le proporciona, de manera que lo que aporta el trabajador es su esfuerzo físico y su formación profesional¹⁰⁰.

La existencia de una remuneración fija los doce meses del año, incluido el mes de vacaciones, se considera un dato relevante a efectos de determinar la

⁹⁶ STSJ Cat 11 febrero 2000 (núm. 1261/2000).

⁹⁷ STSJ Cat 28 enero 2016 (rec. 6313/2015).

⁹⁸ STSJ Cat 10 marzo 2000 (rec.197/2000).

⁹⁹ STSJ Cat 7 noviembre 2002 (rec. 3629/2002).

¹⁰⁰ STSJ Cat 21 septiembre 2004 (rec. 7774/2003).

laboralidad de la prestación de servicios¹⁰¹. Al contrario, la remuneración a tanto alzado en función de las tareas o bien excluir la retribución en el mes de agosto, por no publicarse la columna periodística, son más propios del arrendamiento de servicios que del contrato de trabajo¹⁰².

Otros datos más formales, como el alta en el régimen de autónomos o el hecho de cobrar contra factura no son, en sí mismos, suficientes para desvirtuar la naturaleza laboral de los servicios prestados¹⁰³.

XIV. COMERCIALES, AGENTES, VENDEDORES¹⁰⁴

La actividad de representación comercial puede desarrollarse como una relación laboral común, como una relación laboral de carácter especial o bien mediante una relación mercantil. Desaparecido el criterio tradicional de distinción que consideraba laboral la relación cuando el representante no responde del buen fin de la operación, el rasgo distintivo radica en la existencia de dependencia. Dependencia que, por otra parte, es un rasgo común de las dos relaciones laborales –común y especial– cuya diferencia se cifra en dos circunstancias que, según el RD 1438/1985, excluyen la especialidad del vínculo laboral: el desarrollo de la actividad en los locales de la empresa y con sujeción a una jornada u horario de trabajo.

En este tipo de actividades, la asignación de zonas geográficas o el hecho de que la empresa facilite la ruta y la relación de clientes a los que visitar, son datos reveladores de sujeción al poder directivo de la empresa, que puede ser compatible con una amplia autonomía organizativa del vendedor¹⁰⁵. En concreto, el hecho de que la empresa establezca la relación de los clientes a visitar, revela que los clientes no son del mediador sino de la empresa¹⁰⁶. Por el contrario, no puede entenderse la existencia de relación laboral cuando la actividad del representante no está condicionada por directrices de la empresa, ni existe horario, ni jornada, ni rutas, teniendo plena libertad para organizar las visitas y decidir los clientes que debe visitar¹⁰⁷.

El establecimiento de cláusulas en el contrato que pretenden excluir la dependencia –como la responsabilidad por el buen fin de las operaciones–

¹⁰¹ STSJ Cat 14 junio 2004 (rec.338/2004) y STSJ Cat 1 septiembre 2004 (rec.2307/2004).

¹⁰² STSJ Cat 19 enero 2012 (rec. 5497/2011).

¹⁰³ STSJ Cat 1 febrero 2012 (rec. 5763/2011).

¹⁰⁴ Autora: CAMINO ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA.

¹⁰⁵ STSJ Cat 29 julio 2011 (rec. 2680/2011).

¹⁰⁶ STSJ Cat 1 abril 2016 (rec. 7053/2015).

¹⁰⁷ STSJ Cat 13 septiembre 2000 (rec. 4214/2000).

cuando en la práctica tales cláusulas carecen de efectividad¹⁰⁸, u otras circunstancias formales, como el alta en el régimen de autónomos, no son suficientes para convertir en mercantil una relación en la que se percibe una retribución fija cada mes, se carece de cualquier infraestructura empresarial propia¹⁰⁹, o se trabaja con un horario fijo –de lunes a viernes– fijado por la empresa, quien también establece las vacaciones¹¹⁰. En el caso de un cobrador de impagos, la circunstancia de trabajar durante un tiempo desde su domicilio no impide calificar el carácter laboral de la prestación de servicios, al tratarse de una decisión empresarial y producirse el trabajo en unas condiciones de control y supervisión indicativas de la dependencia de la empresa por cuenta de la que se realizan los cobros¹¹¹.

Por otra parte, la ajenidad se pone de manifiesto cuando es la empresa la que se lucra con el trabajo del vendedor¹¹², que recibe la retribución de la empresa y no de los clientes¹¹³, circunstancia que también pone de manifiesto que los clientes son de la empresa, no del representante. Precisamente, como contraprestación de ese lucro, la empresa retribuye al trabajador. El hecho de que en la retribución se incluya una parte fija y otra variable, como comisión de las operaciones en las que se interviene, no afecta a la laboralidad del vínculo¹¹⁴.

En los servicios de intermediación en el mercado inmobiliario resulta a veces complicado determinar si la prestación de servicios se ajusta a los parámetros de laboralidad por la concurrencia de elementos de distinta naturaleza, entremezclándose características propias del vínculo laboral con otras que son consustanciales a la relación mercantil. La calificación está en función de la mayor o menor intensidad con la que se den las notas características de una u otra relación jurídica. En concreto, las mayores dificultades interpretativas suelen producirse en relación con el requisito de dependencia o subordinación. En esta actividad, aunque el agente inmobiliario pueda contar con más o menos libertad para organizar sus tareas y con la independencia propia de quien desempeña gran parte de sus funciones fuera del centro de trabajo, será un verdadero trabajador cuando actúe sometido al ámbito y dirección de la empresa. Así, se entiende que hay dependencia cuando se prestan servicios en los locales de la empresa ausentándose únicamente para realizar visitas para enseñar los pisos y locales a posibles compradores, estando las salidas meticolosa-

¹⁰⁸ STSJ Cat 7 septiembre 2004 (rec.3690/2004).

¹⁰⁹ STSJ Cat 13 diciembre 2002 (rec. 1180/2002).

¹¹⁰ STSJ Cat 14 febrero 2011 (rec. 6740/2010).

¹¹¹ STSJ Cat 19 diciembre 2008 (rec. 6972/2008).

¹¹² STSJ Cat 14 febrero 2011, cit.

¹¹³ STSJ Cat 16 diciembre 2004 (rec. 7447/2004).

¹¹⁴ STSJ Cat 14 febrero 2011, cit.

mente controladas por el empresario al que cada día se entrega la relación de visitas programadas a fin de que la empresa tenga en todo caso localizado al agente¹¹⁵. También cuando el trabajo consiste en la captación de clientes y en la conclusión de ventas de inmuebles, con independencia de que estos hayan sido captados por el propio agente o por otro¹¹⁶. El realizar el trabajo ajustándose a las instrucciones que recibe de la empresa o acudir a sus oficinas para realizar las gestiones derivadas de esta actividad, supone también la dependencia en cuanto integración en la organización de otro, que no puede desvirtuarse por falta de un horario o de jornada, dada la índole del trabajo realizado¹¹⁷. Aspectos formales como el alta en el RETA o el pago del impuesto de actividades económicas como agente de la propiedad inmobiliaria, no pueden desnaturalizar la verdadera naturaleza de la relación laboral, cuando se dan las notas previstas en el Estatuto de los Trabajadores¹¹⁸.

En relación con los subagentes de seguros, se sigue la doctrina del Tribunal Supremo (STS 9 abril de 2002), inclinándose por el carácter mercantil cuando las tareas se realicen con autonomía, independencia y sin sometimiento a órdenes, instrucciones e infraestructura de la empresa. Por el contrario, se entiende que existe vínculo laboral cuando el subagente se dedica exclusivamente al cobro de recibos de una determinada zona geográfica que le impone la agencia de seguros, siguiendo sus instrucciones y sin ostentar una organización empresarial propia¹¹⁹. El hecho de que se perciba una comisión por la venta de seguros no es, por sí solo, suficiente para desnaturalizar una relación jurídico-laboral, porque la comisión es una forma de salario¹²⁰.

XV. DISTRIBUIDORES, REPARTIDORES Y TRANSPORTES¹²¹

El párrafo segundo del artículo 1.3, g) ET excluye del ámbito laboral la actividad de las personas que prestan un servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de que sean titulares y que se realiza mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales del servicio público, cuya propiedad o poder de disposición ostenten, aunque tales servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador. La con-

¹¹⁵ STSJ Cat 11 febrero 2003 (rec. 8133/2002).

¹¹⁶ STSJ Cat 16 diciembre 2004, cit.

¹¹⁷ STSJ Cat 29 enero 2002 (rec.6133/2001).

¹¹⁸ *Ídem*.

¹¹⁹ STSJ Cat 7 noviembre 2002 (rec. 1336/2002).

¹²⁰ STSJ Cat 10 diciembre 2002 (rec.3217/2002).

¹²¹ Autora: CAMINO ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA.

sideración conjunta de estos requisitos para excluir del ámbito laboral la prestación del transportista con vehículo propio evidencia que la realidad jurídica que se configura es la prestación de un resultado y no tanto de una actividad realizada por el transportista ¹²². La exclusión se refiere al servicio de transporte terrestre de mercancías, no al de personas, como se deduce de la utilización de expresiones como “cargador” o “comercializador”, que difícilmente pueden entenderse referidas, por ejemplo, al supuesto del alquiler de turismo con conductor ¹²³.

La Sala recoge la doctrina del Tribunal Supremo (STS 5 junio 1996), según la cual el criterio de la autorización administrativa –que remite al tonelaje del vehículo (2 Tm)– refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, importancia que a su vez es indicativa del carácter por cuenta propia o ajena del servicio de transporte realizado ¹²⁴. En los vehículos de menor tonelaje se entiende que se está aportando una herramienta de trabajo ¹²⁵, pero esta aportación no tiene relevancia económica suficiente para convertir la explotación del vehículo en la finalidad del contrato. Puede decirse, por tanto, que el criterio de la autorización administrativa se presenta como una concreción en el ámbito del transporte de las notas generales de laboralidad, con las que guarda coherencia ¹²⁶.

Con el criterio de la tarjeta de transporte –que es la autorización administrativa para el transporte de mercancías a la que se refiere la legislación en la materia ¹²⁷– no es necesario un examen pormenorizado de la concurrencia de las notas de laboralidad, debiendo comprobarse, en primer lugar, si se exige o no en el caso concreto la citada autorización administrativa ¹²⁸. En los casos en los que la autorización no sea precisa –por no alcanzarse el tonelaje requerido– no opera la exclusión automática del ámbito laboral que establece el artículo 1.3, g) ET para los vehículos de peso superior ¹²⁹. De ahí que el interés se centre en los servicios en los que el medio de transporte no supera las 2 toneladas, en los que la calificación laboral o mercantil del vínculo dependerá de la concurrencia de las notas del artículo 1.1 ET ¹³⁰.

¹²² STSJ Cat 18 febrero 2003 (rec. 7680/2002).

¹²³ STSJ Cat 14 enero 2011 (rec. 4638/2010).

¹²⁴ SSTSJ Cat 18 febrero 2003, cit. y 29 septiembre 2007 (rec. 572/2005).

¹²⁵ STSJ Cat 5 marzo 2007 (rec. 7710/2006).

¹²⁶ STSJ Cat 29 septiembre 2007, cit.

¹²⁷ STSJ Cat 14 enero 2000 (rec. 6320/1999).

¹²⁸ STSJ Cat 29 septiembre 2007, cit.

¹²⁹ STSJ Cat 29 marzo 2001 (rec. 9530/2000).

¹³⁰ STSJ Cat 13 junio 2001 (rec. 1592/2001).

En relación con la ajenidad, esta se manifiesta en que es la empresa la que incorpora los frutos del trabajo para ofrecerlos –como servicios de transporte– a sus clientes. El transportista con vehículo propio carece de una organización empresarial. El elemento fundamental del contrato es la prestación personal y directa del servicio de transporte, sin que la naturaleza laboral se desvirtúe por la aportación del vehículo por el trabajador, ya que no tiene relevancia económica suficiente para convertir la explotación del vehículo en elemento definidor del contrato¹³¹. La ajenidad también se manifiesta, por ejemplo, en la continuidad temporal del trabajo para una misma empresa o por la existencia de un régimen de dedicación que –aunque sin un compromiso formal de exclusividad– haga imposible la oferta de servicios al mercado. El alta en el RETA, el pago de licencia fiscal o la facturación con IVA son solo cuestiones formales que no se corresponden necesariamente con la naturaleza del vínculo, ni definen su carácter¹³².

La dependencia reviste en este ámbito la flexibilidad propia de los trabajos que se realizan fuera de un centro de trabajo, pero se manifiesta en el sometimiento a la ruta trazada por quien encarga el transporte¹³³ o al listado de clientes a servir cada día; también por el hecho de que en el vehículo del transportista figuren los logotipos de la empresa¹³⁴, o cuando esta le proporciona al conductor un carnet que le identifica como chófer de la empresa, así como ropa de trabajo¹³⁵. Al contrario, no se aprecia la existencia de un ámbito de dirección y organización en el supuesto de un repartidor de prensa que, únicamente, debe repartir los periódicos antes de una determinada hora, sin directrices sobre el inicio de jornada, ni horario, ni itinerario¹³⁶.

La remuneración se entiende salarial, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo (STS 18 octubre 2006) cuando se determina en función de las operaciones de entrega o recogida realizadas y de los kilómetros recorridos, ya que estos criterios ponderan a la vez el acto del transporte y el recorrido del mismo, por lo que encajan plenamente en el concepto de contraprestación económica del artículo 26 ET¹³⁷. Sin embargo, en el caso de un repartidor de prensa se descarta la existencia de vínculo laboral porque, entre otras circunstancias, la remuneración era proporcional, a razón de unidad repartida¹³⁸.

¹³¹ STSJ Cat 16 diciembre 2008 (rec. 6507/2008).

¹³² STSJ Cat 16 diciembre 2008, cit.

¹³³ STSJ Cat 14 enero 2000, cit.

¹³⁴ STSJ Cat 5 marzo 2007, cit.

¹³⁵ STSJ Cat 16 diciembre 2008, cit.

¹³⁶ STSJ Cat 26 octubre 2001 (rec. 1902/2001)

¹³⁷ STSJ Cat 16 diciembre 2008, cit.

¹³⁸ STSJ Cat 16 octubre 2001 (rec. 1037/2001).

Por otra parte, la posibilidad del transportista de ser sustituido por otra persona en función de sus intereses particulares y bajo su exclusivo criterio – sin necesidad de autorización o control por parte de la empresa– supone la ausencia de una nota fundamental en el contrato de trabajo, como es el carácter personalísimo¹³⁹.

XVI. SERVICIOS PRESTADOS PARA LA ADMINISTRACIÓN¹⁴⁰

A la hora de abordar las fronteras del Derecho del Trabajo en las relaciones de servicio de las Administraciones Públicas, especialmente en las Corporaciones Locales, debemos tener en cuenta tres escenarios fundamentales: a) la frontera con el tradicional contrato de arrendamiento de servicios; b) la frontera con los contratos administrativos de asistencia técnica; c) la frontera con las diversas formas de relación funcionarial.

a) Contrato de trabajo “versus” contrato de arrendamiento de servicios

Afecta especialmente a servicios correspondientes a profesiones liberales, y en este sentido nos remitimos a los criterios y notas generales de dependencia y ajenidad ya examinados en el apartado 10 del presente capítulo. Así, por un lado encontramos a arquitectos municipales que acudían con regularidad a la sede del ayuntamiento informando y tramitando sobre los expedientes urbanísticos que les facilitaba la corporación¹⁴¹, en los que se declaró la laboralidad; y en el otro extremo a un abogado, del Consorcio de Compensación de Seguros, sustituto del Abogado del Estado, sin horario ni despacho en el Consorcio y con una retribución fija en parte, en la que la Sala excluyó la laboralidad más bien por la existencia de una legislación específica (el art. 19 de la Ley 12/2006 –Estatuto del Consorcio de Compensación de Seguros–) que exige el carácter civil en tales prestaciones de servicios¹⁴². En cuanto a otras profesiones y oficios, se declara la laboralidad, en relación a un asesor cultural que atendía al público en un Museo Municipal en el horario de apertura de este, ofreciendo también la posibilidad de visitas guiadas¹⁴³ y en relación a profesores de Música en una Escuela

¹³⁹ STSJ Cat 29 marzo 2001, cit.

¹⁴⁰ Autor: JOSÉ RAFAEL GARCÍA LACALLE.

¹⁴¹ SSTSJ Cataluña 1 octubre de 2012 (rec. 3645/11) y 25 febrero de 2013 (rec. 2819/12).

¹⁴² STSJ Cataluña 2 febrero de 2012 (rec.6380/11).

¹⁴³ STSJ Cataluña 23 abril de 2013 (rec. 14/2013).

Municipal, que tenían las mismas condiciones de prestación de servicios que los profesores con contrato laboral ¹⁴⁴. Por el contrario, se considera no laboral a un subastador en mercado municipal, que realiza su actividad conforme a sus propios criterios, percibiendo una retribución a porcentaje del total subastado ¹⁴⁵.

b) **Contrato de trabajo “versus” contratos administrativos de consultoría y asistencia técnica**

Es la principal singularidad de las Administraciones Públicas en relación a la frontera de la laboralidad. En la mayoría de los casos, las Administraciones Públicas no acuden directamente a los contratos de arrendamiento de obra o servicios, sino a estos contratos administrativos de consultoría y asistencia técnica, permitida como excepción por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y regulados posteriormente por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, (arts. 7, 196 y 200 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 18 de junio, que los configuraba como contratos administrativos y por tanto excluidos del ámbito laboral, conforme a la exclusión prevista en el art. 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores.

Esta figura provocó inicialmente bastante confusión y fue profusamente utilizada, hasta que la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo (por todas Sentencia de 30 de abril de 2007 –rec. 1804/2006–) acotó que tales contratos solo podían tener realmente una naturaleza administrativa y no laboral en los casos de realización de un servicio o actividad concreta y específica, no pudiendo admitirse para servicios o actividades habituales. Es decir, el contrato administrativo debe perseguir un resultado u objetivo concreto, sin que concurren las notas de dependencia y ajenidad, no limitándose al mero desarrollo de una actividad. Con arreglo a este criterio la Sala ha tenido ocasión de dictar numerosos pronunciamientos favorables a la laboralidad en multitud de casos: arquitectos ¹⁴⁶, profesores ¹⁴⁷, conservación y limpieza de piezas de museo ¹⁴⁸, abogado ¹⁴⁹, servicios informáticos ¹⁵⁰, coordinación técnica y asistencia de programas ¹⁵¹.

¹⁴⁴ STSJ Cataluña 11 febrero de 2009 (rec. 7261/2008).

¹⁴⁵ STSJ Cataluña 12 noviembre de 2014 (rec. 4825/2014).

¹⁴⁶ SSTSJ Cataluña 23 septiembre de 2009 (rec. 3749/2009) y 3 diciembre de 2015 (rec.2101/16).

¹⁴⁷ SSTSJ Cataluña 7 noviembre 2012 (rec. 5123/2011) y 12 noviembre de 2012 (rec.3223/12).

¹⁴⁸ SSTSJ Cataluña 23 septiembre de 2009 (rec. 3749/2009) y 3 diciembre de 2015 (rec. 2101/16).

¹⁴⁹ STSJ Cataluña 12 noviembre de 2013 (rec. 4384/2013).

¹⁵⁰ STSJ Cataluña 3 junio de 2014 (rec. 1604/2014).

¹⁵¹ STSJ Cataluña 16 marzo 2010 (rec.7365/2009).

Por el contrario, en atención a no existir las notas de dependencia y ajenidad y ser una obra o servicio específico y concreto casos tales como terepéuta-logopeda en Consell Comarcal¹⁵², servicio de taquilla y venta de entradas por parte sociedad civil¹⁵³, o servicios de limpieza de varios locales, siendo auxiliado por otras personas¹⁵⁴.

c) Contrato de trabajo “versus” prestación de servicios funcionariales

Siempre existieron dudas sobre si determinadas prestaciones de servicios para las Administraciones bajo la cobertura administrativa funcionarial podría enmascarar una relación laboral; así, la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público (hoy Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), si bien aclaró el panorama, no dejaron de existir casos en que la doctrina de suplicación ha tenido que pronunciarse, en nuestro caso desestimando la naturaleza laboral de la relación de personal eventual o de confianza¹⁵⁵. Además, también ha resuelto, en este caso en contra de la laboralidad de aquel personal que pese a prestar servicios laborales previos, luego fue nombrado funcionario interino¹⁵⁶.

Finalmente, también dejar constancia de que en aquellos casos en que la Administración y, en especial, los ayuntamientos, han cedido locales a empresas o asociaciones de padres para el desarrollo de actividades educativas como la enseñanza infantil o de adultos, la Sala ha entendido que no concurrían las notas de laboralidad, careciendo la Administración legitimación pasiva¹⁵⁷.

XVII. ACTIVIDADES DE ALTERNE Y SIMILARES¹⁵⁸

Como regla general, la doctrina de la Sala sigue la línea ya antigua y consolidada de la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo (por todas Sentencia de 3 de marzo de 1981), de distinguir entre la actividad de alterne “*strictu sensu*” o captación de clientes para que efectúen consumiciones en el bar, club, whiskería, etc., a cambio de una comisión; y la actividad de prostitución o presta-

¹⁵² STSJ Cataluña 5 febrero 2007 (rec. 8513/2006).

¹⁵³ STSJ Cataluña 22 noviembre 2012 (rec. 3782/2012).

¹⁵⁴ STSJ Cataluña 22 mayo 2013 (rec. 1267/2013).

¹⁵⁵ SSTSJ Cataluña 26 junio de 2001 (rec.1873/2001) y 20 noviembre 2012 (rec. 3332/2012).

¹⁵⁶ STSJ Cataluña 24 mayo 2005 (rec. 9419/2004).

¹⁵⁷ SSTSJ Cataluña 7 marzo 2005 (JUR 2005/116662) y 23 de mayo de 2014 (rec. 746/14).

¹⁵⁸ Autor: JOSÉ RAFAEL GARCÍA DE LA CALLE.

ción de servicios sexuales realizados a los clientes en las habitaciones del local a cambio de un precio. En relación con la primera actividad, se admite la posibilidad de que pueda realizarse con dependencia y ajenidad, dando lugar a una relación laboral; mientras que en la segunda, al concurrir una causa ilícita (art. 1.275 C. Civil) y contraria a la dignidad de la persona (art. 10 Constitución Española) y a la libertad sexual no se admite la posibilidad de la relación laboral.

En relación con la actividad de alterne, la doctrina de suplicación ha entendido como notas características de dependencia y ajenidad la realización de la actividad en el local (bar, club, whiskería etc..) durante el horario de apertura de este, abonando el cliente el precio fijado para las consumiciones por el titular del establecimiento y a los camareros o personal de barra, quien son los que suministran las bebidas, disponiendo de taquillas para guardar ropa y efectos personales,, siendo irrelevante que las chicas perciban solo comisiones, sin fijo garantizado, que la ropa sexy fuera sufragada por ellas mismas o que también ejerzan la prostitución, teniendo habitaciones por las que abonaban una tarifa el titular del establecimiento¹⁵⁹. No obstante lo anterior, en aquellos casos en que la actividad de prostitución fuera la preponderante o que no se aprecien las notas de dependencia y ajenidad indicadas, también se ha declarado la no laboralidad de esta actividad¹⁶⁰.

XVIII. VARIOS¹⁶¹

El dinamismo económico y la capacidad de invención humana, hace que, además de todas las analizadas en los apartados anteriores, todavía podamos encontrar diversas actividades y prestaciones de servicios en las que la Sala ha tenido que pronunciarse sobre la naturaleza laboral o no de estos. En este sentido podemos señalar:

a) **Servicios a fincas urbanas y comunidades de propietarios**

Afecta principalmente a las actividades de conserjería, mantenimiento y limpieza que requieren las comunidades de propietarios, debiendo estarse a la

¹⁵⁹ 159 SSTSJ Cataluña 2 octubre de 2008 (rec. 943/2006), 6 noviembre de 2008 (rec. 5283/2007), 27 febrero de 2009 (rec.4486/2008), 30 abril de 2009 (rec.9401/2007), 15 mayo de 2009 (rec. 101/2008), 14 octubre de 2010 (rec.5102/2009), 3 octubre de 2012 (rec.1137/2012), 2 julio de 2013 (rec. 7224/2012), 4 julio de 2013 (rec.3656/2012), 21 julio de 2013 (rec. 7224/2012), 15 noviembre de 2013 (rec. 4248/2013).

¹⁶⁰ STSJ Cataluña 20 marzo de 2009 (rec. 9845/2007).

¹⁶¹ Autor: JOSÉ RAFAEL GARCÍA DE LA CALLE.

conurrencia o no de las notas de laboralidad, en especial de la dependencia o integración en el círculo de organización de la comunidad de propietarios ¹⁶², que no se desvirtúa por el hecho de que el prestador de servicios pueda tener una cierta libertad en la elección de las horas concretas, pueda ser sustituido puntualmente por algún familiar o la retribución sea mediante la compensación de cuotas adeudadas a la comunidad ¹⁶³. Deben distinguirse tales servicios de aquellos otros más afines al arrendamiento de obra, como es la pintura de las zonas comunes a cambio de un precio cerrado, cuando es el pintor quien realiza la actividad conforme a sus propios criterios, poniendo los materiales e instrumentos necesarios ¹⁶⁴.

b) Servicios al hogar familiar

En este apartado el punto de mayor conflictividad es el relativo a la distinción entre relación laboral común y relación laboral especial, siendo uno de los elementos clave quién es el empleador, siendo preciso que este sea el titular del hogar, pues en caso contrario si es una empresa quien contrata para enviarla al hogar, la relación laboral será común ¹⁶⁵, por otra parte, también destacar que se admite la existencia de cesión ilegal cuando un trabajador presta sus servicios indistintamente en varios domicilios de distintos titulares (padre e hija), estando contratada por uno solo (padre) ¹⁶⁶, al mantener relación laboral con ambos.

c) Montaje, mantenimiento y asistencia técnica

Dentro de este epígrafe se localizan numerosas actividades tanto realizadas en el centro de trabajo del titular, cayendo claramente dentro de su ámbito de organización y dirección ¹⁶⁷, como cuando el montaje (de componentes eléctricos o artículos de escritura, en este caso) se realiza en el propio domicilio del trabajador donde tiene su espacio o taller ¹⁶⁸. También se considera laboral la actividad de montaje en el domicilio de los clientes de los artículos

¹⁶² SSTSJ Cataluña 6 octubre de 2009 (rec. 1110/2008) y 23 marzo de 2012 (rec. 7773/2011).

¹⁶³ STSJ Cataluña 21 octubre de 2016 (rec. 4224/2015).

¹⁶⁴ STSJ Cataluña 17 diciembre de 2007 (rec. 180/2004).

¹⁶⁵ STSJ Cataluña 6 junio de 2013 (rec. 1234/2013).

¹⁶⁶ STSJ Cataluña 14 octubre 2008 (rec. 4666/2008).

¹⁶⁷ SSTSJ Cataluña 28 de octubre de 2011 (rec. 3717/2011) y 15 de junio de 2017 (rec. 3054/2017).

¹⁶⁸ SSTSJ Cataluña 11 marzo de 2003 (rec. 7138/2002) y 25 noviembre de 2010 (rec. 3968/2010).

adquiridos por estos en el establecimiento, tales como componentes de baño ¹⁶⁹, productos de bricolaje ¹⁷⁰, o persianas/carpintería aluminio ¹⁷¹, y la reparación de aparatos e instalaciones de calefacción o aire acondicionado para una empresa de mantenimiento ¹⁷². En cuanto a las labores de técnico de mantenimiento en la propia empresa, también han sido calificadas como laboral, al no disponer el trabajador de infraestructura empresarial propia, poniendo la empresa los medios materiales y principales herramientas ¹⁷³. También la actividad de montaje de una casa prefabricada en la que los trabajadores solo ponían la mano de obra ¹⁷⁴.

d) **Tatuadores y masajistas (no sexuales)**

La realización de tatuajes, acupuntura y masajes en establecimientos abiertos al público a tales efectos, se ha entendido como laboral, cuando el prestador del servicio solo pone su mano de obra, percibiendo una retribución, no del cliente, sino del titular del local y en los horarios de apertura de este ¹⁷⁵, si bien se ha entendido que no había dependencia ni ajenidad cuando se realizaban masajes y acupuntura en una tienda de herboristería, en una habitación de la trastienda, en la que la masajista y la acupuntora solo acudían si había clientes apuntados en un determinado día de la semana, realizaban su actividad conforme a sus criterios y recibían de la titular de la tienda el 80 por 100 de las cantidades que los clientes pagaban a aquella ¹⁷⁶.

e) **Mandatarios, gestores y apoderados**

Estas actividades están sometidas a un elevado casuismo, siendo imprescindible atender a las circunstancias concurrentes de cada caso. Así, se ha estimado relación laboral en las tareas de gestión con potenciales jugadores y/o técnicos, realizadas por un mandatario de un club deportivo encargado por la junta directiva para “subir el estándar deportivo del club y conseguir el ascenso

¹⁶⁹ STSJ Cataluña 29 septiembre de 2009 (rec. 1144/2008).

¹⁷⁰ STSJ Cataluña 27 marzo de 2017 (rec. 269/2017).

¹⁷¹ STSJ Cataluña 16 septiembre de 2013 (rec. 2974/13).

¹⁷² STSJ Cataluña 28 septiembre de 2003 (rec. 2.908/2003).

¹⁷³ STSJ Cataluña 8 octubre 2010 (rec. 5473/2010).

¹⁷⁴ STSJ Cataluña 19 junio de 2012 (rec. 1723/2012).

¹⁷⁵ SSTSJ Cataluña 7 diciembre de 2015 (rec. 4705/2015) y 25 octubre de 2018 (rec. 3353/2018).

¹⁷⁶ STSJ Cataluña 17 octubre de 2014 (rec. 3782/2012).

de los equipos de natación y rugby, percibiendo una retribución, sin que se desvirtúe por el hecho que los gastos de teléfono móvil los pagara el gestor¹⁷⁷. Por el contrario, se ha desechado la laboralidad en el caso de un agente comercial que realizaba labores de representación comercial, organizando la actividad conforme a sus propios criterios, sin horarios ni jornada, sin exclusividad y siendo administrador de otra compañía¹⁷⁸.

f) Operadores de imagen

Se entiende que también hay laboralidad cuando se prestan servicios como operador de imagen de una televisión, quedando las imágenes grabadas en poder de la televisión y realizando las mismas funciones que un operador de plantilla¹⁷⁹. Mientras que se desestima la laboralidad en el caso de otro operador de imagen que presta sus servicios a través de una sociedad de la que es partícipe, junto con otros, y que ha ganado un concurso público para la cobertura de noticias, con una serie de tarifas¹⁸⁰.

g) Quiosqueros

Se rechaza la existencia de relación laboral en contratos de comisión para la explotación de un quiosco de prensa, chucherías y otros productos, en el que la actora, además de los productos indicados por la comitente, podía incorporar otros productos, pudiendo ser auxiliada por otros vendedores, percibiendo un porcentaje sobre las ventas realizadas¹⁸¹.

h) Fotógrafo de prensa

Se rechaza la laboralidad de un fotógrafo de prensa que realiza su actividad, además para la demandada, para otras entidades públicas y privadas, con sus propios medios, con autonomía e independencia¹⁸².

¹⁷⁷ STSJ Cataluña 15 junio de 2018 (rec. 2363/2018)

¹⁷⁸ STSJ Cataluña 24 junio 2012 (rec. 2803/2012).

¹⁷⁹ STSJ Cataluña 11 marzo de 2014 (rec.6064/2013).

¹⁸⁰ STSJ Cataluña 16 diciembre de 2013 (rec.4859/2013).

¹⁸¹ SSTSJ Cataluña 19 enero de 2016 (rec.5897/2015) y 23 febrero de 2016 (rec.6131/2015).

¹⁸² STSJ Cataluña 26 abril de 2002 (rec.9595/2001).

i) **Contable**

Se considera relación laboral la prestación de servicios de contabilidad, en las propias oficinas de la empresa y con sus medios, sometido a instrucciones del gerente, siendo la única actividad realizada por el trabajador¹⁸³.

j) **Joyera**

Se considera que no se dan las notas de dependencia y ajenidad, cuando la joyera acudía a la empresa solo a retirar y entregar los pedidos, realizando su actividad en su propio taller y con sus herramientas y maquinaria, percibiendo una retribución por pieza trabajada¹⁸⁴.

k) **Pequeños trabajos de mantenimiento en pensión**

Se considera que no se dan las notas de laboralidad en el caso del cliente de un hostel-pensión sin licencia, que, al no poder pagar el hospedaje, compensaba su falta de pago realizando esporádicamente tareas de mantenimiento en la pensión¹⁸⁵.

¹⁸³ STSJ Cataluña 17 junio de 2018 (rec.1897/2018).

¹⁸⁴ STSJ Cataluña 10 mayo de 2018 (rec.1714/2018).

¹⁸⁵ STSJ Cataluña 26 febrero de 2009 (rec.6365/2008).

CAPÍTULO XVII

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA ¹

MIGUEL GUTIÉRREZ PÉREZ

Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de Extremadura.

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Extremadura

PILAR PALOMINO SAURINA

Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Extremadura.

CARLOTA RUIZ GONZÁLEZ

Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Extremadura.

CARMEN SOLÍS PRIETO

Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Extremadura.

¹ El presente trabajo se realiza en el marco de las acciones de investigación del Grupo GR18083 financiadas por la Junta de Extremadura (Consejería de Economía, Ciencia y Agenda Digital) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

SUMARIO: I. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.* a) Trabajo no remunerado. a.1) Trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad. a.2) Voluntariado y cooperación. a.3) Trabajos familiares. b) Trabajos por cuenta propia.–II. *Actividades sindicales y políticas.* a) Actividades sindicales. b) Actividades políticas.–III. *Trabajo a distancia, a domicilio, teletrabajo.*–IV. *Socios, administradores y directores.*–V. *Cooperativistas.*–VI. *Relaciones con causa formativa.*–VII. *Actividades deportivas.*–VIII. *Profesiones liberales.* a) Abogados. b) Arquitectos. c) Delineantes. d) Consultores. e) Peritos tasadores.–IX. *Personal sanitario.* a) Médicos y odontólogos. b) Psicólogos. c) Oftalmólogos y optometristas. d) Personal de enfermería, auxiliares médicos y auxiliares de enfermería.–X. *Personal docente.* a) En centros educativos públicos. b) En organismos públicos. c) Profesores de academia.–XI. *Profesionales de la comunicación.* a) Reporteros, reporteros gráficos y corresponsales. b) Informador y redactor. c) Locutor y comentarista.–XII. *Comerciales, agentes, vendedores.* a) Gestores mediadores de seguros, subagentes y agentes auxiliares de seguros. b) Agente financiero. c) Intermediario inmobiliario. d) Agente y representante comercial.–XIII. *Distribuidores, repartidores y transportistas.* a) Distribuidor y repartidor. b) Transportista y transportista con vehículo propio.–XIV. *Servicios prestados a la Administración.*–XV. *Actividades de alterne y similares.*

I. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD

a) Trabajo no remunerado

A.1.) TRABAJOS AMISTOSOS, BENÉVOLOS Y DE BUENA VECINDAD

Cuando la actividad desarrollada por el trabajador (la realización las tareas de medidor o controlador de madera que el ayuntamiento vendía y de cuya transformación intervenía una tercera empresa) es prestada por cuenta y orden de una administración pública (corporación local) y a cambio de una retribución concurren las notas propias del contrato de trabajo. En modo alguno la actividad del trabajador puede enmarcarse en lo previsto en el artículo 18 de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, según el cual, entre los derechos y deberes de los vecinos está el de participar en la gestión municipal cuando su colaboración con carácter voluntario sea interesada por los órganos de gobierno y administración municipal, quedando excluida del contrato de trabajo a tenor del artículo 1.3.d) del Estatuto de los Trabajadores. Para que ello fuera debería haberse probado la

falta de remuneración y todos los demás caracteres definidores del contrato de trabajo².

A.2.) VOLUNTARIADO Y COOPERACIÓN

No existe relación laboral entre el estudiante y la universidad pública para la que junto a otro grupo de compañeros colaboraron en el desarrollo de un curso por cuanto no queda acreditado que se les abonara compensación económica alguna por su colaboración y que de lo único que existe indicio es que fue a la asociación de estudiantes a la que pertenecían a la que la Universidad transfirió dinero, pudiendo deducirse que con este dinero se abonaron gastos del curso, probablemente los de estancia y manutención de los asociados asistentes³.

Tampoco cuando la persona simplemente participa en un festejo popular que, es claro, no genera relación laboral entre quien lo organiza y quien disfruta de él, ya que esta se trata de una mera colaboración en determinadas tareas al igual que hicieron otros convecinos (recogida de la vaquilla tras su muerte). Ni cuando con carácter previo al festejo fue requerido por un alguacil del Ayuntamiento para que a cambio de un dinero ayudara a la instalación de las protecciones necesarias para el acto, aportando material propio que fue facturado aparte, ya que se trata de una relación alejada del círculo rector y de dirección del empresario⁴.

Ni tampoco cuando se actúa como socia de una plataforma de voluntariado, realizando funciones activas de voluntaria en los locales de la empresa, así como desempeñando funciones de coordinación y funcionamiento de otras ONG, no existiendo contrato de trabajo, no estando dada de alta en Seguridad Social y no percibiendo salario de clase alguna, más allá de una gratificación en concepto de compensación de gastos⁵.

A.3.) TRABAJOS FAMILIARES

La mera unión de hecho, con vida, domicilio e incluso una hija común, no puede extenderse hasta el concepto de matrimonio, figura que es la expre-

² STSJ Extremadura 25 septiembre 2003 (rec. 558/2003).

³ STSJ Extremadura 21 marzo 2002 (rec. 142/2002).

⁴ STSJ Extremadura 12 julio 2000 (rec. 407/2000).

⁵ STSJ Extremadura 19 diciembre 2005 (rec. 627/2005).

samente incluida en el artículo 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores. Pero, además, la circunstancia de figurar como autorizada en una cuenta corriente con su pareja, disponiendo de tarjetas de crédito vinculadas a la misma, así como la no acreditación de la percepción de remuneración por la actividad desarrollada muestran la ausencia de la nota de ajenidad, así como la de la dependencia o incorporación al ámbito organizativo o directivo de otra persona. Cuestiones estas a las que suman, como factores que confluyen en la inexistencia de ajenidad y dependencia, la falta de reclamación por despido o por salarios por parte de la trabajadora en el primer cese de la actividad de hostelería que desarrollan en común o, al menos, la inscripción como demandante de empleo; así como el hecho de que el mes anterior a la ruptura de la convivencia abandonara durante nueve días la localidad en la que se encontraba la cafetería y por quien se presuponía el poder de dirección no se adoptase ningún tipo de medida, ni siquiera interesándose por los motivos de la ausencia o de advertencia ante el supuesto incumplimiento. No concurre, por tanto, la incorporación al círculo organizativo y rector del empresario⁶.

Tampoco hay relación laboral cuando la prestación de servicios desempeñada para su madrastra se ha realizado sin estar sujeto a órdenes, ni sometido a disciplina u horario alguno, ni cobraba remuneración alguna⁷. Al igual que cuando se desarrolla la actividad en el seno de un grupo de empresas de carácter familiar con una jornada no solo flexible en cuanto a horarios de entrada y salida, sino también en cuanto a asistencia, a justificación de ausencias, a posibilidad de asistencia a médicos...⁸. Ni cuando el contrato de trabajo se suscribe con una empresa familiar, en la que el 75 por ciento de las participaciones en las que está dividido el capital social pertenecen a los padres, con los que convive, por lo que es aplicable la presunción *iuris tantum* contenida en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, no siendo desvirtuada de contrario⁹.

También se excluye del campo de las relaciones laborales el contrato de trabajo que se suscribe con una empresa familiar la cual pertenece, a partes iguales, a la pretendida trabajadora junto con sus dos hermanas; siendo su padre el Administrador único de la mercantil; conviviendo además con su padre en el mismo domicilio. Sin que tal hecho se vea modificado por la compra de una nueva vivienda junto con sus hermanas, en tanto que ello no supuso nin-

⁶ STSJ Extremadura 17 noviembre 2017 (rec. 476/2016).

⁷ STSJ Extremadura 6 julio 2004 (rec. 359/2004).

⁸ STSJ Extremadura 10 septiembre 2003 (rec. 509/2003).

⁹ STSJ Extremadura 9 marzo 2008 (rec. 58/2008).

gún cambio en la organización familiar¹⁰. En el mismo sentido, no concurren las notas propias de laboralidad cuando la empresa para la que supuestamente trabaja es una comunidad de bienes, compuesta de dos partícipes al 50%, cada uno de los mismos ostenta la cualidad de empresario, siendo uno de estos su padre¹¹. O cuando el contrato suscrito lo es con una empresa mercantil que pertenece en un 80% a la sociedad constituida por su padre, madre, el propio pretendido trabajador y su hermano, siendo además el administrador único de la misma su padre cuya participación asciende al 70% del capital social, y el resto corresponde a los hijos¹².

b) Trabajos por cuenta propia

No es una cuestión novedosa señalar que es posible ostentar parte del capital de una sociedad capitalista y, a su vez, ser trabajador de esta. Haciéndose eco de jurisprudencia consolidada el tribunal extremeño establece que en el marco de las sociedades mercantiles capitalistas hay una plena compatibilidad entre la condición de socio y la de trabajador al servicio de la sociedad, siempre que ambas relaciones tengan sustantividad propia y la aportación a la sociedad, de capital y no de trabajo, quede al margen del trabajo prestado para aquella. No obstante, esta regla general cede cuando quien presta el trabajo tiene una participación mayoritaria en la sociedad, en tanto que se diluye la nota de la ajenidad y se pasa a estar materialmente ante un trabajo por cuenta propia. El límite a partir del cual se pierde la ajenidad es del 50% del capital. Por debajo de ese porcentaje se mantiene la ajenidad. Así las cosas, cuando la participación en el capital social es inferior al mencionado porcentaje, la mera posesión o titularidad de parte del capital social no excluye la posibilidad de que el demandante prestara servicios por cuenta de la sociedad demandada¹³. Y ello a pesar de que también se llevaran a cabo para la sociedad actividades de relevancia, como contratar y despedir trabajadores, pagarles los salarios, llevar la documentación...¹⁴.

Sin embargo, quedan excluidos del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores aquellos supuestos en los que la retribución del personal es extraída de los ingresos brutos, sin la garantía de un salario mínimo conven-

¹⁰ STSJ Extremadura 26 febrero 2002 (rec. 32/2002).

¹¹ STSJ Extremadura 12 enero 2000 (rec. 676/1999).

¹² STSJ Extremadura 26 mayo 2009 (ECLI:ES:TSJEXT:2009:859).

¹³ STSJ Extremadura 8 noviembre 2010 (ECLI:ES:TSJEXT:2010:1969).

¹⁴ STSJ Extremadura 26 noviembre 2009 (ECLI:ES:TSJEXT:2009:2457).

cional o legal, en tanto que esta no puede entenderse como salario sino como una participación, indeterminada, dependiendo de los resultados de la explotación del negocio. De este modo, cuando la retribución es indeterminada al depender su montante de los resultados del negocio, desaparece la ajenidad de los riesgos, soportados conjuntamente por ambas partes, perteneciendo los resultados del trabajo desde el inicio al complejo socio capitalista o de organización/socio industrial. La supuesta ajenidad del trabajo es meramente formal y simbólica.

Ello lleva a afirmar que la falta de dependencia y ajenidad en los riesgos determinan la naturaleza societaria del contrato, pues el contrato de sociedad (socio industrial), regulado en los arts. 1665 ss. CC y 116, 129 y 141 CCom, implica comunidad de gestión y de riesgos. En el contrato de sociedad, por tanto, no existe dependencia de una parte respecto de la otra, ni ajenidad en los riesgos.

No concurre la ajenidad y, por tanto, se está ante un contrato de tipo societario, sin que obste a esta calificación de la relación el hecho de que, por parte de uno de los socios, solo se aporte trabajo, pues se está en un supuesto de contrato de sociedad (socio industrial) en el que este socio aporta industria¹⁵.

De otra parte, se está ante un contrato de naturaleza mercantil y no laboral cuando, además de datos objetivos, como el alta en el régimen de autónomos y en el IAE, se realizan las funciones de técnico instalador, de mantenimiento de servicios, de averías, investigador, de prueba de equipos antes de su instalación y simulación, cobro de clientes, visita de clientes para oferta de nuevos equipos, guardia de 24 horas, revisión de averías e instalación de alarmas, utilizando vehículo y oficina propios, sin sujeción horaria marcada por la empresa y con un sistema retributivo de 4.500 euros brutos más IVA pagadero mediante pago certificado con vencimiento a 60 días el 20 de cada mes, previa factura emitida, siendo ajustado anualmente en función de lo cobrado y lo facturado, junto con otras reglas de compensación anuales. Y a ello, a pesar de que junto a esta colaboración mercantil convivía un contrato de trabajo a tiempo parcial de duración determinada (a tiempo parcial con una jornada de 2 horas día, que convirtieron en indefinido) con el que se pretendía cubrir la prestación de los servicios concertados en la colaboración profesional, sin la mediación de una empresa homologada¹⁶.

En igual sentido, queda fuera del ámbito del contrato de trabajo aquella relación en la que, a pesar de existir un alta en la Seguridad Social como traba-

¹⁵ STSJ Extremadura 19 enero 2006 (rec. 723/2005).

¹⁶ STSJ Extremadura 8 abril 2013 (ECLI:ES:TSJEXT:2013:626)

jador, la confección de nóminas con un salario que nunca se abonó ni se percibió, no se dan sus notas configuradoras, ya que nunca existió dependencia, ni ajenidad en los resultados del trabajo ni retribución. El contrato entre las partes presenta una naturaleza distinta en virtud del cual una de las partes aportaba su empresa y la otra su actividad con el fin de conseguir subvenciones para realizar cursos de formación profesional ocupacional, pactando la distribución entre ambos de las ganancias en una determinada forma. No se aprecia ni subordinación, puesto que se desarrolla la actividad con independencia, sin sujeción ni a horario ni a las órdenes ni se está incluido en círculo rector y disciplinario alguno; ni ajenidad, pues los frutos del trabajo se ingresan en el patrimonio de ambas partes tras la obtención de las oportunas subvenciones¹⁷.

También se aleja del ámbito de las relaciones laborales aquel supuesto en el que quiebra la nota de dependencia o subordinación, ya que los servicios son efectuados con autonomía e independencia del criterio de la empresa, ya que esta no podía dictar ni dictaba órdenes o instrucciones sobre la forma de ejercitarlo (recogido en el propio contrato de comisión suscrito entre ambas partes quedando obligada a ocuparse con la diligencia de un competente y leal comisionista del total de las mercaderías entregadas en depósito). Tampoco concurre el carácter «de trabajo personal», precisamente porque puede nombrar un sustituto que remunera a su cargo para la prestación de los servicios encomendados y no con carácter extraordinario y ocasional, tal y como así sucedió con la contratación de una tercera persona para la ayuda de la explotación mercantil¹⁸.

II. ACTIVIDADES SINDICALES Y POLÍTICAS

a) Actividades sindicales

Cuando se realizan las funciones propias de un sindicalista profesional, esto es, las de asistencia, proselitismo y vigilancia y promoción de los procesos electorales en las empresas y otras tareas vinculadas, como ir a la sede correspondiente, atender el teléfono o las consultas que caigan dentro de su conocimiento, si no consta dato alguno que sostenga la relación asociativa, ni tan siquiera su condición de liberado sindical, ni que ostente cargo representativo alguno de los trabajadores, ni esté inserto en cualesquiera órganos sindi-

¹⁷ STSJ Extremadura 10 octubre 2003 (rec. 581/2003).

¹⁸ STSJ Extremadura 26 junio 2002 (rec. 289/2002).

cales concurren las notas de dependencia y ajenidad. La ausencia absoluta de cargo sindical, así como la no realización de tareas inherentes a la gestión y dirección interna del sindicato hacen compatible la descripción de las funciones desempeñadas con su realización por cuenta ajena¹⁹.

También existe la relación laboral cuando la prestación del servicio se desarrolla en las dependencias del sindicato, con utilización de los elementos materiales que este pone a disposición de la trabajadora, estando sujeta a un horario fijo, y percibiendo la remuneración de carácter fijo, por cuanto todas ellas son manifestaciones características de la existencia de los requisitos establecidos en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Y ello, con independencia de que la trabajadora hubiera sido nombrada tesorera de la organización y atribuidas las funciones inherentes al mismo, ya que aquella relación primaria no se vio alterada, en forma sustancial, por el aludido cargo²⁰.

Al igual que cuando, a pesar de no existir un contrato de trabajo escrito, concurren indicios de prestación de servicios en régimen de ajenidad y dependencia, como son: el alta en el Régimen General de la Seguridad Social, el percibo de nóminas, en las que se reflejaba como antigüedad la de 1 de junio de 1990, el sometimiento a horario y a las directrices del sindicato, la realización de funciones idénticas o similares a las que prestó cuando ya se había celebrado el contrato de trabajo varios años después, certificadas por el sindicato, junto con la existencia de relación laboral, previamente a la celebración de tal contrato. Y ello con independencia del desempeño de funciones de representación del sindicato en numerosas instituciones como el FOGASA, la Fundación de Relaciones Laborales de Extremadura, la Comisión Paritaria del ASEC-EX, el Consejo Económico y Social de Extremadura e incluso en empresas de capital público²¹.

En sentido contrario, cuando se realizan funciones como las de atender e informar a los delegados de personal de las empresas; se procura resolver los conflictos de intereses entre empresa y asalariados; se recibe a cuantos afiliados solicitan su participación y opinión, función desempeñada mayoritariamente en la propia sede del sindicato; se participa en las reuniones de la Comisión Ejecutiva Regional a la que se pertenece, siendo titular de la sección de salud laboral; y, sobre todo, se encarga de la preparación, documentación, vigilancia y seguimiento de los procesos electorales que habrían de tener lugar en su zona geográfica de actuación se está ante un sindicalista, que desarrolla la-

¹⁹ STSJ Extremadura 24 septiembre 2015 (ECLI:ES:TSJEXT:2015:1112).

²⁰ STSJ Extremadura 18 marzo 2003 (rec. 139/2003).

²¹ STSJ Extremadura 13 junio 2019 (ECLI:ES:TSJEXT:2019:639).

bores representativas y directivas que llevan aparejada una responsabilidad propiamente sindical –y no técnica ni meramente auxiliar–, quedando excluidas las notas de ajenidad y dependencia propias del contrato de trabajo. Por ende, es determinante para la delimitación de la existencia de una relación laboral las funciones de representatividad efectuadas en la Federación, como miembro de la Ejecutiva correspondiente, así como encontrarse en situación de excedencia forzosa en la empresa en la que trabajaba²².

b) **Actividades políticas**

La actuación como secretaria de un grupo municipal determinado con carácter de personal eventual de confianza o asesoramiento, para la que se es nombrada por decreto de la Alcaldía, es de naturaleza plenamente administrativa, por lo que su cese se produce en virtud de lo establecido en la normativa administrativa, no teniendo relación con ninguna de las modalidades contractuales de carácter social²³.

III. TRABAJO A DISTANCIA, A DOMICILIO, TELETRABAJO

El trabajo a distancia ha sido considerado una figura fronteriza entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia, aunque se trata de una verdadera modalidad contractual en la que concurren las notas características de toda relación laboral. No obstante, debido al lugar en donde se realiza la prestación, el principio de dependencia puede atenuarse, ya que las labores se desarrollan sin el sometimiento a la vigilancia directa e inmediata del empresario, aunque siguiendo sus órdenes e instrucciones sobre el modo y la forma de ejecutar el trabajo²⁴. Por ello, se considera actividad laboral la que concurre entre una Caja de Ahorros y el que presta sus servicios en su propio domicilio sin sujeción a horarios y mediante la instalación informática realizando las operaciones propias de su trabajo, sin asumir riesgo e inserto en el organigrama de la empresa y bajo el control de la entidad citada²⁵.

²² STSJ Extremadura 15 julio 2014 (ECLI:ES:TSJEXT:2014:1298).

²³ STSJ Extremadura 17 julio 2018 (ECLI:ES:TSJEXT:2018:851).

²⁴ STSJ Extremadura 464/2012 de 27 septiembre 2012 (rec. 307/2012).

²⁵ STSJ Extremadura 131/2006 de 16 febrero 2006 (rec. 795/2005).

IV. SOCIOS, ADMINISTRADORES Y DIRECTORES

Se presupone la existencia de relación laboral si el trabajador, que era socio y miembro del consejo de administración de la empresa, realiza también las funciones de jefe de seguridad y jefe de personal percibiendo por ello una retribución²⁶. Y es que, la exclusión de la relación de laboralidad de los socios que realizan otras tareas diferentes de las propias de su cualidad de socio puede venir dada por la falta de la nota de ajenidad cuando dicho socio ostenta la titularidad de una cuota societaria determinante que con carácter general se sitúa en el 50% de participación en el capital social²⁷. Pero también puede venir excluida, al amparo del artículo 1.3 c) ET, por falta de dependencia en el trabajo, cuando se trata de personas que forman parte del órgano máximo de dirección de la empresa y no reciben órdenes e instrucciones²⁸.

Por ello, no existe ningún impedimento legal para incluir en el contrato de trabajo a aquellos miembros de la administración societaria que, no teniendo la mayoría del capital social, realicen actividad de carácter laboral común²⁹. Sin embargo, cuando se trata de empresas formadas exclusivamente por miembros de una familia y cuando su entidad como empresa no es demasiado importante, prevalece el criterio de asimilarlas a los trabajos familiares por lo que se presupone la inexistencia de relación laboral³⁰.

No obstante, es necesario señalar que en los supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del consejo de administración de la sociedad y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones, sino la naturaleza del vínculo, por lo que si están integradas dentro de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral sino mercantil, solo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia cabe admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación laboral³¹.

Y es que, la presunción de laboralidad del artículo 8.1 ET, más que una presunción “*iuris tantum*” de laboralidad, es una definición de la relación laboral, por lo que para que actúe o sea operativa la presunción impone que se acredite la prestación de servicios bajo las notas de ajenidad, dependencia y carácter retribu-

²⁶ STSJ Extremadura 631/2010 de 23 noviembre 2010 (rec. 469/2010).

²⁷ STSJ Extremadura 362/2005 de 10 junio 2005 (rec. 2018/2005).

²⁸ STSJ Extremadura 58/2012 de 13 febrero 2012 (rec. 1/2012).

²⁹ STSJ Extremadura 580/2010 de 8 noviembre 2010 (rec. 436/2010).

³⁰ STSJ Extremadura 390/2007 de 12 junio 2007 (rec. 286/2007).

³¹ STSJ Extremadura 68/2008 de 23 enero 2008 (rec. 725/2007).

tivo de aquella. De modo que, si tales notas no concurren, el contrato deja de ser laboral y pasa a ser de otra naturaleza, ya que no basta la mera realización de una determinada actividad a favor, o por cuenta de la persona que la retribuye para hacer efectiva la presunción favorable a la existencia de contrato de trabajo³².

La falta de dependencia y ajenidad en los riesgos determinan la naturaleza societaria del contrato, pues el contrato de sociedad regulado en los art. 1665 ss CC y 116, 129 y 141 CCom, implica comunidad de gestión y de riesgos. En el contrato de sociedad, no existe dependencia de una parte respecto de la otra, ni ajenidad en los riesgos³³. Estos trabajadores, tal y como señala la LGSS, estarán obligatoriamente incluidos en el régimen especial de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, ya que ejercen funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador o prestan otros servicios para la sociedad mercantil capitalista. Siempre y cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social³⁴, pues en ese caso falta la ajenidad y nos encontramos ante un trabajo por cuenta propia, ya que el fruto o resultado del trabajo acaba ingresando vía de beneficio en su propio patrimonio³⁵.

Asimismo, es necesario destacar que no existirá relación laboral cuando se trata de accionistas de una sociedad de responsabilidad limitada que son miembros de su consejo de administración ejerciendo las funciones de su cargo como actividad principal³⁶.

Pero como señalan diversas sentencias del TSJ de Extremadura existirá responsabilidad solidaria en el pago de los salarios adeudados entre la empresa y las personas físicas en su condición de administradores y socios únicos de las empresas³⁷.

V. COOPERATIVISTAS

Los socios trabajadores de una cooperativa pueden ser dados de alta en el régimen general o en el régimen especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social según se haya decidido en los estatutos al constituir la cooperativa. Pero solo a los efectos de la Seguridad Social, no en cuanto a sus derechos

³² STSJ Extremadura 493/2024 de 15 octubre 2014 (rec. 360/2014).

³³ STSJ Extremadura 37/2006 de 19 enero 2006 (rec. 723/2005).

³⁴ STSJ Extremadura 38/2013 de 31 enero 2013 (rec. 569/2012).

³⁵ STSJ Extremadura 342/2013 de 26 julio 2013 (rec. 246/2013).

³⁶ STSJ Extremadura 299/2008 de 17 junio 2008 (rec. 106/2008).

³⁷ STSJ Extremadura 313/2012 de 12 junio 2012 (rec. 178/2012).

y obligaciones³⁸. Y es que, la peculiar condición jurídica del socio-trabajador justifica la estimación del carácter mixto de su status jurídico, ya que se asienta sobre una relación societaria y al mismo tiempo una actividad de trabajo, aunque ello no implica que el socio trabajador sea un trabajador por cuenta ajena en sentido estricto³⁹.

No se trata de una relación de dependencia y retribución cuyos resultados prósperos o adversos repercuten en el patrimonio del empleador. Por lo tanto, se considera que el periodo de prestación de servicios por la demandada en la cooperativa no puede ser tomado en cuenta a efectos de computar los años trabajados para el cálculo de la indemnización por despido ni los años de antigüedad en el centro, al no tratarse de una relación por cuenta ajena⁴⁰, si está dada de alta en el RETA, tan solo debe computarse desde que optó por pasarse al régimen general⁴¹.

Y es que, la acción encaminada a la existencia de relación laboral o contrato de trabajo derivados de una prestación de servicios tiene que ser resuelta por el orden jurisdiccional social, aunque resulte que la relación de que se trate no pueda considerarse derivada de un contrato de trabajo, pero para cualquier otra pretensión derivada de esa prestación de servicios serán competentes los del orden civil o contencioso administrativo según sea su naturaleza⁴².

Los Juzgados de lo Social deben conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre la cooperativa y sus socios trabajadores “por su condición de tales”, para el conocimiento de cuantas cuestiones contenciosas se susciten “relacionadas con los derechos y obligaciones derivados de la actividad cooperativizada” excluyendo los conflictos no basados en la prestación del trabajo o sus efectos⁴³.

VI. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA

Las escuelas taller y las casas de oficios constituyen un programa de empleo-formación que tiene como finalidad la inserción de desempleados jóvenes

³⁸ STSJ Extremadura 37/2014 de 27 enero 2014 (rec. 571/2013).

³⁹ STSJ Extremadura 56/2012 de 13 febrero 2012 (rec. 523/2011), 449/2012 de 18 septiembre 2012 (rec. 310/2012) y 527/2012 de 29 octubre 2012 (rec. 427/2012).

⁴⁰ STSJ Extremadura 406/2012 de 19 julio 2012 (rec. 308/2012).

⁴¹ STSJ Extremadura 406/2012 de 19 julio 2012 (rec. 308/2012) y 597/2012 de 3 diciembre 2012 (rec. 496/2012).

⁴² STSJ Extremadura 593/2001 de 13 diciembre 2001 (rec. 601/2001) y 553/2006 de 7 septiembre 2006 (rec. 390/2006).

⁴³ STSJ Extremadura 456/2004 de 30 julio 2004 (rec. 390/2004).

menores de veinticinco años, a través de su cualificación en alternancia con la práctica profesional, en ocupaciones relacionadas con la recuperación o promoción del patrimonio artístico, histórico, cultural o natural. Por tanto, se contrata a monitores en función de actividades de trabajo y no de resultados⁴⁴. La administración concede subvenciones a la escuela taller y tiene participación en la selección del personal que ha de prestar servicios en una actividad determinada. La finalidad de la subvención no es otra que sufragar los costes salariales del personal directivo, docente y de apoyo, gastos de formación y funcionamiento, becas de etapa formativa y costes salariales de los alumnos trabajadores. Como contraprestación, la beneficiaria de la subvención debe acreditar la realización de las actividades para las que se concede la subvención, así como el cumplimiento de los requisitos exigidos para su concesión, formar a los alumnos participantes en los aspectos teóricos y prácticos de las actividades profesionales y oficios objeto de programa, y contratarles durante la etapa de formación en alternancia⁴⁵. Pero la existencia de una subvención no es un elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez de un contrato temporal causal⁴⁶.

El TSJ de Extremadura considera que las becas están desprovistas de las notas configuradoras de la relación laboral, ya que se trata de una relación administrativa, como se desprende del carácter público de la entidad que la concedió, de la conformidad entre las partes en tal carácter durante todo su desarrollo y, fundamentalmente, de los derechos y obligaciones derivadas de la misma, pues su principal finalidad es que el becario adquiera los conocimientos y experiencia que se derivarían de una actividad para la que antes, mediante los correspondientes estudios, se había preparado⁴⁷.

Al no existir entre las partes una relación laboral, sino una relación administrativa, sus vicisitudes deben ser dirimidas en el orden contencioso administrativo, por ello, en caso de finalización, no exige el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 55.1 ET⁴⁸. Además, la percepción de la retribución como becario no merece la condición de medio de vida debido a su cuantía⁴⁹.

También, el TSJ de Extremadura considera celebrado el contrato para la formación en fraude de ley si la trabajadora ya estaba en posesión de la titulación requerida y posee un nivel de estudios igual o superior al que se le preten-

⁴⁴ STSJ de Extremadura 603/2008 de 24 noviembre 2008 (rec 409/2008).

⁴⁵ STSJ de Extremadura 51/2010 de 2 febrero 2010 (rec. 686/2009).

⁴⁶ STSJ de Extremadura 474/2018 de 19 julio 2018 (rec. 379/2018).

⁴⁷ STSJ de Extremadura 300/2001 de 14 junio 2001 (rec 271/2001).

⁴⁸ STSJ de Extremadura 286/2000 de 2 de mayo de 2000 (rec. 198/2000).

⁴⁹ STSJ de Extremadura 407/2000 de 3 julio 2000 (rec. 382/2000).

de proporcionar⁵⁰ o si la trabajadora a la finalización del contrato de formación continuó trabajando en idéntica situación sin suscribir nuevo contrato⁵¹. Considerando el Tribunal que el contrato para la formación es ajustado a derecho si la empresa ha cumplido con sus obligaciones en materia de formación⁵², si el trabajador con título de formación profesional de primer grado realiza la práctica profesional adecuada al nivel de estudios⁵³ o si la formación teórica ha sido facilitada mediante cursos a distancia y la práctica a través del tutor que se le encomendó⁵⁴.

VII. ACTIVIDADES DEPORTIVAS

Se consideran deportistas profesionales a quienes se dedican a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o de una entidad deportiva, con carácter regular y a cambio de una retribución⁵⁵. Será “profesional” si participa en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal. Sin embargo, no tienen la consideración de deportistas profesionales las personas que perciban del club solo la compensación de los gastos derivados de la práctica deportiva, esto es, los deportistas aficionados o amateurs, entre los que se incluyen los jugadores de fútbol de tercera división que reciben solo el pago de transporte o dietas.

No obstante, puede establecerse relación laboral entre el jugador de esa división y el club, cuando exista una verdadera retribución si se dan las notas de periodicidad y uniformidad del devengo como indicio de naturaleza retributiva⁵⁶. Por ello, si se dan estas características, resulta irrelevante que las partes suscribieran un contrato de futbolista amateur, que en la correspondiente federación deportiva el equipo figure como de aficionados, que en el contrato se hable de gratificación y no de salario o retribución, o que el deportista desarrolle otra actividad por cuenta ajena, considerada la principal en su vida laboral⁵⁷. En todo caso, la menor o mayor cuantía de la retribu-

⁵⁰ STSJ de Extremadura 629/2017 de 10 octubre 2017 (rec. 462/2017).

⁵¹ STSJ de Extremadura 219/2012 de 26 abril 2012 (rec. 133/2012).

⁵² STSJ de Extremadura 479/2010 de 23 septiembre 2010 (rec. 379/2010).

⁵³ STSJ de Extremadura 144/2005 de 24 febrero 2005 (rec. 29/2005).

⁵⁴ STSJ de Extremadura 616/2002 de 19 diciembre 2002 (rec. 581/2002).

⁵⁵ STSJ Extremadura 372/2001 de 20 julio 2001 (rec. 369/2001).

⁵⁶ STSJ Extremadura 588/2010 de 9 noviembre 2010 (rec. 466/2010).

⁵⁷ STSJ Extremadura 596/2010 de 11 noviembre 2010 (rec. 465/2010).

ción, no determina la existencia de relación laboral⁵⁸. Lo relevante para establecer que una práctica deportiva bajo el ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva, constituye una relación laboral u otra distinta, en caso de que el deportista perciba cantidades dinerarias, es el carácter que hay que atribuir a tales cantidades, pues si se consideraran un salario o retribución, estaremos ante una relación laboral que no existirá si solo se consideran “compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva”⁵⁹. Por ello, no se determina que exista relación laboral si no hay recibos que acrediten el percibo de cantidad alguna⁶⁰ aunque el club se haga cargo, por ejemplo, de todos los gastos de material deportivo o viajes⁶¹.

Y es que, la periodicidad en el devengo y la uniformidad de su importe son indicios de naturaleza retributiva, al ser tales notas características del salario, frente a la irregularidad y variabilidad que son propias de las verdaderas compensaciones de gastos⁶². Aunque sí se considera que existe relación laboral si el trabajador percibía, además de la compensación de los gastos derivados de la práctica deportiva, una cantidad en dinero que era superior al salario mínimo interprofesional⁶³. En cambio, no se aprecia la existencia de relación laboral si el trabajador percibe una cifra inferior al salario mínimo interprofesional⁶⁴, porque la percepción de una retribución como becario que no merece la condición de medio de vida, no atribuye al trabajador la condición de profesional⁶⁵.

En el caso de un entrenador de fútbol, también se considera que existe relación laboral si las cantidades abonadas por el club lo eran en concepto de salarios y no de compensación de gastos⁶⁶. Aunque, con carácter general, se considera que existe relación laboral entre los entrenadores y el club que los contrata si concurren las notas definidoras de ajenidad, dependencia y retribución⁶⁷. Pero, si falta una de ellas, como es la dependencia, se negará la existencia de la misma⁶⁸.

⁵⁸ STSJ Extremadura 722/210 de 29 diciembre 2010 (rec. 600/2010).

⁵⁹ STSJ Extremadura 215/2005 de 23 marzo 2005 (rec. 30/2005).

⁶⁰ STSJ Extremadura 200/2008 de 30 abril 2008 (rec. 20/2008).

⁶¹ STSJ Extremadura 182/2011 de 26 abril 2011 (rec. 91/2011).

⁶² STSJ Extremadura 579/2010 de 5 noviembre 2010 (rec. 428/2010).

⁶³ STSJ Extremadura 364/2005 de 10 junio 2005 (rec. 184/2005).

⁶⁴ STSJ Extremadura 192/2000 de 13 marzo 2000 (rec. 114/2000).

⁶⁵ STSJ Extremadura 407/2000 de 3 julio 2000 (rec. 382/2000).

⁶⁶ STSJ Extremadura 65/2008 de 23 enero 2008 (rec. 735/2007).

⁶⁷ STSJ Extremadura 436/2007 de 28 junio 2007 (rec. 398/2007).

⁶⁸ STSJ Extremadura 196/2016 de 26 abril 2016 (rec. 146/2016).

VIII. PROFESIONES LIBERALES

a) **Abogados**

En relación al régimen profesional de este colectivo, debe partirse de la base de que, tal y como viene esgrimiendo la doctrina judicial, 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. Por ello, no importa que entre las partes se suscribiera uno u otro tipo de contrato o el trabajador estuviera de alta en uno u otro régimen de la Seguridad Social⁶⁹. Así pues, la calificación de una relación como laboral solo es posible en función de las circunstancias concurrentes. Así, hay relación laboral cuando consta que el desempeño de la labor está sometido a reglas y directrices de la empresa, es supervisado y se realiza en las dependencias de la empresa, sometido a un control horario exhaustivo y percibiendo a cambio una cantidad fija, pues coinciden las circunstancias que evidencian su inclusión en el círculo de organización y dirección ajeno. Concretamente, la doctrina judicial entiende que nos encontramos ante la existencia de un contrato de trabajo, en aquel supuesto en el que la ajenidad deriva del hecho de que el abogado atiende a los afiliados de un sindicato, lo que significa que la actividad del abogado iba directamente en beneficio del sindicato que era también, por tanto, quien, a través de la afiliación, determinaba quiénes tenían que ser atendidos por el abogado. Asimismo, la dependencia deriva de que el abogado estaba integrado en la organización del sindicato, como uno de sus abogados y así, en estos casos, más que del nombre del profesional se habla del abogado del sindicato correspondiente; también resulta de la fijación por el sindicato de los días y horas durante los que tenía que acudir a la sede del sindicato, donde disponía de los medios que en ella hubiera, para la atención a los afiliados y de la imposibilidad de que el abogado pudiera hacerse sustituir por otro profesional para la atención a los afiliados y si, por cualquier circunstancia, no podía hacerlo él,

⁶⁹ STSJ Extremadura 24 octubre 2017 (rec. 524/2017).

quien lo hacía era otro abogado del sindicato⁷⁰. A todo ello, se une el hecho de que el abogado percibía una cantidad mensual fija y, además, se le abonaba otra para los desplazamientos que tuviera que realizar. No impide la existencia de contrato de trabajo que el abogado, además de esa cantidad fija por parte del sindicato, pudiera percibir honorarios por parte de los afiliados a los que atendía y fuera cual fuera la forma en que los percibiera. pues, en principio, no es nota definitoria de la relación laboral la exclusividad en la prestación de servicios.

Del mismo modo, entiende la doctrina judicial que nos encontramos ante la existencia de un contrato de trabajo, en aquel supuesto de prestación de servicios de un asesor jurídico para un colegio oficial (colegio de médicos), al derivarse de aquella relación contractual las notas de ajenidad y dependencia. De este modo, la dependencia se deriva del hecho de que el abogado se encontrara en dependencia directa del gerente y del Consejo de Administración del referido colegio profesional y, en segundo término, de estar sujeto a un horario, disfrutar de un período anual de vacaciones y llevar a cabo su labor en las dependencias de la propia empleadora y utilizando los medios de la misma. No siendo suficiente, en el caso concreto del horario, cierta flexibilidad en el mismo para neutralizar la nota de dependencia, pues perfectamente puede obedecer, bien a tolerancia por parte de la empresa, o simplemente a defectuoso cumplimiento de sus deberes por parte del empleado. De otro lado, la ajenidad viene determinada por la forma de retribución, al obedecer a un parámetro fijo y no al número de asuntos. Siendo intrascendente, en este sentido, que el asesor jurídico no estuviera prestando servicios en exclusiva para el colegio, ya que los contratos de trabajo pueden ser a tiempo completo o a tiempo parcial y, mientras no exista concurrencia desleal o se pacte la plena dedicación, puede efectuarse la prestación laboral para diversos empresarios o, incluso, puede dedicarse el trabajador también a su profesión en otros ámbitos⁷¹. En esta misma línea, se afirma que nos encontramos ante la existencia de un contrato de trabajo, por concurrir las notas de ajenidad y dependencia, en aquel supuesto en el que la actividad del asesor jurídico consistía en una prestación de servicios de asesoramiento y dirección jurídica, incardinados dentro de la organización y dirección de la empleadora, a cambio de una remuneración cuyos

⁷⁰ STSJ Extremadura 24 octubre 2017 (rec. 524/2017); STSJ Extremadura de 25 enero 2018 (rec. 781/2017).

⁷¹ STSJ Extremadura 2 abril 2009 (rec. 109/2009).

parámetros definidores le venían impuestos y cuya variabilidad, en un concepto accesorio y en función de la productividad, no obsta al concepto retributivo de salario que contiene el artículo 26.1 del Estatuto ⁷².

Por el contrario, no existe relación laboral, sino un arrendamiento de servicios por parte del abogado a la empresa, en aquel supuesto en el que aquel desarrolla su actividad de forma independiente sin sujeción alguna a órdenes o directrices de la empresa y tampoco está sujeto a la disciplina de la misma, pues la realiza en su propio despacho profesional y en las oficinas a que tuviera que acudir, percibiendo, además de una cantidad fija mensual, honorarios en los asuntos judiciales en que interviene, bien de la propia empresa, bien de la parte contraria si hay condena en costas para ella, de lo que se deriva que no existe dependencia, que continúa siendo nota característica de los vínculos laborales, aunque se entienda no como una subordinación rigurosa y absoluta del trabajador a su patrono, bastando con que aquel se halle comprendido dentro del círculo rector y disciplinario de este, sin que para afirmar la ausencia de relación laboral sea decisivo que las partes puedan formalizar un contrato de trabajo o dar de alta al trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social y se le abone su remuneración mediante nóminas, pues, como ocurre con el nombre que las partes den a una relación, tampoco determina su naturaleza ni la formalización de uno y otro contrato, ni el alta en uno y otro régimen de la Seguridad Social ni, en fin, la forma en que se abone y se documente la remuneración de los servicios, sino las recíprocas obligaciones que de la relación surgen para las partes, siendo su naturaleza la que determina esas otras circunstancias y no estas las que condicionan aquella ⁷³.

b) **Arquitectos**

Por lo que se refiere a este colectivo profesional, entiende la doctrina judicial que nos encontramos ante la existencia de un contrato de trabajo entre un arquitecto y un Ayuntamiento, al concurrir las dos características fundamentales que definen dicha figura contractual. La primera de aquellas características, esto es, la dependencia, vendrá derivada de que el arquitecto está inserto en el ámbito de organización y dirección del Ayuntamiento, al figurar como el Arquitecto Técnico Municipal, está sometido a un horario, disfruta de

⁷² STSJ Extremadura de 30 enero 2018 (rec. 799/2017).

⁷³ STSJ Extremadura de 24 febrero 1998 (rec. 100/1998); STSJ Extremadura de 24 febrero 1998 (rec. 99/1998); STSJ Extremadura de 27 marzo 1998 (rec. 148/1998); STSJ Extremadura de 29 abril 1998 (rec. 192/1998).

vacaciones, recibe órdenes del Ayuntamiento para la realización de su trabajo y, en fin, tiene a su cargo otros dos empleados municipales, lo que determina una subordinación incompatible con un arrendamiento de servicios. Y la segunda de dichas características, esto es, la ajenidad, viene derivada de que los frutos de su trabajo los hace suyos el Ayuntamiento, que los retribuye no según el resultado de esa actividad, sino mediante una cantidad periódica fija.

Esas características que determinan la existencia de contrato de trabajo no se desvirtúan en este caso por el cobro por medio de facturas de honorarios con I.V.A., la realización de los proyectos en su estudio por el arquitecto o su alta en el RETA; lo primero y lo último, porque la forma de documentar el pago de la retribución o el régimen de la Seguridad Social en que figure un trabajador no determina la naturaleza de la relación, sino, al contrario, es esa naturaleza la que determina las otras circunstancias; lo segundo porque son reflejo del sentido amplio que se da a la dependencia, sobre todo en las profesiones que exigen, como la del arquitecto, gran cualificación, en las que muchas veces hay que llevar a cabo fuera del centro y del tiempo de trabajo, propiamente dichos, tareas imprescindibles para la eficaz prestación del servicio.

Tampoco se desvirtúa la relación laboral porque el arquitecto no preste servicios de forma exclusiva para el Ayuntamiento, pues no es imprescindible, ya que existen muchos casos de pluriempleo e incluso que el arquitecto preste servicios para otros ayuntamientos a media jornada es posible hacerlo incluso para más de dos empleadores, pues media jornada no significa medio día, sino la mitad de la que se considera ordinaria de cuarenta horas semanales. Asimismo, debe tenerse en cuenta que constituye un claro indicio de la existencia de relación laboral entre un arquitecto y un Ayuntamiento cuando se han prestados servicios por parte del arquitecto al Ayuntamiento en virtud de tal figura contractual, suscribiendo diversos y sucesivos contratos de trabajo con el Ayuntamiento, y, posteriormente, al concluir el plazo por el que se concertó el último contrato, se siguen prestando los mismos servicios y en la misma forma, sin que concurriera circunstancia alguna que justifique que deba entenderse que a partir de entonces lo que se producía era un arrendamiento de servicios⁷⁴.

En este escenario, debe tenerse presente que, sentadas las bases de la relación laboral, a tenor de aquellas circunstancias, debe delimitarse dicho contrato de la prestación de servicios en virtud de un contrato administrativo, al estar presente en dicha relación contractual la Administración pública. En este caso, quedará excluida la presencia del contrato administrativo en aquellos

⁷⁴ STSJ Extremadura de 10 febrero 2004 (rec. 32/2004).

casos en los que las partes no se acojan a ninguna norma para excluir la laboralidad de la prestación de servicios y tales servicios sean genéricos y no resultados específicos o con sustantividad propia, lo que exige que lo contratado sea «un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente del resultado final de la misma»⁷⁵.

En esta misma línea, considera la doctrina judicial que nos encontramos ante un contrato de trabajo en la prestación de servicios realizada por un arquitecto a un Ayuntamiento, al concurrir igualmente las notas características de la relación laboral de ajenidad y dependencia, en aquel supuesto en el que la prestación de servicios del arquitecto a favor del Ayuntamiento presenta rasgos que solo son concebibles en el trabajo dependiente, esto es, siempre y cuando el arquitecto asuma la obligación de despachar los informes sobre los asuntos que el Ayuntamiento le pasa y tenga la obligación de acudir al mismo en el tiempo determinado por la corporación local para resolver consultas de las personas que solicitan ese servicio, que se presta por cuenta de la Corporación, sin que sea óbice la no prestación de servicios a tiempo completo o en régimen de exclusividad; No se corra con el riesgo de la operación, al percibir una cantidad fija mensual con independencia del número de informes o consultas que hiciera; no asuma los gastos, es decir, cuando realiza su actividad fuera de los locales del Ayuntamiento viaja por cuenta de este a las obras en vehículo oficial y, cuando efectúa su actividad en la sede del Ayuntamiento, tiene un lugar asignado y utiliza teléfonos y fotocopiadoras; el arquitecto entrega copia de informes y actuaciones al Ayuntamiento, que por ese medio puede controlar su actividad fuera de sus locales; disfruta de vacaciones anuales, aunque sea él quien fija la fecha de su disfrute; la prestación de servicios por parte del arquitecto se efectúa personalmente y no se realiza esporádicamente o por actos o informes singulares, sino que se ejecuta con permanencia y habitualidad, adscrito a la organización de la corporación municipal; y no tiene facultades para la aceptación o rechazo de las visitas, informes o resolución de consultas encargadas⁷⁶.

Del mismo modo, se reconoce la existencia de relación laboral entre un arquitecto técnico y una empresa de construcción, por concurrir las notas que definen dicha relación. Puesto que la retribución percibida por el arquitecto viene marcada por la regularidad de la cuantía y la percepción doble en las fechas en que se suelen percibir por los trabajadores las dos pagas extraordina-

⁷⁵ STSJ Extremadura de 10 febrero 2004 (rec. 32/2004); STSJ Extremadura de 16 febrero 2012 (rec. 549/2011) y STSJ Extremadura de 19 julio 2012 (rec. 262/2012).

⁷⁶ STSJ Extremadura 19 julio 2012 (rec. 262/2012).

rias. No desvirtuándose tal carácter, por el hecho de que la percepción de la remuneración se documentara en recibos del Código Profesional correspondiente con liquidación del Impuesto sobre el Valor Añadido, pues la naturaleza de una relación no depende de la voluntad de las partes y es esa naturaleza la que condiciona el impuesto que debe devengarse y no al contrario. Además, se aprecia claramente la ajenidad, pues los frutos del trabajo del arquitecto no se incorporan a su patrimonio, sino al de la empresa a través del precio que percibe por las obras en que aquel interviene; y, por último, también aparece la dependencia del arquitecto respecto a la empresa en la realización de su trabajo, lo cual se deduce de la prestación de servicios en los locales de la empresa, aun cuando parte importante de ellos se realizaran en las mismas obras, el sometimiento a las directrices del empresario o en quien él al respecto delegue (el arquitecto contratado por la empresa) o el someterse también a la imposición empresarial para el disfrute de su descanso anual. Igualmente, recalca la doctrina judicial en este caso, que el carácter laboral de la relación no queda desvirtuado por el hecho de que el arquitecto técnico pudiera estar dado de alta en el Régimen de Autónomos de la Seguridad Social y en la licencia fiscal, ya que esos son datos formales que no se corresponden con la naturaleza del vínculo ni definen su carácter, o la de que el arquitecto técnico, aparte del trabajo que realiza para la empresa, realice otros para otras empresas, ya que la exclusividad en la dedicación no es nota definitoria del contrato de trabajo, aunque el art. 21.1 del Estatuto de los Trabajadores prohíba la prestación de servicios para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, pero si esa concurrencia se produce, ello no quiere decir que no exista contrato de trabajo, sino que el trabajador incide en su incumplimiento contractual, que puede ser corregido con la correspondiente sanción⁷⁷.

Por el contrario, la doctrina judicial ha entendido que no existe relación laboral entre un arquitecto y un Ayuntamiento en un supuesto en el que, aun cuando concurren las notas de la ajenidad y la retribución, puesto que la actividad que el arquitecto realizaba era por cuenta del Ayuntamiento, quien se beneficiaba de ella, en cuanto se trataba de asesorar al propio Ayuntamiento o a particulares en materia de urbanismo municipal, como un servicio que la corporación prestaba, recibiendo a cambio de ello una remuneración periódica, mensual, que iba aumentando con el tiempo, siendo indiferente a estos efectos que para recibir esa contraprestación el arquitecto girara facturas o minutas en las que liquidaba el IVA. Sin embargo, no aparece esa otra nota

⁷⁷ STSJ Extremadura 14 octubre 1992 (rec. 473/1992).

esencial del contrato de trabajo, la dependencia. Puesto que, aunque el arquitecto iba una vez a la semana al Ayuntamiento, no iba a una hora determinada ni ese horario le era impuesto por el Ayuntamiento, pudiendo ser el que a él más le conviniera. Además, el arquitecto no se encontraba sometido al círculo organizativo, rector y disciplinario del Ayuntamiento, quien no le daba instrucciones u órdenes en cuanto al resultado del trabajo, ni tampoco en la forma de llevarlo a cabo. Aun cuando las consultas las recibía en los locales del Ayuntamiento, ya que ello es de lo más lógico, pues para responderlas debía tener a la vista los documentos en que se plasma la planificación urbanística de la población, lo cual se encuentra en las correspondientes dependencias municipales, que era donde desarrollaba su labor⁷⁸.

c) **Delineantes**

En relación a este colectivo profesional, entiende la doctrina judicial que nos encontramos ante una relación laboral, por concurrir los elementos esenciales configuradores de dicha relación, en un supuesto en el que existe una retribución garantizada que era igual todos los meses y, además, incluye dos gratificaciones al año, una en junio y otra en diciembre, características en el contrato de trabajo. La percepción de esa remuneración por parte de la empresa y no de los clientes que encargaban los trabajos. La asistencia regular, en una jornada también propia del contrato de trabajo a tiempo completo, a las oficinas de la empresa. La prestación personal del trabajo por el delineante, que además no posee organización empresarial alguna. En fin, la entrega del producto de su trabajo a la empresa, no a los clientes y que la decisión sobre los trabajos a realizar corresponde a la empresa, no al delineante. Es más, se advierte en el caso de este colectivo que en las profesiones liberales, como puede ser la de delineante, la dependencia puede atenuarse y aunque el delineante realice su trabajo en casa y no acuda a la empresa nada más que para recibir el encargo de los trabajos, ello no impide la existencia de relación laboral, ya que el Estatuto de los Trabajadores prevé el contrato de trabajo a distancia, aquel en que la prestación de la actividad laboral se realiza en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este y sin vigilancia del empresario⁷⁹.

Por el contrario, entiende la doctrina judicial que no existe relación laboral, al no concurrir las notas características de dicha relación, como el cumpli-

⁷⁸ STSJ Extremadura 28 septiembre 2001 (rec. 440/2001).

⁷⁹ STSJ Extremadura 27 septiembre 2012 (rec. 307/2012).

miento de una jornada de trabajo, la dependencia y subordinación al empresario y la retribución, en un supuesto en el que un delineante presta servicios profesionales para un despacho de arquitecto, si bien no tiene ni una jornada ni un horario regular, percibiendo distintas cantidades por cada proyecto en cuya ejecución participa. No siendo decisivo en este caso la falta de alta en la Seguridad Social, pues la falta de afiliación o alta, si bien no excluye el contrato de trabajo, lo que es claro es que tampoco es indicio alguno de su existencia ⁸⁰.

d) **Consultores**

En relación a este colectivo profesional, la doctrina judicial entiende que, aun cuando el trabajador preste servicios para una empresa en forma que concurren varios de los caracteres del contrato de trabajo, voluntariedad y retribución de la prestación, y ajenidad, pues los frutos o resultados del trabajo repercuten en beneficio de la empresa, independientemente de que supongan o no un inmediato rendimiento económico, sin que el trabajador asuma ningún riesgo en cuanto al resultado de su trabajo, pues su remuneración es independiente de los resultados de su actividad y de los de la empresa. Sin embargo, no estaremos en presencia de una relación laboral, al no concurrir en aquella un elemento que sigue siendo fundamental para su existencia, la dependencia, al tener el trabajador una total libertad para su trabajo, no recibir instrucción alguna, ni tener horario, ni tiempo de trabajo, etc., hasta el punto de no tener centro de trabajo y residir en provincia distinta a la de la sede de la empresa, donde solo acude ocasionalmente. A todo ello, ha de sumarse otro indicio contrario a la existencia de contrato de trabajo, el hecho de que en dicho contrato se estipule que cualquier otro trabajo distinto del especificado en el mismo se excluye del contrato, pasando a ser retribuido conforme a las tarifas de la empresa o el acuerdo entre las partes, lo que determina que el objeto del contrato es un servicio determinado, no la actividad del trabajador ⁸¹.

e) **Peritos tasadores**

Por lo que respecta a dicho colectivo, entiende la doctrina judicial que no existe relación laboral, al no concurrir las notas de ajenidad y dependencia,

⁸⁰ STSJ Extremadura 27 abril 2004 (rec. 181/2004).

⁸¹ STSJ Extremadura 28 julio 2006 (rec. 468/2006).

configuradoras de aquella relación, en un supuesto en el que los técnicos tasadores de una sociedad tasadora llevan a cabo su actividad profesional con libertad de criterios, de manera independiente, sin la dirección ni órdenes de dicha sociedad y sin dependencia laboral, ya que para la realización de dicha actividad de valoración inmobiliaria se rigen únicamente por lo dispuesto en la normativa sobre régimen jurídico de los servicios y sociedades de tasación. Además, la inexistencia de relación laboral vendrá determinada por el hecho de que no le sea exigible un determinado nivel de productividad, ni haya sometimiento a horario o planificación de sus servicios, ni asignación de zonas. Del propio modo, es irrelevante el abono de una gratificación en Navidad, lo cual es también costumbre en determinadas empresas para con profesionales que colaboran con ellas. A ello ha de sumarse que la circunstancia de que los honorarios se pacten de una forma determinada, no impide declarar la relación como extra muros del ámbito laboral. En este mismo sentido, se argumenta que, dentro de la liberalidad de ejercicio profesional del tasador, es obvio que pueden realizarse las peritaciones durante parte del mes de vacaciones y serle retribuidas las mismas, lo cual evidencia que no se está en presencia de vacaciones retribuidas. A lo que habrá de unirse la ausencia de obligación de aceptar todas las peritaciones propuestas⁸².

IX. PERSONAL SANITARIO

a) Médicos y odontólogos

Con relación al colectivo profesional de los médicos, entiende la doctrina judicial que estamos en presencia de una relación laboral entre estos y una entidad sanitaria (clínica privada), al concurrir en dicha relación las notas esenciales en el contrato de trabajo. Ya que se aprecia con nitidez la ajenidad cuando los beneficios o ingresos que generaba el trabajo pasaban directamente a la pertenencia de la entidad sanitaria. En cuanto a la dependencia, aun cuando se establece la premisa que en una relación de profesionales médicos lo más lógico es que la dependencia aparezca un tanto debilitada o difusa, por la autonomía científica que en mayor o menor medida, exige la actuación de los mismos, ello no significa que tal dependencia no pueda operar en aquellos casos en los que se realiza el trabajo profesional en la oficina del prestador de los servicios con sus medios, sometido a un horario laboral, existe un período

⁸² STSJ Extremadura 28 abril 2009 (rec. 115/2009).

vacacional pagado por la empresa, abono de gastos de material o de dietas, etc.,⁸³. Asimismo, se afirma por parte de la doctrina judicial, en el caso de estos profesionales, por lo que se refiere a la prestación personal de los servicios, que el hecho de que estos asistieran una vez al mes cada uno a la clínica y que los mismos se organizaran entre sí de forma que esté cubierto el servicio, no priva de aquella característica al servicio prestado dentro del ámbito laboral⁸⁴.

En esta misma línea, entiende la doctrina judicial que nos hallamos ante la existencia de una relación laboral entre el Colegio Oficial de Médicos y los empleados (médico y psicólogo) del Gabinete de Reconocimientos Médicos, al concurrir las notas definidoras de aquella relación, dependencia, ajenidad y prestación personal del servicio, puesto que dichos trabajadores están sometidos al poder de organización y disciplina del Colegio, que no solo es el que puede señalar (aunque sea para determinado colectivo) lo que se ha de percibir por la expedición de certificados, sino el que recibe todos los emolumentos cobrados por los empleados, separando lo que es relativo a gastos y distribuyendo el resto entre la empleadora y los trabajadores y pudiendo incluso clausurar el centro de trabajo sin previo aviso a estos. En este sentido, se viene a precisar, por lo que respecta a la retribución de los empleados, que la participación en ingresos es una percepción de naturaleza salarial en cuanto tiene su origen en la prestación profesional de los servicios profesionales por cuenta ajena; ahora bien, según la estructura del salario, cuando la totalidad de la retribución dependa de los ingresos empresariales su naturaleza es de salario base. Igualmente, se precisa, en idéntica línea a la ya expuesta por la doctrina judicial recogida en este mismo trabajo, que la facultad confiada a los empleados de designar persona idónea que la sustituyera en vacaciones es consecuencia de su titulación profesional que la capacita para hallar quién fuera idóneo, no privando de prestación personal al servicio prestado dentro del ámbito laboral⁸⁵.

Del mismo modo, entiende la doctrina judicial que existe relación laboral entre el médico radiólogo y la clínica en la que presta los servicios, al concurrir en dicha relación contractual los presupuestos determinantes de aquella relación. En este caso concreto, se afirma, en lo que a la dependencia y subordinación al empresario se refiere, que no se opone a la dependencia que el médico goce de libertad en el ejercicio de los asesoramientos encomendados, pues esto

⁸³ STSJ Extremadura 30 junio 1997 (rec. 372/1997); STSJ Extremadura 12 noviembre 1997 (rec. 535/1997).

⁸⁴ STSJ Extremadura 9 abril 1996 (rec. 199/1996), STSJ Extremadura 30 junio 1997 (rec. 372/1997); STSJ Extremadura 12 noviembre 1997 (rec. 535/1997).

⁸⁵ STSJ Extremadura 9 abril 1996 (rec. 199/1996).

ocurre en general en todos los trabajos de naturaleza intelectual, dado que el servicio prestado en profesiones que requieren una titulación superior, ha de desarrollarse, en buena medida, por el profesional de acuerdo con sus conocimientos sin tolerar injerencias injustificadas, resultando la dependencia, no por la imposición de criterios en dicho ejercicio, sino, entre otras manifestaciones, por la realización de los trabajos para los que se les requiere, por los tiempos fijados para llevarlos a efecto, por la prestación de los servicios en las dependencias de la empresa, tal cual ocurre en este caso, en el que el servicio de radiología del que se ocupa el médico, se presta durante las veinticuatro horas del día, si bien las radiografías se realizan en el horario que determina la dirección de la clínica y en las dependencias de la misma. Además, entiende la doctrina judicial que en este caso nos encontramos en un supuesto típico de salario a comisión, en el que la remuneración pactada entre el médico y la clínica por los servicios de radiología practicados por el radiólogo, los factura, para cada enfermo, el hospital, según su propio criterio y evolución; y de esa facturación total se le abona al médico un tanto por ciento, indicándose por la clínica la forma de reparto, a partes iguales. Situándonos, por tanto, bajo la específica variedad de medición por unidad de tarea, en lugar de por unidad de tiempo⁸⁶.

Por el contrario, entiende la doctrina judicial que no existe relación laboral, sino un contrato de arrendamiento de servicios, entre una comunidad de bienes, conformada por radiólogos y una clínica privada, en un supuesto en el que dicha comunidad, constituida por las personas físicas que se estimaban por conveniente, variando sus componentes a lo largo de la relación con la clínica, explotan el servicio de radiología de la clínica con plena autonomía. Los componentes en cada momento de la comunidad fijan sus horarios, su asistencia e incluso las vacaciones del personal auxiliar a su servicio, incluyendo a otros facultativos en la comunidad, sin necesidad de autorización de la clínica, sin comunicárselo tan siquiera, organizando su trabajo y citando a los pacientes a su conveniencia. En los honorarios que perciben, no existe un mínimo garantizado, variando en función de la facturación mensual del servicio, sobre un porcentaje del 21% por acto médico que la clínica abona a dicha comunidad, que después se distribuyen libremente los facultativos. En definitiva, no existe ni dependencia e inserción dentro del ámbito organicista de la clínica, ni ajenidad, ni retribución. Ni es de carácter personalísimo la prestación de servicios de los radiólogos, sino que la misma se efectúa innominadamente por la comu-

⁸⁶ STSJ Extremadura 6 mayo 1992 (rec. 226/1992).

nidad de bienes, sin que ninguna intervención se le dé a la clínica, ni tan siquiera se le comunique⁸⁷.

b) **Psicólogos**

Entiende la doctrina judicial que nos encontramos en presencia de una relación laboral, al apreciarse indicios suficientes para entender concurrente dicha relación, en el supuesto de la prestación de servicios de psicología llevada a cabo en virtud de convenio entre la Administración pública y el Colegio Oficial de Psicólogos, en el que en la prestación de dichos servicios se emplean medios propiedad de la Administración, el local, el mobiliario, el correo electrónico y las aplicaciones informáticas, para cuyo empleo, se siguen determinadas instrucciones. Además, el trabajador recibe directrices de la Administración, a través del jefe de servicios, manteniendo comunicaciones constantes. Igualmente, aquel tiene que remitir a la Administración estadillos, estadísticas e informes mensuales, así como memoria anual. Además, el trabajador no tiene libertad para decidir el horario en el que presta servicios, sino que lo hace en el fijado en los convenios de colaboración. Además, debe ponerse de acuerdo para las fechas de disfrute de cursos y vacaciones. Y las cantidades percibidas por el trabajador por el desempeño de sus funciones no dependen de los servicios prestados, remitiéndose al Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos doce facturas anuales por el mismo importe. En este sentido, se recalca que no quedará excluida la consideración laboral de dicha relación por la suscripción de convenios de colaboración ente la administración y el Colegio Oficial de Psicólogos, ni el abono de las facturas por este último⁸⁸.

c) **Oftalmólogos y optometristas**

En cuanto a este colectivo profesional, entiende la doctrina judicial, que no existe relación laboral entre un médico oftalmólogo y una clínica oftalmológica, por estar ausentes las notas de remuneración y dependencia que caracterizan el contrato de trabajo, en un supuesto en el que la falta de dependencia se manifiesta en que el oftalmólogo cuenta con total autonomía organizativa

⁸⁷ STSJ Extremadura 16 febrero 2001 (rec. 42/2001).

⁸⁸ STSJ Extremadura 29 abril 2019 (rec. 186/2019).

para prácticamente todos los momentos de su actividad, determinando que número de pacientes atiende, qué cantidad ha de cobrarse a cada uno de ellos y a qué pacientes no ha de cobrarse; tampoco existe una dirección de sus tareas por parte de la clínica oftalmológica, quien en ningún momento le concreta la forma, ni la duración del contenido de su actividad profesional; además, el oftalmólogo decide qué día no asiste a la Clínica y el período de vacaciones. Por otro lado, por lo que respecta a la remuneración –y aun teniendo en cuenta la cuantía fija asignada–, la misma depende de la recaudación por las minutas despachadas por el oftalmólogo y cuantificadas en relación a los servicios prestados a los enfermos, con lo que, en cierta medida, era copartícipe del riesgo empresarial⁸⁹.

d) Personal de enfermería, auxiliares médicos y auxiliares de enfermería

En relación al colectivo profesional de ATS, entiende la doctrina judicial que nos encontramos ante la existencia de una relación laboral, en aquel supuesto en el que el ATS presta servicios como facultativo de empresa contratado por esta para sustituir a otro trabajador de la misma, retribuido directamente por la patronal y bajo las órdenes y direcciones de aquella⁹⁰. En esta misma línea, tal y como ya se hiciera en el caso del personal médico, afirma la doctrina judicial en relación a los ATS que estamos en presencia de una relación laboral entre estos y una entidad sanitaria (clínica privada), al concurrir en dicha relación las notas esenciales del contrato de trabajo. Ya que se aprecia con nitidez la ajenidad cuando los beneficios o ingresos que generaba el trabajo pasan directamente a la pertenencia de la entidad sanitaria. Y en cuanto a la dependencia, aun cuando se establece la premisa que en una relación de profesionales sanitarios lo más lógico es que la dependencia aparezca un tanto debilitada o difusa, por la autonomía científica que en mayor o menor medida, exige la actuación de los mismos, ello no significa que tal dependencia no pueda operar en aquellos casos en los que se realiza el trabajo profesional en la oficina del prestador de los servicios, con sus medios, sometido a un horario laboral, existe un período vacacional pagado por la empresa, abono de gastos de material o de dietas, etc.,⁹¹. Asimismo, se afirma por parte de la doctrina

⁸⁹ STSJ Extremadura 25 febrero 2003 (rec. 90/2003).

⁹⁰ STSJ Extremadura 9 julio 1998 (rec. 460/1998).

⁹¹ STSJ Extremadura 30 junio 1997 (rec. 372/1997); STSJ Extremadura 12 noviembre 1997 (rec. 535/1997).

judicial, en el caso de estos profesionales, por lo que se refiere a la prestación personal de los servicios, que el hecho de que estos asistieran una vez al mes cada uno a la clínica y que los mismos se organizaran entre sí de forma que esté cubierto el servicio, no priva de aquella característica al servicio prestado dentro del ámbito laboral⁹².

X. PERSONAL DOCENTE

a) **En centros educativos públicos**

En relación con este colectivo profesional, aclara la doctrina judicial que el contrato de los profesores especialistas en institutos públicos no será necesariamente administrativo, sino que será laboral o administrativo según la normativa que resulte de aplicación. Y dicha normativa es: en primer lugar, el artículo 1.1 del ET, en virtud del cual no hay duda alguna de que concurren en la relación de servicios de los Profesores Especialistas las características definitorias de la laboralidad: ajenidad y dependencia, al ser el centro educativo quien ha venido contratando directa y sistemáticamente al profesor para ocupar siempre el mismo puesto y desempeñar las mismas funciones en las dependencias y horario fijados por ella y siguiendo siempre el profesor las directrices impuestas por la misma, prestando servicio efectivo a todos los efectos como cualquier profesor contratado del centro educativo público y asiste hasta a los claustros de profesores, como todos los demás del centro. En segundo lugar, no hay una norma de rango legal que permita hacer jugar la excepción de la laboralidad, a favor de la contratación administrativa, prevista en el artículo 1.3,a) del ET: no cumple ese papel el artículo 95.2 de la LOE, que deja la cuestión abierta; y no lo cumple la Ley de Contratos del Sector Público en los artículos que regulan el contrato administrativo de servicios. Además, subraya la doctrina judicial que esta solución es plenamente coherente con el diseño del empleo público establecido por el Estatuto Básico del Empleado Público, basado en un modelo bipolar: los empleados públicos o son funcionarios o son contratados laborales. Y así lo especifica el artículo 8 del EBEP que solamente añade, como figuras muy especiales, en cuanto dotadas de un código genético transitorio, a los «funcionarios interinos», que no dejan de ser funcionarios y al «personal eventual», únicamente previsto para desempeñar «funciones de

⁹² STSJ Extremadura 9 abril 1996 (rec. 199/1996), STSJ Extremadura 30 junio 1997 (rec. 372/1997); STSJ Extremadura 12 noviembre 1997 (rec. 535/1997).

confianza o asesoramiento especial» de cierto tipo de altos cargos y cuyo cese «tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento» (art. 12 EBEP). Para nada contempla el EBEP al contrato administrativo como una vía normal de reclutamiento de empleados públicos. Su supervivencia debe considerarse absolutamente excepcional y, como tal, las normas en que pudiera ampararse su existencia deben ser interpretadas restrictivamente. La figura del contrato administrativo encabalgada sobre relaciones de prestación de servicios materialmente laborales solamente ha cumplido una función de precarización y de privación de derechos a los empleados públicos que la han sufrido⁹³.

Del mismo modo, por lo que se refiere a los profesores de Religión que prestan servicios en centros de enseñanza pública, ha argumentado la doctrina judicial que concurren las notas previstas en el ET para calificar como laboral la relación jurídica existente entre las partes, voluntariedad, ajenidad, retribución y sometimiento a una organización empresarial docente; no existiendo ninguna norma que atribuya a dichos profesores la condición funcionarial, ni confieran al vínculo carácter administrativo, como exige de forma imperativa el artículo 1.3, a) ET, que incluso requiere que dicha norma excluyente de la relación laboral tenga el rango de ley. Por lo que igualmente es aplicable la presunción de laboralidad contenida en su artículo 8. Dicha calificación viene avalada por la normativa aplicable a este colectivo profesional, en concreto, el Acuerdo 3 enero 1979 sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979, el cual entre sus estipulaciones contempla que los planes educativos en los niveles de educación incluirán la enseñanza de Religión Católica en todos los Centros de Educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales. En los distintos niveles educativos, la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el Ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza. Con antelación suficiente, el Ordinario diocesano comunicará los nombres de los profesores y personas que sean consideradas competentes para dicha enseñanza. Los profesores de Religión formarán parte a todos los efectos del Claustro de Profesores de los respectivos centros». La situación económica de los profesores de Religión Católica, en los distintos niveles educativos que no pertenezcan a los Cuerpos Docentes del Estado, se concertará entre la Administración Central y la Conferencia Episcopal Española. Asimismo, se establece que las remuneraciones de los profesos-

⁹³ STSJ Extremadura 18 julio 2017 (rec. 376/2017).

res de formación religiosa de los Centros Oficiales de Bachillerato serán análogas a las establecidas para el profesorado interino de dicho nivel educativo. Los profesores de Religión y Moral Católica serán nombrados por la autoridad correspondiente a propuesta del Ordinario de la Diócesis. Dicho nombramiento tendrá carácter anual y se renovará automáticamente, salvo propuesta en contra del mencionado Ordinario efectuada antes del comienzo de cada curso, o salvo que la Administración, por graves razones académicas y de disciplina, considere necesaria la cancelación del nombramiento, previa audiencia de la autoridad eclesiástica que hizo la propuesta. Tales profesores podrán asumir en los centros todas aquellas funciones que les pueden corresponder en cuanto miembros del Claustro de Profesores a todos los efectos según su dedicación y categoría académicas y les sean encomendadas por la dirección del centro o autoridad competente. En este sentido, se aclara que no interfiere en la naturaleza laboral de la relación jurídica entre las partes que el acto jurídico originador de la prestación de servicios de los citados profesores se haya materializado a través de un nombramiento del órgano administrativo titular del centro docente, al que indudablemente prestó su consentimiento el profesor y no a través de un contrato formal, ya que ello no prejuzga sin más la naturaleza del vínculo que con tal nombramiento se creó. Tampoco interfiere en la naturaleza de la relación jurídica que en el estadio previo al nombramiento del profesor se exija una propuesta del Obispado. Además, la normativa de la función pública, en concreto en el ámbito docente, especifica que los puestos de trabajo docentes serán desempeñados por funcionarios de los Cuerpos y Escalas docentes. No obstante, podrán desempeñarse por personal laboral –entre otros casos– los puestos que, en razón de su naturaleza, no se correspondan con las titulaciones académicas existentes, siendo claro que también cabe encajar el supuesto examinado. No obstante, sentadas las bases de la calificación laboral de la relación jurídica que mantienen los profesores de Religión con los centros educativos públicos, se advierte, en este contexto, por parte de la doctrina judicial que nos encontramos ante una relación laboral atípica, no solo en cuanto al nombramiento para el puesto de trabajo, como para el cese en el mismo, que está determinado por la voluntad del Ordinario de la Diócesis, en todo caso, o por la de la autoridad administrativa cuando existan graves razones académicas o de disciplina⁹⁴.

⁹⁴ STSJ Extremadura 28 mayo 1998 (rec. 304/1998); STSJ Extremadura 27 octubre 1998 (rec. 556/1998); STSJ Extremadura 2 noviembre 1998 (rec. 734/1998); STSJ Extremadura 9 abril 1999 (rec. 98/1999).

b) En organismos públicos

En concreto, la doctrina judicial califica como laboral la relación jurídica existente entre un Ayuntamiento y un profesor de Música, al concurrir en la misma los elementos determinantes de aquella relación, esto es, ajenidad, dependencia y retribución, en aquel supuesto en el que un profesor de Música suscribe un contrato de prestación de servicios con un Ayuntamiento para la preparación de componentes de la Banda Municipal de Música, con una retribución mensual. Ampliándose el objeto del contrato a la dirección de la Banda Musical en los conciertos que fuesen convocados por la Delegación de Cultura del Ayuntamiento, impartiendo además clases de Música en la Escuela Municipal de Música, sita en las propias dependencias municipales en los días y horario determinados. No impidiendo dicha calificación el hecho de que el profesor simultanee la prestación de servicios para el Ayuntamiento con otros servicios profesionales, ya que la exclusividad en la prestación de servicios no es nota determinante de la naturaleza de la contratación. Asimismo, tampoco son notas determinantes de la conceptualización de arrendamiento de servicios de la relación existente «inter partes», el alta en el IAE, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o el cobro de honorarios por cada trabajo realizado con aplicación de IVA y deducción del IRPF⁹⁵.

c) Profesores de academia

En cuanto a este colectivo profesional, entiende la doctrina judicial que no existe relación laboral, porque no se dan las notas que la definen, la retribución, la dependencia y la ajenidad, elementos, sobre todo los dos últimos, esenciales y de necesaria presencia en el contrato de trabajo, en aquel supuesto en el que no hay sometimiento a la esfera organicista, rectora y disciplinaria del empresario; esto es, que este organizara el trabajo, diera órdenes y sancionara al profesor en caso de incumplimiento de sus obligaciones, pues únicamente la empresa controla el buen uso de las instalaciones y resuelve las discrepancias en cuanto a la utilización de las aulas, lo cual no se deriva de su cualidad de empresario, sino de la de propietario del local donde se imparten las clases. Asimismo, tampoco aparece en la relación entre las partes, la ajenidad en la prestación del servicio, lo que significa que la retribución se encuentra garantizada, con independencia de los beneficios o pérdidas del empresa-

⁹⁵ STSJ Extremadura 27 enero 1998 (rec. 846/1997).

rio, esto es, con independencia de los riesgos empresariales, de tal forma que el trabajador percibiría su retribución en cualquier caso sin quedar afectado por el riesgo de pérdidas o mayor onerosidad en la ejecución de la prestación, pues el trabajador cumple con la mera puesta a disposición, ya que se trata de una obligación de medio y no de resultado, puesto que todos los meses cobra una cantidad diferente que depende de la asistencia de alumnos a sus clases. De ahí que no estamos en presencia de un contrato de trabajo, ni tampoco ante un contrato de arrendamiento de servicios, sino ante otro, de naturaleza civil, el de sociedad, que define el artículo 1.665 del Código Civil como aquel por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias, en el cual, la empresa pone el local de su propiedad y esa actividad de promoción del negocio y de cierta organización, y los profesores su actividad docente⁹⁶.

Por el contrario, entiende la doctrina judicial que estamos en presencia de una relación laboral, al concurrir las notas definidoras de aquella relación, la ajenidad, la dependencia y la retribución, en un supuesto en el que la ajenidad en la prestación de los servicios se manifiesta en que la utilidad, los rendimientos económicos, de la actividad de los profesores no ingresan en su patrimonio, sino en el de la empresa de formación, quien percibe el importe de los cursos y, sea cual sea el resultado de la explotación, tiene que abonar la retribución acordada a los profesores, los cuales, por tanto, no corren riesgo alguno, pues perciben sus ingresos sean cuales sean aquellos resultados, los cuales, en cambio, repercuten en la empresa, que tiene que abonar los gastos necesarios para impartir los cursos, como son, además de las retribuciones de los profesores, los propios del mantenimiento de los locales donde se realizan los cursos y o el salario de una administrativa, gastos en los que los profesores no participan en absoluto. Igualmente puede predicarse de la relación entre las partes la dependencia, pues resulta que la empresa es quien solicita y obtiene de los correspondientes organismos la realización de los cursos que imparten los profesores, es la directora y coordinadora de ellos; es decir, quien organiza y dirige los medios, tanto materiales como personales, con los que se imparten los cursos. Por último, aparece en la relación entre las partes la retribución a quien presta los servicios por parte de quien los recibe, pues por su prestación los profesores perciben de la empresa una determinada cantidad por hora de clase impartida, modalidad de retribución que no excluye el contrato de trabajo. No desvirtúa la existencia de contrato de trabajo que un profesor percibiera un subsidio por desempleo durante un período de la prestación de servicios, pues,

⁹⁶ STSJ Extremadura 26 junio 2007 (rec. 320/2007).

si la voluntad de las partes no puede excluir tal contrato, tampoco lo puede hacer la solicitud y obtención por parte del trabajador de una prestación que puede ser incompatible con la prestación de servicios, entre otras razones porque, existiendo la percepción de una retribución, la incompatibilidad se daría también aunque fuera en virtud de una relación distinta al contrato de trabajo. Tampoco se desvirtúa el contrato de trabajo con motivo de la prestación de servicios para otra empresa, pues la exclusividad en la prestación de servicios no es nota determinante de la naturaleza de la contratación. Finalmente, no impide el contrato de trabajo la mayor o menor autonomía que tuvieran los profesores en la realización de la prestación de sus servicios, sobre todo en lo que se refiere a la forma de impartir las clases y los contenidos que imparten pues, en cada contrato de trabajo, la dependencia posee una mayor o menor gradación, según las características de la actividad que se realice y el puesto de trabajo que se ocupe, de tal forma que habrá una mayor dependencia en el contrato de embarco en la marina mercante o en el contrato de un peón, que en el contrato a domicilio o en el contrato de un trabajador altamente cualificado –ingeniero, médico o abogado– o directivo, siendo, precisamente, la enseñanza una de las actividades en las que mayor autonomía se predica del profesor en cuanto a la estricta labor docente, sin que por ello se pierda la naturaleza de contrato de trabajo de la relación que pudiera existir con el titular del centro educativo donde se prestan los servicios⁹⁷.

XI. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN

a) **Reporteros, reporteros gráficos y corresponsales**

En la valoración del tipo de relación en virtud de la cual pueden prestar servicios los reporteros para los medios de comunicación, el TSJ de Extremadura emplea la doctrina del TS en cuanto a la calificación de los contratos no dependiendo de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto⁹⁸. Así, si 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,

⁹⁷ STSJ Extremadura 21 septiembre 2007 (rec. 514/2007).

⁹⁸ STSJ Extremadura 569/2015, de 24 noviembre (rec. 504/2015).

dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es un intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, pero dependiente, por cuenta ajena y a cambio de una retribución garantizada. Cuando concurren, junto a las notas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontraremos ante un contrato de trabajo sometido a la legislación laboral⁹⁹.

Por dependencia se entiende la integración dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, que concurre cuando el que presta servicios retribuidos debe atenerse a las directrices e instrucciones que imparta la empresa para la realización del trabajo concertado, no quedando a la elección del que lo realiza el tiempo, lugar, manera ni contenido del mismo. La ajenidad supone la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados, o la adopción por parte del empresario (y no del trabajador) de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o las relaciones con el público, como la fijación de precios o la indicación de las personas a atender¹⁰⁰.

Particularmente la doctrina judicial entiende que existe contrato de trabajo en aquel supuesto en el que el reportero desempeña su labor profesional con sujeción a las instrucciones de la empresa, cubriendo las noticias que le indican, con disponibilidad horaria plena y utilizando todos los medios e instalaciones del empresario¹⁰¹. En esta delimitación es apreciable la ajenidad, ya que el reportero no realiza las tareas por propia iniciativa, con la finalidad de ofrecerlas posteriormente para su adquisición por un tercero, sino que las efectúa por encargo de la empresa. También la nota de dependencia puede apreciarse desde el momento en el que se transmiten semanalmente los objetivos a cubrir por el reportero, siendo irrelevante tanto la existencia o no de instrucciones sobre el modo de realizar los reportajes, ya que el profesional de la información goza de un elevado grado de libertad a la hora de efectuarlos, trabajando habitualmente a considerable distancia del empresario en el lugar en el que se produce la noticia¹⁰², como la posible utilización de cámara propia por el reportero gráfico o fotógrafo siempre que el resto del material (cintas, micrófonos, auriculares, credenciales, etc.) se encuentre vinculado a la empresa¹⁰³.

⁹⁹ STSJ Extremadura 439/2009, de 29 septiembre (rec. 398/2009).

¹⁰⁰ STSJ Extremadura 124/2010 de 25 febrero (rec. 8/2010).

¹⁰¹ STSJ Extremadura 173/2011, de 15 abril (rec. 116/2011).

¹⁰² STSJ Extremadura 643/2009 de 29 diciembre (rec. 574/2009). STSJ Extremadura 666/2009 de 30 diciembre (rec. 617/2009).

¹⁰³ STSJ Extremadura 124/2010 de 25 febrero (rec. 8/2010).

A ello se une la nota de prestación de servicios “*intuitu personae*”, pues pese a la apariencia formal, el reportero realiza personalmente las tareas que le encomienda la empresa, cubriendo los trabajos asignados y, al recibir la cinta grabada, la empresa hace suyo el producto de su trabajo, sin que en la realización del mismo el trabajador sea sustituido por otro.

En cuanto a la retribución de los servicios, concluye el Tribunal que la forma de retribución por resultado, si bien aun no siendo habitual en el contrato de trabajo, es perfectamente subsumible en el concepto de salario del art. 26 ET, que considera tal la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores por la prestación profesional de los servicios laborales, cualquiera que sea la forma de remuneración. En este aspecto, siguiendo al TS, se afirma que el art. 26.1 ET permite considerar salario a cualquier forma de remuneración, sin que se desvirtúe la naturaleza salarial por el hecho de adoptar la forma de facturas y hacer constar el cargo del IVA.

Por el contrario, no existe relación laboral cuando sea el corresponsal quien elige el acontecimiento sobre el que quiere informar y después lo ofrece a los medios de comunicación, quienes pueden o no aceptarlo, abonándole una determinada cantidad por reportaje, lo que casa mal con la idea de retribución prácticamente similar característica de la relación de trabajo, pues no es fácil que en una relación de independencia los trabajos ofrecidos y aceptados por las agencias supongan una cantidad igual¹⁰⁴.

Tampoco existirá trabajo dependiente cuando el colaborador/corresponsal presente a la empresa su trabajo por propia iniciativa, teniendo libertad para aceptar o no los temas que le son propuestos y realizando su colaboración sin estar sujeto a horario, régimen de jornada, ni encuadrado ni adscrito a una dependencia en la organización de la empresa¹⁰⁵.

Igual conclusión se afirma respecto del que realiza notas de prensa para empresas, no constituyendo relación laboral cuando la corresponsal, ayudada por su cónyuge, tiene encomendada la labor de mandar noticias locales por sus propios medios, a cuyo fin solo era necesario leer la prensa, donde quisiera, como quisiera y por quien quisiera, sin recibir instrucción alguna y teniendo en cuenta que la lectura, en principio, era diaria, se le abonaba una retribución fija, siendo la única limitación que remitiera lo recopilado a primera hora, a las 9h, razón por la cual la corresponsal (u otra persona) podía examinar la prensa

¹⁰⁴ STSJ Extremadura 643/2009 de 29 diciembre (rec. 574/2009).

¹⁰⁵ STSJ Extremadura 468/2002, de 2 octubre (rec. 422/2002). STSJ Extremadura 292/2003, de 16 mayo (rec. 225/2003). STSJ Extremadura 80/2014 de 13 febrero (rec. 9/2014).

desde que se cierran las ediciones hasta dicha hora, sin exigir dedicación de horas de trabajo, ni limitar qué prensa debía leer de la regional ¹⁰⁶.

b) **Informador y redactor**

Relacionado con este colectivo, la doctrina judicial entiende que existe relación laboral entre el redactor y la empresa por concurrir los dos elementos esenciales definitorios de la relación laboral, ajenidad y dependencia, desde el momento en el que el trabajo se desarrolla en la sede y con los medios de la empresa, bajo la supervisión de otro empleado de ella, sujeto a una jornada de cuatro días a la semana, aun con horario variable y percibiendo una retribución prácticamente similar desde hace casi dos años ¹⁰⁷.

A ello cabe añadir que lo expuesto no se opone a la situación de que el convenio colectivo aplicable excluya de su ámbito de aplicación a los presentadores y locutores contratados para obras o espacios determinados, porque un convenio colectivo no puede desvirtuar lo que sea una relación laboral convirtiéndola en otra distinta, pues como sucede con otras prestaciones (alta dirección, compositores, personal artístico, etc.) estos podrán prestar servicios en virtud de un contrato de trabajo al margen del convenio aplicable.

Tampoco afecta al carácter laboral de la relación entre las partes el hecho de que el redactor pueda simultanear la prestación de sus servicios para la empresa con otras actividades de su profesión, bien por cuenta propia o ajena, pues esa circunstancia solo está prohibida en el art. 21.1 ET cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte plena dedicación. Cuando eso suceda la consecuencia no será dejar de existir contrato de trabajo, sino la infracción de un deber que otorgaría al empresario la posibilidad de ejercicio de la facultad disciplinaria prevista en el art. 54.2.d) ET.

c) **Locutor y comentarista**

Entiende la doctrina judicial que nos encontramos en presencia de una relación laboral entre estos y una emisora de radio, por manifestarse con nitidez la dependencia y ajenidad, en el supuesto en el que el locutor cubre la información deportiva a nivel regional y nacional de los equipos extremeños,

¹⁰⁶ STSJ Extremadura 494/2010, de 7 octubre (rec. 362/2010).

¹⁰⁷ STSJ Extremadura 146/2016, de 5 abril (rec. 87/2016).

tiene un horario durante los días laborables y cada tres fines de semana cubre exclusivamente la información deportiva regional sustituyendo a sus otros dos compañeros, elaborando los programas que se emiten los sábados y domingos y asistiendo a los encuentros deportivos, entrenamientos y ruedas de prensa que se celebren. Igualmente, para el cumplimiento de sus servicios dispone de llaves de acceso a la emisora, donde cuenta con una mesa de trabajo y los correspondientes equipos informáticos y material de grabación y reproducción, propiedad estos del empresario. A ello se une que el locutor disfruta de un mes de vacaciones al año en el que es sustituido por sus compañeros (y a su vez sustituye a estos cuando están de vacaciones) y percibe su remuneración por número de intervenciones, lo que no es incompatible con el contrato de trabajo, pues el art. 26.1 ET permite considerar dicha forma de retribución como salario. Todos estos datos sitúan, como conclusión, al trabajador dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, con realización diaria del trabajo, sustituyendo a trabajadores de la misma y sin que conste que realice trabajos por cuenta de otro, empleando los medios materiales de la empresa.

En cambio, una calificación distinta obtendrá el vínculo en el supuesto en el que el locutor decidiera qué reportajes quería realizar y, una vez realizados, siendo de su exclusiva propiedad, los vendiera a la demandada o a otras empresas de comunicación, supuesto en el que podría hablarse de contrato de colaboración. Además, entiende el Tribunal, no destruye la presunción establecida en el art. 8.1 ET, la existencia de alta en el RETA o en el IAE o la emisión de facturas con su correspondiente IVA ¹⁰⁸.

XII. COMERCIALES, AGENTES, VENDEDORES

a) **Gestores mediadores de seguros, subagentes y agentes auxiliares de seguros**

Con relación a este colectivo profesional la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes debe partir, tal y como manifiesta el TS, de los contenidos de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente determinen el tipo contractual. De este modo la diferencia fundamental existente entre agente mercantil y laboral será que, en el primero, deberá concurrir la nota fundamental de la independencia o

¹⁰⁸ STSJ Extremadura 572/2005, de 6 octubre (rec. 425/2005).

autonomía del agente y, en el segundo, la dependencia del mismo a la organización y dirección del empresario ¹⁰⁹.

Sobre este colectivo advierte la doctrina que la actividad de mediación en la producción de seguros realizada por agentes constituye una mediación en operaciones mercantiles que, como tal, no constituye una relación laboral normal de las contempladas en el artículo 1.1 ET, ni tampoco una relación laboral especial del art. 2.1.f) ET. Pues el contrato de agencia de seguros se configura originariamente como una relación estrictamente mercantil cuyo objeto es la mediación, promoción y asesoramiento preparatorio de la formalización de contratos de seguros entre los asegurados y tomadores del seguro, de una parte, y las entidades aseguradoras, de otra ¹¹⁰.

En esta línea se considera relación de carácter laboral cuando concurren las notas de ajenidad, dependencia y retribución, admitiéndose incluso la compatibilidad del trabajo por cuenta ajena y la de agente de seguros (por cuenta propia) para una misma empresa ¹¹¹. Pues lo decisivo en la calificación del vínculo no será que el trabajador figure dado de alta en el RETA y abone las cuotas correspondientes, o tenga pactada una remuneración anual que se abone por ejemplo en partes mensuales, sino que tenga un lugar propio de trabajo que no sea el de su empresa, que no trabaje para la empresa con exclusividad, sino que lo haga también para otros clientes, que aparte de unas líneas generales y plazos de entrega fijados por la empresa, lleve a cabo su labor con gran libertad, pudiendo organizar su trabajo sin que se le impongan horarios ni períodos de trabajo u otros condicionantes o, en fin, que, además de realizar su trabajo en lugares de trabajo de la empresa, lo haga también con equipos y medios de su propiedad, y no de aquella ¹¹².

Al respecto, la jurisprudencia ha destacado como indicios de dependencia, entre otros, los siguientes: el desempeño formal de la prestación de servicios, sin posibilidad de sustitución; el sometimiento a jornada y a un horario; la asiduidad en el trabajo, esto es la asistencia al trabajo todos los días laborales; la exclusividad en el trabajo, si bien la jurisprudencia admite la presencia de un contrato de trabajo en casos de pluriempleo; la inserción en una organización empresarial y la ausencia de una organización empresarial autónoma por parte del trabajador o la asistencia a un centro de trabajo. Y como indicios

¹⁰⁹ STSJ Extremadura 22/2003, de 13 enero (rec. 602/2002).

¹¹⁰ STSJ Extremadura 158/2011, de 7 abril (rec. 73/2011). STSJ Extremadura 264/2018, de 2 mayo (rec. 170/2018). STSJ Extremadura 510/2018, de 13 septiembre (rec. 449/2018).

¹¹¹ STSJ Extremadura 671/2007, de 24 octubre (rec. 220/2007).

¹¹² STSJ Extremadura 72/2005, de 27 enero (rec. 756/2004). STSJ Extremadura 74/2005, de 27 enero (rec. 756/2004). STSJ Extremadura 569/2015, de 24 noviembre (rec. 504/2015). STSJ Extremadura 587/2017, de 26 septiembre (rec. 501/2017). STSJ Extremadura 638/2018, de 30 octubre (rec. 571/2018).

de la ajenidad, entre otros: la no aportación de los medios o instrumentos de trabajo (materias primas, herramientas, maquinaria, vehículos de transportes, instalaciones, etc.); la aportación empresarial del producto elaborado por el trabajador; la existencia de una contraprestación económica al trabajo, cuya cuantía, comparada con la de los salarios de los trabajadores de la misma localidad y categoría, no envuelve un lucro o beneficio especial, sino que resulta equivalente a la de aquellos, o el carácter fijo o periódico de la remuneración percibida.

Independencia que se presumirá concurre, al contrario, cuando el agente organiza su propia actividad profesional y el tiempo que dedica a la misma conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido en el desenvolvimiento de su relación a instrucciones que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare¹¹³.

En el caso de los subagentes de seguros concurre relación laboral cuando realicen labores de cobro de primas de pólizas ya concertadas y solo excepcionalmente concierten alguna póliza nueva y pese a no recibir instrucciones del inspector del que depende acudan periódicamente (por ejemplo, cada semana) a la agencia a dar cuenta de su trabajo, así como a recoger del casillero que tienen asignado la documentación y a final de mes para la liquidación¹¹⁴. Por el contrario, no existirá relación laboral entre el agente de seguros y la agencia cuando además de realizar labores de cobro de primas de pólizas, se realicen labores comerciales ante los posibles clientes de la agencia¹¹⁵.

b) **Agente financiero**

En la delimitación jurídica de este colectivo la doctrina judicial concluye, conforme establece el legislador laboral, en la necesidad de apreciación de la nota de la ajenidad y, más en concreto, por su variante de la ajenidad en los riesgos, como presupuesto delimitador de la existencia de la relación laboral de quien se dedica profesionalmente a ejercer actividades de mediación mercantil por cuenta de terceros. A dicha nota característica se añade otro criterio

¹¹³ STSJ Extremadura 480/2000, de 26 julio (rec. 450/2000). STSJ Extremadura 125/2016, de 17 marzo (rec. 555/2015). STSJ Extremadura 425/2016, de 4 octubre (rec. 411/2016). STSJ Extremadura 735/2018, de 13 diciembre (rec. 649/2018).

¹¹⁴ STSJ Extremadura 15/2000, de 12 enero (rec. 692/1999).

¹¹⁵ STSJ Extremadura 84/2001, de 16 febrero (rec. 36/2001). STSJ Extremadura 316/2001, de 21 junio (rec. 306/2001). STSJ Extremadura 117/2006, de 13 febrero (rec. 804/2005). STSJ Extremadura 122/2007, de 21 febrero (rec. 830/2016). STSJ Extremadura 152/2011, de 31 marzo (rec. 74/2011). STSJ Extremadura 227/2012, de 26 abril (rec. 87/2012). STSJ Extremadura 9/2013, de 17 enero (rec. 531/2012).

interpretativo decisorio en la calificación, la dependencia, que se presume ausente cuando el agente organiza conforme a sus propios criterios su actividad profesional y el tiempo que dedica a la misma, sin quedar sometido en el desenvolvimiento de su relación a instrucciones que pudiera impartir en tal aspecto las empresas por cuya cuenta actuare. Estas notas no concurren cuando los servicios que presta el agente financiero consisten principalmente en operaciones de apertura de cuentas corrientes y libretas, reintegros e ingresos de efectivos dinerarios, preparación de documentos para préstamos, puesta al día de libretas de ahorros, etc., para lo cual el trabajador dispone de un terminal informático en su propio domicilio en el que desarrolla esas actividades, sin sujeción a jornada ni horario preestablecidos, pese a realizar su trabajo bajo un control exhaustivo de la empresa y dentro de su ámbito de dirección y organización ¹¹⁶.

c) **Intermediario inmobiliario**

La doctrina judicial entiende nos encontramos en presencia de una relación laboral en el ámbito de este colectivo cuando concurren las notas de ajenidad y dependencia. Entendido existe dependencia y, por tanto, relación laboral, cuando quien se dedica a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no puede organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios. También habrá dependencia cuando en el desarrollo de actividades de promoción y concertación de operaciones mercantiles por cuenta de una empresa, se siguen sus instrucciones en cuanto a precios y forma de pago, se le remite información de las operaciones, mediante la prestación personal del trabajo, sin responder del buen fin de las operaciones y necesitando la aprobación de la empresa.

En cambio, no habrá vinculación laboral entre el intermediario inmobiliario y la agencia cuando no pueda apreciarse la existencia de subordinación al empresario con facultades de mando, ni sometimiento a un horario y normas disciplinarias correspondientes, ni el seguimiento del rendimiento, ni el control de tiempos, ni la presentación de partes de trabajo o la realización de informes regulares que den cuenta de los servicios prestados. Todo ello pese a que en el desarrollo de dichas laborales se utilicen las instalaciones y medios

¹¹⁶ STSJ Extremadura 402/2009, de 30 julio (rec. 339/2009). STSJ Extremadura 589/2011, de 27 diciembre (rec. 531/2011). STSJ Extremadura 387/2012, de 17 julio (rec. 225/2012).

de la empresa (teléfono, material informático, etc.), las gestiones de intermediación con los clientes se realicen en nombre de esta y la retribución se formalice mediante facturas con su correspondiente IVA, método de pago totalmente válido de conformidad con el art. 26.1 ET¹¹⁷.

d) Agente y representante comercial

Régimen similar al expuesto en el apartado anterior rige para este colectivo profesional, respecto del que vuelve a recurrir la jurisprudencia a la dependencia como nota diferenciadora en este tipo de relaciones, que muestra la línea divisoria entre la relación laboral y mercantil. Para ello el TSJ recupera doctrina del TS en el sentido que debe presumirse excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, aquella vinculación en la que el agente actúa por cuenta de una o varias empresas y se dedica a promover y concluir, actos u operaciones de comercio, desplegando dicha actividad en términos de independencia, circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios.

Ello ocurre cuando el colaborador asume funciones o tareas de captación de agentes comerciales (para diversos empresarios), visita de siniestros, cobros y recibos de impagados, siendo retribuido con una cantidad fija y otra variable, sin horario, sin organización de visitas y forma de trabajo, sin utilización de instalaciones y medios de la empresa¹¹⁸.

XIII. DISTRIBUIDORES, REPARTIDORES Y TRANSPORTISTAS

a) Distribuidor y repartidor

En relación con el colectivo profesional de transportistas la doctrina judicial, al igual que en los supuestos anteriores, parte en su análisis de las consideraciones establecidas por el TS en cuanto a la delimitación de trabajo por

¹¹⁷ STSJ Extremadura 188/2012, de 2 abril (rec. 60/2012).

¹¹⁸ STSJ Extremadura 450/2002, de 24 septiembre (rec. 431/2002). STSJ Extremadura 314/2005, de 24 mayo (rec. 129/2005). STSJ Extremadura 362/2006, de 2 junio (rec. 216/2006). STSJ Extremadura 371/2006, de 2 junio (rec. 213/2006). STSJ Extremadura 143/2010, de 11 marzo (rec. 29/2010).

cuenta propia y por cuenta ajena ¹¹⁹. Así se considera que estamos en presencia de una relación laboral, por concurrir la nota de ajenidad, cuando los productos vendidos por los trabajadores sean propiedad de la empresa y el importe obtenido con las ventas sea entregado directamente en las dependencias de la misma, siendo irrelevante que el vehículo sea propiedad formal del trabajador ¹²⁰. La dependencia podrá apreciarse desde el momento en el cual las rutas son fijadas por la empresa, los trabajadores tienen una jornada y horario constante, careciendo de facultad para autoorganizar su prestación de servicios y acudiendo al centro de trabajo a entregar las cantidades percibidas ¹²¹.

b) **Transportista y transportista con vehículo propio**

En la consideración laboral o no de las vinculaciones de este colectivo, la doctrina judicial parte, en primer lugar, de lo establecido en el art. 1.3.g) ET, en cuanto que extiende excluido del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras de servicios de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público, cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador.

De ello resulta que, cuando el medio utilizado para el desarrollo de la actividad exija para su realización la obligatoria obtención previa la autorización administrativa para el transporte que habilite para su específica prestación (por ejemplo, en función del peso máximo autorizado), la relación no podrá considerarse como laboral. Sin embargo, cuando en el servicio de transporte con vehículo propio concurren las notas generales características del contrato de trabajo y, además, no se exija la autorización administrativa, será posible configurar como laboral la relación existente entre las partes ¹²². Al respecto, debe considerarse una de las notas que caracterizan esencialmente al contrato de trabajo, la dependencia, que se da por el hecho de encontrarse el trabajador dentro de la esfera organizativa, rectora y disciplinaria de la empresa de mensajería para la que presta el servicio de transporte y, aunque la dependencia no se configura en la actualidad como sinónimo de una subordinación rigurosa e

¹¹⁹ STSJ Extremadura 244/2003, de 28 abril (rec. 203/2003). STSJ Extremadura 702/2007, de 13 noviembre (rec. 600/2007).

¹²⁰ STSJ Extremadura 605/2010, de 16 noviembre (rec. 463/2010).

¹²¹ STSJ Extremadura 743/2018, de 20 diciembre (rec. 679/2018).

¹²² STSJ Extremadura 679/2003, de 12 noviembre (rec. 639/2003).

intensa, sino en un sentido más flexible, bastará con que el interesado se encuentre, según la definición legal dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. No obstante, y, pese a esa flexibilidad, la dependencia deberá exigirse a los efectos de calificar una determinada relación como laboral, pues de no ser así vaciaría de contenido otras posibles formas de colaboración de prestación de servicios por cuenta o en interés de tercero, admitidas en nuestro ordenamiento jurídico como ajenas al ámbito laboral.

Entre esta nota y la de ajenidad deberá existir en esta materia una fuerte conexión, que se exterioriza en determinados datos, por ejemplo, la inserción dentro del esquema jerárquico de la empresa, debiendo acatar sus órdenes y directrices o la subordinación a la persona que en aquella tenga la facultad de dirección o mando.

De lo anterior, concluye la doctrina judicial que no existe vinculación laboral y, por tanto, dependencia y ajenidad, cuando el trabajador realice el transporte encomendado por la empresa con plena autonomía y libertad, con sus propios medios productivos, soportando todos los gastos de mantenimiento y combustible, asumiendo los riesgos de su actividad (para cuya cobertura tiene concertado un seguro de responsabilidad civil de daños a terceros del que es tomador) y no estando inmerso en el círculo organicista, rector y disciplinario de la empresa. Si a ello se añade la recepción por el trabajador, no de un salario fijo, sino del cobro de un precio por su actividad confeccionando las correspondientes facturas en las que se especifica los servicios de transporte con su correspondiente IVA, serán todos ellos indicios más que suficientes para negar la existencia de contrato de trabajo ¹²³.

XIV. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

En el caso de prestación de servicios para la Administración pública, ha de partirse de la necesaria distinción entre contrato laboral y contrato administrativo, pues han sido frecuentes los supuestos de celebración de contratos administrativos para eludir la aplicación de las garantías inherentes a la regulación laboral por parte de las distintas administraciones. De esta forma, a fin de evitar la calificación como laboral de la prestación de servicios desarrollada, la Administración ha esgrimido el pretendido carácter administrativo de la

¹²³ STSJ Extremadura 665/2006, de 14 noviembre (rec. 633/2006). STSJ Extremadura 298/2007, de 4 mayo (rec. 72/2007). STSJ Extremadura 176/2011, de 15 abril (rec. 113/2011). STSJ Extremadura 596/2009, de 14 diciembre (rec. 545/2009). STSJ Extremadura 321/2014, de 5 junio (rec. 222/2014). STSJ Extremadura 270/2018, de 3 mayo (rec. 162/2018). STSJ Extremadura 2/2020, de 7 enero (rec. 603/2019).

misma, denominando los contratos concertados como de consultoría y asistencia técnica o para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales, cuya suscripción se sustentaba en la correspondiente normativa reguladora de la contratación en el sector público ¹²⁴.

Cierto es que el artículo 1.3.a) ET establece una exclusión constitutiva de la calificación como laboral de las relaciones de servicio con las Administraciones públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público cuando las mismas se regulen al amparo de una Ley por normas administrativas o estatutarias, rompiendo así la presunción de laboralidad de las relaciones de servicio recogida en el artículo 8.1 ET. Ahora bien, esa exclusión ha de tener un fundamento pues la naturaleza laboral de la prestación realizada, cuando presenta tanto las notas típicas de ajenidad y dependencia como el carácter retribuido, no puede desvirtuarse por la mera calificación formal del contrato como administrativo en virtud del citado artículo 1.3.a) ET en relación con las normas que pudieran justificar la misma. Estas normas permitían la excepción que suponían los contratos administrativos de prestación de servicios personales, pero sobre la base de alguna razón justificadora, cuya inexistencia suponía la aplicación de la mencionada presunción de laboralidad. Así sucedía en los supuestos de contratación administrativa de trabajos específicos cuando la actividad efectivamente desempeñada tenía una naturaleza genérica, careciendo de sustantividad propia. En base a ello, se hacía necesario distinguir entre contrato administrativo para la realización de “trabajos específicos y concretos no habituales”, para los que la Administración podía contratar a personas individuales, y contratos de trabajo, pu-

¹²⁴ La DA 4ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (BOE núm. 185, de 3 de agosto), prohibió la contratación administrativa de carácter temporal, opción que fue permitida por el artículo 6 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 (BOE núm. 40, de 15 de febrero). Dicha prohibición, sin embargo, no fue tan absoluta como se desprendía de sus propios términos pues cabían excepciones también recogidas en la norma: el contrato de colaboración temporal, que perviviría para determinadas categorías de profesores universitarios (DA 20ª), y el contrato para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales (DA 4ª, apartado 2). Este último estaba desarrollado por el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, sobre contratación para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales, en la Administración del Estado, sus organismos autónomos y la Seguridad Social (BOE núm. 205, de 27 de agosto), y por el Real Decreto 2357/1985, de 20 de noviembre, por el que se regulan los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales, de carácter excepcional, en la Administración local (BOE núm. 303, de 19 de diciembre). Con posterioridad, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE núm. 311, de 29 de diciembre), procedió a la supresión de la figura del contrato para trabajos específicos, desplazándose la problemática del encubrimiento de relaciones laborales hacia los contratos administrativos de consultoría y asistencia, que tuvieron entrada en nuestro ordenamiento mediante la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE núm. 119, de 19 de mayo) y fueron suprimidos por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 261, de 31 de octubre), y los de servicios.

diendo solamente suscribirse los primeros para la obtención de un producto delimitado de la actividad humana y no para el desarrollo de la actividad en sí misma considerada independientemente del resultado final, pues esto último constituiría una perversión de la posibilidad de recurso a la contratación administrativa prevista legalmente, al producirse un manifiesto desajuste entre la realidad y la norma legal de amparo.

Pueden citarse diversos supuestos analizados por el TSJ de Extremadura en que los servicios prestados para una entidad pública por parte de trabajadores formalmente autónomos al amparo de la contratación administrativa han sido calificados como laborales.

Así, la contratación administrativa para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales y, posteriormente, para consultoría y asistencia menor, de una monitora para el desarrollo de cursos de encuadernación en un Centro de Atención a Minusválidos Físicos dependiente del IMSERSO fue declarada laboral, pese a que la Administración alegaba la falta de concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia, ya que la docente debía asumir los riesgos derivados de la actividad y desarrollaba la misma con plena autonomía y sin sometimiento al ámbito directivo del centro, salvo en cuestión de horario, circunstancia en la que debía acomodarse a la actividad lectiva de la entidad. Sin embargo, concurría esa última nota en tanto la Administración no solo se reservaba la supervisión y control de la actividad, sino que ponía a su disposición todos los medios materiales para el desarrollo de los cursos y talleres. De esta forma, se puso de manifiesto que la entidad pública trataba de ampararse en la formalidad de la denominación del contrato suscrito, no coincidiendo esta con la realidad contractual, puesto que los servicios prestados no consistían en el desarrollo de obra alguna o en el alcance de resultado concreto, sino en la mera actividad como profesora¹²⁵.

Siguen la fundamentación del caso anteriormente mencionado otros supuestos de falsa contratación de carácter administrativo de actividades como profesor-monitor en proyectos dependientes del entonces Ministerio de Vivienda en torno a la recuperación, mantenimiento cultural y utilización educativa de pueblos abandonados. En los mismos, al amparo de contratos administrativos de consultoría y/o asistencia técnica para los que se exigía la constitución de la correspondiente fianza, se concertaba el desarrollo de actividades formativas, que se llevarían a cabo junto con otros profesores-monitores integrados en el equipo educativo que sí ostentaban la condición de contrata-

¹²⁵ STSJ Extremadura 6 noviembre 2008 (rec. 356 /2008).

dos laborales de otras Administraciones públicas. De esta forma, como en el caso anterior, la Administración no contrataba la realización de una obra, sino la propia actividad en sí, constituyendo un trabajo habitual en el seno del proyecto, que se extendió durante años. Y es que, pese a la concurrencia de elementos que no son propios de un contrato de trabajo (la afiliación al Régimen de Autónomos de la Seguridad Social, la constitución de una fianza, el pago de un concreto impuesto...), ha de entenderse que el vínculo es de naturaleza laboral en tanto esta deriva del contenido que manifiesta su ejecución, que debe prevalecer sobre el *nomen iuris* que las partes le puedan otorgar ¹²⁶.

De la misma forma, se observa la existencia de relación laboral, y no de un contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica, en el caso de la contratación de una ingeniera industrial por parte de un Ayuntamiento para el desarrollo de una prestación de servicios inserta en el ámbito organizativo del mismo, circunstancia que se pone de manifiesto con la realización de las actividades y tareas habituales de la propia y concreta administración durante un período prolongado de tiempo, en las mismas condiciones que el personal propio de la corporación municipal, con los medios de esta y bajo la dirección de determinados superiores jerárquicos ¹²⁷.

En sentido contrario, algún ayuntamiento, tras haber concertado contratos de trabajo para asumir la dirección de la universidad popular o de la biblioteca municipal, alegó la naturaleza administrativa de los mismos en el momento de su extinción basándose, entre otros, en que el acuerdo de contratación se había realizado mediante decreto de la Alcaldía. En tanto los contratos son lo que son y tienen la naturaleza que les es propia en función del real contenido de la prestación, en este caso, al tratarse de trabajos normales, permanentes y sin sustantividad propia en el ámbito de la corporación municipal en los que no concurrían tareas de asesoramiento propias de un puesto de confianza o eventual, se entendió que los mismos habían de ser calificados como laborales ¹²⁸.

En la misma línea, alguna entidad local también cuestionó en el momento de su finalización la naturaleza laboral del contrato de obra o servicio determinado suscrito para la realización de las funciones de ordenanza-mantenimiento de la residencia geriátrica municipal. Pese a que en su clausulado se señalaba como regulación aplicable los artículos 12 y 15 ET; el Real Decreto 2720/1998, por el que se desarrolla el citado artículo 15 ET y el propio convenio colectivo para el

¹²⁶ SSTSJ Extremadura 24 noviembre 2008 (rec. 409/2008) y 10 diciembre 2008 (rec. 463/2008).

¹²⁷ STSJ Extremadura 8 julio 2014 (rec. 259 /2014).

¹²⁸ STSJ Extremadura 16 diciembre 2003 (rec. 767/2003).

personal laboral del Ayuntamiento, el Consistorio pretendía igualmente amparar su posición en que dicha contratación se ordenó mediante un decreto de la Alcaldía, confundiendo el proceso selectivo anterior a la contratación con la contratación en sí misma. El TSJ de Extremadura entendió en este caso que, ante la inexistencia de diferencia intrínseca en la prestación de servicios llevada a cabo con sometimiento a Derecho Laboral o Administrativo, el elemento decisivo para distinguir entre un tipo de contratación y otra se hallaba en que la Administración hubiera contratado en virtud de una Ley que expresamente permitiese la forma de contratación administrativa y el contrato se hubiese sujetado del mismo modo a esta. Así, no concurría ninguna de dichas circunstancias en el caso, no solo por no haber norma con rango de Ley que autorizase dicha contratación sino también por excluirse la aplicación de la normativa administrativa en el propio texto del contrato suscrito, que se refería expresamente a la normativa de carácter laboral como regulación aplicable¹²⁹.

Por otro lado, la prestación de servicios para la Administración pública en virtud de convenios suscritos entre esta y un colegio profesional se ha tenido por laboral al concurrir en la misma las notas de dependencia y ajenidad. Estas se han manifestado al realizarse las tareas encomendadas en la sede de la Administración sin distinción alguna respecto a funcionarios adscritos a aquella, cuyo horario coincidía y con quienes había que ponerse de acuerdo para la realización de cursos, impartidos por la propia entidad pública, y para el disfrute de las vacaciones a fin de que el servicio nunca quedase desatendido. A su vez, también resultan especialmente significativos para proceder a la calificación como laboral de la relación el empleo de medios materiales propiedad de la Administración (acceso a aplicaciones informáticas y uso del correo electrónico corporativo) para el desarrollo de la actividad; las directrices e instrucciones impartidas al respecto por el jefe del concreto servicio, a quien había que remitir informes mensuales y una memoria anual, y el hecho de que las cantidades percibidas por la actividad desempeñada no estuvieran en función de los concretos servicios prestados, al abonarse una cantidad fija mensualmente. Ese fue el caso de los psicólogos que prestan servicios en las Oficinas de Asistencia a Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual en el marco de los convenios suscritos entre el Ministerio de Justicia y el Colegio General de Psicólogos para la implantación de atención psicológica especializada en oficinas de asistencia a las víctimas¹³⁰.

¹²⁹ STSJ Extremadura 2 julio 2003 (rec. 369/2003).

¹³⁰ SSTSJ Extremadura 29 abril 2019 (rec. 186/2019) y 2 mayo 2019 (rec. 163/2019).

XV. ACTIVIDADES DE ALTERNE Y SIMILARES

El TSJ de Extremadura ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la calificación laboral o no de las actividades propias del alterne, consistente en la captación, el acompañamiento y el entretenimiento de clientes de un establecimiento a cambio de una contraprestación económica, induciéndoles a la consumición de bebidas, sin perjuicio del servicio sexual posterior que pudiera libremente acordarse.

En tanto el alterne puede ser llevado a cabo tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, habría que analizar expresamente la concurrencia de las notas de laboralidad recogidas en el artículo 1.1 ET para determinar su calificación en el caso concreto. Si bien la existencia de la ajenidad, al apropiarse el titular del local del beneficio producido por el estímulo del consumo de los clientes por parte de las chicas y el carácter retribuido de la actividad mediante una comisión no suelen plantear problema, mayor dificultad conlleva la verificación del requisito de la dependencia. En cualquier caso, la permisión de la presencia física en el local de las chicas de alterne y de su trato directo con los clientes ya resulta significativo respecto a la facultad de organización y control por parte del propietario del establecimiento, sin perjuicio de las condiciones marcadas por el mismo para el desarrollo de la actividad.

En este sentido, el TSJ de Extremadura ha entendido que existe relación laboral entre el titular del establecimiento y las personas que se dedican a la actividad de alterne en su interior cuando se ejerce bajo determinadas condiciones que ponen de manifiesto la organización de dicha actividad en el local por el dueño del negocio: así, la sujeción de la actividad a un horario diario predeterminado constituiría un factor indicativo de la dependencia, al igual que efectuarla bajo la inmediata dirección y control de aquel, a cambio de una retribución consistente en un porcentaje del valor de cada una de las consumiciones realizadas¹³¹.

Partiendo de estas consideraciones, las actividades que se desarrollan en un club de alterne constituyen en este caso una relación laboral por la que el empleador viene obligado a dar de alta a sus trabajadoras en la Seguridad Social. Ahora bien, el problema se ha planteado cuando, además de dicha actividad de alterne, se ofrecen también servicios sexuales, como en el supuesto enjuiciado por el TSJ de Extremadura, circunstancia a la que este, sin embargo, no ha dado trascendencia pues el ejercicio voluntario de

¹³¹ STSJ Extremadura 1 diciembre 2005 (rec. 611/2005).

■ LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA

la prostitución por cuenta propia en una habitación del propio local parece que no debería excluir el reconocimiento de la laboralidad de la actividad de alterne.

CAPÍTULO XVIII

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS
Profesor Asociado UPCT – Universidad de Murcia

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
Profesor Titular Universidad de Murcia

SUMARIO: I. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.* a) Tareas sin compromiso personal. b) Prestaciones obligatorias. c) Trabajo autónomo. d) Trabajo no remunerado. d.1. Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad. d.2 Trabajos familiares. e) Trabajos por cuenta propia.–II. *Actividades religiosas.*–III. *Actividades sindicales y políticas.*–IV. *Trabajo a distancia, a domicilio, teletrabajo.*–V. *Socios, administradores, directores.*–VI. *Cooperativistas.*–VII. *Relaciones con causa.*–VIII. *Actividades deportivas.*–IX. *Espectáculos públicos.*–X. *Profesiones liberales.*–XI. *Personal sanitario.*–XII. *Personal docente.*–XIII. *Profesionales de la comunicación.*–XIV. *Comerciales, agentes y vendedores.*–XV. *Distribuidores, repartidores y transportistas al margen de plataformas digitales.*–XVI. *Servicios prestados a través de plataformas digitales y similares.* a) Conductores y repartidores o riders. b) Otros servicios.–XVII. *Servicios prestados a la Administración.*–XVIII. *Actividades de alterne y similares.*–XIX. *Varia.* a) Técnico de montaje y sonido. b) Contratación de publicidad. c) Guía turístico. d) Servicios domésticos. e) Limpieza. f) Vigilancia de tierra contra marisqueo furtivo. g) Encuestador.

I. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD

a) **Tareas sin compromiso personal**

Tiene oportunidad de pronunciarse la Sala sobre la inexistencia de relación laboral a quien imparte cursos con total autonomía organizativa, sin sujeción a calendario y con una ordenación detallada de tareas, sin control de sus contenidos y con posibilidad de ser sustituido por otro profesor, o dejar de impartir sus clases, como lo establece en su sentencia¹ incidiendo en la ausencia de relación laboral en función de la propia organización de la persona que impartía clases en número concreto, sin que el hecho de que se hicieran de determinadas dependencias permita establecer el carácter laboral de la prestación.

Tampoco se estaría ante el compromiso personal en el supuesto del fotógrafo profesional que presta servicios en un diario mediante encargos por correo electrónico, que publica sus trabajos por su cuenta en otros medios de comunicación, que puede rechazar realizar un trabajo concreto, y que utiliza su vehículo propio². De igual forma, el socio de sociedad civil, con participación minoritaria, sin horario, ni funciones concretas, ni sometimiento a disciplina, organización o cometidos³.

b) **Prestaciones obligatorias**

La exclusión de laboralidad en las prestaciones personales obligatorias, se han mantenido de forma unánime por la Sala y, ya desde 2001⁴, donde utiliza la nota de voluntariedad del art.1.1 del ET para excluir a este tipo de prestaciones.

Sobre la necesidad del carácter personal y la exclusión del ámbito laboral reincide la Sala insistiendo en la necesidad de que el trabajo se realice de forma libre, voluntaria, excluyendo del ámbito de la relación laboral nuevamente a las prestaciones personales obligatorias⁵.

¹ STSJ Gal 18 noviembre de 2011(rec.3878/2011).

² STSJ 30 diciembre 2019 (rec. 4967/2019).

³ STSJ 7 noviembre 2019 (rec. 3823/2019).

⁴ S TSJ Galicia 23 de noviembre de 2001 (rec. 4517/2001).

⁵ S TSJ Galicia 26 junio 2008 (rec. 2621/2005).

Por último, en una acción sobre existencia de relación laboral de un médico especialista, con retribución sobre un porcentaje por acto médico, sin horario y con plena libertad organizativa, resuelve en su sentencia⁶, que se carece de los requisitos propios de la relación laboral y, con apoyo en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, con cita de sentencias antiguas, de 7/11/1985; 09/02/1990; y 25/05/1993, procede a distinguir la diferencia entre el arrendamiento de servicios o cualquier otra relación respecto al contrato de trabajo y entiende que el carácter personal de la relación laboral, *intuitu personae*, implica que los servicios no prestados directamente se excluyen del ámbito de la relación laboral, siendo, por tanto, prestaciones personales obligatorias que quedan fuera del ámbito del contrato de trabajo, tal y como ocurre con los trabajos de buen vecindad o benevolencia.

c) Trabajo Autónomo

La Sala se ha pronunciado estableciendo la inexistencia de la relación laboral de transportista de reparto y recogida con autorización administrativa y vehículo propio de tonelaje inferior a 2000 k, que asume los riesgos del servicio y los medios y percibe un porcentaje fijo y variable por producto entregado⁷; como se ha pronunciado en la inexistencia de la relación laboral en servicios de reparación de máquinas realizada con plena autonomía e independencia⁸.

También se pronuncia sobre la inexistencia de relación laboral en la prestación de servicios de guardapescas marítimos contando con vehículos particulares y embarcación de la empresa, considerando que se trata de una relación mercantil con la agrupación, y sin sometimiento a órdenes ni sometimiento a círculo organizativo, rector ni disciplinario, sin que tampoco pueda considerarse TRADE⁹.

También se pronuncia la Sala sobre la inexistencia de relación laboral de auxiliar externo de aseguradora, que presta sus servicios a cambio de comisiones, corriendo a cargo de sus gastos, con sus propios medios como móvil, ordenador, coche y autonomía plena sin sujeción a horario¹⁰. En el mismo sentido, con un distingo más sutil, establece la inexistencia de relación laboral de

⁶ S TSJ Galicia 11 de marzo de 2015 de noviembre de 2013 (rec. 1810/2013).

⁷ STSJ Galicia 18 julio 2019 (rec. 2066/2019).

⁸ STSJ Galicia 23 febrero 2016 (rec. 1395/2015).

⁹ STSJ Galicia 25 junio 2014 (rec. 958/2014).

¹⁰ STSJ Galicia 16 enero 2020 (rec. 3226/2019).

agentes de seguros con horario, pero sin sometimiento al poder organizativo de la empresa ¹¹.

d) Trabajo no remunerado

D.I.) SERVICIOS AMISTOSOS, BENÉVOLOS Y DE BUENA VECINDAD

Características esenciales de la relación laboral son la «dependencia» y «subordinación» del que presta un servicio retribuido a la persona o entidad a favor de quien se ejecuta. La primera lleva consigo que el trabajador se encuentre dentro de la esfera organicista, rectora y disciplinaria de aquel por cuya cuenta realiza su labor, lo cual se exterioriza en determinados datos o signos, como el encuadramiento o inserción dentro del esquema jerárquico de la empresa, su deber de acatar órdenes, mandatos y directrices, el quedar sujeto a una jornada y horario determinados, etc. Por ello, si estamos ante una colaboración desinteresada consistente en la ayuda a las religiosas del monasterio, sin estar sujeta en esa labor de ayuda ni al círculo rector ni disciplinario de la entidad religiosa y sin sujeción a horario alguno, ni a jornada y sin contraprestación económica, sin expreso sometimiento a horario ni jornada de trabajo, mediando un ánimo de colaboración, resulta indiscutible que la situación de la demandante no es subsumible en el artículo 1.1 del ET, sino en el artículo 1.3.d) de dicho texto, al tratarse de trabajos benévolos, amistosos o de buena voluntad ¹². Y, en similares términos, quien presta servicios en comedor escolar de manera altruista y solidaria que es la madre de un niño del centro, sin perjuicio de que perciba como retribución una cantidad fija por día, con independencia del número de horas trabajadas ¹³; y, en similares condiciones, se encuentra la vigilante de comedor escolar que es también madre de alumno del centro, que ella misma fija su horario pudiendo ausentarse cuando lo considera oportuno, percibiendo por ello una retribución simbólica ¹⁴.

Tampoco es relación laboral la que hubo entre cuidador de animales de una sociedad protectora, que desempeñaba tareas de atención y cuidado de los animales acogidos en la asociación demandada según su exclusivo crite-

¹¹ STSJ Galicia 20 diciembre 2017 (rec. 91/2018).

¹² STSJ Galicia 5 mayo 2000 (rec.1111/2000).

¹³ STSJ Galicia 2 noviembre 2011 (rec. 2771/2011); STSJ Galicia 26 octubre 2011 (rec. 3136/2011).

¹⁴ STSJ Galicia 4 octubre 2011 (rec. 2266/2011).

rio y con plena autonomía, sin observar horario o jornada laboral algunos y sin control ulterior de su actividad, tal como era consecuencia del pacto, primero verbal y después escrito, alcanzado con dicha sociedad; además, tampoco consta que percibiera remuneración alguna, menos aún de forma regular y uniforme, servicios que son incardinables en los apartados d) o g) del artículo 1.3 ET, es en todo caso extraño y ajeno a la más elemental relación de trabajo ¹⁵.

D.2.) TRABAJOS FAMILIARES

El ET respecto de los trabajos familiares establece una presunción contraria a la existencia de relación laboral, al disponer que no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario, el cónyuge –no comprensiva de las relaciones de hecho ¹⁶–, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, que convivan con ellos ¹⁷, si bien, ello no deja de ser una presunción *iuris tantum* destruible por prueba en contrario que demuestre la existencia de la relación laboral. En este sentido, habrá trabajos de naturaleza familiar que pueden constituir una efectiva relación laboral, siempre que se acredite el carácter de asalariado de quienes lo lleven a cabo ¹⁸. Ahora bien, si se ha prestado servicios como dependiente en la empresa de su hijo, con contrato de trabajo y alta en Seguridad Social y ha existido convivencia en el mismo domicilio de la madre trabajadora respecto de su hijo empresario, formando una misma unidad familiar, no cabe apreciar la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad; o la relación entre la hija de unos de los copropietarios que viven en el mismo domicilio y no consta independencia económica, características del trabajador por cuenta ajena ¹⁹. La nota decisiva para determinar el carácter laboral o no de la relación será la existencia de efectiva y real retribución o, en la terminología del art 7.3 LGSS, la demostración de que no se está a cargo del empresario, sin que: a) la existencia de nóminas, de contrato de trabajo, de afiliación al Régimen General y cotización al mismo determinen o prejuzguen el ca-

¹⁵ STSJ Galicia 13 noviembre 2002 (rec. 2675/2002).

¹⁶ STSJ Galicia 28 abril 2016 (rec. 4393/2015).

¹⁷ STSJ Galicia 8 junio 2001 (rec. 2644/1988).

¹⁸ STSJ Galicia 13 febrero 2012 (rec. 763/2012); STSJ Galicia 24 noviembre 2011 (rec. 2393/1988-A); STSJ Gal 23 octubre 2000 (rec. 3915/1997).

¹⁹ STSJ Galicia 30 junio 2003 (rec. 5442/2000).

rácter laboral de la relación ²⁰; o b) en sentido contrario, tampoco es decisivo para determinar el carácter laboral o no de la relación el régimen económico matrimonial de los cónyuges ²¹. Por otro lado, la presunción excluyente cede si pese a la convivencia en el mismo domicilio de ambos cónyuges (empresario y trabajador) consta que fue presentada demanda de separación matrimonial, así como en las medidas provisionales, interesando que se le adjudicase el uso y disfrute de la vivienda conyugal a ella y a los hijos del matrimonio, acreditándose en la prestación de servicios las notas de retribución, ajenidad y sometimiento al círculo de organización y dirección de otra ²².

e) **Trabajos por cuenta propia**

Consustancial al trabajo por cuenta propia es la ausencia en la prestación de servicios de las notas de ajenidad y dependencia, por ello, no hay trabajo por cuenta ajena y sí propia de aquel que presta servicios como guarda de pesca marítimo, contando para dicha vigilancia con vehículo particular y una embarcación propiedad de una empresa de la que resulta ser socio único y administrador, sin evidencia alguna de sometimiento a círculo organizativo, rector y disciplinario ²³. Ni tampoco se da en los servicios prestados por un reparador de máquinas que factura por servicio, con libertad de horario, aportando los materiales precisos y sin estar sujeto al poder de dirección de la empresa ²⁴; en similares términos, la de instaladores de ascensores que utilizan herramientas y medios propios, sin horario ni retribución fija, habiendo contratado servicio de prevención y una póliza de responsabilidad civil ²⁵; o la de un trabajador dedicado a la cría y cebo de cerdos sin recibir órdenes e instrucciones de la persona con la que tiene relaciones comerciales ²⁶.

No es trabajo por cuenta ajena y sí por cuenta propia, la actividad de un instalador de telecomunicaciones que es administrador de dos empresas del mismo objeto social que la demandada «Telecomunicaciones Bergatiños

²⁰ STSJ Galicia 13 de diciembre 2013 (rec. 20/2011).

²¹ STSJ Galicia 13 abril de 2000 (rec. 445/1997).

²² STSJ Galicia 30 noviembre de 2000 (rec. 4223/ 2000); STSJ Galicia 16 junio 2003 (rec. 5442/2000).

²³ STSJ Galicia 25 junio 2014 (rec. 958/2014).

²⁴ STSJ Galicia 23 febrero 2016 (rec. 1393/2015).

²⁵ STSJ Galicia 13 de junio 2014 (rec. 1291/2014); STSJ Galicia 13 diciembre 2013 (rec. 2141/2013).

²⁶ STSJ Galicia 11 mayo 2012 (rec. 4785/2008).

S.L.», que realiza para la misma una instalación propia de su actividad mercantil, sin que se acreditase ningún tipo de dependencia ni subordinación, por lo que no cabe considerar tal actividad como trabajo por cuenta ajena, si no ante un contrato civil de ejecución de obra²⁷.

Por lo que respecta a la figura del **trabajador autónomo independiente**, resulta básico y esencial que el trabajador disponga de una infraestructura productiva y de material propio para el ejercicio de la actividad y que desarrolle su actividad con criterios organizativos propios. Pero ello, no se corresponde con la actividad de un comercial de ventas al que la empresa le indicaba la ruta a cubrir, lo que en una actividad como la realizada es un elemento central de organización. Si nos encontramos ante esta figura en la situación de una colaboradora externa de compañía de seguros, no subordinada o sometida a las facultades de dirección y disciplina del empresario, llevando a cabo sus servicios profesionales en régimen de autonomía y utilizando sus propios medios²⁸. O quien obtiene de la demandada todos sus ingresos, pone todos sus medios para realizar el trabajo (la furgoneta de la que era titular, así como de la tarjeta de transporte) y la jornada que según contrato se realizaba de lunes a domingo (50 horas) se organizaba a criterio del propio TRADE y, si bien es cierto que la empresa imponía una determinada ruta, no es menos cierto que su función era la de reponer mercancías en máquinas de *vending* en la ruta asignada y atender a los clientes de las mismas y transmitirla a la demandada²⁹.

II. ACTIVIDADES RELIGIOSAS

Las discrepancias por el encargo de la actividad pastoral con el responsable, determina que sea cesado en dicho cometido, lo que supone que por el trabajador se obtenga la indemnización por daños morales. La controversia por el encargo de la actividad pastoral entre el demandante y la persona encargada de la actividad pastoral se traspasó a la actividad académica, al punto que las clases del reclamante para impartir Religión no eran las más adecuadas, lo que motivó su despido, si bien se aprecia la vulneración de derechos fundamentales toda vez que fue privado de participar en su labor pastoral³⁰.

²⁷ STSJ Galicia 3 marzo 2009 (rec. 4110/2008).

²⁸ STSJ Galicia 16 marzo 2018 (rec. 4544/2017).

²⁹ STSJ Galicia 25 septiembre 2017 (rec. 2293/2017).

³⁰ STSJ Galicia 7 febrero 2019 (rec. 6082/2019).

III. ACTIVIDADES SINDICALES Y POLÍTICAS

En las actividades sindicales que se prestan para los sindicatos hay que distinguir entre los sindicalistas y los asalariados del sindicato. En principio parece clara su diferenciación, siendo así que por sindicalista (con dedicación exclusiva, con crédito horario o como simple colaborador) habrá de entenderse aquella persona elegida para desempeñar funciones de representación sindical y en el marco de una relación asociativa (medie o no compensación económica), en tanto que por trabajador del sindicato habrá de considerarse a quien presta servicios en régimen de ajenidad y retribución³¹. Por ello, quien presta servicios para el sindicato de dirigente, ostentando cargos de representación del Sindicato como miembro de la Comisión Ejecutiva de la Federación de Comercio y Hostelería y Turismo de Galicia (FECOHT) no puede considerarse tales servicios como laborales, con independencia de que hubiera sido alta en el Régimen General de la Seguridad Social y percibiera una remuneración³². Ahora bien, si las funciones que se desarrollan en el sindicato son, además de las funciones relacionadas con la actividad sindical (celebración de asambleas de trabajadores, captación de afiliados, promoción de elecciones sindicales, negociación de convenios colectivos), otras de carácter administrativo, como revisión de finiquitos, aconsejando lo que hacer, gestión de horarios de consultas con los abogados del sindicato, funciones realizadas bajo la dependencia del sindicato acudiendo a diario al local del sindicato y dentro del horario de apertura del mismo la relación con el mismo, es laboral³³.

Para los cargos en partidos políticos la solución a aplicar es similar a la adoptada para las actividades sindicales. Y así para quién ostentó la condición de secretario general de Podemos en Galicia, realizando las funciones propias e inherentes a dicho cargo, es decir, la representación institucional y política de dicho partido político en el territorio gallego, siendo su dedicación exclusiva y dirigía la delegación del partido político Podemos en el territorio gallego, siendo él su máximo responsable. Teniendo en cuenta que para prestar sus funciones de secretario general autonómico del partido demandado, el actor disponía de acceso a la intranet del partido, cuenta de correo del partido, con claves de acceso, así como de los medios materiales. Había suscrito un contrato de trabajo, fue alta en Seguridad Social y percibía una retribución, pese a ello no se dan las condiciones de ajenidad y dependencia para considerar la relación como laboral³⁴.

³¹ STSJ Galicia 24 marzo 2015 (rec. 4226/2014); STSJ Galicia 7 noviembre 2012 (rec. 2857/2012).

³² STSJ Galicia 21 enero de 2000 (rec. 5198/1999).

³³ STSJ Galicia 18 diciembre 2013 (rec. 3767/2012).

³⁴ STSJ Galicia 26 mayo 2017 (rec. 967/2017).

IV. TRABAJO A DISTANCIA, A DOMICILIO, TELETRABAJO

Se considera contrato de trabajo y no administrativo el de la persona que presta servicios de tele-docencia como actividad habitual, ordinaria, sometida a horario y prestada con medios facilitados por la Universidad³⁵. Se recuerda además por la Sala la doctrina sobre la contratación temporal admitida para realización de trabajos específicos y concretos, susceptible de contratación temporal que no destruye la calificación de laboralidad cuando estas funciones ejecutadas revisten carácter permanente y habitual, siendo por tanto una relación laboral en fraude de ley que reviste a los contratos en indefinidos no fijos.

En cambio, sí se considera inexistencia de relación laboral la del corresponsal que teletrabaja, considerándose la relación de las partes naturaleza de arrendamiento de servicios³⁶, donde la otra parte era el ente público al que estaba vinculado el demandante a través de una sociedad limitada que era la contratada para los sistemas de reproducción gráfica, si bien el demandante no tenía horario fijo, tenía plena disponibilidad, cubría eventos para otros medios de comunicación y facturaba con IVA.

La naturaleza de la relación contractual viene a definirse cuando se prescinden de los servicios del demandante, por la previa resolución derivada a las sociedades satélites dependientes del ente público a la que él prestaba servicios.

La Sala no considera laboral la prestación y, no es que descarte la laboralidad del teletrabajo, razonando la existencia de este, aunque la actividad se lleve a cabo en domicilio y con propios medios, pues la diferencia está en la libertad de actuación profesional, el condicionamiento o no del trabajo a zonas concretas, las penalizaciones en las entregas, la propiedad del trabajo desarrollado y la comercialización del mismo.

V. SOCIOS, ADMINISTRADORES, DIRECTORES

Respecto a los *administradores sociales*, debe de tenerse en cuenta que normalmente no se limitan a ostentar un determinado cargo directivo de la empresa, sino que, además, ellos hacen realidad el poder de dirección de la compañía, son el órgano societario en el que, por disposición legal, se asientan facultades rectoras o de mando, ejecutivas y gestoras, por todo lo cual, es una

³⁵ STSJ Galicia 6 de junio 2012 (rec. 1394/2009).

³⁶ STSJ Galicia 25 de septiembre de 2009 (rec. 1970/2009).

situación que difícilmente resulta encuadrable en el ámbito de las relaciones de ajenidad y dependencia propias de una relación laboral³⁷. Y este criterio de lógica exclusión se da en quien posee el 20% del capital social, ostenta la condición de consejero delegado y vocal del consejo, con delegación a su favor de todas las facultades y administrador de la Sociedad³⁸; o de quien es socio y administrador mancomunado de sociedad con una participación del 25% del capital³⁹; o socio y administrador solidario⁴⁰; administrador solidario y titular del 25% del capital en empresa familiar⁴¹; accionista minoritario, cofundador de la empresa, vicepresidente del consejo y consejero delegado que realiza las funciones inherentes al cargo⁴²; consejero delegado, encargado general, administrador solidario, con amplias facultades de gobierno y administración⁴³. Por otro lado, pueden también darse supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración en la Sociedad y de alta dirección o gerencia en ella. En estos casos, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral no será el contenido de las funciones, sino la naturaleza del vínculo, por lo que, si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, solo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral⁴⁴.

En cuanto a los **socios**, también suelen plantearse dudas acerca de la posibilidad de mantener una relación laboral con la empresa propia. Debiendo de tenerse en cuenta que no existe precepto alguno que excluya la posibilidad de existencia de relación laboral⁴⁵. Y nada impide que la haya entre las asociaciones sin ánimo de lucro y sus asociados y/o los miembros de sus juntas directivas, por cuanto la inclusión en la esfera laboral dependerá de la verdadera naturaleza del vínculo y de la posición y actividad que

³⁷ STSJ Galicia 26 septiembre 2001 (rec. 2661/1998); STSJ Galicia 22 octubre 2015 (rec. 3199/2015).

³⁸ STSJ Galicia 10 octubre 2000 (rec. 3698/1997).

³⁹ STSJ Galicia 20 noviembre 2014 (AS 2015, 333).

⁴⁰ STSJ Galicia 20 marzo 2012 (rec. 6085/2011).

⁴¹ STSJ Galicia 25 enero 2001 (rec. 5017/1997).

⁴² STSJ Galicia 30 junio 2000 (rec. 3060/2000).

⁴³ STJ Galicia 24 enero 2003 (rec. 5350/2002).

⁴⁴ STSJ Galicia 19 de junio 2014 (rec. 599/2014), STSJ Galicia 27 mayo 2005 (rec. 1997/2005); STSJ Galicia 6 febrero 2004 (rec. 6290/2001); STSJ Galicia 18 octubre 2001 (rec. 4511/2001); STSJ Galicia 20 febrero 2001 (rec. 5420/1997); STSJ 20 junio 2000 (rec. 2421/1997).

⁴⁵ STSJ Galicia 31 octubre 2011 (rec. 4554/1998).

realice el interesado, en los términos del art 1 del ET. Un dato importante a tomar en consideración a la hora de la inclusión o no en ámbito de una relación laboral puede ser es el porcentaje de capital social ostentando⁴⁶, pero debe tenerse en cuenta que es presunción legal «iuris tantum», que admite prueba en contrario y si el trabajador, pese a tener el 50% del capital social, demuestra que no tiene el control efectivo de las demandadas y se acreditan las notas de ajenidad, dependencia y retribución propias de la relación laboral habrá que considerarla como tal⁴⁷.

VI. COOPERATIVISTAS

La sentencia de la Sala del TSJ Galicia⁴⁸ resuelve el caso de una limpiadora que presta servicios para un colegio público en el que la trabajadora ha estado prestando servicios retribuidos a través de una cooperativa propiedad del Ayuntamiento y determina la existencia de relación laboral de la demandante.

Sobre los servicios de limpieza y mantenimiento de instalaciones municipales se ha pronunciado en el mismo sentido la Sala, considerando que los trabajadores prestadores del servicio están sometidos a contrato de trabajo por ser la suya una relación laboral.⁴⁹

VII. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA

En general, la diferencia entre las becas formativas y las relaciones laborales es bastante difusa, quizás debido a que, tanto en la beca, como en el contrato de trabajo, se da una actividad que es objeto de una remuneración. Conceptualmente, las becas son, en general, retribuciones dinerarias o en especie, orientadas a posibilitar el estudio y formación del becario, aunque también es cierto que este estudio y formación puede en no pocas ocasiones fructificar en la realización de una obra y, así, no son escasas las becas que se otorgan para la producción de determinados estudios o para el avance en concretos campos de la investigación científica, pero siempre sin olvidar que estas producciones o la formación conseguida, en los becarios, nunca se incorpora a la ordenación productiva de la institución que otorga la beca. A

⁴⁶ STSJ Galicia 20 octubre de 2001 (rec. 4580/1998).

⁴⁷ STSJ Galicia 19 abril de 2018 (rec. 183/2018).

⁴⁸ STSJ Galicia 31 enero de 1992 (rec. 4943/1991).

⁴⁹ STSJ Galicia 30 junio 2001 (rec. 1221/2001).

estos caracteres generales del becario y del que otorga la beca, ha de añadirse que, en la actualidad, la realidad del paro y el obligado interés de las corporaciones públicas en su disminución, ha multiplicado el sistema de becas, pues en ellas se encuentra un instrumento que, al tiempo de subvenir a las más elementales necesidades de los desempleados, les capacita para obtener un trabajo remunerado. La beca se configura, por tanto, como una donación modal en virtud de la cual el becado recibe un estipendio comprometiéndose a la realización de algún tipo de trabajo o estudio que redunde en su formación y en su propio beneficio. Es fundamental la finalidad formativa de la beca, mientras que, si prevalece el interés de la entidad en la obtención de la prestación del servicio y hace suyos los frutos del trabajo del becado, se tratará de un contrato de trabajo y no de una beca⁵⁰. Y, así, es una relación laboral la situación del estudiante universitario que realiza servicios de apoyo a los usuarios de aula de informática (que nada tiene que ver con sus estudios Grado en Administración de Empresas y por tanto desconectados de su formación) colaborando en el mantenimiento de los equipos y programas, percibiendo por ello una retribución y sometido a las directrices y órdenes superiores⁵¹; la de una guía de museos prestando servicios con desconexión casi total de finalidad formativa, ya que su actividad, salvo la referida a la preparación y búsqueda bibliográfica por internet, se refería fundamentalmente a realizar visitas guiadas dirigidas a todo tipo de público, realizando, igualmente, talleres educativos como complemento de las visitas guiadas, gestionaba la agenda de peticiones para visitar el museo –hecho probado quinto–, siendo el concepto retributivo por el que se le abonaba la cantidad de 700 euros brutos mensuales, el de «recepción de una beca para guiar visitas a la colección permanente del Museo de Bellas Artes da Coruña para grupos de escolares, es evidente que su actividad se incorporaba esencialmente a la actividad propia del museo, además de realizar su trabajo con sumisión a un horario y bajo la supervisión de un funcionario de la Xunta, responsable de un departamento del museo –hecho probado quinto– y que estaba en posesión de una tarjeta identificativa en la que figura como educadora, expedida por el museo; o la de informadora turística que carece de tutor o supervisor de su trabajo; y desarrolla muchas más funciones que las contempladas en las convocatorias de las becas, incluso enseñando a personal en prácticas, que sí era formalmente laboral⁵²; o la situación de los becarios del programa

⁵⁰ STSJ Galicia 15 mayo 2012 (rec. 4618/2008).

⁵¹ STSJ Galicia 31 de marzo 2016 (rec. 505/2015).

⁵² STSJ Galicia 30 de enero 2024 (rec. 3609/2013); STSJ Galicia 18 noviembre 2013 (rec. 2967/2013).

Xacoveo de actividades culturales, que además de recibir formación desarrollan funciones que exceden del objeto de formación de una beca de cooperación teniendo en cuenta que estas consistían en la inspección de los lugares de origen de las obras de artes seleccionadas para las exposiciones; elaboración de informes, memorias, propuestas de tratamiento o conservación, tramitación de licencias, realización de las labores de restauración y conservación y supervisión del acondicionamiento de las salas de exposición, etc.

En similar situación se encontraría la actividad de un **investigador** con contratos celebrados para la realización de actividades vinculadas a proyectos y servicios de I+D+I, que realiza las tareas propias de cada proyecto de investigación para el que fue contratado y la naturaleza de cada proyecto permite individualizarlos, entre ellos y en relación con lo que pueda constituir la actividad permanente y habitual del organismo demandado, cuyo funcionamiento habitual no depende de que se realicen estos u otros proyectos distintos⁵³.

VIII. ACTIVIDADES DEPORTIVAS

En el ámbito de las actividades deportivas (que no sean de profesionales de élite) es común que concurren actividades que podrían considerarse por cuenta propia, con otras que no, pero no por ello cabe excluir de la consideración de relación laboral la de monitor de golf con el club, si en ella concurren las tres notas definidoras de la relación laboral: a) la ajenidad de los resultados, ya que el resto de actividades repercutía a favor del Club demandado, puesto que al enseñar a los particulares a jugar a golf, ello daba lugar, evidentemente, a nuevas altas de socios que pasaban a engrosar el número de asociados y a pagar las correspondientes cuotas; b) la dependencia, entendida con el carácter amplio de pertenencia al círculo rector del empresario, también concurría, ya que se le había encomendado disponer los Tes de salida y las banderas en los *greens*; era, además, el encargado por la junta directiva, de que los socios cumplieran las reglas tanto generales como locales y las normas de cortesía propias de un campo de golf, controlar las salidas al campo de juego de los socios, gestionar las bolas, colaborar en el mantenimiento de las instalaciones, manejar en ocasiones el tractor, permanecer habitualmente en las instalaciones del Club; y c) retribución de los servicios, por los que percibía una contraprestación retributiva y, todo ello, con independencia a la permisibilidad del Club

⁵³ STSJ Galicia 26 septiembre 2011 (rec. 2171/2011); STSJ Galicia 29 noviembre 2012 (rec. 3815/2012).

demandado para que el actor pudiera utilizar las instalaciones en provecho propio cuatro horas a la semana, impartiendo clases por cuenta propia⁵⁴.

IX. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

En torno al colectivo de artistas, la cuestión a dilucidar en muchas ocasiones suele estar en determinar cuándo nos encontramos ante una situación jurídica de trabajo en grupo, en la que la relación jurídica existente entre los diferentes integrantes del mismo no es de naturaleza laboral; o bien nos encontramos ante un contrato de trabajo en el que el representante del grupo actúa en realidad como auténtico y verdadero empleador de los demás miembros de ese grupo de artistas.

La doctrina judicial viene considerando, como contratos de trabajo de grupo típicos, los contratos para coros y conjuntos o grupos o números de teatro, circo, variedad y folklore o la contratación por un empresario de espectáculos de los componentes de un ballet, exigiendo, además de una relación que una a los miembros de grupo, la existencia de un jefe de grupo que asuma frente al empresario la representación de aquel. Se trata, así, de un contrato cuya característica esencial radica en que la obligación de trabajar la asumen colectivamente, en virtud de un solo vínculo jurídico, varios trabajadores, efectuándose la contratación por parte del empresario no con un trabajador aislado, sino con un grupo de trabajadores considerado en su totalidad. Consecuencia de ello es que el empresario no tiene, frente a cada uno de sus miembros, los derechos y deberes que como tal le competen y que exista un jefe de grupo designado expresamente o que de hecho actúe como tal –que ostentará la representación de los que la integren respondiendo de las obligaciones inherentes a dicha representación–. Atendiendo al derecho y deber básicos de empresario y trabajador en una relación laboral –la prestación de los servicios contratados y su remuneración– y tratándose de contrato de grupo, ha de afirmarse que el derecho a exigir el correcto cumplimiento de la prestación incumbe al empresario frente al grupo configurado como unidad de imputación y no frente a quienes lo componen y, correlativamente, la obligación de retribuir el trabajo se tiene con el conjunto; corolario de ello es que constituya figura clave e «inexcusable» para la existencia de un contrato de grupo la del jefe de grupo, representante de sus compañeros ante la empresa. Por ello, nos encontramos ante un contrato de grupo

⁵⁴ STSJ Galicia 15 diciembre 2004 (rec. 4182/2004).

cuando los trabajadores son titulares de la infraestructura empresarial utilizada por la orquesta (eran propietarios del escenario donde actuaban) y, además, unilateralmente, decidían, ordenaban y dirigían sus actividades, de manera que los demás actuaban bajo su ámbito de organización y dirección⁵⁵.

En otras ocasiones, la cuestión plantea si se está ante una relación laboral especial u ordinaria. De los arts. 2.1 e) ET_y 1.2 de RD 1435/1985 de 1 de agosto, se desprende que, para que exista la relación laboral especial entre los artistas y el organizador de espectáculos públicos o empresario, aquellos se dediquen voluntariamente a la prestación de una actividad artística «por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de estos últimos, a cambio de una retribución». Y no la hay, en consecuencia, cuando no se ostentaba la condición de organizador de espectáculos públicos, sino la de representante comercial de una orquesta.⁵⁶ En la actividad de los disc-jockey, que actuaban los fines de semana en discotecas sin que se hallaren sometidos al control y a las directrices marcadas por la empresa demandada, actuaban como verdaderos artistas; la empresa ya tenía sus propios disc-jockey y los actores lo que hacían era actuar los fines de semana de 4 a 8 horas de la mañana, completando con su intervención una franja horaria concreta, aportando material propio (tanto platinas, como discos); además, también actuaban como disc-jockeys invitados en otras discotecas, se anunciaban publicitariamente junto con artistas invitados, es decir, que la verdadera actividad de los actores no consistía «en el mero hecho de poner música (pinchar discos)», sino que su cometido principal era equiparable al de una actuación como «disc-jockey», esto es, como verdaderos artistas, situación que no encaja en una relación laboral ordinaria o común del ET⁵⁷.

X. PROFESIONES LIBERALES

En las profesiones liberales, la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas. En el ámbito de los servicios que prestan profesionales, parece que la cuestión a dilucidar sea el determinar si lo que se contrata es el desarrollo de una actividad y no un

⁵⁵ STSJ Galicia 9 julio 2008 (rec. 5650/2004); STSJ Galicia 6 junio 2008 (rec. 1976/2008).

⁵⁶ STSJ Galicia 24 febrero 2005 (rec. 5873/2004).

⁵⁷ STSJ Galicia 14 julio 2000 (rec. 2726/2000).

resultado, es decir, de un producto que puede ser individualizado de la prestación de trabajo que lo produce, como, por ejemplo, un dictamen, un proyecto o un estudio⁵⁸. Ya que, en el primer caso, estaremos ante una relación laboral y, en el segundo, ante un arrendamiento de servicios⁵⁹. Pero este criterio no está exento de dificultad y en general hay que acudir a las circunstancias del caso concreto. No obstante, pueden señalarse algunos indicios que juegan a favor o en contra de la laboralidad de la relación.

Se ha declarado la inexistencia de la relación laboral entre abogada y economista socios en una SLP con el 10% en participaciones prestando servicios en exclusiva para 19 empleados, percibiendo cantidades fijas, variables, dividendos, con autonomía y usando los medios de la sociedad. La Sala repasa las notas de la relación laboral para concluir que lo que perciben es un reparto de resultados o de previsión, pero no un salario mensual, contando además con plena autonomía, libertad horaria, y ausencia de control.⁶⁰

Son indicios contrarios a la existencia de un trabajo por cuenta ajena, la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes; en cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del cliente, sino de la empresa contratante en función de una tarifa predeterminada por acto, o de un coeficiente por el número de clientes atendidos⁶¹. Por el contrario, constituyen indicios positivos de la misma, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena. Si bien, debe tenerse en cuenta que, en las profesiones liberales, la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica, que caracterizan el ejercicio de las mismas, ya que es habitual que el profesional organice libremente la prestación de dichos servicios con total independencia, sin constancia alguna de su sometimiento a una jornada de trabajo o a un horario regular y sin concurrir tampoco la exclusividad del trabajo prestado a un único empleador⁶².

⁵⁸ STSJ 25 octubre de 2017 (rec. 2954/2017).

⁵⁹ STSJ Galicia 20 abril de 2018 (rec. 5060/2017).

⁶⁰ STSJ Galicia 19 diciembre 2019(rec. 97/2020).

⁶¹ STSJ Galicia 12 enero 2008 (rec. 443/2018).

⁶² STSJ Galicia 28 mayo 2012 (rec. 5508/2008); STSJ 23 mayo 2000 (rec. 1534/2008).

Como antes se ha dicho, para una correcta identificación, es preciso analizar las condiciones en que se desarrollan tales actividades y, así, nos encontramos ante una relación laboral si la prestación de servicios como abogado lo es para asesorar a los asociados de la Cámara de la Propiedad, dos horas diarias de lunes a viernes, en las dependencias de la Cámara demandada de 10 a 12 horas, acatando las normas reglamentarias de dicha institución, percibiendo una retribución mensual casi siempre de 65.000 ptas. al mes, disfrutando de un mes de vacaciones⁶³; en similares términos, las tareas de un abogado para el Colegio Oficial de Médicos, con un horario fijo de lunes a viernes y realizando sus funciones bajo las instrucciones y directrices de la Junta de Gobierno y su presidente⁶⁴, o cuando es el Concello el que les ha proporcionado en todo momento los materiales necesarios para el ejercicio de su profesión, despacho propio, teléfono con extensión propia, ordenador que está conectado a la Secretaría de Igualdad, mail corporativo, conexión a internet, fotocopiadora, impresora, material de oficina; sus horarios son iguales al del resto del personal del Concello, sus vacaciones son retribuidas, etcétera; o la de abogado contratado por ayuntamiento para desarrollar funciones propias de la profesión en la unidad de servicios sociales del mismo, realizando un trabajo genérico de asistencia social dentro del ámbito ordinario de competencia ordinarias del consistorio⁶⁵.

No es relación laboral y sí la propia de un arrendamiento de servicios o bien una relación societaria irregular, los servicios que, si bien inicialmente se desarrollaron en régimen de formación o pasantía, luego derivaron a una incardinación de la actora en el seno del bufete del demandado, lo que pone de manifiesto que entre ella y su compañera organizaban el trabajo y quién llevaba cada pleito, pudiendo ausentarse del mismo para la llevanza de los asuntos, lo que evidencia un horario flexible de apertura y cierre del mismo y una autonomía en la organización y en la prestación de servicios; autonomía que se revela también cuando, desde septiembre de 2002, la demandante abrió despacho profesional con otros dos abogados en la localidad de Caldas de Reis (Pontevedra), tras su inclusión en el turno de oficio civil, matrimonial y penal.⁶⁶

Por el contrario, cabe considerar laboral la relación de servicios veterinarios que se prestan a una clínica, con los instrumentos propios de la misma, cumpliendo el protocolo establecido, haciendo visitas domiciliarias y trayendo

⁶³ STSJ Galicia 28 mayo 2001 (rec. 2136/2001).

⁶⁴ STSJ Galicia 12 julio de 2003 (rec. 122/2004).

⁶⁵ STSJ Galicia 20 abril 2018 (rec. 5060/2017).

⁶⁶ STSJ Galicia 22 diciembre 2004 (rec. 4496/2004).

a la clínica al animal enfermo, rotando en las guardias con los demás compañeros de trabajo, por lo que percibían una retribución periódica por los servicios prestados⁶⁷.

No hay relación laboral en la vinculación de un perito tasador con la compañía de seguros ya que el contrato suscrito entre ambas partes no exigía exclusividad, la compañía decidía libremente los encargos profesionales que ofrecía al perito y este tenía la facultad de aceptar o de rechazar cada encargo profesional y, si lo aceptaba, venía obligado a realizarlo en su totalidad; además, su actividad se desarrollaba con total autonomía, distribuyendo libremente el tiempo dedicado allí al ejercicio de su actividad, según sus propias pautas y criterios, no quedando sujeto a horario ni control alguno de su actividad⁶⁸.

XI. PERSONAL SANITARIO

En las relaciones de servicios del personal sanitario las controversias son múltiples. Una de ellas es si la relación es laboral o administrativa, cuando los servicios son convenidos con la administración. El TSJ de Galicia mantiene que, pese a la denominación de «administrativo» que las partes pudieran otorgar al contrato y a la apariencia de tal carácter, como consecuencia del expediente administrativo tramitado con carácter previo a la contratación, es cierto que si lo realmente concertado –y sobre todo lo realizado a lo largo de toda la relación contractual por parte del trabajador– no consistía en la obtención de un resultado acorde con los conocimientos o con su posible titulación o preparación, sino que se trató de realizar actividades normales y propias del contenido de la función a desarrollar por los hospitales dependientes del SERGAS, la relación será laboral y no administrativa. Y, así, cabe deducirlo cuando las condiciones que se imponen son tales como una jornada de trabajo en horario a determinar por la Dirección, hasta completar un total de 1.800 horas/año en las dependencias del Complejo Hospitalario Universitario de Santiago; con plena disponibilidad física del personal para toda clase de consultas, prestaciones y servicios, entre otras.⁶⁹ Distinto es cuando la relación no es con la administración sino con entidades privadas, principalmente, con aseguradoras u hospitales privados, por ejemplo:

⁶⁷ STSJ Galicia 30 septiembre 2005 (rec. 3972/2005).

⁶⁸ STSJ Galicia 10 octubre 2013 (rec. 1887/2013).

⁶⁹ STSJ Galicia 11 de diciembre 2009 (rec. 701/2009).

— No hay relación laboral y sí arrendamiento de servicios en los prestados por un enfermero para una compañía de seguros, cuando no hay horario establecido, ni tiene la obligación personal de efectuar la prestación de servicios, quebrándose así el requisito de la prestación personalísima del trabajo, sin el cual difícilmente cabe imaginar una relación de carácter laboral y, por otro lado, la organización de turnos, horarios, etc., eran elaborados unilateralmente por dicho profesional y el resto de los profesionales, acomodándolos a sus necesidades personales, con el fin de compatibilizar la prestación contratada, con sus ocupaciones como ATS del Hospital Xeral, dependiente del SERGAS, ni consta que disfrutara de vacaciones ni que fuesen remuneradas a cargo de la empresa ⁷⁰.

— No se considera relación laboral la relación jurídica instrumentada en un contrato de arrendamiento de servicios, por la que la empresa contrata los servicios del facultativo para que ejerza su profesión de médico especialista en rehabilitación en ejercicio libre, acordando que no se abonaría ningún tipo de salario o remuneración, aportando la demandada aparatos e instalaciones, debiendo dicho facultativo gestionar el alta en la Seguridad Social que le corresponda e importe de prestaciones a Hacienda. Siendo, además, el mismo el que contrata al personal a su cargo, como un fisioterapeuta y un auxiliar, sin recibir órdenes de la empresa, acudiendo dos o tres días por semana y cobrando de la empresa mediante facturación de clientes por meses ⁷¹.

— Ni tampoco en la prestación de servicios médicos al personal de Telefónica por parte de médicos del Servicio Público de Salud, que realizan una vez concluida su jornada en el mismo, recibiendo por ello una cantidad fija de la que se detrae como a cualquier profesional un 15% ⁷².

— Tampoco en la relación de un fisioterapeuta con hospital, ya que, en tal caso, ni se advierte con claridad la transmisión del producto del trabajo, ni el riesgo de ejecución es asumido completamente por el empleador, pues si el salario es indeterminado y depende su existencia de que se preste o no el servicio (o de la posibilidad de que haya beneficios), no pagándose cuando el servicio no se presta (o cuando hay pérdidas), sin tener horario prefijado, asistiendo al servicio preferentemente por las tardes, siendo autónomo en la dirección, organización y control del mismo, no recibiendo sobre este particular directriz alguna de la empresa, con retribución en concepto de honorarios profesionales y con la correspondiente retención, la relación presenta un marcado

⁷⁰ STSJ Galicia 21 enero 2000 (rec. 5358/1999).

⁷¹ STSJ Galicia 21 de febrero 2007 (rec. 3172/2006).

⁷² STSJ Galicia 16 de diciembre 2003 (rec. 5719/2003).

carácter societario de naturaleza civil, con aportación de industria o trabajo por parte del señor R. D., asumiendo parte de los costos del servicio y de facilitación del local y financiación también parcial de dicho servicio por parte de la entidad Polifónico Santa Teresa, SA ⁷³.

XII. PERSONAL DOCENTE

La figura del *profesor asociado* por las continuas renovaciones de sus contratos y prolongación en el tiempo de su vinculación con las Universidades ha sido objeto de múltiples controversias. El TSJ de Galicia ha venido a establecer sobre ellos el criterio de que no hay relación laboral y sí administrativa, para quienes, a la entrada en vigor de la LO 4/2007, se hallaran contratados en universidades públicas como profesores con contrato administrativo LRU, que podrán permanecer en su misma situación hasta la extinción del contrato y de su eventual renovación, conforme a la legislación que les venía siendo aplicable. No obstante, dichos contratos podrán ser prorrogados sin que su permanencia en esta situación pueda prorrogarse más de cinco años después de la entrada en vigor de la Ley. Hasta ese momento, las universidades, previa solicitud de los interesados, podrán adaptar sus contratos administrativos vigentes en contratos laborales, siempre que se cumplan los requisitos de cada una de las figuras previstas en esta Ley y no suponga minoración de su dedicación», finalizando por tanto su vigencia el 3 de mayo de 2012, al haber sido publicada dicha Ley en el B.O.E. de 13 de abril de 2007 y regir el plazo de *vacatio legis* ordinario de 20 días. Por ello, también debe atribuirse naturaleza administrativa a la contratación del actor, como profesor asociado y mediante sucesivas prórrogas del suscrito el 1 de octubre de 1999, hasta la finalización de la última prórroga el 3 de mayo de 2012, por imperativo legal, ya que no consta que en momento alguno y a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2001 y la posterior Ley Orgánica 4/2007, el actor hubiera interesado la adaptación de su contrato en contrato laboral. ⁷⁴

Otra cosa es la situación del profesor que viene prestando servicios con contratación administrativa desde 1 de octubre de 1986, debiendo reputarse esta como abusiva y en fraude de ley, máxime cuando la realidad no es la que se refleja documentalmente, ya que no se había concertado resultados con la

⁷³ STSJ Galicia 28 septiembre 2001 (rec. 3330/2001).

⁷⁴ STSJ Galicia 6 de noviembre de 2013 (rec. 2221/2013); STSJ Galicia 28 febrero de 2014 (rec. 4166/2013).

Universidad demandada, sino la prestación de unos servicios con determinados horarios y retribución y bajo la dependencia de la empleadora, servicios que no son excepcionales sino habituales en dicha Universidad, como lo evidencia la larga duración de los prestados, no concurriendo los elementos de hecho necesarios para que la contratación pudiera ser calificada de administrativa, se está encubriendo en realidad una prestación laboral de tipo indefinido por habitual y permanente, aun cuando esa declaración debe limitarse a partir del 1 de octubre de 1986 pues como se ha dicho, con anterioridad, nada nos permite concluir lo contrario, habida cuenta de la legislación vigente en esas fechas⁷⁵.

También es objeto de controversia la contratación de personal docente por parte de las administraciones para la impartición, por ejemplo, de *cursos de formación*, en los que suele concurrir la reiteración en el tiempo de tales cursos encontrándonos en realidad ante una actividad que no tiene sustantividad o autonomía dentro de las asumidas por la empresa recurrente, ya que constituye parte de la actividad ordinaria y habitual de esta, que como centro formativo, año tras año, ha venido realizando los cursos antes detallados⁷⁶. Y, por ello, hay relación laboral en la prestación de servicios de teledocencia para la Universidad, pues viene siendo una actividad habitual y ordinaria, sometida a horario, órdenes del director de área y del servicio de teledocencia, con material propio de la Universidad⁷⁷.

Por el contrario, no hay actividad laboral la de un contratado para impartir cursos de FP, en actividad que, si bien es realizada en las instalaciones y con medios materiales de la XUNTA, se hace con plena libertad de decisión y criterio en la impartición, objetivos de las clases y sin control por parte de la Administración.

En relación con los profesores tutores de los centros de la UNED, existe la previsión legal de su consideración como becarios de docencia de investigación, quedando fuera la consideración de laborales sus servicios, salvo que, además, las funciones que para ellos establece el art. 2 del RD 2065/1986, realizaran otras funciones.⁷⁸

También los *profesores de centros de estudios privados* se ven sujetos a conflictos en orden a la naturaleza jurídica que les vincula con los centros, arrendamiento de servicios versus relación laboral. Las decisiones favorables a la relación laboral se dan cuando concurren las notas de ajenidad de los fru-

⁷⁵ STSJ Galicia 22 de noviembre de 2013 (rec.2099/2013)

⁷⁶ STSJ Galicia 8 de noviembre de 2011 (rec.1026/2011).

⁷⁷ STSJ Galicia 6 julio 2012 (rec.1394/2009).

⁷⁸ STSJ Galicia 22 marzo 2012 (rec.32/2012).

tos, si los «docentes» no mantienen ninguna relación con los «alumnos» (salvo la impartición de las clases), de modo que el resultado de su trabajo pasa directamente al patrimonio de la demandada, quien cobra por dicho resultado, de modo que ningún riesgo asumen aquellos por su trabajo, ya que su retribución es por horas lectivas, mientras que a los alumnos les cobra la demandada, lo que implica que, a mayor número de alumnos, mayores ingresos y dado que las horas lectivas se abonan igualmente, tanto si las clases se imparten a más o menos alumnos, no cabe duda que el riesgo/beneficio se produce en favor de la recurrente. Y, en relación a la dependencia la misma, se evidencia desde el momento en que los locales son de la recurrente, los alumnos los selecciona ella, los horarios los determina la misma, por lo tanto, existe un sometimiento directo a las instrucciones y organización de la recurrente, lo que conlleva la concurrencia del mentado requisito y, con ambos, la existencia de relación laboral entre recurrente y profesores contratados para impartir la docencia, a todo lo cual no empecen las cláusulas de los contratos firmados entre ellos que intenten disfrazar la realidad de los mismos creando una apariencia de legalidad que no se corresponde con la realidad⁷⁹.

XIII. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN

En el ámbito de los profesionales de la comunicación y con independencia de que se suscriban contratos mercantiles, que se figure afiliado al RETA y en alta en licencia fiscal, de que se perciba una remuneración mediante la presentación de facturas con deducción de IVA e IRPF, la discusión acerca de si hay relación laboral, o no, radicará en determinar quién percibe los frutos del trabajo realizado, de si hay o no dependencia o subordinación, es decir, si el trabajador queda o no dentro del esquema jerárquico de la empresa, debiendo acatar sus órdenes, mandatos y directrices, sometido a las normas disciplinarias correspondientes, si la realización del trabajo se desarrolla en los centros o dependencias de la empresa y la sujeción a una jornada y horario determinados, etc. Por ello, en el caso de *corresponsal de prensa, radio y televisión* con un horario fijo, en el que cada mañana el editor la llamaba por teléfono para encargarle las noticias seleccionadas de aquellas que habían sido propuestas, trabajando de forma exclusiva para TVE (con algunas colaboraciones puntuales para otras entidades) no conservando la actora la titularidad de sus trabajos, sino que TVE adquiriría sin reserva de ningún género, ni limitación de tiempo

⁷⁹ STSJ Galicia 4 de mayo 2018 (rec.741/2018).

alguno, los derechos de propiedad intelectual e industrial con respecto a las crónicas, reportajes y entrevistas realizadas por el trabajador y la comercialización o imagen que pudiera derivarse de los mismos⁸⁰; realizando guardias de redacción, teniendo las llaves de los locales y, en el trabajo, utilizando los medios materiales que le proporcionaba la empresa, desarrollando las mismas funciones que el resto de los redactores de la empresa demandada y utilizando todo el material existente en las dependencias como teléfono, máquina de escribir, fax, enlace, ordenadores, la relación era claramente laboral⁸¹.

En similares términos, la relación laboral existe entre una redactora y TVE que, desde el inicio de la relación, venía prestando servicios en las instalaciones de TVE, teniendo incluso llaves de las mismas, y con un horario de 10.00 a 14.00 horas y de 17.00 a 20.00 horas, si bien también trabajaba más de 20 horas mensuales por encima de la jornada habitual. La forma de trabajo se organizaba de la siguiente manera: se realizaban las previsiones de las noticias en el centro de Vigo, remitiéndose las mismas a Santiago, donde se eligen las noticias y se distribuyen las mismas entre los reporteros de plantilla y la actora, a quien se comunicaba el encargo en el centro de trabajo de Vigo, adscribiéndosele también los cámaras, que bien podían ser de plantilla o productoras contratadas, lo mismo que ocurría con los reporteros de plantilla⁸². También la redactora locutora que trabaja a jornada completa, comenzando a las 7 de la mañana, abriendo ella la emisora y realizando el primero de los boletines informativos, elaborando los siguientes y compartiendo sus labores informativas con otra compañera, si bien en algunos momentos estaba ella sola como redactora y cubría las vacaciones de la otra compañera; elaboraba noticias, bajo la supervisión del director, realizaba entrevistas y asistía a plenos de Ayuntamiento, Diputación, ruedas de prensa y otros acontecimientos informativos, realizando también servicios para la Agencia Europa Press por la tarde y colaborando con la cadena COPE de Santiago y la editorial Calandraca, percibiendo mensualmente por ello las mismas cantidades en concepto de comisiones e informativos locales⁸³.

Caso distinto es el de periodista que no acredita la existencia de una retribución periódica, sino la aislada de seiscientos euros (600 euros), sin que se acredite que obedezca al pago de servicios prestados, no existiendo tampoco indicios de que se hayan facturado sus servicios al Grupo Emim Comunicación, ni tampoco que el actor estuviera subordinado al poder de dirección de

⁸⁰ STSJ Galicia 23 octubre 2009 (AS 2009, 2984 (rec. 3342/2009)).

⁸¹ STJS Galicia 14 de mayo 2020 (rec. 1002/2002); STSJ Galicia 4 junio 2010 (rec. 5883/2006).

⁸² STJ Galicia 26 febrero 2002 (rec. 15/2002).

⁸³ STSJ Galicia 30 septiembre 2005 (rec. 3670/2005).

un empresario, pues tan solo consta que publicaba artículos en los medios que constan reseñados en el hecho probado primero de la sentencia, utilizando meses, sillas y ordenadores instalados en un local, cuya titularidad no consta, al que accedía con sus propias llaves, sin existir horario prefijado, ni línea editorial, ni necesidad de avisar si se ausentaba, no existiendo evidencia de poder dirección, mandatos, directrices, subordinación a otro, ni de la existencia del seguimiento del rendimiento o de la realización de informes regulares que den cuenta del trabajo, etc.⁸⁴; o la situación del corresponsal gráfico, cuyas vacaciones quedan a su arbitrio, sin quedar sometido a que las necesidades de cobertura de información quedaran cubiertas, etc.⁸⁵; o la prestación del servicio de mantenimiento y desarrollo del teletexto y asesoramiento de nuevas tecnologías a televisión de Galicia, S.A, que se desarrolla sin que se den las condiciones de ajenidad y dependencia precisas.

XIV. COMERCIALES, AGENTES Y VENDEDORES

La nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral especial, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, radica esencialmente en la dependencia, la que ha de presumirse excluida, cuando se prestan servicios por cuenta de una o varias empresas dedicándose a promover y concluir actos u operaciones de comercio, desplegando dicha actividad en términos de independencia, circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare⁸⁶, en caso contrario estaremos ante una relación laboral⁸⁷, al igual que cuando se asuman o añadan otras funciones distintas para la empleadora⁸⁸.

⁸⁴ STSJ Galicia 20 diciembre 2013 (rec. 3767/2012).

⁸⁵ STSJ Galicia 25 septiembre 2009 (rec. 1970/2009).

⁸⁶ STSJ Galicia 27 junio 2003 (rec. 2694/2003); STSJ 21 noviembre 2011 (recurso 311/2011); STSJ 14 diciembre 2009 (rec.4240/2009); STSJ 13 noviembre 2009 (rec.3952/2009); STSJ 26 mayo 2008 (rec. 1689/2008); STSJ Galicia 2 diciembre 2005 (rec. 2260/2005); STSJ Galicia 20 diciembre 2011 (rec. 5808/2011); STSJ Galicia 24 noviembre 2015 (rec. 3226/2015).

⁸⁷ STSJ Galicia 20 octubre 2016 (rec.1084/2016).

⁸⁸ STSJ Galicia 15 diciembre 2010 (rec. 3906/2010).

En este sentido, lo esencial en la actividad de trabajo autónomo dependiente: el cobro de recibos de seguro y la captación de clientes tomadores de seguro, objeto de la actividad de auxiliar externo, al que se refiere el art. 8 de la L. 26/2006 de 17 de julio (cae dentro de dicha normativa reguladora y, por lo tanto, ha de concluirse con la existencia de un contrato de tal índole, de duración anual prorrogable por anualidades, salvo denuncia, al haberse pactado así en el propio contrato de trabajo. O también la consistente en la promover la venta de productos y artículos de Palao, SA «como intermediario independiente», gozando el agente en el desempeño de su labor «de plena libertad e independencia para organizar conforme a su propio criterio, tanto su actividad profesional como el tiempo dedicado a la misma, estableciendo con autonomía rutas y horarios; cobró exclusivamente comisiones sobre operaciones realizadas, con facturas comprensivas de la comisión con IVA e IRPF⁸⁹.

Cosa distinta es la actividad de captadora de publicidad para revista de empresa, con un salario de 55.000 pesetas mensuales, con 16 pagas al año, más las comisiones y en jornada de 9.30 a 16.30 horas, actividad que llevaba a cabo en una oficina de la empresa, con medios pertenecientes a esta, sin que la actora satisfaga cantidad alguna por dicha utilización y en cambio perciba una cantidad fija mensual más las comisiones que le correspondan; lo que denota que la prestación de tales servicios retribuidos se realiza de forma subordinada a las instrucciones que imparte el núcleo directivo de la empresa característica de toda relación laboral⁹⁰.

XV. DISTRIBUIDORES, REPARTIDORES Y TRANSPORTISTAS AL MARGEN DE PLATAFORMAS DIGITALES

La prestación de servicios de transporte se entenderá excluida del ámbito de aplicación del ET cuando se lleve a cabo por las personas prestadoras del servicio de transporte, al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador, siendo en este caso la relación de carácter mercantil. Dato a tener en cuenta, como ya ha venido señalando la jurisprudencia, es el tonelaje del vehículo como determinante de la frontera entre trans-

⁸⁹ STJ Galicia 15 marzo 2001 (rec. 793/2001); STSJ Galicia 10 diciembre 2014 (rec. 3472/2014).

⁹⁰ STSJ Galicia 10 abril 2000 (rec. 1168/2000).

porte mercantil y actividad de transporte laboral, el de las dos toneladas métricas de peso máximo autorizado, conforme a lo señalado en el art. 62.2 de la Ley 16/1987. Por otra parte, la condición de ser titular de la correspondiente autorización administrativa no es un dato meramente formal y accesorio, sino que revela una relación jurídica bien determinada si se tiene en cuenta que, tal como se dispone en el art. 47.1 LOTT, aquella autorización constituye el título administrativo habilitante para el ejercicio de la actividad del transporte y de las actividades auxiliares y complementarias del mismo y que, por tanto, tiene como objetivo posibilitar una explotación con plena autonomía económica a riesgo y ventura de quien la presta (art. 17 LOTT)⁹¹.

En similares circunstancias se encuentra quien presta servicios para Correos como chófer repartidor, el 1-9-97, haciendo la ruta del reparto del servicio de Correos Ourense-Avión y V/V apoyo buzones, utilizando el vehículo de su propiedad Furgon Peugeot matrícula "... KSW-KSO", siendo titular de la correspondiente autorización administrativa y facturando por dichos servicios el actor a Correos mensualmente, una cantidad, con el correspondiente IVA, figurando de alta en el RETA⁹².

Situación parecida es la de los de los repartidores con acuerdo de franquicia. Teniendo en cuenta que la actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios». Es el contrato de franquicia un contrato entre empresarios y no de trabajo que resulta de la transmisión por el franquiciador al franquiciado de un conjunto de derechos de propiedad industrial, productos o servicios, asistencia técnica y asesoramiento precisos para la mejor explotación por el franquiciado de la franquicia, por cuya explotación el franquiciado abona una cuota o porcentaje sobre la cifra de negocio obtenida. Y esta naturaleza mercantil y no laboral no se desvirtúa por el hecho de que existan unos horarios de recogida y entrega de la mercancía en la plataforma, de que se imponga una uniformidad por FITMAN, que existan unos precios máximos recomendados por dicha mercantil no constituye una realidad de dependencia del actor con dicha mercantil, sino la obligación de mantener una imagen de marca única, a lo que contribuye la exigencia de cumplir unos plazos de entrega, de efectuar unas recogidas predeterminadas, etc. Ni tampoco por el hecho de exigencias de

⁹¹ STSJ Galicia 10 noviembre 2011 (rec. 3282/2010); STSJ Galicia 4 julio 2008 (rec. 1381/); STSJ 27 octubre 2004 (rec. 4503/2004); STSJ Galicia 24 abril 2001 (rec. 839/2001); STSJ Galicia. 17 noviembre 2000 (rec. 2770/1997).

⁹² STSJ 13 diciembre 2011 (rec. 4077/2011).

uniformidad, horarios comunes de todos los franquiciados o acudir a recoger mercancía a plataformas gestionadas por otra de las codemandadas, pues tal es, esencialmente, el mecanismo de la franquicia. Teniendo en cuenta que el trabajo, una vez recogida la mercancía de la plataforma, es responsabilidad propia e independiente de cada franquiciado que organiza la distribución de la mercancía con sus propios medios, personal, etc., fijando las rutas que estima oportunas y teniendo la dirección y control de su negocio dentro de los márgenes de coordinación impuestos por el franquiciador, por lo tanto, es una actividad autónoma y ajena al vínculo laboral, las instrucciones sobre atención al público, horarios de apertura, etc., no pasan de ser meras instrucciones para la homogeneidad del servicio de todos los franquiciados, más la parte esencial de la actividad, el reparto fijando las rutas oportunas, los locales propios o arrendados, los medios de reparto, el personal contratado, las tarifas dentro del máximo establecido para todos los franquiciados, todo ello, conforma la esencia del negocio y depende del actor, quien de forma libre y voluntaria toma las decisiones que estima oportunas, asumiendo el riesgo y ventura del negocio, lo que excluye la existencia de un vínculo laboral que exige la dependencia⁹³.

Ahora bien, no hay exclusión de laboralidad cuanto el vehículo del que es titular la demandante no alcanza las dos toneladas de peso máximo autorizado, por ello, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2.1.a) de la OM de 3 de febrero de 1993, está exceptuado de la autorización administrativa y además se cumplan todos los requisitos de una relación laboral establecidos en el art. 1.1 del ET, como que reparto de mercancía de la empresa (Donuts), se hacía sin asumir el riesgo de las operaciones en que intervenía, sin que conste en las actuaciones que poseyera otra infraestructura que no fuera el vehículo anteriormente citado, sin la tenencia de locales propios, siguiendo las instrucciones y directrices de la empresa y percibiendo por sus servicios la correspondiente contraprestación económica.

XVI. SERVICIOS PRESTADOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES Y SIMILARES

a) Un criterio normalizado inicial lo constituye la tenencia de medio de locomoción y autorización administrativa propia, así su tenencia nos permitirá establecer o no la existencia de relación laboral. En función del número de

⁹³ STSJ Galicia 6 de julio 2015 (rec. 1524/2015).

empresas a las que se le preste el servicio⁹⁴. El caso objeto de estudio es el de un repartidor que solo trabajaba para una empresa a la que le facturaba, incluso le solicitaba anticipos, y se le podía penalizar los días que no acudía a prestar los servicios, obviamente estamos ante una relación laboral enmascarada. En el mismo sentido, sobre una empresa de alimentación con vendedores repartidores⁹⁵.

b) Se declara relación laboral la de un chófer autónomo en cooperativa que lleva pienso a distintos clientes que son granjas, con un vehículo rotulado de la empresa, siguiendo sus instrucciones, con una hoja de ruta para reparto a cambio de retribución.⁹⁶

Se establece la inexistencia de relación laboral, e incompetencia del orden social, por el servicio de transporte de valijas bancarias, reparto según hojas de trabajo, vehículo propio, factura mensual aplicando el IVA, alta en Régimen de Autónomos. Relación mercantil de transportista autónomo con vehículo propio.⁹⁷

Sobre los repartidores sin exclusividad que realizan servicios de carga, transporte y distribución con medios propios, se establece la inexistencia de relación laboral.⁹⁸

De igual forma, se declara la inexistencia de relación laboral de quien realiza el reparto de periódicos como autónomo con vehículo propio, asumiendo gasolina y seguro, organizando la ruta a su voluntad, sin sujeción a horario, salvo para recoger la mercancía, y sin distintivo de empresa.⁹⁹

XVII. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

Las relaciones con la Administración suelen plantear la controversia relativa a arrendamientos de servicios u obra y contrato de trabajo. En su delimitación se parte siempre de la falta de relevancia de la denominación que se emplee en la formalización del contrato y se está a si lo concertado tiene como objeto un resultado o un servicio¹⁰⁰, es decir trabajo actividad versus trabajo

⁹⁴ STSJ Galicia 27 octubre 2004 (rec. 4503/2004).

⁹⁵ STSJ Galicia 21 noviembre 2003 (rec. 1035/2001).

⁹⁶ STSJ Galicia 24 enero 2020 (rec. 5208/2019).

⁹⁷ STSJ Galicia 14 septiembre 2015 (rec. 3233/2014).

⁹⁸ STSJ Galicia 11 noviembre 2020 (rec. 5021/2010).

⁹⁹ STSJ Galicia 9 diciembre 2011 (rec. 5387/2011).

¹⁰⁰ STSJ Galicia 28 diciembre 2011 (rec. 3718/2008); STSJ 9 abril 2010 (rec. 5709/2009); STSJ Galicia 12 marzo 2009 (rec. 4138/2008)

resultado¹⁰¹, teniendo que estar para ello a las circunstancias que rodean los servicios prestados¹⁰². Y por otro lado, si se trata de funciones permanentes y necesarias en la actividad de la Administración contratante y por tanto contratando a un profesional para la prestación de servicios, de carácter normal y permanente insertadas en el marco normativo del organismo contratante y no un trabajo específico y concreto no habitual¹⁰³.

Y así, hay relación laboral en:

— Coordinadora de exposiciones en el Centro Gallego de Arte Contemporáneo de la Xunta de Galicia, que desarrolla su actividad en las instalaciones y con los medios y materiales de la Xunta, en los horarios acordados con la dirección de la empresa, que autorizaba permisos, vacaciones y con una jornada de 40 horas y siguiendo las instrucciones del director del centro pese a que había suscrito un contrato de consultoría.

— Los servicios prestados por un veterinario al servicio de la Xunta de Galicia son llevados a cabo en los locales y con los elementos materiales suministrado por la Xunta, con sujeción a su poder de dirección y organización y su actividad la de prestación de servicios y no de resultado, la contratación a través de una empresa interpuesta solo es una cesión ilegal de trabajadores¹⁰⁴.

— La relación entre los profesores de gallego nombrados por la Xunta que imparten cursos de lengua gallega recibiendo en compensación, por parte de la Xunta de Galicia, un pago dinerario único inclusivo de todos los gastos del profesor, el material y el desplazamiento. Que además para el debido funcionamiento de los cursos, la Consellería entregaba a los profesores el manual de examinadores, el material didáctico y, en general, lo necesario para la realización de la labor docente (partes de asistencia para el control de horarios, instrucciones de impartición, modelos de evaluación, tareas del alumnado, trabajos a efectuar, parámetros de valoración oral y escrita, actas del curso), le indicaba el lugar de impartición de cada curso, así como el calendario del curso (fijando la duración que, hasta 2012, era de 75 horas y, desde 2012, de 70 horas, y el inicio y final de cada curso, así como los días y las horas de su impartición), seleccionaba al alumnado, efectuaba las sustituciones del profesor en caso de bajas y los profesores debían comunicarle las incidencias

¹⁰¹ STSJ Galicia 2 marzo 2012 (rec. 5490/2011).

¹⁰² STSJ Galicia 28 diciembre 2011 (rec. 3717/2008).

¹⁰³ STSJ Galicia 28 septiembre 2012 (rec. 2268/2012); STSJ 23 mayo 2012 (rec. 3617/2008); STSJ Galicia 15 marzo 2002 (rec. 4698/1998); STJ Galicia 19 septiembre 2001 (rec. 5468/1997).

¹⁰⁴ STSJ Galicia 28 de marzo de 2016 (rec. 5109/2015).

acerca del horario y, en su caso, dirigirle las peticiones de cambio de horario que pudieran surgir ¹⁰⁵.

— La contratación de analista programador para Xunta, la cual le sometía al mismo horario que al resto de los trabajadores, también tenía que solicitar y obtener autorización de sus vacaciones de la misma manera que sus compañeros lo hacían, desarrollaba sus funciones en las dependencias de la Consellería, siendo los medios materiales puestos a su disposición, mesa, ordenador, etc., propiedad de la Xunta y teniendo dirección de correo electrónico dentro del dominio de la Xunta de Galicia, etc., con sometimiento a control horario y permisos por la Cosellería ¹⁰⁶.

— La de técnico de deportes que realizaba actividades habituales y ordinarias de la administración contratante y que, pese a ser contratado como personal de confianza dentro de la concejalía, su cese no se produjo al tiempo de cesar o expirar el mandato de aquel a quien se dijo prestaba función de confianza ¹⁰⁷.

— La actividad de arquitecto vinculado con Ayuntamiento que, desde el inicio de la prestación de sus servicios, el actor desempeñó sus servicios en las dependencias municipales, recibiendo órdenes del jefe de servicio y de la concejala, utilizando material del Concello, se auxiliaba de las administrativas del Concello. El horario era de 10 a 14 horas, de lunes a viernes. Para las vacaciones y permisos se ponía de acuerdo con los compañeros del servicio y lo comunicaba al jefe del servicio. Pasaba reconocimiento médico, igual que los trabajadores del Concello y era la persona que se designaba como representante municipal en el jurado de la junta de expropiación ¹⁰⁸.

— La contratación de monitor de tiempo libre para la Unidad Municipal de Ayuda a los Drogodependientes que, además de las actividades propias de su titulación, era el encargado de la administración y control de la Unidad de Día; habiendo prestado servicios a jornada completa de lunes a viernes, en horario de 9 a 13 horas y de 16 a 19 horas (fichando a la entrada y salida), sometido a las directrices de la directora de la Unidad Municipal de Ayuda a los Drogodependientes, disfrutando de permisos y vacaciones al igual que el resto de compañeros de la Unidad, con los que debía ponerse de acuerdo, para programar el período de disfrute de cada uno de ellos ¹⁰⁹.

¹⁰⁵ STSJ Galicia 8 de septiembre 2015 (rec. 2410/2015); STSJ 20 abril 2015 (rec. 147/2015); STSJ 13 febrero 2015 (rec. 4204/2014); STSJ Galicia 16 febrero 2016 (rec. 837/2016).

¹⁰⁶ STSJ Galicia 13 abril 2012 (rec.5236/2011).

¹⁰⁷ STSJ Galicia 6 de mayo 2005 (rec. 1357/2005).

¹⁰⁸ STSJ Galicia 26 de junio 2015 (rec. 1217/2015).

¹⁰⁹ STSJ Galicia 20 septiembre 2000 (rec. 3443/2000).

— Formador ocupacional, cuya actividad no es ninguna de resultado, sino que ha venido prestando una actividad bajo la dirección y control de los órganos competentes de la administración.¹¹⁰

— Estadístico que, desde el inicio de su contratación, el demandante siempre realizó tareas en el Servicio de Estadística del Concello de Vigo, con el mismo horario que el personal funcionario y laboral de dicho Servicio, realizando las mismas funciones que dicho personal (atención al público, preparación de bases de datos, recepción de documentación, tramitación de expedientes de empadronamiento, etc.), en las instalaciones en las que el Concello tiene ubicado dicho Servicio, con los medios materiales del concello y disponiendo de claves para acceder al sistema informático y firma para legalizar documentos, así como sometido a las instrucciones de los jefes de negociado y sección de dicho Servicio¹¹¹.

— Servicios en el Centro Oceanográfico de Vigo (COV), para ello disponía de despacho en el COV, con mesa, silla, ordenador, impresora, teléfono y material de oficina, todo ello con cargo al Instituto Español de Oceanografía, que también abonaba sus reparaciones y solía acudir a dicho centro en fines de semana a realizar tareas. Disponía y utilizaba dos direcciones de correo bajo del dominio de dicho Instituto. Además, el director del COV autorizaba las visitas y conferenciantes que gestionaba la actora y supervisaba los planes de trabajo que esta le enviaba¹¹².

— Profesora de idiomas para el Ministerio de Defensa, dado que el objeto de la prestación no consistía en el desarrollo de trabajos específicos de carácter no habitual, sino que se trataba de impartir clases de lengua inglesa al personal de marinería y tropa profesional durante los períodos reseñados, con horario determinado y percibiendo la oportuna contraprestación salarial¹¹³.

Sin embargo, *no hay relación laboral* entre Ayuntamiento y abogado cuando los servicios son de asesoramiento jurídico (información a mujeres, elaboración de memorias e informes jurídicos) y de dirección provisional de centro de acogida, a cuyo frente hay una administradora, percibiendo sus honorarios mediante la emisión de facturas, sin que recibiera órdenes verbales o escritas sobre tales servicios, ni control o vigilancia sobre su actividad, más allá de reuniones mensuales con la jefa de negociado o concejala para tratar temas relacionados con su actividad y compatibilizando su actividad con el asesoramiento a otro municipio¹¹⁴. Tampoco puede considerarse laboral la relación de un secretario de Juzgado de Paz, con el

¹¹⁰ STSJ Galicia 8 de mayo de 2014 (rec. 1137/2012); STSJ 28 febrero 2012 (rec. 5231/2011); STSJ Galicia 23 diciembre de 2012 (rec. 4043/2011); STSJ 25 noviembre 2011 (rec. 3268/2011).

¹¹¹ STSJ Galicia 23 de abril 2014 (rec. 328/2012).

¹¹² STSJ Galicia 24 marzo 2014 (rec. 512/2012).

¹¹³ STSJ Galicia 2 diciembre 2003 (rec. 5481/2003); STSJ 21 noviembre 2003 (rec. 5023/2003).

¹¹⁴ STSJ Galicia 12 enero de 2009, (rec. 4443/2008).

Ayuntamiento, que procede de un nombramiento administrativo y en cuyo ámbito queda¹¹⁵; o la de personal eventual contratado por ayuntamiento para funciones de confianza o asesoramiento especial, como jefe de gabinete de prensa¹¹⁶; ni del profesor de ajedrez que es, a la vez, secretario de Club Municipal de Ajedrez, cobra subvenciones, las administra, recibe las cuotas de los niños, él se organiza su trabajo, rigiendo de forma autónoma e independiente la asociación creada sin ánimo de lucro, con la que tampoco mantiene relación laboral alguna, el ayuntamiento contrata con el Club para impartir clases en centro de servicios sociales dependiente del Ayuntamiento, dependiente del mismo¹¹⁷.

XVIII. ACTIVIDADES DE ALTERNE Y SIMILARES

Acerca de las personas que se dedican a la actividad de alterne, esto es, a estimular con su compañía y mediante su físico el consumo de bebidas por parte de los clientes que frecuentan los locales en los que prestan sus servicios, obteniendo así un porcentaje del beneficio económico que el empresario obtiene de dicho consumo, resulta actualmente jurisprudencia unánime aquella que considera la actividad de alterne como profesional, subsumible en el marco jurídico de las relaciones laborales. Es cierto que, en un primer momento, la doctrina de los Tribunales Laborales era remisa a considerar como laborales los servicios de alterne (por todas, sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 13 de marzo de 1975 y de 1 de abril de 1978), entendiendo que eran constitutivos de una relación de carácter civil.

Sin embargo, esta doctrina judicial pronto fue revisada por el Tribunal Supremo, declarando la competencia de la jurisdicción laboral para conocer de las demandadas relativas a las relaciones de alterne. En concreto, la primera de las resoluciones del Tribunal Supremo que reconoció la existencia de contrato de trabajo entre una «alternadora» («con la obligación de concurrir de 10,30 a 11 de la noche y permanecer en ella hasta las 3 o 4 de la madrugada, siendo su misión animar el baile, percibiendo también comisión por botella de *champagne* abierta en compañía de concurrentes y otra inferior en consumiciones ordinarias») y un empresario («empresa dedicada a Sala de Fiestas») fue una sentencia de fecha 3 de marzo de 1981, en la que se declaró que concurrían «los elementos característicos del contrato de trabajo, especialmente dependencia y retribución». Línea jurisprudencia que irá consolidándose en sucesivas decisiones como SSTS 25 de

¹¹⁵ STSJ Galicia 28 diciembre 2012 (rec. 191/2009).

¹¹⁶ STSJ Galicia 4 mayo 2001 (rec. 1563/2001); STSJ Galicia 20 marzo 2000 (rec. 410/2000).

¹¹⁷ STSJ Galicia 26 junio 2000 (rec. 2965/2000).

febrero de 1984, 21 de julio de 1995¹¹⁸, etc. Y todo ello, sin que sea obstáculo para la declaración de laboralidad de los servicios prestados por las tres trabajadoras el hecho de que el alterne pueda concluir con la práctica de la prostitución, al resultar perfectamente distinguibles en esta ocasión la práctica alternadora y la prostitución¹¹⁹. Ahora bien, si la actividad es la de la prostitución, a la que se añade la percepción directa de los clientes de una cantidad por consumición, queda excluida de su consideración como laboral¹²⁰.

En cambio, sí se considera trabajo por cuenta ajena la actividad de alterne, realizada, de lunes a domingo, en horario de 19,00 horas a cierre, con descanso un día a la semana, a elegir de domingo a miércoles, y percibiendo una retribución consistente en un porcentaje sobre el precio de la copa consumida por el cliente, esto es 20 euros, siendo el precio total de la copa 30 euros¹²¹.

XIX. VARIA

a) Técnico de montaje y sonido

Los servicios se prestaron durante los meses de julio, agosto y septiembre, en los lugares en que realizaba actuaciones el grupo musical, percibiendo una cantidad fija por cada día de trabajo realizado. Gozaba de una amplia autonomía, no solo en la ejecución de las tareas contratadas, en cuanto no recibía instrucciones de ninguno de los codemandados relativas a su trabajo como técnico, sino, lo que es más importante, en lo referente a la aceptación o rechazo del servicio que se le ofrecía realizar. La conclusión que ha de extraerse, por tanto, es la de que la relación mantenida por las partes tenía naturaleza civil (arrendamiento servicios o de obra) y no laboral¹²².

b) Contratación de publicidad

Las funciones que realizaba, auxiliado por su hija desde el año 2001, al menos, se concretaban básicamente en captar clientes para las demandadas,

¹¹⁸ STS, 3ª, 21 julio 1995 (rec. 2372/1993).

¹¹⁹ STSJ Galicia 12 marzo 2008 (rec. 6467/2007).

¹²⁰ STSJ Galicia 10 abril 2013 (rec. 4031/2012).

¹²¹ STSJ Galicia 27 febrero 2009 (rec. 3734/2008); en similares términos STSJ Galicia 2 junio de 2008 (rec. 1901/2008); STSJ Galicia 4 noviembre 2009 (rec. 2811/2009); STSJ Galicia 13 noviembre 2014 (rec. 486/2013); STSJ Galicia 11 marzo 2013 (rec. 1790/2012).

¹²² STSJ Galicia 19 julio 2003 (rec. 3091/2003).

visitarlos, realizar todos los trámites necesarios para la contratación de vallas de publicidad, buscar localizaciones para instalarlas partiendo de las instrucciones dadas al respecto por las demandadas, solicitar autorizaciones administrativas, a cuyo fin recibió amplios poderes de «Panel» el 11 de diciembre de 1991. El actor no tenía un horario de trabajo fijado por «Panel Publicidad Exterior, SA» y las comunicaciones de esta sociedad sobre vacaciones y horario efectuadas a las distintas delegaciones, iban dirigidas al personal de la misma y no al trabajador, por otro lado, la cantidad recibida no puede considerarse salario, sino retribución o precio de los servicios efectuados, que era girada a favor de «Mocalva, SL», y no de forma individual y personalizada, al actor.¹²³

c) **Guía turístico**

Concurren las tres notas que caracterizan la relación laboral: la ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios, pues la trabajadora acompañaba a la empresaria Tania y, entre las dos, realizaban las labores de atención, acompañamiento y guía turística para los viajeros, así como la demostración e intermediación en la venta de los productos de Vefa Travel, S.L. en tales viajes. Para ello recibían a los viajeros cuando llegaban al hotel y les organizaban excursiones y visitas durante la estancia, con el fin de aquellos disfrutaran del viaje y el último día realizar la exposición y demostración de productos del Grupo Vefa y lograr que adquirieran el mayor número de los mismos. En ocasiones, la actora se llegó a disfrazar de Meiga en algún hotel con el fin de hacer una quemada y amenizaba las veladas; Tania era quien dirigía la actividad a realizar por la actora, dándole órdenes e instrucciones que la segunda acataba.

d) **Servicios domésticos**

Existe una clara relación laboral que se evidencia en que: la actora pernoctaba con las supuestas empleadoras desde el 1 de febrero de 2008, así como que prestaba servicios otras dos horas al día, desde las 8 a 9 de la mañana, y de 18 a 19 de la tarde. Por las noches pernoctaba con ellas y percibía 80 euros por cada noche; y por las dos horas diarias, 20 euros diarios. Existe pues una jornada y un horario. Existe, asimismo, una remuneración. Es evidente, pues, que se dan dos de las notas esenciales de la existencia de una relación laboral de las

¹²³ STSJ Galicia 18 septiembre 2002 (rec. 2728/2002).

que, además, se deriva la propia dependencia, pues debiendo cumplir un horario y realizar en ese horario determinadas tareas (limpieza), más otras encomendadas (por ejemplo, acompañar al médico), se cumplen todos los elementos de la existencia de un vínculo laboral. Cosa distinta es el modo en que las partes pretendieron cubrir el pago, primero a través de la cesión en pago de la propiedad de una vivienda y, finalmente, a través del pago en metálico¹²⁴.

e) Limpieza

En el caso del arrendamiento de servicios, el profesional realiza su cometido con entera independencia, teniendo libertad para aceptar o rechazar los encargos y, normalmente, cuenta con una organización propia, en ocasiones con trabajadores a su servicio, que le permite ofrecer sus servicios en el mercado con autonomía, el profesional percibe sus retribuciones en forma de honorarios, que fija valorando por sí mismo los servicios prestados, ateniéndose en su caso a los establecidos por la corporación profesional respectiva. Por el contrario, el contrato de trabajo implica la integración en el ámbito de organización y dirección de otra persona, el empleador, y ello significa la incardinación del trabajador en la estructura empresarial sin libertad para aceptar o rechazar el trabajo que se le asigna y sin que exista o se haya considerado la existencia de una organización propia del trabajador. Si existe dependencia, la retribución deberá considerarse salarial, a pesar de la forma que eventualmente se le haya podido dar, con el fin de enmascarar la verdadera naturaleza laboral de la relación, y desde luego la fijación unilateral de las retribuciones por la empresa, sin relación alguna con un sistema de honorarios profesionales, debe apuntar a la laboralidad de la relación.

Parece obvio que la limpieza de una oficina realizada de forma personal y directa por una trabajadora, que utiliza todos los medios de la empleadora, excluye aquella figura, resumible como aquella en la que el titular de una empresa concierne la prestación de un determinado servicio, no inmiscuyéndose en el modo en que va a hacerlo quien se obliga a prestarlo, de tal modo que es este (y no aquel) quien pone los medios materiales y personales precisos para acometer tal labor, siendo también él quien se encarga de organizar, dirigir y controlar el trabajo de las personas que materialmente acometen la labor, así como quien asume el riesgo si le fallan los medios de que ha dispuesto para realizar la obligación asumida¹²⁵. O también en los servicios prestados por quien acude a limpiar cuando era requerida por

¹²⁴ STSJ Galicia 28 enero 2015 (rec. 1866/2013).

¹²⁵ STSJ Galicia 31 octubre de 2011 (rec. 3433/2011).

el jefe o el encargado de taller, sin perjuicio de que algún mes no fuera llamada o no tuviera horario fijo, puesto que cuando era llamada acudía a prestar los servicios y siempre le pagaban; la ajenidad es evidente, ya que hacía funciones de limpiadora para la empresa y a sus directrices y órdenes se hallaba sometida, puesto que limpiaba tanto las instalaciones del taller como los autocares ¹²⁶.

f) **Vigilancia de tierra contra marisqueo furtivo**

No hay relación laboral en la actividad llevada a cabo por el socio de una cofradía de pescadores, dado que es una actividad que realizan todos los socios a turnos, no se dan las condiciones ajenidad, dependencia, retribución, ni tampoco tiene carácter personalísimo los servicios, ya que no se le exige que tales tareas, cuando le correspondan, tenga que realizarlas ella ¹²⁷.

g) **Encuestador**

No hay relación laboral entre encuestadora al servicio de empresas que se dedica al asesoramiento a personas físicas o jurídicas en temas económicos, fiscales, financieros, contables, jurídicos o laborales, selección de personal, información a distancia del personal, percibiendo una retribución, según el número de encuestas realizadas con prima por mes completo de 75.000 ptas., consistiendo su actividad en realizar encuestas de opinión a jóvenes de 14 a 25 años, que posean el graduado escolar, a fin de determinar sus tendencias vocacionales, que realizan normalmente fuera de los locales de la empresa, sin sujeción a horario ni rendimiento concreto, si bien debía presentarse todas las mañanas en la oficina a las 10,00 h, donde le daban instrucciones de trabajo, forma de hacer la encuesta, las preguntas a realizar y zona asignada recibiendo indicaciones para su correcta cumplimiento, siendo incumbencia suya la forma efectiva de llevarlas a cabo, iniciativa y organización, así como horario de ejecución, sin que la empresa tuviera facultad disciplinaria, aun cuando controlaba las encuestas a fin de determinar si estaban bien o mal hechas o correspondía o no a la zona adjudicada, de tal manera que cuando había encuestas falsas, descontaba el 80% de las cantidades pendientes de abono ¹²⁸.

¹²⁶ STSJ Galicia 21 marzo 2007 (rec. 773/2007).

¹²⁷ STSJ Galicia 21 febrero de 2007 (rec. 3542/2006).

¹²⁸ STSJ Galicia 29 enero 2000 (rec. 4565/2000).

CAPÍTULO XIX

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ISLAS BALEARES

ANTONIO FOLGOSO OLMO
Abogado laboralista

SUMARIO: I. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.* a) Tareas sin compromiso personal. b) Prestaciones obligatorias. c) Trabajo no remunerado. Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad. Trabajos familiares. d) Trabajos por cuenta propia.—II. *Actividades sindicales y políticas.*—III. *Socios, administradores, directores.*—IV. *Relaciones con causa formativa.*—V. *Actividades deportivas.*—VI. *Espectáculos públicos.* a) Artistas. b) Modelos y publicidad. c) Otros.—VII. *Profesiones liberales.* a) Abogados. b) Arquitectos. c) Servicios contables, economistas, consultores. d) Peritos tasadores.—VIII. *Personal sanitario.* a) Médicos y odontólogos. b) Psicólogos.—IX. *Personal docente.*—X. *Profesionales de la comunicación.*—XI. *Comerciales, agentes, vendedores.*—XII. *Distribuidores, repartidores y transportistas.*—XIII. *Servicios prestados a la Administración.*—XIV. *Varias.* a) Guías turísticos. b) Relaciones públicas. c) Servicios en el hogar familiar (cuidadores, jardineros, chóferes particulares, etc.). d) Montaje, mantenimiento y asistencia técnica.

1. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD

a) **Tareas sin compromiso personal**

El requerimiento de que la prestación de servicios deba realizarse personalmente no es nota determinante para la constatación de la existencia de laboralidad, en tanto que no es ajeno al arrendamiento civil de servicios que estos deban ser prestados personalmente por una persona concreta y determinada ¹.

Con mucha frecuencia, en los contratos civiles que tratan de enmascarar una relación laboral se establecen cláusulas que permiten la designación de otra persona para realizar la prestación de servicios, tratando así de quebrar el carácter personalísimo del contrato de trabajo, de forma que la mera existencia de dichas estipulaciones se utiliza para negar la existencia del trabajo por cuenta ajena. Sin embargo, habrá que atender al supuesto concreto, no debiendo descartarse la laboralidad del contrato por el hecho de que se haya incluido una mera cláusula de estilo, sobre todo, cuando no se ha efectuado en ningún momento tal designación ², y más cuando dicha sustitución requería la previa autorización y conformidad de la empresa ³.

b) **Prestaciones obligatorias**

No se aprecia la existencia de relación laboral en la figura de los denominados “voluntarios” por el art. 10 de la Ley de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército de 8 de agosto de 1940, en tanto que no concurre efectivamente la nota de voluntariedad, por la sencilla razón de que la prestación del servicio militar era una prestación obligatoria. El llamado “voluntario” lo único que decidía libremente era el comienzo adelantado de la prestación y quizá el lugar en que se realizaba esta ⁴.

¹ STSJ IB 625/2003 de 3 de octubre (rec. 556/2003).

² STSJ IB 402/2013 de 10 de septiembre (rec. 115/2013).

³ STSJ IB 837/2003 de 16 de diciembre (rec. 750/2003).

⁴ STSJ IB 236/2011 de 9 de junio (rec. 278/2011).

c) **Trabajo no remunerado. Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad. Trabajos familiares**

Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad se encuentran excluidos del ámbito del Derecho del Trabajo. No puede haber relación laboral si no hay retribución, al faltar la causa propia del contrato de trabajo (que no es otra que la de prestar servicios laborales a cambio de un salario)⁵. De igual manera, se excluyen los supuestos en que sí existen pagos, pero estos pueden calificarse como simbólicos o meramente constitutivos de un simple reintegro de gastos⁶.

Tanto la presencia de una relación de amistad como el carácter esporádico de la prestación pueden constituir indicios de la inexistencia de relación laboral, como cuando el trabajo se limita a ayudar a un amigo a limpiar de forma puntual la piscina de la finca en la que reside⁷. No obstante, tales indicios quedan plenamente destruidos si se demuestra que concurren los requisitos de ajeneidad y dependencia, como sucede en el supuesto de una trabajadora que era vista en la peluquería de la empresa demandada, donde atendía el teléfono y lavaba la cabeza a los clientes⁸. También se aprecia la existencia de relación laboral en el supuesto de desempeñar tareas de poda de hierba y árboles durante numerosos días a lo largo de cuatro meses, habida cuenta de que se percibía una cantidad por hora trabajada (entre seis y siete euros, llegando a sumar cantidades que rondaban los mil euros mensuales) y dado que no consta la utilización de herramientas y material propio, lo que indica que se utilizaban los del demandado. No obsta a lo anterior que el demandado sea pensionista, pues ello no le impide ejercer como empleador. Tampoco es obstáculo para reconocer el carácter laboral de la relación el hecho de que, que tanto el demandante como su hermano (el cual mantenía una relación sentimental con la hija del demandado y no recibía remuneración por los trabajos realizados, contentándose con el dinero que su pareja le daba cuando lo necesitaba) hayan vivido en una caravana situada en la finca del empleador, permiso que este les cedía de buen grado. Estas circunstancias, por sí solas, no permiten concluir que la prestación de servicios se produjera por simple agradecimiento y amistad y sin ánimo de lucro. La precariedad y transitoriedad del empleo, en fin, no desvanecen su condición de verdadero trabajo por cuenta ajena⁹.

⁵ STSJ IB 118/2016 de 18 de marzo (rec. 321/2015).

⁶ STSJ IB 239/2008 de 23 de mayo (rec. 93/2008).

⁷ STSJ IB 284/2009 de 29 de junio (rec. 112/2009).

⁸ STSJ IB 79/2010 de 11 de marzo (rec. 518/2009).

⁹ STSJ IB 353/2007 de 19 de julio (rec. 300/2007).

En cuanto a los trabajos familiares, el art. 1.3.e ET contiene una presunción *iuris tantum* de ausencia de laboralidad en el ámbito de determinadas relaciones familiares. Esta podrá desvirtuarse cuando concurren indicios del contrato de trabajo, si bien estos deberán aparecer especialmente reforzados para ello. Así, en el caso del cónyuge del empresario, dicha presunción no se vencerá con la mera aportación de recibos de salario firmados o con una leve referencia a unos horarios, cuando no se acrediten las tareas realizadas, si se correspondían a la categoría especificada o en qué medida se sometían a unas determinadas directrices. Al trabajador le corresponde demostrar que no intervenía en la organización de la actividad empresarial y que los resultados de su trabajo no aprovechaban a un fondo familiar común, al que se imputaban los beneficios o pérdidas del negocio¹⁰. Tampoco se aprecia relación laboral en el caso de ser cónyuge del socio único y administrador de la empresa para la que se trabaja, con el que se convive, teniendo además un hijo en común, cuando se realizan funciones directivas que no se corresponden con las propias de la categoría de auxiliar administrativo reflejada en el contrato, sin que conste tampoco sometimiento a horario, ni quién le imparte las instrucciones necesarias para su trabajo o lo supervisa (si se considera que es su marido, las dudas se acentuarían), ni que perciba efectivamente las nóminas, aun cuando las firme¹¹.

Sin embargo, dicha presunción puede ser vencida cuando resulte acreditada la existencia de relación de trabajo. Por ejemplo, en el supuesto en que la madre y el tío del actor ostentan cada uno la mitad de las participaciones de la sociedad (lo que permite afirmar la existencia de un patrimonio familiar común) y en que el actor convive con su madre, puede presumirse en un principio el carácter familiar de los servicios prestados. Sin embargo, esta presunción se destruye al probarse que el actor trabajó y percibió su retribución durante cuatro años, estando de alta y cotizando al Régimen General de la Seguridad Social, incluso cuando la propiedad de la empresa había sido vendida a otra mercantil que ha continuado la actividad empresarial¹². Lo mismo ocurre cuando existe percepción de salarios, recepción de nóminas y sujeción a horario. Esta conclusión no está reñida con el hecho de que la trabajadora esté en posesión de un uno por ciento de las acciones de la sociedad y sea socia constituyente, pues ello no implica necesariamente que deje de ostentar la condición de trabajadora por cuenta ajena. Dicha situación no cambia porque sea la esposa del

¹⁰ STSJ IB 86/2011 de 23 de marzo (rec. 516/2010).

¹¹ STSJ IB 302/2016 de 14 de julio (rec. 42/2016).

¹² STSJ IB 669/2002 de 16 de diciembre (rec. 604/2002).

administrador solidario de la sociedad, quien es a su vez titular del cuarenta y nueve por ciento de las acciones. Tampoco puede considerarse que la relación laboral existe solo desde el momento de separación de los cónyuges; al contrario, esto se aplica durante la totalidad de la relación, ya que la situación matrimonial no establece más que una presunción *iuris tantum* sobre la inexistencia de relación laboral, que en el presente caso resulta destruida¹³.

d) Trabajos por cuenta propia

La doctrina judicial, con frecuencia, resta valor a la presunción establecida en el art. 8.1 ET, considerando que no habrá relación laboral si no concurren las notas esenciales del contrato de trabajo. Así ocurre en el caso de una prestación de servicios no formalizada por escrito, respecto de la que no se aprecian los elementos acreditativos de la dependencia o dirección de la empresa ni de retribución salarial, en un supuesto de actividad de confección y montaje de piezas de bisutería desde el propio domicilio¹⁴.

En términos generales, se presta una especial atención a los requisitos de ajeneidad y dependencia. Así, se descarta la existencia de relación laboral en el caso de un pintor, respecto cuyos servicios no consta ningún pacto sobre horario, ningunas órdenes por parte de la empresa relacionadas con la ejecución del trabajo encomendado, ninguna utilización de herramientas u otros medios de trabajo propiedad de la empresa, ni tampoco otro indicio que permita establecer que el demandante se encontraba dentro del ámbito de dirección y organización de alguno de los demandados (a lo que ha de añadirse que se anuncia en internet como pintor profesional para la realización de trabajos de pintura, decoraciones e impermeabilizaciones)¹⁵.

Los requisitos señalados se verán reforzados por la concurrencia de retribución que, sin embargo, no tendrá el carácter de nota determinante. Pese a ello, la doctrina de la Sala suele prestar una especial atención al cumplimiento de obligación tributaria de repercusión del IVA, para descartar la existencia de relación laboral. Así, se considera que no hay relación laboral en la prestación de servicios como administradora de fincas cuando, aparte de no quedar demostrada la dependencia y ajeneidad (la prestación de servicios no se desarrollaba bajo el círculo organizativo de la empresa ni en el centro de trabajo de esta, y no estaba

¹³ STSJ IB 640/2002 de 30 de noviembre (rec. 531/2002).

¹⁴ STSJ IB 178/2004 de 19 de marzo (rec. 69/2004).

¹⁵ STSJ IB 419/2013 de 19 de septiembre (rec. 219/2013).

sometida a una jornada u horario laboral alguno), se emiten y presentan facturas con conceptos como el de IVA. Esto último equivale a incluir conceptos de carácter totalmente ajenos a cualquier relación laboral, de modo que queda claramente desbordado el concepto y normativa del salario previsto en el ET¹⁶.

II. ACTIVIDADES SINDICALES Y POLÍTICAS

La Ley 37/2006¹⁷ establece el deber de incluir en el Régimen General de la Seguridad Social determinados cargos públicos y sindicales cuando ejerzan funciones sindicales con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo una retribución. Ahora bien, con independencia de ello, habrá que analizar las concretas circunstancias concurrentes para determinar si la actividad desarrollada es la propia de un sindicalista o de un trabajador por cuenta ajena: tales como el sometimiento a un horario o concesiones y denegaciones de permisos o vacaciones¹⁸. Aun cuando se haya suscrito contrato de trabajo, no existirá relación laboral si el servicio que se presta se configura como el contenido operativo del mandato representativo propiamente sindical, pues esto destruirá cualquier percepción de alteridad y, en consecuencia, de sujeción jerárquica u organizativa (esto es, también de dependencia) respecto de la organización sindical en que se integra. Así, el hecho de realizar trabajos para el sindicato no implica la existencia de dependencia, pues tal prestación puede conectarse con el propio contenido del ejercicio sindical. Tampoco la labor de asesoramiento a afiliados puede considerarse inherente al trabajo por cuenta ajena, al poder corresponderse igualmente con la actividad sindical¹⁹. Ni siquiera el hecho de realizar trabajos permite acreditar la dependencia cuando estos han sido asignados al sindicalista por un órgano sindical al que él mismo pertenece.

III. SOCIOS, ADMINISTRADORES, DIRECTORES

Los dos criterios que es fundamental tener en cuenta para apreciar la existencia de relación laboral son la participación en la sociedad y la capacidad

¹⁶ STSJ IB 116/2014 de 24 de marzo (rec. 212/2013).

¹⁷ Se hace referencia a la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales, cuyo artículo primero permite la inclusión de tales cargos en el citado régimen general, sin que ello exija la concurrencia de relación laboral.

¹⁸ STSJ IB 148/2017 de 4 de mayo (rec. 401/2016).

¹⁹ STSJ IB 147/2017 de 4 de mayo (rec. 381/2016).

de ostentar control efectivo sobre la misma. A este efecto, deberá prestarse más atención a la situación real que a la formal o documentada. Cuando concurren ambos requisitos, no cabe apreciar la existencia de contrato de trabajo. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando la participación social sea del dieciocho por ciento, pero no conste la existencia de otro socio con una mayor participación y, pese a que, junto a las labores de administración, se realicen otras distintas, ajenas a estas²⁰.

No se admite la concurrencia de tareas de administración con las de una relación laboral de alta dirección, ya que en estos casos no es factible diferenciar sendas tareas laborales de un alto cargo y las que corresponden a un administrador y se considera que las laborales quedan absorbidas por el vínculo mercantil de administración²¹. En cambio, sí que se admite la concurrencia de una relación laboral común en la figura de un administrador²². Es el caso de aquella relación en que no consta otorgamiento de apoderamiento alguno que faculte al trabajador para obrar en nombre de la sociedad y, mucho menos, para adoptar y ejecutar decisiones estratégicas susceptibles de establecer el rumbo de la sociedad en el tráfico económico mercantil. Limitarse a trabajar como director de hotel no se ve afectado por el hecho de tener una participación social del 1,866% ni por el de ser miembro del consejo de administración, pues las funciones de director de hotel son distintas de las propias del cargo de consejero delegado²³. Igual ocurre en el caso de un trabajador que presta sus servicios como encargado general o jefe de obra (tareas no asimilables a las de alta dirección), a la vez que ostenta la condición de socio de tres empresas, con participaciones del 26, 25 y 2,5%, en cada una de ellas, pues esto no le asegura el control sobre las mismas. Además, la relación jurídica no pierde el carácter laboral, ni siquiera en caso de que el trabajador ocupe el cargo de administrador solidario de dichas sociedades (sin retribución), pues lo relevante es que el porcentaje de acciones que posee no le otorga el control suficiente sobre ellas. En un caso así, converge un doble vínculo con las sociedades demandadas: el propio de la condición de socio y miembro del órgano de dirección social y una relación laboral común de carácter ordinario. La realidad de esta última se evidencia aún más teniendo en cuenta el encuadramiento del actor en el Régimen General de la Seguridad Social y la percepción de un salario que no retribuye el desempeño del cargo de adminis-

²⁰ STSJ IB 522/2002 de 15 de octubre (rec. 400/2002).

²¹ STSJ IB 479/2010 de 21 de diciembre (rec. 125/2010).

²² STSJ IB 509/2009 de 17 de diciembre (rec. 397/2009).

²³ STSJ IB 198/2018 de 11 de mayo (rec. 344/2017).

tracción social, sino el efectivo ejercicio de las funciones propias de encargado o jefe de obra en régimen laboral²⁴.

Puede ocurrir que la relación de confianza entre el trabajador y la empresa incremente hasta el punto de que esta nombre a aquel administrador o consejero, convirtiéndolo en su máximo representante. La situación merece análisis cuando al nombramiento sucede una destitución del cargo. Si antes de la destitución no hay tareas de índole laboral, esto es, si en el último momento la prestación ha consistido únicamente en el cumplimiento de las funciones de administrador, la relación no se incardina en el Derecho del Trabajo. No obstante, resulta notablemente problemático resolver qué sucede cuando una relación laboral sirvió de base a dicho nombramiento. En relación con este supuesto existe una laguna normativa y la respuesta se complica si no hay voluntad explícita de ambas partes al respecto. Si son claramente distinguibles las funciones de administración y las funciones laborales amparadas en un contrato común, sería posible entender que se han ejercido al mismo tiempo y en consecuencia no sería aplicable el art. 1.3 c) ET. En otros casos, sin embargo, el cargo de administrador (así como el cargo de alta dirección, por la confusión ya expuesta entre las tareas propias de ambos) podría implicar que las tareas laborales comunes se dejaron de realizar y, por tanto, no habría una relación laboral. En este supuesto, el tiempo dedicado en exclusiva al cargo de administrador podría constituirse en un dato indicativo de la vigencia o no del contrato común anterior al nombramiento y cabrían dos opciones. Por un lado, dicho contrato podría entenderse suspendido, si el tiempo dedicado en exclusiva a las tareas de administrador no se considera suficiente para romper el vínculo laboral. Por otro lado, podría darse por extinguido, cuando las tareas de administrador han adquirido una consolidación temporal tan manifiesta que daría pie a suponer que el vínculo laboral ha desaparecido definitivamente (lo que ocurre cuando se ejerzan tales tareas de manera exclusiva durante un periodo de cuatro años)²⁵.

Se ha considerado que existe relación laboral si un trabajador es administrador de la sociedad, pero no posee acciones de la empresa²⁶, especialmente cuando es retribuido con una cantidad fija mensual²⁷. En el caso de poseer participación social, no obstante, se aprecia la existencia de relación laboral cuando dicha participación social es minoritaria y cuando no se ostentan car-

²⁴ STSJ IB 31/2017 de 30 de enero (rec. 165/2016).

²⁵ STSJ IB 479/2010 de 21 de diciembre (rec. 125/2010).

²⁶ STSJ IB 251/2011 de 14 de junio (rec. 76/2011).

²⁷ STSJ IB 383/2002 de 12 de julio (rec. 282/2002).

gos societarios ni poder decisorio sobre la empresa²⁸. También se ha concluido la existencia de laboralidad en el caso de una trabajadora que se encargaba de la llevanza de una tienda y posteriormente (sin disolver la anterior relación laboral ordinaria) aceptó participación social de menos del 40%. Se ha considerado que este hecho en ningún momento ha desdibujado la nota de la ajeneidad, cuando la demandante no ha obtenido ningún beneficio de su participación social y ha seguido percibiendo retribución mensual por su trabajo, sujeto a horario. Además, aparte de firmar algún contrato, la trabajadora no ha desarrollado actividades propias de un administrador, apareciendo sus funciones circunscritas a la figura de encargada. No obsta a lo anterior el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, al no tratarse de una circunstancia que pueda determinar el carácter laboral o mercantil de una relación jurídica²⁹.

En cambio, se ha rechazado la existencia de relación laboral en un supuesto en que el demandante ostentaba el 25% del capital social junto a otros tres socios con el mismo porcentaje de participación, pues esto ha obligado a descartar el predominio de cualquiera de ellos sobre los demás. A esto se añadía que, si bien era el actor quien llevaba a cabo el auténtico desempeño de funciones de dirección y gerencia, era otro socio quien constaba como administrador en las escrituras constitutivas de la sociedad. Además, durante todos esos años existió conformidad con la calificación de trabajador autónomo, habiendo incluso solicitado la modificación de su base de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos³⁰.

Igualmente se ha rechazado la existencia de relación laboral cuando el actor ostentaba el 47% de las acciones de una sociedad cuyo objeto era la tenencia y administración del patrimonio familiar. El demandante fue el administrador de hecho de la sociedad y a tal fin le fue otorgado por su madre, administradora única, un poder para ejercer todas las facultades del consejo de administración, sin que se viese sometido a ningún horario ni instrucción. Además, el domicilio social de la demandada (así como el de otras dos sociedades familiares) era el del demandante. A raíz de discusiones familiares le fueron revocados todos los poderes, no realizando el actor ninguna actividad desde entonces³¹.

Tampoco existe relación laboral en el caso del actor que era titular del 49% de las participaciones de una sociedad y fue nombrado administrador solidario con su esposa que poseía el 51% restante, monopolizando ambos la

²⁸ STSJ IB 454/2011 de 29 de septiembre (rec. 326/2010).

²⁹ STSJ IB 163/2010 de 19 de mayo (rec. 47/2010).

³⁰ STSJ IB 525/2004 de 25 de octubre (rec.410/2004).

³¹ STSJ IB 300/2009 de 30 de junio (rec. 73/2009).

titularidad de los poderes de dirección y gobierno. En estas condiciones, aun cuando el actor llevara a cabo tareas que excedían los cometidos propios del cargo de administrador social, esa añadida prestación de servicios en beneficio de la sociedad no entrañaría relación de trabajo sino una mera relación contractual de índole civil o mercantil³².

Otro caso reseñable es el de un actor que ostentaba el 30% del capital social y, además, estaba integrado en el órgano de administración que ejercía los poderes correspondientes a la titularidad de la empresa, sin concurrir tampoco los requisitos de ajeneidad y dependencia necesarios para fundar la naturaleza laboral de la relación³³.

Por último, también se ha descartado la existencia de relación laboral en el supuesto de un accionista que fue nombrado presidente del consejo de administración y consejero delegado solidario para cualquier tipo de actuación, siendo estas las únicas tareas que realizaba y percibiendo por su especial dedicación el 10% de los beneficios sociales. Se ha considerado que su vinculación no tenía carácter laboral, ni siquiera de alta dirección. No era obstáculo a esta apreciación el alta en el Régimen General de la Seguridad Social ni la existencia de retribución fija mensual, pues el carácter gratuito no es rasgo sustancial del cargo de administrador y, por tanto, la retribución no resulta incompatible con la consideración mercantil de la prestación de servicios³⁴.

IV. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA

En cuanto a los becarios, debe recordarse antes que nada que su asimilación a trabajadores por cuenta ajena (art. 1 RD 1493/2011³⁵) se establece solo

³² STSJ IB 474/2009 de 23 de noviembre (rec. 374/2009).

³³ STSJ IB 595/2011 de 30 de noviembre (rec. 550/2011).

³⁴ STSJ IB 406/2009 de 29 de septiembre (rec. 378/2009).

³⁵ Se hace referencia al RD 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, cuyo art. 1.1 establece que “quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, quienes participen en programas de formación financiados por entidades u organismos públicos o privados que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, no tengan carácter exclusivamente lectivo, sino que incluyan la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades y conlleven una contraprestación económica para los afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba, siempre que la realización de dichos programas no dé lugar a una relación laboral que determine su alta en el respectivo régimen de la Seguridad Social”.

a efectos de la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social³⁶, por lo que su alta en el citado régimen no implica necesariamente la concurrencia de una relación laboral.

Expuesto lo anterior, y atendiendo a los principios de buena fe y de auto-responsabilidad en la emisión de declaraciones de voluntad negociales, se ha establecido una suerte de presunción *iuris tantum* acerca de que la realidad de la relación mantenida se ajusta al documento suscrito para la realización de trabajos vinculados a una beca, esto es, que el desarrollo de la relación se acomoda a la primordial finalidad formativa característica de la misma. Tampoco contradice el régimen de una verdadera beca que el beneficiario percibiera una cantidad mensual en concepto de subvención (ayuda pecuniaria consustancial a la idea de beca), ni que durante su permanencia en el recinto de la empresa quedara sometido a las normas disciplinarias de esta y cubierto por ella frente a los riesgos de enfermedad y accidentes de trabajo³⁷.

V. ACTIVIDADES DEPORTIVAS

Resulta indiferente que el club deportivo pueda pertenecer a una categoría propia de deporte aficionado (tercera división regional), e incluso la calificación como profesional o aficionado que del jugador puedan realizar los organismos federativos competentes, si concurren el resto de las circunstancias determinantes de la relación laboral. En concreto, se aprecia la existencia de contrato de trabajo en un supuesto en que se pacta una retribución fija (nueve mil euros anuales, pagaderos en once mensualidades) y, otra, por objetivos, sin que se indique que la misma se corresponda con ninguna compensación de gastos³⁸.

VI. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

a) **Artistas**

La expresión prestación artística designa la actividad concreta que es realizada por el artista en el momento mismo del espectáculo público. Es esta

³⁶ STSJ IB 464/2016 de 19 de diciembre (rec. 289/2016).

³⁷ STSJ IB 520/2004 de 22 de octubre (rec. 405/2004).

³⁸ STSJ IB 439/2012 de 28 de junio (rec. 274/2011).

actividad la que mueve al empresario a contratar al artista y que constituye la obligación principal que el trabajador se compromete a cumplir. En este sentido, el concepto de prestación artística no incluye los actos preparatorios de la actuación (art. 1.3 RD 1435/1985). Por lo tanto, si el vínculo se resuelve unilateralmente por la empresa antes de la fecha acordada para realizar la actuación artística, tal resolución debe regirse por las disposiciones del Código Civil y no por la normativa específicamente laboral. A lo anterior no obsta que el artista se hubiera comprometido a construir los aparatos que necesitaba utilizar en cada número, lo cual supondría una obligación meramente accesorio, instrumental, y que, como se ha señalado, no puede ser considerada de prestación artística³⁹.

En cambio, sí se aprecia la existencia de relación laboral en el caso de los integrantes de una banda de música tradicional (Tamborers) y su participación en desfiles procesionales y en otros acontecimientos festivos. El motivo es que su prestación artística, además de ser remunerada mediante el abono de una cantidad fija por actuación, se realizó bajo la organización y dirección del organismo público contratante y empleando material de su propiedad (el maestro de ceremonias, perteneciente al funcionariado del ayuntamiento, fue quien realizó el llamamiento, dio instrucciones precisas para el desfile y facilitó a los integrantes de la banda vestuario e instrumentos musicales que se encontraban bajo custodia de dicho organismo público), aspectos todos que aportan la necesaria nota de dependencia⁴⁰.

b) Modelos y publicidad

Se aprecia la concurrencia de laboralidad en el caso de actuación como modelo y como azafata, a lo que no obsta el carácter meramente esporádico u ocasional de la actuación o que el ámbito de la organización empresarial se extinguiera una vez concluyó el evento contratado (pues su objeto social, coincidente con la actividad realizada, no era perdurar en un tiempo de duración más o menos incierta, sino la realización de una actividad determinada en un espacio temporal concreto). El acto para el que fueron contratados los modelos consistió en dos desfiles con vestidos de una marca determinada, estableciendo la empresa el orden de desfile de cada modelo y la coreografía del acto, lo cual permite concluir claramente la nota de dependencia. Además, cabe razo-

³⁹ STSJ IB 113/2002 de 23 de febrero (rec. 45/2002).

⁴⁰ STSJ IB 268/2008 de 28 de mayo (rec. 552/2007).

nablemente suponer que, con anterioridad a la ejecución de los desfiles, pero en su misma fecha, los modelos hubieron de ser maquillados y preparados, hubieron de probar la ropa que iban a vestir y probablemente realizar una prueba previa del acto. Por lo tanto, aun cuando los dos desfiles tuvieron una duración de 15 minutos cada uno, la preparación de los desfiles hubo de ser mayor y en dicha preparación tuvieron que participar necesariamente modelos y azafata. No supone impedimento que los modelos no fuesen profesionales, sino simples aficionados o amateurs, pues este hecho no es relevante para determinar el carácter laboral de la relación jurídica. También concurre la nota de retribución, en tanto que cada modelo percibió la cantidad de 90€ y la azafata 50€, tratándose de cantidades muy superiores a una mera compensación de gastos⁴¹.

c) **Otros**

Entre supuestos distintos a los analizados anteriormente en este apartado es destacable la categoría de director de orquesta. En relación con esta se ha concluido que sí existe relación laboral. Esta consideración se ha fundamentado, en primer lugar, en la existencia de dependencia, dado que los servicios prestados por el actor incluían ensayos con el coro para actuaciones programadas por el teatro, que tenían lugar en la dirección del teatro y en el horario preestablecido por el mismo y sin que el trabajador tuviese participación en los resultados de la actividad. En segundo lugar, en el hecho de que el actor percibiera una retribución mensual fija, que se incrementaba puntualmente en periodos de preparación de actuaciones importantes. Además, resulta determinante un detalle en cuanto a la asistencia: si fallaba alguno de los componentes del coro, el ensayo podía realizarse igualmente, mientras que si el que fallaba era el director no parece que fuera posible llevar a cabo el ensayo. Se ha de señalar que también se ha planteado otra posible calificación de dicha relación y es en términos de alta dirección. Sin embargo, esta posibilidad queda descartada cuando el trabajador no tiene capacidad para llevar a cabo negocios y actos jurídicos en nombre de la empresa o disponer con plena autonomía de su patrimonio, obligando a aquella frente a terceros en relación con los objetivos generales de la compañía. En el caso analizado, no existía contrato de alta dirección, pues el actor no estaba autorizado para intervenir en materia de contratación de personal más allá de la actividad relacionada con los artistas y

⁴¹ STSJ IB 460/2016 de 16 de diciembre (rec. 325/2016).

orquestas, ni tampoco en materia de obras de mantenimiento o mejora. Que sus propuestas fueran normalmente aceptadas, dada la alta valoración de la que gozaba y la confianza que en él se tenía depositada, no permite transformar una relación ordinaria en una relación especial de alta dirección⁴².

VII. PROFESIONES LIBERALES

En el ámbito de las profesiones liberales, la nota de dependencia va a verse significativamente atenuada, en tanto que las tareas realizadas por parte del trabajador no pueden verse controladas por parte del empresario que, además, no tiene por qué participar de la formación técnica del empleado. Por lo tanto, que el trabajo se realice con total libertad, sin sujeción a instrucciones ni más pautas que los propios conocimientos, experiencia y libre criterio, no impide por sí mismo la apreciación de la existencia de trabajo por cuenta ajena⁴³. De este modo, la dependencia no se apreciará tanto en el sometimiento a instrucciones en cuanto al trabajo a realizar, sino más bien en torno a la forma en que este se realiza: establecimiento del lugar de la prestación de servicios, sometimiento a horario, etc.⁴⁴

a) **Abogados**

En el caso de la prestación de servicios de asesoría jurídica, hay dependencia cuando la realización del trabajo tiene lugar en la sede de la empresa, bajo la supervisión del responsable, debiendo acudir a las reuniones de coordinación a las que es convocado y utilizando los medios materiales (de oficina o informáticos) y personales que se le proporcionan⁴⁵, sin que dicha característica se desnaturalice ante la existencia de flexibilidad horaria o la posibilidad de atender a clientes particulares en las instalaciones de la demandada (y dentro del horario laboral). Se valora también que disponga de tarjeta de visita, en la que se le presente como abogado de la empresa, indicando dirección, postal o electrónica y teléfono de la sede territorial⁴⁶.

⁴² STSJ IB 118/2016 de 18 de marzo (rec. 321/2015).

⁴³ STSJ IB 274/2010 de 22 de julio (rec. 285/2010).

⁴⁴ STSJ IB 116/2014 de 24 de marzo (rec. 212/2013).

⁴⁵ STSJ IB 274/2010 de 22 de julio (rec. 285/2010).

⁴⁶ STSJ IB 38/2009 de 17 de febrero (rec. 27/2009).

En cuanto a la retribución, se considera especialmente relevante que se perciba cada mes una cantidad fija, desconectada del número y entidad de actuaciones efectuadas⁴⁷ y cuyo importe se va incrementando anualmente⁴⁸.

Por el contrario, no se apreciaría la existencia de relación laboral si se hubiera convenido que el trabajador proporcionara ese mismo asesoramiento a sus destinatarios recibéndolos en su propio despacho profesional y sin sumisión a horario prescrito, en régimen de trato parecido al de clientes particulares o inclusive al de los que se defienden por turno de oficio⁴⁹.

b) Arquitectos

Existe dependencia cuando se exige que el trabajador resida obligatoriamente en un lugar determinado –sin duda, con la finalidad de encontrarse siempre a disposición de los requerimientos del organismo–, cuando depende jerárquicamente del responsable del citado organismo y cuando está obligado a cumplir los encargos de este con preferencia a cualesquiera otros. También resulta relevante que se establezca el derecho a percibir gastos y dietas correspondientes a sus desplazamientos por la provincia, debiendo estos realizarse siempre previo consentimiento de los responsables, que autorizarán además la liquidación del viaje en los términos que se venga haciendo para el resto de trabajadores por cuenta ajena de la misma empresa. Además, se valora que concurren circunstancias inequívocamente laborales, tales como que al trabajador se le deduzcan las cuotas correspondientes a la cotización o que haya sido incluido en un censo electoral a los efectos de elecciones sindicales o, incluso, que haya sido nombrado presidente de la citada mesa electoral. No obsta a lo anterior que el trabajador no esté sujeto a horario o que no tenga despacho o ubicación física en las instalaciones de la demandada, al tratarse de características que no sitúan por sí solas de modo inequívoco la prestación de servicios fuera del ámbito laboral si por la especial índole de esta aquellas exigencias no son necesarias⁵⁰. También se considera indicio de laboralidad, con independencia de la denominación dada a la relación contractual –mercantil o laboral–, que se hayan firmado dos contratos laborales indiscutidos al inicio y al final de la relación profesional⁵¹.

⁴⁷ STSJ IB 274/2010 de 22 de julio (rec. 285/2010).

⁴⁸ STSJ IB 38/2009 de 17 de febrero (rec. 27/2009).

⁴⁹ STSJ IB 274/2010 de 22 de julio (rec. 285/2010).

⁵⁰ STSJ IB 188/1999 de 29 de abril (rec. 117/1999).

⁵¹ STSJ IB 159/2016 de 18 de abril (rec. 26/2016).

c) **Servicios contables, economistas, consultores**

Se rechaza la existencia de laboralidad en el supuesto de un contable, cuya actividad se limitaba únicamente a suministrar información y datos para su análisis, sin que haya constancia de que asistiera al centro de trabajo, de que dispusiera de un puesto físico en él, de que realizara la actividad con sometimiento a un horario y una jornada laboral, o de que disfrutase de permisos, licencias o vacaciones autorizados por la empresa. Se tiene en cuenta, además, que la empresa dispusiera de una persona que desempeñaba las funciones de encargada de tienda, cuya tarea era la total organización de la tienda y de la plantilla de trabajadores y que el demandante no formase parte de dicha plantilla. En estas circunstancias, no resulta determinante que la empresa abonase una cantidad fija mensual y otra variable en función de las ventas producidas, pues lo que prima es la absoluta falta de dependencia. Lo anterior se refuerza dado que el reclamante constaba de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y que las cantidades que percibía de la mercantil demandada lo fueran previa presentación de facturas⁵².

En el ámbito de los administradores de fincas, se atiende especialmente a la existencia de despacho propio, ajeno a las instalaciones de la comunidad de propietarios para la que trabaja, donde preste sus servicios sin sometimiento a jornada laboral alguna, como requisito para descartar la dependencia⁵³. En tales circunstancias, incluso la concurrencia de una retribución, en forma de cantidad fija mensual, no permite apreciar que exista relación laboral. Igualmente, contribuirá a descartar la nota de dependencia que no conste el disfrute de vacaciones o permisos retribuidos, el sometimiento a régimen disciplinario, la falta de alta en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena, o entrega de hoja de salarios⁵⁴.

d) **Peritos tasadores**

Se considera indicio determinante de la inexistencia de relación laboral la ausencia de la nota de dependencia, que se manifiesta en la falta de horario (especialmente cuando la estancia del trabajador en la sede de la empresa se limita a recoger los partes) y en que no conste que el trabajo sea estrechamen-

⁵² STSJ IB 112/2017 de 31 de marzo (rec. 47/2017).

⁵³ STSJ IB 207/2007 de 4 de mayo (rec. 118/2007) y STSJ IB 116/2014 de 24 de marzo (rec. 212/2013).

⁵⁴ STSJ IB 207/2007 de 4 de mayo (rec. 118/2007).

te coordinado por un responsable de la empresa. En cuanto a la ajeneidad, no se considera especialmente relevante que el actor no intervenga en la fijación de honorarios, habida cuenta del mayor poder, en este ámbito, de las compañías de seguros frente a los peritos tasadores en general (con independencia del tipo de relación que les una a la aseguradora). También se consideran indicios relevantes: que el material informático y fotográfico sea de la propiedad del actor, que este sea en ocasiones ayudado por personas sin vinculación alguna con la empresa (como su hijo) o que la empresa no sea siquiera el principal cliente del demandante⁵⁵.

VIII. PERSONAL SANITARIO

a) Médicos y odontólogos

En el ámbito de la prestación de servicios médicos, igual que en el resto de las profesiones técnicas, la nota de dependencia se verá muy debilitada, no pudiendo entenderse en ningún caso que la incardinación en la estructura organizativa del empleador pueda equivaler a la posibilidad de este de impartir órdenes precisas sobre cómo debe desarrollarse la prestación de servicios (lo que incluso podría colisionar con las normas deontológicas de la profesión). De este modo, concurre la nota de dependencia cuando la prestación de servicios tiene lugar en las dependencias de la empresa, siendo auxiliado por personal facultativo y no facultativo de la empresa, integrando así un grupo configurado y dirigido por la empresa⁵⁶. Generalmente se cuestiona si quiebra la dependencia por el hecho de que no exista un horario fijo⁵⁷, o porque sean los propios médicos quienes organicen sus turnos de trabajo. Desde luego, la respuesta es negativa cuando se limitan a ponerse de acuerdo entre ellos para cubrir los turnos de forma que el servicio en ningún momento quede sin cubrir⁵⁸, debiendo encontrarse localizables y a plena disponibilidad inmediata los días en que les corresponda estar de guardia⁵⁹.

Por su parte, el requisito de ajeneidad se aprecia en la puesta a disposición por parte de la empresa del material y consumibles que utiliza el actor,

⁵⁵ STSJ IB 839/2003 de 16 de diciembre (rec. 748/2003).

⁵⁶ STSJ IB 387/2002 de 12 de julio (rec. 267/2002) y STSJ IB 497/1998 de 15 diciembre (rec. 288/1998).

⁵⁷ STSJ IB 387/2002 de 12 de julio (rec. 267/2002).

⁵⁸ STSJ IB 854/2000 de 23 de diciembre (rec. 662/2000) y STSJ IB 387/2002 de 12 de julio (rec. 267/2002).

⁵⁹ STSJ IB 387/2002 de 12 de julio (rec. 267/2002).

sin que se abone cantidad alguna por la utilización de estos. Además, debe destacarse la casuística en que el actor atiende a pacientes que no son citados por él, sino que estos acuden al centro médico para que ser asistidos por los médicos contratados por la empresa demandada, abonándole a ella los servicios sanitarios prestados⁶⁰ (circunstancia que se observa incluso con más claridad en el caso médicos que trabajan en el transporte de enfermos en ambulancia⁶¹).

En cuanto al requisito de la retribución, resulta significativo que se perciba una cantidad por hora trabajada, cantidad que puede incrementarse en el caso de realizar guardias⁶², con independencia del número de actos médicos que haya podido llevar a cabo⁶³. En cambio, no es relevante que el pago se documentara mediante un sistema de facturas, habida cuenta de la concurrencia del resto de requisitos⁶⁴.

No supone impedimento alguno para apreciar la existencia de relación laboral que el trabajador pueda prestar servicios simultáneamente para otras empresas o, incluso, que pueda atender pacientes particulares en los locales de la empresa⁶⁵, especialmente cuando no consta el abono de alquiler alguno por el uso de las dependencias, ni de canon por la utilización de los aparatos o instrumental⁶⁶.

b) **Psicólogos**

En el caso de los psicólogos escolares, la laboralidad se aprecia en la realización de la actividad en el centro de trabajo perteneciente a la empresa, con sumisión a horario fijo e preestablecido y debiendo emitir los informes que la empleadora exija en los plazos requeridos; especialmente, cuando se percibe una retribución con idéntica cuantía y estructura salarial que la fijada en el convenio colectivo de aplicación y no en función del trabajo ejecutado, abonándosele también el tiempo de descanso. La existencia de relación laboral se aprecia con más claridad cuando, con posterioridad, pasa a realizar funcio-

⁶⁰ STSJ IB 854/2000 de 23 de diciembre (rec. 662/2000) y STSJ IB 497/1998 de 15 diciembre (rec. 288/1998).

⁶¹ STSJ IB 387/2002 de 12 de julio (rec. 267/2002).

⁶² STSJ IB 387/2002 de 12 de julio (rec. 267/2002).

⁶³ STSJ IB 854/2000 de 23 de diciembre (rec. 662/2000) y STSJ IB 497/1998 de 15 diciembre (rec. 288/1998).

⁶⁴ STSJ IB 387/2002 de 12 de julio (rec. 267/2002).

⁶⁵ STSJ IB 854/2000 de 23 de diciembre (rec. 662/2000).

⁶⁶ STSJ IB 497/1998 de 15 diciembre (rec. 288/1998).

nes de jefe de departamento, realizando así su actividad profesional plenamente incorporada dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa⁶⁷.

XIX. PERSONAL DOCENTE

Se aprecia relación laboral en el supuesto de una profesora al concurrir claramente las notas propias del contrato de trabajo. Se aprecia que tenía asignado un horario y debía desarrollar su trabajo dentro del mismo, en la clase asignada y a los alumnos determinados por el centro, formando además parte del claustro de profesores. La empresa determinaba de forma unilateral los días no lectivos, entre otros la Semana Blanca o la llamada Semana Cultural. Además, la empresa daba concretas instrucciones a la actora y demás profesores sobre ciertos aspectos de su actividad, quienes debían comunicar el temario visto a la persona en cargada de recepción (lo cual equivale a un seguimiento del trabajo). La trabajadora no intervenía en la fijación del precio de las matrículas y percibía la cantidad establecida por la empresa en función del trabajo realizado. Ningún obstáculo supone que el trabajo fuese a tiempo parcial, siendo igualmente proporcional el salario al de un trabajador a jornada completa, ni tampoco que la actora desarrollara otra actividad a jornada completa, pues el pluriempleo es perfectamente válido⁶⁸.

En la relación jurídica de los profesores de Religión y Moral Católica concurren todos los requisitos propios del contrato de trabajo, sin que exista base alguna que permita entender que dicha relación jurídica sea de carácter público, funcional o administrativo, en los términos previstos en el art. 1.3.a ET. La empleadora es la administración educativa, que, como destinataria de los servicios que presta este personal, planifica, organiza y controla el trabajo, ejerce la potestad disciplinaria y se encarga de todos los gastos que con ello se ocasionan y, sobre todo, la correspondiente a la retribución del profesorado. La designación y el nombramiento de estos profesores se lleva a cabo por la autoridad docente del Estado, reservándose la jerarquía eclesiástica la única facultad de presentar los candidatos que considere más idóneos para impartir esta enseñanza, pero quien realmente crea el vínculo jurídico es la Administración del Estado al efectuar la designación y el nombramiento de cada trabajador. El que la renovación sea automática, salvo propuesta en contra del Ordinario, no afecta a la existencia, sino a la renovación del contrato. La relación laboral entre los profesores de

⁶⁷ STSJ IB 837/2003 de 16 de diciembre (rec. 750/2003).

⁶⁸ STSJ IB 239/2008 de 23 de mayo (rec. 93/2008).

Religión y la Administración es una relación objetivamente especial, aunque no haya sido declarada expresamente como tal y la especialidad tiene tanto un fundamento formal –pues ha sido establecido en un tratado internacional que se incorpora al ordenamiento interno con fuerza de Ley– como material, dadas las peculiaridades que concurren en la relación de servicios que se considera⁶⁹.

La equiparación legal de los profesores de Religión a los funcionarios interinos se produce exclusivamente a efectos retributivos⁷⁰.

X. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN

En el ámbito de los periodistas, reporteros, etc., se atiende generalmente a la nota de dependencia, a cuyo efecto resulta especialmente relevante que la prestación de servicios se preste en un lugar de trabajo –propiedad de la empresa, en el que se pongan a disposición del trabajador los distintos medios materiales– y tenga lugar un sometimiento a horario⁷¹. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que con frecuencia el desempeño de sus tareas implicará la realización de trabajo de calle. Esto puede traducirse en una cierta flexibilización de la jornada, pero no determina su inexistencia (formará parte esencial de la prestación de servicios, sin que desnaturalice la dependencia propia del contrato)⁷². Otro indicio general de dependencia radica en la existencia de reuniones en el centro de trabajo al objeto de organizar las tareas, así como el establecimiento de directrices acerca de lo que se publica⁷³ o acerca de la programación diaria del trabajo que debía realizarse⁷⁴ (lo que se produce especialmente cuando el trabajador deba asumir inexorablemente las sugerencias del empleador⁷⁵ o cuando no conste el rechazo de ningún encargo⁷⁶).

Existirán indicios de ajeneidad, entre otros factores, cuando se elaboren publicaciones respecto de las que no conste ni tan siquiera la autoría del trabajador⁷⁷, o cuando la empresa compense los gastos realizados, tales como los gastos de transporte, adquisición de consumibles, negativos, revelados, etc., siendo

⁶⁹ STSJ IB 312/2014 de 23 de septiembre (rec. 238/2014)

⁷⁰ STSJ IB 498/2011 de 25 de octubre (rec. 522/2011).

⁷¹ STSJ IB 430/2009 de 19 de octubre (rec. 430/2009) y STSJ IB 402/2013 de 10 de septiembre (rec. 115/2013).

⁷² STSJ IB 430/2009 de 19 de octubre (rec. 430/2009) y STSJ IB 534/2006 de 28 de noviembre (rec. 349/2006).

⁷³ STSJ IB 430/2009 de 19 de octubre (rec. 430/2009).

⁷⁴ STSJ IB 534/2006 de 28 de noviembre (rec. 349/2006).

⁷⁵ STSJ IB 402/2013 de 10 de septiembre (rec. 115/2013).

⁷⁶ STSJ IB 534/2006 de 28 de noviembre (rec. 349/2006).

⁷⁷ STSJ IB 241/2018 de 7 de junio (rec. 192/2018).

irrelevante que el fotógrafo sea propietario de la máquina fotográfica (que normalmente lo será)⁷⁸. Lo determinante será que el fotógrafo no desarrolle una actividad propia, realizando fotografías por propia iniciativa y para sí mismo, con la finalidad de ofrecer luego ese trabajo en el mercado de la información, sino que su actividad esté destinada a cubrir las necesidades gráficas de una empresa, que tiene la facultad de seleccionar a precio preestablecido las fotografías que más le interesan de los reportajes realizados y que adquiere así el principal resultado del trabajo, que son los derechos de publicación y explotación en prensa de las fotografías seleccionadas. Debe recordarse que la creación y cesión de una obra de autor se puede llevar a cabo por medio del contrato de trabajo, de forma que la cesión de dicho resultado no tiene por qué abarcar a la integridad de los derechos de propiedad intelectual, sino solo a los principales o más relevantes, que son, respecto de las obras de fotografía periodística, los de explotación de estas en atención a su actualidad⁷⁹.

En cuanto a la retribución, se entiende que hay indicios de laboralidad cuando se abona con periodicidad mensual⁸⁰, y que no los hay cuando se paga en función del número de artículos elaborados o cuando se percibe un porcentaje en atención a la publicidad conseguida⁸¹. En todo caso, que la empresa abonase la contraprestación pactada en el contrato mediante la presentación por el trabajador de las respectivas facturas con periodicidad mensual (con inclusión de IVA y retención de IRPF), o incluso que la retribución lo fuera por pieza o por fotografía, no niega la esencia laboral del contrato cuando el resto de los requisitos sí conducen a su apreciación, especialmente cuando no consta que los presupuestos fuesen elaborados por el actor⁸².

No se considerará relevante que el reportero haya podido desempeñar sus funciones en una sección u otra (información o publicidad), o que vendiera fotos a otras publicaciones, ante la inexistencia de pacto de exclusividad⁸³.

XI. COMERCIALES, AGENTES, VENDEDORES

En el caso de los subagentes de seguros toma una especial significación la nota de dependencia, frente a la de retribución, que queda totalmente condi-

⁷⁸ STSJ IB 534/2006 de 28 de noviembre (rec. 349/2006).

⁷⁹ STSJ IB 534/2006 de 28 de noviembre (rec. 349/2006).

⁸⁰ STSJ IB 430/2009 de 19 de octubre (rec. 430/2009).

⁸¹ STSJ IB 241/2018 de 7 de junio (rec. 192/2018).

⁸² STSJ IB 534/2006 de 28 de noviembre (rec. 349/2006) y STSJ IB 402/2013 de 10 de septiembre (rec. 115/2013).

⁸³ STSJ IB 534/2006 de 28 de noviembre (rec. 349/2006).

cionada por la anterior; no obstante, tampoco la ajeneidad resulta útil para el fin de determinar la naturaleza de la prestación de servicios, pues tanto en el ámbito del contrato mercantil como en el del laboral, el agente es quien hace suyas las consecuencias de la actuación del subagente⁸⁴.

De este modo, habrá que prestar una atención especial a la nota de dependencia y, específicamente, a la concurrencia de determinadas características. En concreto, se ha considerado que el hecho de que los servicios se presten dentro de los locales de la empresa y utilizando sus medios materiales no es determinante para considerar que concurre la nota de dependencia en la actividad del subagente, pero sí la sujeción a jornada y horario, pudiendo afirmarse que toda la actividad desarrollada por el subagente para el agente-empresario dentro de la jornada y el horario pactado es laboral. Esto se reforzará, no obstante, cuando además se preste dicha actividad en el local de la empresa, con los medios materiales de esta⁸⁵. En cambio, se descartará la integración del subagente en el ámbito de organización empresarial cuando ostente libertad para organizar sus horarios y el desarrollo de su actividad, no precisando de ninguna autorización para establecer su período vacacional⁸⁶. Resulta también relevante para apreciar dependencia la recepción efectiva de instrucciones de la empresa para el desarrollo de la actividad de promoción y mediadora de seguros, acudiendo a las reuniones que la empresa le convoque, o cuando se acredita la supervisión del responsable de zona (realizando la empresa la organización de las campañas de seguros y supervisando las pólizas concertadas) o cuando el trabajador desempeñe también funciones de formación que su contrato requería⁸⁷.

Se permite, no obstante, que concurren distintas relaciones, tales como la preexistente labor de subagente mercantil con la posterior contratación como inspector de seguros, para la realización de tareas diferentes. En este caso, no serán consideradas salario las comisiones percibidas derivadas de los seguros producidos como subagente mercantil, al ser desarrolladas fuera de su vínculo laboral⁸⁸.

En el ámbito de los agentes intermediarios, se rechaza la existencia de relación laboral cuando no consta dependencia (en el sentido de sometimiento

⁸⁴ STSJ IB 136/2006 de 31 de marzo (rec. 541/2005).

⁸⁵ STSJ IB 136/2006 de 31 de marzo (rec. 541/2005), STSJ IB 615/2006 de 29 de diciembre (rec. 474/2006) y STSJ IB 645/2008 de 30 de diciembre (rec. 548/2008).

⁸⁶ STSJ IB 364/2019 de 19 de noviembre (rec. 179/2019).

⁸⁷ STSJ IB 645/2008 de 30 de diciembre (rec. 548/2008).

⁸⁸ STSJ IB 315/2006 de 30 de junio (rec. 384/2005).

a horario o jornada)⁸⁹, ni que tuviera asignado un puesto de trabajo en las oficinas de la empresa (a las que solo acude de forma puntual)⁹⁰ o cuando el actor tiene plena independencia funcional, rigiendo por sus propios criterios su actividad y el tiempo dedicado a la misma, y limitándose las instrucciones recibidas a materias imprescindibles para el correcto desenvolvimiento de su actividad (que era la fijación del precio de los productos correspondientes a la intermediación que hacía)⁹¹. Tampoco se considera determinante la asignación al agente de una zona de actuación determinada y de una cartera de clientes (lo que son simples elementos de delimitación del objeto de la prestación contractual), ni que la empresa le llamara la atención porque en cierta ocasión trató de repercutir el importe de ciertas facturas indebidamente o porque conducía con un carnet inválido (lo que no supone el ejercicio de poder disciplinario alguno), ni tampoco que la actora informara semanalmente del trabajo realizado, en tanto que se considera natural que la empresa necesitara mantener cierto control sobre la actividad desplegada, especialmente cuando ello no afectaba en absoluto a la independencia del agente⁹².

Dicha conclusión se refuerza cuando no concurre ajeneidad, en tanto que fuese el actor quien debiera hacerse cargo de los gastos de explotación; que la empresa se limitase a proporcionar una dirección de correo al demandante y no los equipos informáticos para la utilización de esa dirección de correo⁹³; que el local en que el actor trabajaba estaba, a su vez, subarrendado a un tercero⁹⁴; o que tenía, además, a una trabajadora a su cargo como auxiliar administrativa⁹⁵. También se descarta la ajeneidad cuando la empresa pusiese a disposición del actor las instalaciones y todo el suministro de mobiliario, materiales, acceso a línea telefónica, etc., pero a cambio de un importe anual⁹⁶.

Por último, descarta la existencia de laboralidad cuando existía un ámbito de organización empresarial propio, hasta el punto de que con posterioridad al inicio de la actividad se constituyó con otras personas una sociedad (comunicando a la empresa, por correo electrónico, que por motivos fiscales se operaría en adelante de esa manera, y que existiría una cesión contractual de su

⁸⁹ STSJ IB 528/2011 de 30 de diciembre (rec. 266/2010) y STSJ IB 472/2016 de 19 de diciembre (rec. 305/2016).

⁹⁰ STSJ IB 472/2016 de 19 de diciembre (rec. 305/2016).

⁹¹ STSJ IB 217/2016 de 30 de mayo (rec. 156/2016), STSJ IB 586/2000 de 3 de octubre (rec. 417/2000) y STSJ IB 528/2011 de 30 de diciembre (rec. 266/2010).

⁹² STSJ IB 586/2000 de 3 de octubre (rec. 417/2000).

⁹³ STSJ IB 472/2016 de 19 de diciembre (rec. 305/2016) y STSJ IB 217/2016 de 30 de mayo (rec. 156/2016).

⁹⁴ STSJ IB 217/2016 de 30 de mayo (rec. 156/2016).

⁹⁵ STSJ IB 217/2016 de 30 de mayo (rec. 156/2016).

⁹⁶ STSJ IB 528/2011 de 30 de diciembre (rec. 266/2010).

condición de agente a favor de la citada sociedad, a lo que la empresa se limitó a mostrar su conformidad)⁹⁷.

Se sigue en cambio un criterio mucho más favorable a la declaración de laboralidad en el ámbito específico de la intermediación inmobiliaria. Se rechaza que la tarea habitual de mostrar inmuebles a clientes con fines de venta por cuenta de una inmobiliaria pueda llevarse a cabo sin una cierta subordinación a las directrices de la empresa que la encarga y en provecho de la cual se realiza. Esto ocurre especialmente cuando se le provee al trabajador de una tarjeta de presentación ante los clientes (señal clara de que actuaba en nombre de aquella) y de unos impresos donde tenía que consignar los datos de estos y de los inmuebles que cuya venta gestionaba, y ello aun cuando no conste sumisión a horario⁹⁸.

En todo caso, se apreciará el requisito de retribución cuando el trabajador perciba una cantidad fija mensual⁹⁹, o cuando a esta se le añada un complemento en concepto de consecución de objetivos¹⁰⁰ o por comisiones¹⁰¹.

XII. DISTRIBUIDORES, REPARTIDORES Y TRANSPORTISTAS

En el ámbito del transporte de mercancías, se considera determinante la necesidad de autorización administrativa para el desarrollo de la actividad (popularmente conocida como tarjeta de transportista), lo que se vincula a la masa máxima autorizada del vehículo¹⁰². La necesidad de que el vehículo propiedad del actor ostente dicha autorización impide automáticamente que otras notas de laboralidad puedan ser tenidas en cuenta: como la necesidad de exclusividad (pese a la que no se perderá la condición de trabajador autónomo), que la distribución se realizase también por otros trabajadores que sí tenían la condición de asalariados, que el transportista utilizase un uniforme de la empresa con anagrama que le era proporcionado cada seis meses, o que tras el reparto diario, mediante una hoja de ruta confeccionada por la empresa, dejase el camión frigorífico aparcado en las instalaciones de la empresa y enchufado a un conector eléctrico existente al efecto¹⁰³.

⁹⁷ STSJ IB 528/2011 de 30 de diciembre (rec. 266/2010).

⁹⁸ STSJ IB 65/2005 de 7 de febrero (rec. 615/2004).

⁹⁹ STSJ IB 65/2005 de 7 de febrero (rec. 615/2004).

¹⁰⁰ STSJ IB 136/2006 de 31 de marzo (rec. 541/2005).

¹⁰¹ STSJ IB 65/2005 de 7 de febrero (rec. 615/2004).

¹⁰² STSJ IB 350/2017 de 15 de septiembre (rec. 211/2017), STSJ IB 317/2001 de 27 de junio (rec. 416/1999) y STSJ IB 473/2009 de 23 de noviembre (rec. 238/2009).

¹⁰³ STSJ IB 473/2009 de 23 de noviembre (rec. 238/2009).

En cambio, otras circunstancias refuerzan la consideración del trabajo como autónomo: la dedicación profesional como trabajador autónomo del reclamante, la utilización del vehículo propio, la facultad de delegación en otra persona (facultad que ejercitó), su alta en el Impuesto de Actividades Económicas como transportista por carretera ¹⁰⁴, que fuesen de su cuenta los gastos derivados del uso de los vehículos u otros medios necesarios para ello, o que emitiese facturas a la empresa demandada en las que figuraban conceptos como servicios logísticos, kilómetros y aportaciones extraordinarias ¹⁰⁵.

XIII. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

En el ámbito de los servicios prestados a la administración, a la vista de la necesidad de que estos se encuentren formalizados previamente mediante la suscripción del correspondiente contrato público, se ha considerado un indicio de la existencia de relación laboral el que el contenido de la relación contractual entre las partes no se acomode al objeto del contrato administrativo suscrito, o también el que las memorias justificativas de los sucesivos proyectos que dotaban de cobertura presupuestaria al coste de los respectivos contratos contemplaran que la contratación directa del personal necesario para el desarrollo del proyecto se hiciera mediante contrato laboral (lo que denota conciencia de que la materia de esa contratación reunía características que reclamaba entablar una relación de trabajo) ¹⁰⁶.

En cuanto al resto de notas características propias del contrato de trabajo, se apreciará su concurrencia cuando la prestación de servicios se lleve a cabo en los lugares y días dispuestos por la administración, acudiendo para ello a los medios materiales (de oficina e informáticos) que se proporcionen ¹⁰⁷. Deberá valorarse especialmente la disposición de una dependencia de uso exclusivo para la realización de las tareas o que para la realización del trabajo el trabajador auxilie del personal de la administración ¹⁰⁸ (ya que la suscripción de un contrato administrativo con un profesional requiere que este disponga de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato ¹⁰⁹). También hay que atender a que la actividad

¹⁰⁴ STSJ IB 317/2001 de 27 de junio (rec. 416/1999).

¹⁰⁵ STSJ IB 473/2009 de 23 de noviembre (rec. 238/2009).

¹⁰⁶ STSJ IB 274/2010 de 22 de julio (rec. 285/2010).

¹⁰⁷ STSJ IB 274/2010 de 22 de julio (rec. 285/2010), STSJ IB 420/2010 de 3 de noviembre (rec. 445/2010) y STSJ IB 285/2017 de 19 de julio (rec. 202/2017).

¹⁰⁸ STSJ IB 663/2005 de 29 de noviembre (rec. 515/2005).

¹⁰⁹ STSJ IB 413/2013 de 18 de septiembre (rec. 231/2013).

realizada se vea sometida a un control, aunque resulte tenue, tal como la remisión periódica a efectos estadísticos de los datos relativos a las actuaciones realizadas o la asistencia a las reuniones de coordinación a las que se convocase al trabajador¹¹⁰. También resulta significativo que, para el disfrute de las vacaciones, el trabajador se haya visto obligado a coordinar sus fechas con la dirección de la entidad, igual que el resto de la plantilla de la administración¹¹¹.

En cuanto a la retribución, será relevante que esta sea fija, pagadera por meses, y desconectada del número y entidad de actuaciones efectuadas¹¹², pero no que los cobros se documenten a través de facturas¹¹³, incluso cuando estas incluyan el correspondiente IVA¹¹⁴.

No cambia la calificación del contrato de trabajo el hecho de que, posteriormente, la gestión del servicio realizado sea asumida por una tercera entidad, si continúan presentes las notas que la caracterizan como actividad remunerada y dependiente propia de un contrato de trabajo¹¹⁵.

Para terminar, debe indicarse que nada obsta a que, paralelamente a la prestación de servicios calificable como relación de trabajo, puedan ejecutarse para la administración también otros servicios: tareas singulares propias de su especialidad, realizadas en calidad de profesional libre y en virtud de encargos específicos, y retribuidos aparte. La dualidad de relaciones de servicios, laboral y civil o mercantil, está admitida¹¹⁶.

XIV. VARIAS

a) Guías turísticos

La existencia de una orden ministerial que califique la actividad de los guías turísticos como profesional o sujeta a autorización administrativa¹¹⁷ no impide su declaración como trabajadores por cuenta ajena, en tanto que se considera que el carácter laboral de una actividad no puede extraerse de una

¹¹⁰ STSJ IB 274/2010 de 22 de julio (rec. 285/2010).

¹¹¹ STSJ IB 413/2013 de 18 de septiembre (rec. 231/2013).

¹¹² STSJ IB 274/2010 de 22 de julio (rec. 285/2010), STSJ IB 663/2005 de 29 de noviembre (rec. 515/2005) y STSJ IB 413/2013 de 18 de septiembre (rec. 231/2013).

¹¹³ STSJ IB 420/2010 de 3 de noviembre (rec. 445/2010).

¹¹⁴ STSJ IB 285/2017 de 19 de julio (rec. 202/2017).

¹¹⁵ STSJ IB 493/2011 de 21 de octubre (rec. 188/2011).

¹¹⁶ STSJ IB 663/2005 de 29 de noviembre (rec. 515/2005).

¹¹⁷ Se hace referencia a la Orden Ministerial de 31 de enero de 1964 por la que se aprueba el Reglamento regulador del ejercicio de actividades turístico-informativas privadas.

orden ministerial preconstitucional, ni de la exigencia de autorización administrativa para ejercerla, al ser muchas las profesiones que pueden prestarse en régimen laboral y cuyo ejercicio está supeditado a la obtención de dicha autorización administrativa ¹¹⁸.

Se considera que lo que determina que la actividad del guía sea de naturaleza laboral son los siguientes elementos: que el trabajador preste servicios durante la mayoría de los días del año, que lo haga siempre para la misma empresa, que tenga una permanente disponibilidad para la misma, que realice los itinerarios y paradas establecidos por ella y que cumpla los horarios por ella marcados. Además, se matiza indicando que el hecho de que no se trabaje todos los días del año no tiene valor determinante para la calificación de la naturaleza jurídica de los servicios prestados, habida cuenta del carácter cíclico del turismo de temporada propio de la zona ¹¹⁹.

Se presta, por otra parte, una singular atención al requisito de exclusividad como condicionante de la existencia de laboralidad. Este concurre cuando todos los ingresos de los actores provienen de su actividad como guía para la misma empresa; sin que la percepción de pequeñas cantidades de manos de una de las tiendas que visitaban por indicación de la empresa desdibuje lo anterior, al tratarse de cantidades percibidas en el ejercicio de la única actividad desarrollada por el actor para la empresa demandada y como consecuencia de esta ¹²⁰. Por el contrario, cuando no concurría el requisito de exclusividad, pudiendo trabajar también para otras empresas (por mucho que atiende de forma preferencial a la demandada) y sin que exista obligación de prestar necesariamente el servicio solicitado, se aprecia la inexistencia de relación laboral ¹²¹. Y si, además, se encuentra afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y de alta en el Impuesto de Actividades Económicas y percibe sus retribuciones mediante facturas emitidas con IVA (a lo que nuevamente se otorga una gran relevancia), la conclusión adquiere una solidez especial ¹²².

b) Relaciones públicas

En el ámbito de la actividad de dar publicidad a la empresa demandada y contactar con personas e instituciones para la promoción de sus productos, la

¹¹⁸ STSJ IB 518/2005 de 3 de octubre (rec. 162/2005).

¹¹⁹ STSJ IB 518/2005 de 3 de octubre (rec. 162/2005).

¹²⁰ STSJ IB 518/2005 de 3 de octubre (rec. 162/2005).

¹²¹ STSJ IB 496/2003 de 22 de julio (rec. 412/2003).

¹²² STSJ IB 477/2005 de 19 de septiembre (rec. 89/2005).

inexistencia de horario regular o que no se acudiese con asiduidad al despacho que se ponga a disposición no excluyen la nota de subordinación, ajeneidad y dependencia de la actividad desarrollada. Son relevantes otros factores, tales como que se proporcione al trabajador una tarjeta de empresa en la cual se le identifique como director y adjunto a la presidencia, un teléfono móvil y una dirección de correo electrónico de empresa ¹²³.

No obstante, impide apreciar la existencia de laboralidad (pese a la presunción del art. 8.1 ET) la total inexistencia de dato documentado alguno que conduzca a apreciar que se ha ejercido la actividad profesional en un marco de subordinación y bajo la dirección de los titulares de la empresa, pues conlleva que se desconozcan las funciones asumidas y las condiciones en que estas debían realizarse. Otros elementos que juegan papel para esta apreciación son el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y la expedición de facturas con IVA ¹²⁴.

c) Servicios en el hogar familiar (cuidadores, jardineros, choferes particulares, etc.)

Existe relación laboral en el caso de prestación de servicios durante cuatro meses (pese a que no tuviese lugar a diario), por la que se percibía una retribución por hora trabajada (alcanzando en algunos meses la cuantía de mil euros) y para la que –ante la inexistencia de prueba en contra– cabe entender que se empleaban herramientas y materiales que proporcionaba el empresario, entre ellos, una motosierra ¹²⁵.

d) Montaje, mantenimiento y asistencia técnica

Se aprecia la nota de dependencia ante la existencia de organización del trabajo, que se traduce, por ejemplo, en: la necesidad de acudir al centro de trabajo a primera hora de la mañana, las indicaciones por parte de la empresa sobre reparaciones a efectuar (debiendo posteriormente rendir cuentas del trabajo realizado), vestir uniforme de la empresa, emplear las herramientas y utilizar las instalaciones proporcionadas para el montaje de determinados

¹²³ STSJ IB 347/2013 de 25 de junio (rec. 628/2012).

¹²⁴ STSJ IB 412/2001 de 24 de julio (rec. 360/2001).

¹²⁵ STSJ IB 353/2007 de 19 de julio (rec. 300/2007).

equipos, así como la asignación de una determinada zona territorial (sin que la mayor o menor autonomía en su realización sea determinante ¹²⁶).

Sin embargo, elementos tales como que el trabajo deba realizarse personalmente, que se establezca la obligación de reflejar por escrito las tareas para ser llevadas a cabo, que se exija entregar un informe semanal de los trabajos ejecutados e incidencias, o que se establezca un número mínimo de visitas, no se considera que sean signos de relación laboral, sino exigencia del contenido técnico del trabajo, especialmente cuando existe plena libertad de horario y cuando no se recibe ninguna orden o instrucción en cuanto al desempeño del trabajo ¹²⁷.

No se considera clave para descartar la existencia de relación laboral que, para la realización de los trabajos, el trabajador pueda disponer de una furgoneta y pequeñas herramientas de su propiedad ¹²⁸, pues esto no quebrará la nota de ajeneidad.

Por su parte, la retribución será una nota relevante pero no determinante de la existencia de relación laboral. Por lo tanto, la percepción de una remuneración (cantidad diaria más otra cantidad variable), satisfecha mediante la emisión de la correspondiente factura y estando dado de alta el trabajador en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, será compatible con la existencia de una relación laboral cuando concurren las notas de ajeneidad y dependencia, especialmente cuando se sigue cobrando de la empresa incluso durante los períodos vacacionales ¹²⁹. En cambio, cuando no converjan tales requisitos, será irrelevante que el actor sea retribuido en doce mensualidades, con independencia del número de visitas realizadas ¹³⁰.

¹²⁶ STSJ IB 446/2011 de 28 de septiembre (rec. 16/2011).

¹²⁷ STSJ IB 625/2003 de 3 de octubre (rec. 556/2003).

¹²⁸ STSJ IB 446/2011 de 28 de septiembre (rec. 16/2011).

¹²⁹ STSJ IB 446/2011 de 28 de septiembre (rec. 16/2011).

¹³⁰ STSJ IB 625/2003 de 3 de octubre (rec. 556/2003).

CAPÍTULO XX

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA RIOJA

ICÍAR ALZAGA RUIZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

SUMARIO: I. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.*—II. *Actividades religiosas.*—III. *Actividades sindicales o políticas.*—IV. *Socios, administradores, directores.*—V. *Cooperativistas.*—VI. *Actividades deportivas.*—VII. *Profesionales liberales.* a) Abogados. b) Arquitectos.—VIII. *Personal sanitario.*—IX. *Personal docente.*—X. *Comerciales, agentes, vendedores.*—XI. *Varia.*

I. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD

Constituyen elementos esenciales de la laboralidad de la relación la voluntariedad, la dependencia, la ajenidad y la retribución. La ausencia de una o varias de estas notas tipificadoras implica la inexistencia de una relación laboral, siendo irrelevante la calificación jurídica que las partes otorguen al contrato.

Para que una relación sea laboral debe llevarse a cabo dentro del ámbito rector y organicista de un empresario, es decir, bajo la dirección y organización de la empresa. No concurre la nota de la dependencia cuando el trabaja-

dor requiere de unas elevadas dosis de independencia en la ejecución de su trabajo. Son indicios de dependencia la asistencia al centro de trabajo, el sometimiento a un horario o jornada, la exclusividad de la prestación o el cumplimiento de instrucciones concretas en el desarrollo de la misma. Es laboral la actividad de venta de materiales de librería y papelería cuando concurre la nota de la dependencia, pues solo el propietario puede poner a disposición del trabajador los instrumentos necesarios para desarrollar la venta, dando instrucciones precisas y sin que sea obstáculo para ello la existencia o no de una relación sentimental entre ellos, no acreditada en juicio¹.

Por el contrario, no es laboral la actividad desarrollada como miembro del órgano rector de la sociedad mercantil, dirigiendo personal y directamente la actividad y ejercitando las labores de administración en sentido amplio, no concurriendo por ello la nota de dependencia que determina toda relación laboral, ya sea ordinaria o especial². Tampoco es laboral la relación de un abogado, que actúa como asesor jurídico de una federación de empresarios, “pues sin encontrarse bajo el ámbito de organización y de dirección de la asociación demandada, atendía las consultas jurídicas que le hacían sus afiliados, en horas por él señaladas, cobrando por este servicio un tanto alzado al mes; y con independencia de estas consultas, en su condición de abogado en ejercicio libre, percibía de los asociados los honorarios que por cualquier gestión distinta a ellas llevara a cabo. De ahí que esta relación deba enmarcarse entre las de orden civil, al no tener encuadre en la esfera de las relaciones laborales reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, ya que el poder que la asociación le otorgó es análogo al que usualmente se hace a un Letrado en ejercicio libre”³. Así mismo, no es contrato de trabajo sino arrendamiento de servicios la actividad llevada a cabo por un profesional liberal con organización propia, que presta asesoramiento en marketing y distribución comercial, aunque utilice los medios materiales de la empresa y ello en la medida en que el demandante no tenía plena dedicación; no le fueron conferidos poderes inherentes a la titularidad de la empresa y, en consecuencia, no ejerció tales facultades; carecía de capacidad decisoria y ejecutiva, limitándose a mantener reuniones y contactos con el personal a efectos de recabar la información necesaria para la ejecución de la labor acordada, organizando su actividad profesional y el tiempo de dedicación a ella conforme a sus propios criterios⁴. Es mercantil y no laboral el contrato de agencia, cuando el trabajador organiza su actividad con total inde-

¹ STSJ (La Rioja) de 23 de octubre de 2014 (rec. 164/2014).

² STSJ (La Rioja) de 31 de octubre de 2013 (rec. 180/2013).

³ STSJ (La Rioja) de 2 de noviembre de 2010 (rec. 250/2010).

⁴ STSJ (La Rioja) de 8 de octubre de 2010 (rec. 281/2010).

pendencia y libertad, en cuanto al tiempo y forma de realizar su servicio de mediación, sin recibir instrucciones ni en cuanto a rutas ni programa de visitas a realizar, sin control previo ni posterior; sin contar con despacho en la empresa, ni utilizar vehículo de esta y sin percibir dietas ni compensación alguna por gastos efectuados⁵. En fin, no es laboral el contrato de prestación de servicios de quien asume la condición de administrador solidario y se integra en la titularidad de la empresa con amplias facultades inherentes a dicha condición, que no aparecen limitadas en su otorgamiento; aunque siga ejerciendo las funciones de gerente y percibiendo una remuneración por tal condición, las funciones ya no se desarrollan con la nota de dependencia, que es propia de la relación laboral, de manera que la condición de administrador solidario absorbe las funciones de gerencia y determina que la relación se configure como mercantil desde que asume esa condición⁶.

La nota de la ajenidad puede ser entendida desde diversas perspectivas: ajenidad en los frutos, ajenidad en los riesgos, ajenidad en los medios de producción, etc. En esencia, implica, en primer lugar, que los frutos del trabajo, desde el momento mismo de su producción, se ceden al empresario a cambio de un salario y, en segundo lugar, que el riesgo de la operación y los costes de producción corren a cargo de la empresa⁷. En este sentido, no es laboral la realización de las funciones de asesoramiento y acompañamiento a miembros del colectivo gitano a realizar trámites en la Tesorería General de la Seguridad Social para dedicarse a la venta ambulante, abonándole una cantidad mensual exigua por los servicios prestados, al no ser los socios de la cooperativa los beneficiarios de la actividad de la trabajadora y no reportarles ninguna utilidad, siendo beneficiarias las personas de raza gitana a quienes ayudaba⁸. Tampoco es laboral el mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de la sociedad, en la medida en que el artículo 1.3 c) ET excluye de su ámbito de aplicación “la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de Dirección o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes al cargo”⁹.

⁵ STSJ (La Rioja) de 26 diciembre de 2001 (rec. 194/2001).

⁶ STSJ (La Rioja) de 31 octubre de 2013 (rec. 180/2013).

⁷ STSJ (La Rioja) de 13 julio de 2017 (rec. 198/2017).

⁸ STSJ (La Rioja) de 10 de noviembre de 2016 (rec. 206/2016).

⁹ STSJ (La Rioja) de 29 de julio de 2004 (rec. 238/2004).

II. ACTIVIDADES RELIGIOSAS

Es legítima una norma de empresa, que no permite a los trabajadores llevar ropa que sobresalga de la bata de trabajo, tenga o no connotaciones religiosas, si la finalidad es cumplir con las normas de higiene alimentaria en lo relativo al uso de ropa de trabajo. Ello no supone vulneración de la libertad religiosa, pues la medida no se dirige exclusivamente a las trabajadoras que usen el velo islámico o utilicen signos visibles de profesar cualquier otra creencia religiosa y tampoco impide el uso del hiyab, sino que la prohibición alcanza a cualquier tipo de prenda de vestir que sobresalga de la bata de trabajo, “estando permitido llevar el velo siempre y cuando se recoja bajo el gorro y no esté al descubierto en la zona del cuello, lo que excluye radicalmente que nos encontremos ante una actuación que dispense un trato desigual a las trabajadoras de religión musulmana, frente al resto de empleadas y que el móvil que ha guiado tal proceder esté relacionado con las convicciones religiosas de las trabajadoras”¹⁰.

Profesores de Religión: ver personal docente

III. ACTIVIDADES SINDICALES O POLÍTICAS

No es laboral la relación de la secretaria general electa de un sindicato, que formaba parte de la comisión ejecutiva de la federación de industrias afines de la central sindical Unión General de Trabajadores de La Rioja, órgano permanente de dirección de la misma, al no concurrir la nota de la ajenidad inherente a toda relación laboral. En concreto, “desempeñaba las funciones sindicales propias de su cargo, que requirieron dedicación exclusiva, siendo compensada con una retribución mensual, de manera que no se le puede atribuir la condición de trabajadora por cuenta ajena a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores. El nexo determinante de los servicios prestados al sindicato, al que estaba afiliada, y de su dedicación exclusiva a los mismos, y de la retribución percibida, no es otro que el nacido de su designación como dirigente sindical y de esta condición derivan todos los trabajos de índole representativa o administrativa que ha realizado [...], sin que obste a tal conceptualización la afiliación de la actora a la Seguridad Social,

¹⁰ STSJ (La Rioja) de 22 de junio de 2017 (rec. 181/2017).

al ser la misma irrelevante por no ser definitoria “per se” de la existencia de relación laboral”¹¹.

La elección para representantes unitarios de personal no es una elección pública de representantes de la soberanía nacional o acción autonómica o municipal, con los permisos propios y específicos de determinadas horas para votar y con las garantías y obligaciones propias de los miembros de las mesas electorales y con un tiempo tasado para votar fijado normativamente sino que se trata de elecciones de representantes unitarios. En consecuencia, el tiempo que los miembros de la mesa electoral dedican a las elecciones queda amparado por una licencia o permiso para ausentarse de la jornada laboral y dedicarse a las elecciones en vez de dedicarse a realizar el trabajo habitual en la jornada ordinaria, al igual que se habilita a los votantes a ausentarse del trabajo por el tiempo necesario para emitir el voto. Se concibe ese tiempo no como de trabajo efectivo sino como de licencia para ausentarse del trabajo. Y es que ninguna norma impone la obligación a la empresa de abonar a los integrantes de las mesas electorales el exceso de horas dedicadas a tal deber cívico en concepto de extraordinarias¹².

IV. SOCIOS, ADMINISTRADORES, DIRECTORES

Lo que caracteriza la relación laboral del personal de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial. Están integrados en la organización empresarial, actúan en ella con responsabilidad propia y facultades, pertenecen a su titularidad jurídica, en relación con los objetivos de aquella, sin otro límite que el que supone la adaptación de sus decisiones a las directrices de los órganos supremos, individuales o colectivos. Lo que define la alta dirección son pues las funciones realmente desarrolladas y su grado de autonomía dentro del ámbito organizativo de la empresa, debiendo estarse a las actividades prestadas y a las facultades desempeñadas en cada caso concreto.

La noción de alta dirección exige el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, que han de incluirse en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas de la misma, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento, poderes, que han de referirse a los objetivos generales de la entidad. Las facultades otorgadas, además de afectar a áreas

¹¹ STSJ (La Rioja) de 4 de noviembre de 2003 (rec. 362/2003).

¹² STSJ (La Rioja) de 10 de octubre de 2019 (rec. 143/2019).

funcionales de importancia para la vida de la empresa, han de venir referidas a aspectos trascendentales de sus objetivos, debiendo actuar el alto directivo con autonomía y plena responsabilidad, es decir, con un margen de independencia solo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad.

De lo anterior se infiere que no es laboral la relación de un socio fundador de una empresa, contratado para elaborar un proyecto, que suscribe de forma expresa un contrato de naturaleza mercantil, en el que la cantidad establecida por la prestación de servicios debía ser abonada tras emitirse las correspondientes facturas en donde se incluyen los gastos de viajes y los justificantes correspondientes. En el acuerdo se hacía constar que se trata de un empresario independiente que organiza su actividad profesional y el tiempo que dedica a la misma conforme a sus propios criterios, siendo responsable del cumplimiento de toda la normativa vigente que le era aplicable, en especial, de la de carácter fiscal, laboral, contable y de colegiación¹³.

Tampoco es laboral la relación de un administrador solidario con ejercicio de funciones inherentes a la titularidad de la sociedad y a la dirección efectiva de la empresa, al carecer de la nota de dependencia, que es propia de toda relación laboral. Constituye una relación de naturaleza mercantil que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.3.c) ET, queda excluida del ámbito laboral al tener facultades para la contratación y despido de personal de la empresa, dirección en finanzas, ámbito comercial, en recursos humanos, así como libertad en la contratación general de la empresa. Suscribía en nombre de la empresa contratos de trabajo y despidos, así como contratos de carácter comercial con entidades bancarias, de telecomunicaciones, servicios varios y suministros¹⁴.

No es laboral la relación de dos administradores societarios, que ostentan el 100% del capital social, en proporción de un 33,33% cada uno de ellos, una vez que adquirieron, las participaciones sociales de dos socios. El vínculo es de naturaleza mercantil, de dirección, administración y gestión de la sociedad, sin que las pérdidas y ganancias le fueran ajenas, y sin dependencia de un empresario. No solo el porcentaje de participación en la sociedad, sino también su preeminente posición en la estructura del gobierno real de la misma, permiten concluir la ausencia de una relación laboral o, dicho en los términos del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, de la prestación voluntaria de servicios

¹³ STSJ (La Rioja) de 8 de octubre de 2010 (rec. 281/2010).

¹⁴ STSJ (La Rioja) de 31 de octubre de 2013 (rec. 180/2013).

retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona ¹⁵.

Por el contrario, se ha considerado laboral la relación de un gerente, que había suscrito un contrato de trabajo ordinario y cuyas funciones se desarrollaban en el ámbito de la actividad de la bodega y el vino, pero no en otros aspectos tales como labores financieras, administrativas, o de contratación de trabajadores y que recibía órdenes e instrucciones del consejero delegado de la empresa, estando subordinado a él. O, dicho en otras palabras, es laboral una relación si, pese a los poderes formalmente atribuidos, el trabajador desarrolla sus funciones en un ámbito ejecutivo limitado, prestando servicios de manera subordinada, sin autonomía y con dependencia directa del consejero delegado, recibiendo de este órdenes e instrucciones, y careciendo de autonomía en la toma de decisiones ¹⁶.

Es laboral común la relación de un trabajador, que desempeña funciones de ordenación y organización de taller y el almacén, puesta al día de demoras en los pagos, etc., pese a haber suscrito inicialmente un contrato de alta dirección. Ello en la medida en que sus funciones no fueron las pactadas en el contrato, sino que se limitaron a ámbitos muy restringidos de la actividad empresarial, concretamente a la organización del taller, del almacén y a la puesta al día de la cartera de clientes y no ejercitaba los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, ni ejercía poderes afectantes a los objetivos generales de la compañía ¹⁷.

En este sentido, es también laboral común la relación de un encargado de fábrica, pese a que aparezca vinculado a los órganos de dirección de las sociedades del grupo y ostente, sin ser socio de ninguna de ellas, cargos que formalmente impliquen la participación en la gestión y administración de las mismas ¹⁸.

Si se trata de consejeros societarios activos retribuidos, con funciones de gerencia y dirección de la sociedad, procede el encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos cuando se posea el control de la sociedad a través de la participación en el capital. En caso contrario, procederá su encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social, asimilado a un trabajador por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial. La asimilación de los Administradores Societarios a trabajadores por cuenta ajena “es una ficción legal al solo efecto de su

¹⁵ STSJ (La Rioja) de 29 de julio de 2004 (rec. 219/2004).

¹⁶ STSJ (La Rioja) de 25 de junio de 2015 (rec. 144/2015).

¹⁷ STSJ (La Rioja) de 9 de abril de 2010 (rec. 84 /2010).

¹⁸ STSJ (La Rioja) de 20 de febrero de 2009 (rec. 6/2009).

inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, estando excluidas las normas laborales, y por tanto el Estatuto de los Trabajadores, para regular la relación del Administrador con la empresa, dada la naturaleza mercantil de la relación. La razón de la distinción, respecto a la obligatoria afiliación al Régimen General de la Seguridad Social, radica en lo que la doctrina científica denomina consejeros externos y consejeros no ejecutivos, cuya actividad como órganos de la sociedad se limita virtualmente a la participación en las reuniones de los consejos de administración. Mientras que los administradores sociales, también llamados consejeros ejecutivos, atienden al gobierno permanente de la sociedad, llevando a efecto sus acuerdos y poniendo en práctica en la vida de la empresa los objetivos societarios”. En este contexto, aunque formalmente el trabajador mantuviera con la empresa una relación laboral de alta dirección, si primaba la relación jurídica societaria como título jurídico único de las funciones que desempeña, el FOGASA no tiene por qué acceder a la protección que se le solicita¹⁹.

V. COOPERATIVISTAS

Los socios de cooperativas de trabajo asociado pueden darse de baja de forma voluntaria u obligatoria. La baja voluntaria puede producirse en cualquier momento mediante preaviso escrito al consejo rector. El plazo ha de fijarse en los estatutos sin que pueda ser superior a un año. Ello implica la existencia de un mandato legal, que establece la obligación de preavisar, y la existencia cierta de un plazo, quedando únicamente al arbitrio de los estatutos de las cooperativas la fijación del plazo concreto, siempre dentro del límite legalmente determinado.

El incumplimiento del plazo de preaviso dará lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Esta indemnización deberá ser fijada en los estatutos y no podrá exceder de la aportación al capital social del socio en el momento de la baja. La ausencia de cuantificación en los estatutos del montante de la indemnización no implica que no exista la obligación de indemnizar, que se dará cuando se hayan producido perjuicios por el incumplimiento del plazo de preaviso. La efectiva producción de daños y perjuicios habrá de ser demostrada por el perjudicado y tendrá un límite máximo en la aportación del socio, en el momento de la baja, al capital social.

¹⁹ STSJ (La Rioja) de 8 de junio de 2011 (rec. 239 /2011).

Incumple quien solicita su baja voluntaria con un preaviso inferior al plazo mínimo legalmente fijado, lo que determina el incumplimiento de la obligación legal de preavisar ya que, esté o no marcado un plazo concreto de preaviso en los estatutos, la ley determina la existencia de un plazo de preaviso²⁰. La no cuantificación en los estatutos del montante de la indemnización no implica que no exista la obligación de indemnizar, correspondiendo la concreción de su cuantía al juzgador de instancia²¹.

La naturaleza del vínculo del socio trabajador con la cooperativa no es laboral. La relación con la empresa para la que trabaja es esencialmente de carácter societario, motivo por el cual, las normas laborales, sustantivas y procesales, solo le son aplicables en la medida en que estén expresa y específicamente contempladas en la normativa reguladora del régimen jurídico de la relación corporativa.

Cuando una cooperativa de trabajo asociado cese, por causas no imputables a la misma, en una contrata de servicios o concesión administrativa y un nuevo empresario se hiciese cargo, los socios trabajadores, que vinieran desarrollando su actividad en las mismas tendrán los mismos derechos y deberes que les hubieran correspondido de acuerdo con la normativa vigente, como si hubiesen prestado su trabajo en la cooperativa en la condición de trabajadores por cuenta ajena. Se establece una ficción legal, por la que, los socios trabajadores se equiparan a los trabajadores por cuenta ajena, lo que comporta una remisión implícita a la normativa reguladora de la relación laboral en materia de cambio de titularidad empresarial en la explotación de concesiones administrativas o en la ejecución de contratos de servicios, determinante de la sumisión al orden legal y convencional que instaura el régimen jurídico de aplicación a la relación laboral en los casos de sucesión de contratas.

La jurisprudencia comunitaria, y en aplicación de la misma, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, “ha valorado también la sucesión de plantilla como elemento relevante a tener en cuenta para determinar si existe sucesión de empresas, habiendo en cuanto a este punto señalado que en aquellos sectores en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión y el nuevo empresario no solo continúa con la actividad de que se trata sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Cuando lo que se está discutiendo es precisamente si ha habido o no suce-

²⁰ SSTSJ (La Rioja) de 17 y 19 de febrero de 2004 (rec. 48/2004 y rec. 54/2004).

²¹ SSTSJ (La Rioja) de 17 y 19 de febrero de 2004 (rec. 48/2004 y rec. 54/2004).

sión de plantilla, la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real, y esto no sucede cuando se trata de una mera decisión unilateral de una parte impugnada por un gran número de trabajadores. Por el contrario, si la actividad de que se trate no descansa esencialmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y este asume un número importante de trabajadores del anterior no se considera que haya sucesión de empresas si no se transmiten los medios materiales necesarios para el ejercicio de la actividad. En los casos de contratas globales el concepto de unidad productiva cedida no es identificable con la contrata en su conjunto, sino con el de cada una de las entidades económicas que mantienen su identidad y han sido objeto de transmisión”²².

En fin, procede reconocer la pensión de jubilación anticipada al socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado, que es baja en la sociedad por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción al ser esta causa idéntica a la prevista en los arts. 51 y 52 c) ET, al estar incluido en el Régimen General de la Seguridad Social y estar, por tanto, equiparado a los trabajadores por cuenta ajena. No es obstáculo para alcanzar esta conclusión el hecho de que en estos casos no medie indemnización, pues esta previsión se ha establecido con la finalidad de evitar el fraude de ley. Ello en la medida en que los socios trabajadores de las cooperativas, pese a estar ligados contractualmente a la sociedad cooperativa por una relación societaria, a efectos de la relación jurídica de Seguridad Social, su situación es la de asimilados a trabajadores por cuenta ajena, de manera que la protección social frente a las situaciones de necesidad ha de otorgárseles en los mismos términos y condiciones que a los trabajadores por cuenta ajena a los que se equiparan expresamente, excluyendo solo la protección por desempleo y FOGASA²³.

VI. ACTIVIDADES DEPORTIVAS

El artículo 2.1.d) del Estatuto de los Trabajadores considera relación laboral de carácter especial la de los deportistas profesionales y el RD 1006/1985 regula esta relación laboral. Son deportistas profesionales, quienes, en virtud

²² STSJ (La Rioja) de 12 mayo de 2016 (rec. 109/2016).

²³ STSJ (La Rioja) de 12 mayo de 2016 (rec. 82/2016).

de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución.

La retribución de los deportistas profesionales se acuerda en contrato individual o convenio colectivo. Tienen la consideración legal de salario todas las percepciones que reciba del club o de entidades deportivas, en metálico o en especie, como retribución de sus servicios profesionales. Las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario. Los tribunales del orden social carecen de competencia para determinar si han de realizarse o no retenciones a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas, y en su caso por qué importe. Esta cuestión está sujeta a leyes de naturaleza fiscal y no laboral, cuya interpretación y aplicación corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La jurisdicción social es también incompetente para conocer de las cuestiones que se plantean en relación al descuento de la cuota obrera de la Seguridad Social, en la medida en que estas cuestiones entran dentro del ámbito de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, que han de ser examinadas por la jurisdicción contencioso-administrativa²⁴.

La relación laboral se extinguirá por las causas válidamente consignadas en el contrato, salvo que las mismas constituyan manifiesto abuso de derecho por parte del club o entidad deportiva. En el supuesto de resolución del contrato laboral durante la primera temporada, los deportistas tendrán derecho a percibir del Club el abono de los servicios contratados en dicha temporada si así se pactó en contrato²⁵.

VII. PROFESIONALES LIBERALES

a. Abogados

Las relaciones entre los abogados y los despachos son laborales especiales y se regulan por lo dispuesto en el RD 1331/2006, de 17 de noviembre, siempre que se presten servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho de abogados, individual o colectivo.

²⁴ STSJ (La Rioja) de 6 junio de 2002 (rec. 71/2002).

²⁵ STSJ (La Rioja) de 11 de abril de 2000 (rec. 81/2000).

Es laboral la relación de una abogada que presta servicios de asesoramiento jurídico dentro de la organización y dirección de una empresa, para atender a los clientes aportados por esta en el propio centro de trabajo de la empresa y con los medios materiales de esta, a cambio de una remuneración fija cualquiera que fuese la complejidad de la consulta y el número de clientes atendidos y sin asunción de riesgos²⁶.

Por el contrario, no es laboral la relación en la que las partes formalizan un contrato de arrendamiento de servicios, la abogada no cobraba salario sino que emitía minutas con IVA, carecía de horario preestablecido, estaba dada de alta en el Colegio de Abogados y a veces ejercía como Letrada de oficio y realizaba funciones de árbitro. La razón es sencilla: la abogada firmó un contrato de arrendamiento de servicios que, como letrada, sabía qué tipo de contrato era, que durante la relación mantenida no lo impugnó y como abogada conocía la diferencia entre arrendamiento de servicios y contrato de trabajo; tampoco solicitó en ningún momento que se le remunerase a través de una nómina sino que era ella la que emitía las correspondientes facturas como minuta profesional de abogada²⁷.

No es laboral la relación entre un abogado y un despacho cuando aquel lleva a cabo el asesoramiento de los casos encomendados con absoluta libertad de criterio, sin ajustarse a un horario establecido, y sin percibir sus retribuciones conforme a las tablas salariales del convenio colectivo de oficinas y despachos extremo este que sí afecta a otros letrados del despacho²⁸.

b. Arquitectos

La relación de los profesionales liberales con las empresas o personas para las que prestan servicios suele ser de carácter civil, estando las partes vinculadas por medio de un contrato de arrendamiento de servicios. Pero, en ocasiones, el vínculo puede ser laboral, si concurren las notas de dependencia y ajenidad. Es laboral la contratación para el ejercicio de las funciones de aparejador municipal, en el despacho del ayuntamiento que le fue asignado y con los medios aportados por dicha entidad, con jornada mínima de tres días a la semana en horario fijo, y para la realización de las funciones asignadas en el pliego de condiciones, siendo retribuido en cantidad fija mensual y no en aten-

²⁶ STSJ (La Rioja) de 1 de marzo de 2018 (rec. 26/2018).

²⁷ STSJ (La Rioja) de 2 de noviembre de 2010 (rec. 250/2010).

²⁸ STSJ (La Rioja) de 11 de diciembre de 2014 (rec. 171/2014).

ción al resultado de cada trabajo que realizaba y, por tanto, sin asunción de riesgo por esa actividad²⁹.

VIII. PERSONAL SANITARIO

El personal estatutario de la Seguridad Social no está vinculado a esta por una relación jurídica de naturaleza laboral, sino que su relación encierra una clara condición de Derecho público, al intervenir y contribuir en la gestión, actuación y realización de un servicio público, como es la Seguridad Social, tal como se desprende de lo que expresa el art. 41 de la Constitución Española y por ello el art. 1.3 a) del Estatuto de los Trabajadores excluye explícitamente de su ámbito a este personal de la Seguridad Social³⁰.

IX. PERSONAL DOCENTE

La relación que vincula a los profesores de Religión con los centros públicos es laboral y, en principio, de carácter indefinido. Ya antes de la Constitución Española y del Acuerdo de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede, estos profesores fueron calificados como funcionarios de empleo, como consecuencia de la equiparación que en la normativa entonces vigente les daba a los profesores del mismo nivel educativo, y así siguieron siendo calificados después de entrar en vigor el Acuerdo de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979. Se plantearon ante la jurisdicción social demandas de profesores, que reclamaban el reconocimiento de su condición de trabajadores por cuenta ajena y obtuvieron pronunciamientos favorables a su pretensión, sobre el argumento de que “a pesar de que la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de reforma de la función pública, en su disposición transitoria cuarta, prohibía en términos generales la contratación temporal en régimen administrativo por cuanto exigía, que con carácter general los puestos de trabajo de la Administración del Estado fueran desempeñados por funcionarios públicos, como quiera que hacía excepción y posibilitaba la ocupación por personal laboral en determinados casos entre ellos los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos téc-

²⁹ STSJ (La Rioja) de 9 de mayo de 2018 (rec. 120/2018).

³⁰ STSJ (La Rioja) de 9 de mayo de 2002 (rec. 46/2002).

nicos especializados y en relación con los centros docentes “los puestos que en razón de su naturaleza no se correspondan con las titulaciones académicas existentes”, a partir de tales consideraciones reconoció a estos trabajadores al servicio de la Administración la condición de laborales”. Y fue a partir de entonces que el acuerdo suscrito entre el Gobierno y la Conferencia Episcopal de 26 de febrero de 1999, reconoció el carácter laboral de estos profesores, su carácter temporal con nombramiento anual, y su dependencia de la administración educativa. A partir de entonces, no se ha puesto en duda el carácter laboral de la relación que une estos profesores con la administración educativa, si bien esta relación siempre se ha considerado especial por la necesidad de que la contratación vaya precedida de la necesaria declaración canónica de idoneidad.

Estas notas se introdujeron en la reforma que la Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social introdujo en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación del sistema educativo al señalar que estos profesores serían contratados “en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar a tiempo completo o parcial”, así como que percibirían las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos.

En una etapa posterior, precedida de diversas dudas sobre su constitucionalidad, se llegó a la conclusión de que los profesores de religión católica podían ser contratados por tiempo indefinido por las administraciones públicas en las condiciones en las que iban a prestar sus servicios –certificado de idoneidad incluido–, sin que ello afectara a las exigencias de igualdad y acceso por mérito y capacidad a la función pública. La Ley Orgánica de Educación, Ley 2/2006, de 3 de mayo, introdujo en el régimen jurídico de este profesorado una novedad contenida en su Disposición Adicional Tercera 2 al disponer lo siguiente:

“Los profesores que no perteneciendo a los cuerpos funcionarios docentes impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes. La regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado. Se accederá al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan al respectivo nivel educativo a los profesores interinos”.

En desarrollo de esta norma se dictó el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, en el que se reiteran estos principios de indefinición de la relación y su equiparación en régimen laboral a los demás trabajadores laborales. El hecho

de que la nueva Ley Orgánica de Educación (en adelante, LOE) les haya reconocido la condición de trabajadores de carácter indefinido –aunque sigan teniendo algunas particularidades en su regulación, que no permitan esa equiparación plena como ocurre con la posibilidad de intervención, y que les haya remitido a la regulación que deriva del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de aplicación– no permite seguir defendiendo con carácter general que su retribución haya de ser equiparable a la de los funcionarios interinos necesariamente. Ello en la medida en que si se les considera trabajadores por cuenta ajena regidos por el Estatuto de los Trabajadores, su retribución no puede ser necesariamente equiparada a la de los funcionarios como lo fue durante la etapa anterior en la que se partía de su calificación inicial de personal funcionario o asimilado derivada de la incertidumbre tradicional acerca de su situación. En la actualidad, en cuanto trabajadores regidos por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores habrá que reconocerles la capacidad para negociar sus salarios que dicha norma laboral reconoce a todos los trabajadores en los arts. 82 y ss. Ello significa que esos salarios habrán de ser los que se pacten en convenio colectivo, con lo que pueden ser superiores, distintos o incluso inferiores a los del funcionario interino. En consecuencia, el inciso final de aquella previsión de la LOE solo permite entender que, tratándose de personal laboral indefinido, la retribución por la antigüedad a la que tengan derecho – sean trienios u otros– será aquella que les corresponda según la normativa laboral que les sea de aplicación como cualquier trabajador por cuenta ajena en su misma situación y ello por exigencias del trato igual que derivan de los arts. 14 CE y 15 ET³¹.

Sabido es que “en el complejo mundo de la contratación laboral de las Administraciones Públicas juegan normas correspondientes a distintos ordenamientos –el laboral y el administrativo– que han de ser objeto de una interpretación integradora”. Y lo que en esencia determina la adscripción al área de la contratación administrativa, con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de ley que la autoriza y su sometimiento a la misma, lo que significa que, en ocasiones, solo el bloque normativo regulador del contrato por libre decisión de quienes lo conciertan de acuerdo con las leyes, es capaz de diferenciar una u otra modalidad contractual. Y, así, para deshacer o desvirtuar la presunción del art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores ha de existir un contrato regido y amparado en normas administrativas, en virtud de cláusulas expresamente incorporadas al mismo. No existe ninguna diferencia intrínseca en la prestación de servicios

³¹ STSJ (La Rioja) de 23 de diciembre de 2015 (rec. 366/2015).

que se realiza con sometimiento al Derecho del Trabajo, de la que se efectúa bajo el imperio del Derecho Administrativo. En ambos supuestos, las relaciones entre el trabajador y el organismo administrativo tienen el mismo contenido material y se sujetan a idénticas pautas en cuanto a su desarrollo y realización. Lo determinante para que la relación se entienda excluida de la presunción del art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, es que la Administración haya contratado en virtud de una ley que expresamente permita la forma de contratación administrativa y el contrato se hubiere sujetado del mismo modo a esta legislación. En consecuencia, si no ha existido desde el inicio de la relación entre las partes contrato escrito, sino únicamente contratos verbales, que se acomodan a la libertad de forma que para el contrato de trabajo establece el art. 8.1 ET, –la relación jurídica existente entre las partes, de prestación de servicios, como profesor de la Escuela Universitaria de Enfermería, obliga a afirmar la naturaleza laboral del vínculo y la duración indefinida de dicha relación laboral, no solo por la presunción del artículo 15.3 ET, sino porque la duración de aquella hasta el momento –veintitrés años– supera holgadamente el límite máximo de duración de cualquier contrato temporal³².

En fin, los profesores de Religión de los centros públicos de la Comunidad de La Rioja no tienen derecho al percibo del complemento de antigüedad, por no estar previsto el abono de sexenios en el convenio colectivo para el personal laboral de dicha Comunidad, y solo cabe aplicar la equiparación retributiva que hace la Disposición Adicional 3ª.2 LOE a los profesores interinos, de modo residual, en aquellas situaciones en que ese personal está excluido del convenio colectivo de la empleadora³³. Por el contrario, tienen derecho a percibir el complemento específico de formación permanente (sexenio) en iguales condiciones que los funcionarios interinos, en la medida en que “al no establecer el convenio colectivo el sistema retributivo correspondiente al profesorado de Religión, cabe deducir una tácita remisión del convenio colectivo –por la singularidad de la relación laboral de ese personal– a lo que está establecido sobre la retribución de ese profesorado en la normativa, que respecto de los profesores de Religión establece expresamente que “estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos y que es la regla que también contiene –en términos distintos pero con igual significado– la Orden de la Consejería de Hacienda, de 29 de marzo de 2010, de la Comunidad Autónoma de La Rioja –por la que se dictan normas para la aplicación de la Ley 5/2009, de 15 de diciembre, de

³² STSJ (La Rioja) de 20 de junio de 2000 (rec. 197/2000).

³³ SSTSJ (La Rioja) de 28 de septiembre y 19 de octubre de 2012 (rec. 46/2012 y 360/2012).

Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el año 2010– en la que se determina que “las retribuciones del Profesorado de Religión Católica en los Centros Públicos de Educación Infantil y Primaria, será equivalente a las de los funcionarios interinos docentes de este nivel educativo adscritos a la Consejería competente en materia de Educación, en función de su horario lectivo, complementario y de libre disposición”, la cual no aparece dejada sin efecto por una nueva regulación del convenio colectivo ni sin vigencia por disposición posterior alguna o por otra que la haya sustituido en la que se disponga cual es el efectivo régimen retributivo que se aplica al profesorado de Religión, de manera que ha de concluirse que con ella se viene a aplicar el denominado “sistema residual”, pero en términos de plena y directa vigencia actual, establecido por Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2006”. Este último reconocimiento implica el establecimiento de la anotación registral en el Registro Central de Personal³⁴.

X. COMERCIALES, AGENTES, VENDEDORES

Es laboral la relación de un agente financiero comercial y el banco en el que presta servicios, si desarrolla la prestación en régimen de dependencia y ajenidad, puestas de manifiesto en las siguientes circunstancias: estar sujeto al cumplimiento de un horario rígido coincidente con el de apertura al público de la sucursal, que era el único en la localidad y atendía en solitario; todos los medios materiales y el local en que desarrollaba su actividad eran propiedad de la entidad bancaria; sus funciones consistían en la gestión habitual y de caja de la oficina, estando sometido en su ejecución a los protocolos propios del banco, y careciendo de potestad para rechazar los encargos; estaba sujeto al control y verificación por el banco de su actividad, debiendo justificar la situación administrativa y contable de su mediación, así como comunicar las reclamaciones de terceros; la prestación de servicios se desarrollaba en régimen de exclusividad; la retribución consistía en una comisión fija mensual y comisiones, que eran liquidadas unilateralmente por la entidad bancaria; la clientela atendida era del banco, que era quien respondía por sus actuaciones frente a ella³⁵.

Por el contrario, no es laboral la relación de un comercial con su empresa si no concurre la nota de la dependencia, esto es, si organizaba su actividad con

³⁴ STSJ (La Rioja) de 23 de diciembre de 2015 (rec. 366/2015).

³⁵ STSJ (La Rioja) de 29 de diciembre de 2016 (rec. 219/2016).

total independencia y libertad, en cuanto al tiempo y forma de realizar su servicio de mediación, sin recibir instrucciones ni en cuanto a rutas ni programa de visitas, que decidía sin control previo ni posterior, no contaba con despacho en la empresa, ni utilizaba vehículo de esta, no percibía dietas ni compensación alguna por gastos efectuados. A estos hechos, se añaden otros elementos indiciarios, aunque no determinantes, como el alta en el RETA y en el IAE, la facturación de honorarios con aplicación del correspondiente porcentaje de IVA y la retención del porcentaje de IRPF correspondiente a actividades profesionales³⁶.

Tampoco es laboral la relación de un agente de seguros, que realizaba labores de formación de un grupo de agentes, a los que instruía sobre los productos comerciales de la entidad aseguradora, en la medida en que no queda acreditado que percibiera retribución alguna por dichos servicios³⁷.

XI. VARIA

Es laboral la relación entre una maquilladora y peluquera y Radio y Televisión Española, mantenida de forma ininterrumpida durante dieciséis años, en régimen de exclusividad, en las dependencias del centro territorial de CRTVE en la Rioja utilizando las instalaciones, el mobiliario y los utensilios y material propio de un negocio de estética y peluquería de la sociedad pública. La trabajadora carecía de infraestructura u organización empresarial propia, limitándose a aportar productos cosméticos sin relevancia económica para el desempeño de su actividad empresarial. Estaba sometida a un horario semanal durante el que era obligada su presencia en el centro de trabajo, y sometida a disponibilidad fuera del mismo para cuando fuera llamada a realizar trabajos de maquillaje y peluquería para otros programas³⁸.

³⁶ STSJ (La Rioja) de 26 de diciembre de 2001 (rec. 194/2001).

³⁷ STSJ (La Rioja) de 21 de junio de 2012 (rec. 245/2012).

³⁸ STSJ (La Rioja) de 31 de marzo de 2016 (rec. 34/2016).

CAPÍTULO XXI

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

ALFREDO ASPRA

Abogado, Andersen. Profesor Asociado URJC

MARÍA BEGOÑA GARCÍA GIL

Profesora Titular (i) Derecho del Trabajo URJC

MARÍA JOSÉ RAMO HERRANDO

Abogada, Garrigues. Doctora en Derecho.

PILAR SÁNCHEZ LASO

Abogada. Profesora Asociada URJC

SUMARIO: I. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.* a) Tareas sin compromiso personal. b) Autónomos: Limpiadoras en comunidad de propietarios.- Guías y representantes en el extranjero.- Instalador.- Agentes de seguros.- Árbitros.- Mantenimiento, reparaciones, jardinero.- Consultor.- Reportero.- Militares de tropa.- Asesor técnico.- Presidente de Federación.- Mecánico.- Vendedor de quiosco. c) Trabajo no remunerado. c.1) Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad. c.2) Voluntariado y cooperantes. c.3) Trabajos familiares: matrimonios y parejas.- hijos.- *padres.- hermanos*).-II. *Actividades religiosas.* a) Profesores de Religión. b) Religiosos.-III. *Actividades sindicales y políticas.*-IV. *Trabajo a distancia, a*

domicilio, teletrabajo.—V. *Socios, administradores, directores: Socios de sociedades no capitalistas.*— Teoría del Vínculo (alta dirección y administrador o consejero).— Socios de sociedades capitalistas.— Socios de sociedades capitalistas que también son administradores o consejeros.— Socios de sociedades capitalistas que también son administradores o consejeros y, además, realizan otras actividades adicionales.— Consejeros y administradores de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de Sociedades Laborales.— Relevancia de determinados elementos para valorar la existencia de dependencia y ajenidad en la relación mantenida por un socio.— VI. *Cooperativistas.*—VII. *Relaciones con causa formativa.*—VIII. *Actividades deportivas.* a) Deportistas. b) Entrenadores. c) Otras profesiones de la actividad deportiva: preparadores físicos, masajistas y profesores de deporte.—IX. *Espectáculos públicos.* a) Artistas. b) Reality show y concursos televisión. c) Modelos y publicidad. d) Directores y técnicos.—X. *Profesiones liberales.* a) Abogados. b) Arquitectos. c) Servicios contables, economistas y consultores. d) Peritos tasadores. e) Veterinarios y agrónomos. f) Traductores e intérpretes. g) Otros profesionales liberales.—XI. *Personal sanitario.* a) Médicos y odontólogos. b) Psicólogos. c) Anestesiistas, dietistas, terapeutas y logopedas. d) Personal de enfermería, auxiliares médicos y auxiliares de enfermería. e) Veterinarios y otras profesiones liberales.—XII. *Personal docente.* a) En centros educativos públicos. b) Centros asistenciales. c) En centros educativos de titularidad privada. d) Universidades privadas. e) Centros concertados. f) Fundación universitaria privada. g) Centros adscritos. h) Profesores de academia.—XIII. *Profesionales de la comunicación.*—XIV. *Comerciales, agentes, vendedores.*—XV. *Distribuidores, repartidores y transportistas al margen de plataformas digitales.* a) Transportistas y repartidores. b) Transportista con vehículo propio.—XVI. *Servicios prestados a través de plataformas digitales y similares.* a) Conductores y repartidores o riders. b) Otros servicios.—XVII. *Servicios prestados a la administración.* a) Trabajadores sociales. b) Profesores de música en escuelas municipales. c) Educadores. d) 4. Personal contratado por la Agencia Española de Cooperación Internacional con contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica. e) Coordinadora de museo con contrato administrativo de servicio de asistencia técnica. f) Estadística. g) Trabajadora de la Consejería de Cultura y Deportes. h) Consultor de Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales. i) Técnico contratado por ayuntamiento. j) Arquitectos contratados a través de un contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica. k) Psicólogos. l) Abogado.—XVIII. *Actividades de alterne y similares.*—XIX. *Varios.* a) Empleados de fincas urbanas y comunidades de propietarios. b) Guías turísticos. c) Encuestadores. d) Relaciones públicas. e) Servicios en el hogar familiar. f) Montaje, mantenimiento y asistencia técnica. g) Asistencia sanitaria domiciliaria. h) Mandatario. i) Apoderado.

I. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD¹

a) **Tareas sin compromiso personal**

No se ha considerado que mantuviera una relación laboral una persona dedicada al mantenimiento de piscinas por cuyos servicios percibía cantidades variables, en fechas diversas, no sujetas a cadencia alguna, sin trabajar todos los días ni estar sometido a un horario, no constando que se le hubiera impedido delegar en otra persona sus tareas ni utilizar los medios o instalaciones de la empresa, y no habiéndose acreditado que estuviese bajo la organización y disciplina de la demandada, estando dado de alta en el RETA y siendo los trabajos que realizaba perfectamente subcontratables².

Se ha considerado que no existe relación laboral cuando se trata de un mero apoderado de una sociedad que esporádicamente realizaba las gestiones encomendadas, pero sin estar sometido a subordinación o dependencia, rindiendo cuentas tan solo a su poderdante³.

b) **Autónomos**

La jurisdicción social se ha declarado incompetente, por no existir relación laboral, en un caso en el que el actor era socio de la empresa (un taller de reparación de vehículos) y trabajaba como chapista, sin haberse suscrito ningún tipo de contrato, habiendo, sin embargo, seis trabajadores contratados en régimen laboral. Además, mensualmente emitía una minuta con IVA y descuento de IRPF y por un importe variable, en función de los servicios facturados⁴. En este mismo caso tampoco se reconoció la condición de trabajador autónomo dependiente (TRADE)⁵.

Limpiadoras en comunidad de propietarios. Se ha considerado laboral la relación entre una limpiadora y la comunidad de propietarios donde realiza su trabajo, aunque lo hiciera sin sujeción a horario ni recibiendo órdenes expresas de cómo tener que realizar la limpieza, al declararse que eso no impide que

¹ Autor: MARÍA JOSÉ RAMO HERRANDO.

² STSJ Madrid 597/2007 de 11 julio (rec. 2508/2006).

³ STSJ Madrid 435/2011 de 20 junio (rec. 584/2006).

⁴ STSJ Madrid 103/2011 de 4 febrero (rec. 5229/2010).

⁵ STSJ Madrid 826/2011 de 13 octubre (rec. 5942/2011).

concurran las notas de dependencia y ajenidad⁶. Tampoco lo impide que estuviera dada de alta en el RETA o la fórmula escogida por las partes para la retribución de los servicios prestados⁷.

Guías y representantes en el extranjero. Se declara la relación laboral de un trabajador que prestaba servicios para Politours como representante de la compañía en el extranjero (y no solo como guía) dado que no era él quien programaba su actividad, pues los cruceros se contrataban directamente por la empresa, y esta le facilitó para su trabajo una serie de medios materiales (teléfono móvil, tablet y tarjeta de crédito). Además, recibía instrucciones concretas y relacionadas con el ámbito de organización, no constando que pudiera organizar él mismo excursiones para poder obtener un lucro del que no fuera partícipe la empresa y tampoco que pudiera rechazar los encargos de la empresa⁸.

Instalador. Se niega la existencia de relación laboral común en el caso de un instalador que trabajaba para una empresa subcontratada por Telefónica, habiendo suscrito un contrato de prestación de servicios y teniendo en cuenta que el instalador estaba dado de alta en el censo de empresarios, usaba su propia herramienta, vehículo, ordenador y teléfono y si la empresa le proporcionaba alguna herramienta se lo descontaba de su factura. Se concluye que era él mismo quién se organizaba las tareas, durante los días y horas que le interesaba, pudiendo aceptar o rechazar encargos, no exigiéndosele exclusividad y pudiendo realizar su trabajo personalmente o a través de otras personas⁹.

Agentes de seguros. Tampoco existe relación laboral entre personalísimo de la actividad y no siendo óbice para ello que pudieran existir objetivos de ventas, ya que eso no implica control alguno, sino solo una forma de retribuir¹⁰.

Árbitros. No es laboral la relación entre un árbitro y la Real Federación Española de Fútbol y la Liga Nacional de Fútbol, ya que su prestación de servicios tiene carácter público pues actúa como agente designado por la RFEF, habiendo debido superar las pruebas requeridas al efecto, siendo competente la jurisdicción contenciosa-administrativa¹¹.

Mantenimiento, reparaciones, jardinero. Tampoco es laboral la relación del jardinero que es contratado para el mantenimiento del jardín del domicilio

⁶ SSTSJ Madrid 940/2003 de 18 noviembre (rec. 410/2013 y 244/2018 de 7 marzo (rec. 1504/2017).

⁷ STSJ Madrid 898/2018 de 15 octubre (rec. 407/2018).

⁸ STSJ Madrid 726/2014 de 29 septiembre (rec. 483/2014).

⁹ STSJ Madrid 1350/2018 de 19 diciembre (rec. 990/2018).

¹⁰ STSJ Madrid 223/2012 de 30 marzo (rec. 757/2012).

¹¹ STSJ Madrid 729/2019 de 5 julio (rec. 175/2019).

particular con la maquinaria de la demandada y que, estando dado de alta en el Régimen Especial de Autónomos, cuando compraba material o plantas los facturaba a su nombre y después se los repercutía a la demandada, que se los abonaba junto con la retribución mensual y el coste del combustible de las máquinas¹². Tampoco la del reparador de canalones contratado por una empresa, que sufre un accidente durante el servicio¹³.

Consultor. Se niega la existencia de relación laboral en el caso de un consultor encargado de abrir mercado para la implantación de la empresa en Latinoamérica, al que la empresa le facilitó móvil, ordenador portátil, llaves de la empresa y plaza de garaje cuando estuviera en Madrid (encontrándose en el extranjero la mayor parte del tiempo), y que tenía tarjeta en la que figuraba como director corporativo y de Expansión y aparecía la página web de la empresa integrado en el equipo humano, tenía dirección de correo electrónico y pactada una retribución fija mensual, un variable y el abono de los gastos en los que incurriera. Pero, sin embargo, el demandante tenía plena autonomía para desempeñar su actividad, aunque debía seguir las directrices estratégica y empresarial de la demandada y por eso, lógicamente, informaba a la empresa sobre sus actuaciones. No estaba obligado a asistir a las dependencias de la empresa ni disponía de despacho ni de lugar asignado ni tampoco estaba sujeto a horario ni a autorización para disfrutar permisos de vacaciones¹⁴.

Reportero. No se aprecia que exista relación laboral en el caso de un reportero para cubrir noticias para cadena de televisión que aportaba los medios materiales e infraestructura necesaria para su trabajo, retribuía al personal que precisaba para prestar el servicio y asumía el riesgo de su actividad empresarial y, ello, aunque en momentos puntuales utilizase una cámara propiedad de la empresa, ajustándose a los horarios fijados por aquella y utilizando un vehículo con el logotipo de la empresa y acreditación de la misma, aun existiendo la prohibición de prestar servicios para otras empresas y produciéndose la cesión íntegra de las grabaciones a la empresa y siendo esta la que decidía qué se emitía¹⁵.

Militares de tropa. Los militares de tropa y marinería no son militares de carrera hasta que no adquieren la condición de permanente, pero incuestionablemente se hallan vinculados a la Administración de Defensa por una relación jurídico-pública de carácter especial y no por una relación laboral¹⁶.

¹² STSJ Madrid 466/2007 de 25 junio (rec. 2117/2007).

¹³ STSJ Madrid 761/2005 de 19 octubre (rec. 4276/2005).

¹⁴ STSJ Madrid 391/2017 de 8 junio (rec. 786/2016).

¹⁵ STSJ Madrid 734/2010 de 26 octubre (rec. 1527/2010).

¹⁶ STSJ Madrid 281/2018 de 17 abril (rec. 109/2018).

Asesor técnico. Sí se aprecia relación laboral en el caso del director técnico y después asesor técnico de la Real Federación Española de Automovilismo, prestando los servicios a través de una empresa de la que era socio, con tarjetas de visita de la Federación, con una jornada fijada y fichando diariamente, con correo corporativo y disponiendo de despacho en las instalaciones, es relación laboral.

Presidente de Federación. No se considera que exista relación laboral en el caso del presidente de la Real Federación Española de Automovilismo ejercitando funciones que se limitan a la administración y dirección de la misma y por tanto, siendo su máximo representante y no estando sometido al poder de organización y dirección¹⁷.

Mecánico. Sí se aprecia relación laboral en el caso del Oficial 1ª de un taller-concesionario de Ford, por ser una relación personalísima con sujeción a horario y al ámbito organizativo de la empresa y sin asunción de riesgo¹⁸.

Vendedor de quiosco. Se aprecia que sí existe relación laboral respecto a Sociedad Española de Librerías, Diarios, Revistas y Publicaciones, pese a existir un contrato como comisionista¹⁹.

c) Trabajo no remunerado

C.I.) TRABAJOS AMISTOSOS, BENÉVOLOS, DE BUENA VECINDAD

Se ha considerado la existencia de relación laboral, negándose la actividad amistosa, en el caso del padre jubilado de una trabajadora de la empresa que se encontraba en las dependencias de la empresa, supuestamente, ayudando a su hija²⁰. También en el caso de dos trabajadores de nacionalidad china que realizaban trabajos, uno de confección a máquina y otro de planchado, en un taller de confección²¹. Igualmente, en el caso de las personas que, en un mercadillo celebrado por la empresa, colocaban la ropa y atendían la zona de cajas, pese a existir una relación familiar con uno de los consejeros de la sociedad²². También en la persona que realizaba funciones propias de hostelería en

¹⁷ STSJ Madrid 173/2016 de 26 febrero (rec. 808/2015).

¹⁸ STSJ Madrid 1036/2005 de 29 noviembre (rec. 4331/2005).

¹⁹ SSTSJ Madrid 1005/2007 de 27 diciembre (rec. 3460/2007) y 685/2011 de 8 septiembre (rec. 549/2011).

²⁰ STSJ Madrid 56/2015 de 23 enero (rec. 492/2014).

²¹ STSJ Madrid 439/2018 de 11 junio (rec. 946/2017).

²² STSJ Madrid 1070/2018 de 3 diciembre (rec. 673/2018).

un establecimiento hotelero propiedad de su pareja sentimental²³. También en la persona que tuvo un accidente mientras trabajaba en una churrería, a cambio de una cantidad sin concretar²⁴. Y en el caso de las dos personas que atendían una tienda durante la liquidación previa a su cierre²⁵.

Sin embargo, sí se negado la existencia de relación laboral en el caso de una persona que había hecho tareas de limpieza en un café durante cuatro o cinco ocasiones²⁶. También en el caso de una amiga de la propietaria de una agencia de viajes, a la que acudía frecuentemente para suplir alguna ausencia o atender alguna llamada²⁷. O en el caso de una persona que la ITSS detectó ayudando al que era su vecino a cargar la furgoneta en Mercamadrid, a las 5.30 horas de la madrugada²⁸. También en el caso del director ejecutivo de la Asociación Española de Ejecutivos de España que no tenía sujeción horaria ni sometimiento a ningún tipo de organización ni se le retribuía por sus servicios²⁹. También se han considerado trabajos por amistad los prestados por la hermana del dueño de un establecimiento de comidas, que estaba detrás del mostrador cuando la ITSS llegó al local³⁰.

C.2.) VOLUNTARIADO Y COOPERANTES

En materia de voluntariado, hay que estar al elemento subjetivo y finalista que lleva al ciudadano a realizar estas tareas para llegar a una correcta calificación jurídica de las mismas y es, precisamente por ello, que la existencia o no de una contraprestación económica constituye el criterio fundamental para distinguir ambas situaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 6/1996, de 15 de enero del Voluntariado. De esta forma se ha considerado que no existe relación laboral en el caso de un voluntario que no recibía retribución alguna ni estaba sujeto a horario, declarándose que el contrato de voluntariado no adolecía de vicio alguno, pese a la ignorancia del idioma³¹. También se ha considerado relación de voluntariado no laboral la de una persona que solo percibía compensación de gastos por cada noche o “guardia” que acudía a un

²³ STSJ Madrid 1036/2014 de 9 diciembre (rec. 689/2014).

²⁴ STSJ Madrid 695/2004 de 31 mayo (rec. 1816/2004).

²⁵ STSJ Madrid 455/2005 de 7 junio (rec. 747/2005).

²⁶ STSJ Madrid 842/2013 de 14 octubre (rec. 1029/2013).

²⁷ STSJ Madrid 321/2008 de 28 abril (rec. 567/2008).

²⁸ STSJ Madrid 705/2015 de 23 septiembre (rec. 408/2015).

²⁹ STSJ Madrid 58/2006 de 17 enero (rec. 4038/2005).

³⁰ STSJ Madrid 995/2017 de 20 noviembre (rec. 879/2017).

³¹ STSJ Madrid 287/2007 de 6 junio (rec. 1689/2007).

piso regentado por una asociación para drogodependientes³². También, la de la secretaria de una asociación que realizaba tareas de archivo y documentación³³. O, la del voluntario que ayudaba en tareas de arquitectura en una asociación³⁴.

Sí se consideró laboral la relación mantenida por cooperantes de la Asamblea de Cooperación por la Paz con categoría de oficiales administrativos³⁵. También, en el caso de los voluntarios de la Agencia Española de Cooperación Internacional que desarrollaban funciones propias de RRHH³⁶. Y, en caso de unos albañiles que hacían obras para la Unión de Iglesias Adventistas³⁷. O en el caso de una persona que prestaba apoyo técnico en distintos proyectos de la Asociación Médicos del Mundo³⁸.

C.3.) TRABAJOS FAMILIARES

En el caso de las empresas familiares en las que suele darse la doble condición de socio y prestador de ciertos servicios para la sociedad, se ha considerado que falta la nota de ajenidad, entendida como transmisión a un tercero de los frutos o resultados del trabajo prestado; ajenidad que no cabe apreciar cuando tales frutos o resultados se destinan a un fondo social o familiar común. Así, se ha negado la existencia de relación laboral en el caso de la socia de una empresa familiar que no estaba sometida a horario ni a jornada, ni sujeta a órdenes o instrucciones de un superior jerárquico y a la que se le había conferido amplios poderes de representación y administración³⁹.

Lo anterior no quiere decir que no pueda darse trabajo por cuenta ajena entre parientes que comparten el mismo techo, pero si el parentesco es muy próximo y existe convivencia con el empresario, la ley ha establecido una presunción *iuris tantum* a favor del trabajo familiar no asalariado, que se aparta expresamente de la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores⁴⁰. Así, se ha considerado que no existe relación

³² SSTSJ Madrid 437/2001 de 26 junio (rec. 1617/2001) y 681/2008 de 16 septiembre (rec. 2739/2008).

³³ STSJ Madrid 837/2014 de 24 octubre (rec. 168/2014).

³⁴ STSJ Madrid 741/2007 de 12 septiembre (rec. 3680/2007).

³⁵ STSJ Madrid 297/2011 de 25 marzo (rec. 3999/2010).

³⁶ STSJ Madrid 818/2011 de 12 diciembre (rec. 3473/2011).

³⁷ STSJ Madrid 741/2016 de 21 noviembre (rec. 80/2016).

³⁸ STSJ Madrid 490/2010 de 28 mayo (rec. 1047/2010).

³⁹ STSJ Madrid 356/2007 de 26 junio (rec. 6337/2011).

⁴⁰ STSJ Madrid 645/2009 de 20 julio (rec. 1081/2009).

laboral en el supuesto de un socio de un negocio familiar en el que trabajaba, sin percibir ni él ni ninguno de los otros socios sueldo fijo ni determinado, tratándose de una familia que vivían del negocio, repartiéndose las ganancias⁴¹. Sin embargo, se ha considerado que sí existía relación laboral por cuenta ajena en el supuesto de un socio con un 5% del capital de una empresa constructora, que sufrió un accidente mortal mientras prestaba servicios en una obra y, ello, razonándose que no puede operar la presunción en favor del control efectivo que se derivaría de la regla primera de la adicional 27ª de la LGSS, porque el trabajador no convivía con sus hermanos, sino con su esposa, y solo poseía un 5% del capital social⁴².

Matrimonios y parejas. En el caso de los matrimonios con vida y domicilio común, existirá un trabajo familiar excluido de la relación laboral, salvo prueba en contrario del concepto de laboralidad. Así, se ha considerado que no existe relación laboral cuando la esposa se dedica a la actividad común de la farmacia⁴³. Tampoco en el caso de la cónyuge del empresario que además ostenta el 33% de las participaciones sociales de la empresa y la condición de administrador único⁴⁴. Ni en el caso de la cónyuge que asistía a las dependencias de la empresa por decisión propia, exenta de control y no todos los días y sin coincidir con el personal de la misma y dejando de acudir cuando su hijo se encontraba enfermo, justificándose la remuneración que percibía por su labor colaboradora, que no laboral, en determinadas tareas comerciales⁴⁵. Tampoco en el caso de la novia del empresario, con la que convivía, que trabajó sin cobrar durante ocho años, hasta que se rompió la relación afectiva, en un quiosco de helados de su novio⁴⁶.

Hijos. No se ha considerado que exista relación laboral en el supuesto de la hija de la titular de la actividad que es contratada mediante contrato de duración determinada a tiempo completo por seis meses que deviene indefinido, cotizando en el Régimen General de la Seguridad Social. Solo se destruiría la presunción de laboralidad si existieran elementos que evidenciaran, por ejemplo, la transmisión patrimonial efectiva de la retribución que pudiera facultar una vida independiente⁴⁷. Tampoco se consideró laboral la relación entre el hijo del socio mayoritario y administrador único de la sociedad, al tratarse de trabajos realizados en horario de tarde (estudiaba por las mañanas), sin suje-

⁴¹ STSJ Madrid 286/2001 de 19 abril (rec. 5813/2000).

⁴² STSJ Madrid 728/2002 de 12 diciembre (rec. 4265/2002).

⁴³ STSJ Madrid 183/2010 de 11 marzo (rec. 5920/2009).

⁴⁴ STSJ Madrid 645/2009 de 20 julio (rec. 1081/2009).

⁴⁵ STSJ Madrid 237/2012 de 9 abril (rec. 6492/2012).

⁴⁶ STSJ Madrid 433/2011 de 20 junio (rec. 2620/2011).

⁴⁷ STSJ Madrid 725/2002 de 12 diciembre (rec. 5295/2002).

ción a horario ni retribución y sin sometimiento al régimen de organización y dirección de empresario (sus padres) con los que convivía, calificándola como una colaboración voluntaria y habitual de las que ordinariamente prestan los hijos a sus padres, que corren con todos los gastos de su educación⁴⁸. Ni en el caso de la hija de la propietaria de un negocio, que convivían juntas y que no percibía remuneración, considerándose una mera ayuda entre madre e hija⁴⁹.

También se consideró de carácter netamente familiar la colaboración prestada por una hija en la explotación llevada a cabo por sus padres como agentes de seguros en la que prestaba servicios administrativos, compartiendo trabajo, gastos y beneficios⁵⁰. O cuando los servicios se han prestado por los hijos del socio fundador (uno como informático y otro como ordenanza) pero esporádicamente, por estar cursando estudios, sin sujeción a horario ni retribución y sin sometimiento a la organización y dirección del empresario, conviviendo los hijos con los padres⁵¹. También se negó la laboralidad en el supuesto del hijo de administrador único y posterior consejero delegado de la sociedad, prestando aquellos servicios de asesoramiento comercial y siendo remunerado a través de facturas con IVA, al considerarse que se pone de relieve una situación de independencia propia de las relaciones familiares, articulada convenientemente en un contrato de arrendamiento de servicios⁵².

Sin embargo, se consideró que sí existía relación laboral en el caso de un hijo prestando servicios en el despacho de su padre durante siete años, mediante contrato de trabajo indefinido, devengando un salario mensual de 1.595,49€, que se considera muy superior a lo que el Tribunal Supremo viene a designar como “dinero de bolsillo”⁵³. Y también en el caso del hijo del socio mayoritario y administrador único de una sociedad dedicada a la docencia, existiendo convivencia familiar y que prestó servicios, primero, como auxiliar administrativo y, después, como profesor, habiendo sido la prestación de carácter personal y retribuida y teniendo la contratación causa cierta, ya que el desempeño de las funciones de profesor respondió a la titulación académica y a la capacitación que le reconoció la Administración educativa⁵⁴. También en el caso del hijo, que conducía el taxi de su padre y percibía una cantidad fija mensual, sin que existiera convivencia⁵⁵.

⁴⁸ STSJ Madrid 737/2002 de 12 noviembre (rec. 3344/2002).

⁴⁹ STSJ Madrid 86/2019 de 13 febrero (rec. 383/2018).

⁵⁰ STSJ Madrid 80/2003 de 5 febrero (rec. 4985/2002).

⁵¹ STSJ Madrid 1188/2004 de 28 diciembre (rec. 3632/2004).

⁵² STSJ Madrid 800/2002 de 3 diciembre (rec. 3888/2002).

⁵³ STSJ Madrid 12/2010 de 18 enero (rec. 5454/2009).

⁵⁴ STSJ Madrid 333/2016 de 22 abril (rec. 158/2016).

⁵⁵ STSJ Madrid 593/2018 de 30 mayo (rec. 306/2018).

Padres. También se negó la laboralidad en el caso de la madre del administrador único de la empresa, con el que convivía, pese a que se formalizó un contrato de trabajo y ostentaba la categoría de auxiliar administrativo, desempeñando funciones de contabilidad y estando dada de alta en la Seguridad Social⁵⁶. Y también, en el caso de la madre del socio único y administrador de una sociedad que explotaba una cafetería⁵⁷.

Hermanos. Tampoco se consideró la existencia de relación laboral en el supuesto de una persona que primero fue socia y administradora solidaria de la empresa hasta 2003 y, a partir de esa fecha, todas las acciones pasaron a ser propiedad de su hermana con la que convivía, pasando a ser esta también la administradora única. La actora acudía a la empresa de forma habitual, sin horario fijo ni horario de entrada y salida, incluso no yendo algunos días y sin rendir cuentas a nadie del trabajo realizado ni tampoco recibir remuneración por su trabajo⁵⁸.

II. ACTIVIDADES RELIGIOSAS⁵⁹

a) *Profesores de Religión*

Desde que en 1996 la Sala IV del Tribunal Supremo afirmara que es laboral el vínculo que surge entre el profesor de Religión Católica y la Administración educativa, existe un abundante cuerpo doctrinal donde se declara la laboralidad del contrato de trabajo de los profesores de Religión, considerándose competente para su enjuiciamiento la jurisdicción social, aunque inicialmente declarándose que la vinculación contractual era de carácter temporal y no indefinida⁶⁰ e incluso calificándose de atípica⁶¹; y considerándose que el empresario es el Estado español, por ser el titular de la obligación docente y ser quien recibe el fruto de la actividad de los profesores de Religión y, ello, sin perjuicio de que pacte con terceros –la Iglesia Católica– la designación de los profesores y le confiera la intermediación en el pago de los salarios⁶².

⁵⁶ STSJ Madrid 1221/2009 de 30 diciembre (rec. 3783/2009).

⁵⁷ STSJ Madrid 929/2014 de 17 noviembre (rec. 197/2014).

⁵⁸ STSJ Madrid 380/2010 de 18 mayo (rec. 923/2010).

⁵⁹ Autor: MARÍA JOSÉ RAMO HERRANDO.

⁶⁰ SSTSJ Madrid 398/2000 de 18 octubre (rec. 3251/2000), 621/2002 de 25 octubre (rec. 3387/2002) y 1/2004 de 14 enero (proc. 30/2003).

⁶¹ STSJ Madrid 556/2000 de 29 noviembre (rec. 4008/2000).

⁶² STSJ Madrid 7/2000 de 12 enero (rec. 514/2000) y 623/2000 de 30 diciembre (rec. 3877/2000).

Y, más concretamente, declarándose que los profesores de Religión y Moral Católica en centros públicos de Enseñanza Primaria tienen relación laboral con el Ministerio de Educación y Cultura, incluso en relaciones iniciadas con anterioridad al año 1998⁶³. El carácter laboral se declaró expresamente en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación que establecía que los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de Religión en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores⁶⁴. Exigiéndose que se cotice por ellos en la Seguridad Social desde que se inició la prestación de servicios⁶⁵.

b) Religiosos

Los religiosos y religiosas no son, en realidad, trabajadores autónomos en el sentido auténtico de la expresión, sino asimilados a ellos, porque las características que presenta el trabajo en comunidad ofrece una serie de rasgos comunes con el trabajo por cuenta propia que realizan determinadas personas en empresas, cooperativas o sociedades colectivas y que determinan su inclusión en el RETA⁶⁶.

El ejercicio del sacerdocio no puede considerarse trabajo por cuenta ajena, no existiendo relación laboral⁶⁷. No puede existir un contrato de trabajo si no hay contrato alguno, ya que la incardinación del sacerdote en la iglesia no se realiza mediante un contrato, esto es, una fuerza de voluntades reguladas por el ordenamiento laboral y civil en el que existen recíprocas contraprestaciones. Antes bien, la incorporación deriva de la adquisición de la condición de clérigo mediante una formación y unos procedimientos regulados en el Derecho Canónico. La obtención de la cualidad de sacerdote es considerada en el marco de la Iglesia como dotada de un valor sacramental que tiene un significado trascendental que excede de lo puramente humano, se acompaña de la realización de determinados votos y tiene, en principio, una duración vitalicia. La subordinación y la retribución pueden perfectamente existir en sentido genérico, pero no derivan de un contrato ni de la inclusión en el ámbito de orga-

⁶³ STSJ Madrid 496/2008 de 12 mayo (rec. 4743/2007).

⁶⁴ STSJ Madrid 1184/2008 de 10 noviembre (rec. 2451/2008).

⁶⁵ SSTSJ Madrid 827/2010 de 23 septiembre (rec. 1798/2010) y 1143/2010 de 9 diciembre (rec. 4156/2010).

⁶⁶ STSJ Madrid 84/2001 de 6 febrero (rec. 4652/2000).

⁶⁷ STSJ Madrid 117/2006 de 8 marzo (rec. 365/2006).

nización y dirección de una empresa, sino de la incorporación de índole espiritual a una organización de vivencia y difusión de creencias religiosas que obviamente no actúa como una empresa en el mercado. Más difícil es que concurra la ajenidad, que equivaldría a establecer una contraposición de intereses ente el sacerdote y la Iglesia Católica⁶⁸.

Los religiosos que prestan servicios en establecimientos sanitarios no tienen relación laboral al entender que dichos servicios son propios de su ministerio de su estado religioso vinculado a una orden o institución dedicada a ese tipo de funciones y cuya labor no se retribuye a la persona sino a la institución religiosa y para ayudar a su sostenimiento⁶⁹.

III. ACTIVIDADES SINDICALES Y POLÍTICAS⁷⁰

Se ha negado la existencia de relación laboral entre la empresa y un liberado sindical al que la empresa le abonaba la retribución y tenía dado de alta en la Seguridad Social (todo ello como consecuencia de un pacto alcanzado entre la empresa y los sindicatos), al no constar que hubiera desempeñado funciones para dicha empresa, haciéndolo solo para el sindicato, ni que la empresa le diera órdenes, ni le fijase horario ni vacaciones ni que tampoco estuviera sometido a su potestad disciplinaria. Y, todo ello, como consecuencia de que el Real Decreto Ley 20/2012 derogó los pactos, acuerdos y convenios colectivos que contemplaban derechos sindicales suscritos con representantes u organizaciones sindicales que excedieran de los contemplados en el Estatuto de los Trabajadores, en la Ley de Libertad Sindical y en el Estatuto Básico del Empleado Público; habiendo supuesto la mencionada derogación la finalización de la relación laboral, siendo el sindicato quien le debiera haber retribuido a partir de entonces⁷¹.

Tampoco se considera de naturaleza laboral la relación de la persona elegida miembro de la Comisión Ejecutiva de la Federación de Construcción de CCOO que ostentaba la categoría de sindicalista, calificándose como de naturaleza asociativa, voluntaria y de nivel representativo⁷². También se califica como relación de naturaleza asociativa, pese a existir nóminas y alta en Segu-

⁶⁸ STSJ Madrid 1041/2017 de 4 diciembre (rec. 1240/2017).

⁶⁹ STSJ Madrid 37/2003 de 28 enero (rec. 5727/2002).

⁷⁰ Autor: MARÍA JOSÉ RAMO HERRANDO.

⁷¹ STSJ Madrid 868/2015 de 14 octubre (rec. 557/2015).

⁷² STSJ Madrid 688/2005 de 5 diciembre (rec. 5352/2005).

ridad Social, la del vicesecretario 2º y tesorero de la Federación Independiente de Trabajadores de Crédito⁷³.

También se considera de naturaleza político-sindical el cargo de responsable del Departamento Confederal de Servicios Sociales de UGT, aunque, en este caso, al existir una relación laboral previa, se considera que esta no habría quedado extinguida, a fin de evitar posibles actuaciones fraudulentas, considerándose competente la jurisdicción social⁷⁴. Lo mismo ocurre con la miembro de la Comisión Ejecutiva y del secretariado de la Federación Agroalimentaria de CCOO, que pese a desarrollar tareas de responsabilidad y dirección, eran simultáneas a otras de carácter ordinario, por lo que no se considera que existe relación laboral⁷⁵.

Tampoco se ha admitido la laboralidad de la relación mantenida por una administrativa-secretaria de un grupo político de un Ayuntamiento, en virtud de sucesivos decretos de nombramiento de la Alcaldía, teniendo como norma de cobertura el artículo 104.2 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local y figurando como “personal eventual” adscrita a los cargos políticos con presencia en el Ayuntamiento, declarándose explícitamente que la trabajadora ostenta la condición de funcionaria, siendo competente el orden contencioso-administrativo⁷⁶.

IV. TRABAJO A DISTANCIA, A DOMICILIO, TELETRABAJO⁷⁷

Se niega la existencia de relación laboral entre la persona que se ocupaba de confeccionar los recibos de salarios y comunicar las altas y bajas a la Seguridad Social, trabajando desde su domicilio de Madrid, siendo que la empresa tiene su centro en Palencia y que no recibía órdenes ni programación de vacaciones, no estando sometida a horario ni al control y no existiendo directrices en la realización de su trabajo, aportando la propia actora los medios de trabajo, el ordenador y los programas y facturando a la sociedad por el concepto de programas de nóminas y programas de red y por asesoramiento laboral⁷⁸.

⁷³ STSJ Madrid 809/2002 de 3 diciembre (rec. 889/2002).

⁷⁴ STSJ Madrid 6/2002 de 16 enero (rec. 3978/2001).

⁷⁵ STSJ Madrid 548/2011 de 10 junio (rec. 2479/2011).

⁷⁶ STSJ Madrid 323/2001 de 22 junio (rec. 2141/2015).

⁷⁷ Autor: MARÍA JOSÉ RAMO HERRANDO.

⁷⁸ STSJ Madrid 835/2019 de 25 septiembre (rec. 215/2019).

V. SOCIOS, ADMINISTRADORES, DIRECTORES ⁷⁹

Socios de sociedades no capitalistas. La doctrina ha venido diferenciando la situación existente entre los socios que prestan servicios para sociedades capitalistas y los que los prestan para sociedades personalistas o colectivas, no capitalistas. En el caso de las sociedades capitalistas o por acciones, puede coexistir en una misma persona la condición de socio y la de trabajador asalariado. En el caso de las sociedades no capitalistas, el trabajo va implícito en la condición de partícipe o socio, no existiendo ajenidad, ya que de los frutos del trabajo se apropia, al menos en parte, el propio trabajador. Y ello incluso cuando la sociedad no se llegara a perfeccionar, pero fuera la voluntad de las partes hacer una aportación común de bienes e industria con ánimo de partir las ganancias, ya que lo anterior tiene carácter asociativo, sea este civil o mercantil irregular ⁸⁰.

Así pues, en el caso de los socios de las sociedades comanditarias, el trabajo no es más que el objeto de esa participación social o del contrato de la sociedad. Ahora bien, para que se declare la inexistencia de la relación laboral hace falta que se acredite esa co-titularidad de medios, ya que de lo contrario si la co-decisión en la gestión de la sociedad se lleva a cabo extramuros de la misma y a cargo de otras sociedades o personas y de los frutos del trabajo no se apropia la trabajadora, en cuanto socia personal, entonces podrá existir relación laboral ⁸¹.

Teoría del Vínculo (alta dirección y administrador o consejero). El Tribunal Superior de Justicia de Madrid aplica, con carácter general, la doctrina del Tribunal Supremo que ha establecido que, en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de Administración de la sociedad y de alta dirección o gerencia de la empresa, la calificación de la relación como mercantil o laboral no viene determinada por el contenido de las funciones, sino por la naturaleza de vínculo; por lo que, si existe una relación de integración orgánica en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil. Esto conlleva que, como regla general, solo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral. Es la

⁷⁹ Autor: MARÍA JOSÉ RAMO HERRANDO.

⁸⁰ STSJ Madrid /2006 de 13 septiembre (rec. 2223/2006).

⁸¹ STSJ Madrid 659/2009 de 19 octubre (rec. 3671/2009).

conocida como Teoría del Vínculo, cuyo fundamento radica en la ausencia del requisito de dependencia que es inherente a la relación laboral⁸². La aplicación de esta doctrina conlleva que la jurisdicción social se declare incompetente por razón de la materia, al considerar que la relación existente en estos casos es de naturaleza mercantil y no laboral. A estos efectos, se sitúa en una situación similar a los consejeros delegados o a los miembros de la comisión ejecutiva (que actúan a través de una delegación interna) y a los administradores únicos o solidarios⁸³. Alcanzando la doctrina del vínculo también al presidente del Consejo de administración⁸⁴; al presidente/consejero delegado⁸⁵; al administrador solidario⁸⁶; al administrador mancomunado⁸⁷; al vocal que posteriormente pasó a ser presidente del Consejo⁸⁸; y en definitiva, alcanza tanto a los consejeros “pasivos” o meramente consultivos, como a los que asumen la gestión efectiva de la sociedad, como administrador único o mediante delegación del propio órgano (consejero delegado, consejero miembro de la comisión ejecutiva), pero también en el más infrecuente supuesto de apoderamientos del órgano de administración a sus propios integrantes, encomendando las tareas ejecutivas y de gestión de la sociedad a los consejeros por áreas o por grupos de materias, según los diversos apoderamientos conferidos⁸⁹.

En definitiva, la Teoría del Vínculo se basa en que no hay práctica diferencia entre los cometidos y funciones del alto directivo y las del consejero o administrador, si bien existe alguna sentencia aislada que parece admitir la compatibilidad en el caso en el que, documental y materialmente, se acredite una separación funcional entre ambas funciones⁹⁰.

No ha sido óbice para la calificación de la relación como mercantil que el consejero delegado de una empresa española, perteneciente a un grupo empresarial internacional, dependiera jerárquicamente de la persona que se halla en

⁸² SSTSJ Madrid 450/2000 de 11 julio (rec. 5857/1999), 617/2000 de 17 octubre (rec. 2858/2008), 57/2003 de 21 enero (rec. 4420/2002), 619/2005 de 6 septiembre (rec. 2480/2005), 1107/2005 de 20 diciembre (rec. 4859/2005), 1071/2004 de 1 diciembre (rec. 4158/2004), 158/2006 de 7 marzo (rec. 5746/2006), 592/2007 de 2 octubre (rec. 3289/2007), 424/2008 de 26 mayo (rec. 1158/2008), 864/2008 de 12 noviembre (rec. 3491/2008), 828/2009 de 13 noviembre (rec. 4315/2009), 852/2010 de 20 diciembre (rec. 3988/2010), 721/2011 de 15 septiembre (rec. 4066/2011), 1060/2017 de 1 diciembre (rec. 895/2017) y 556/2019 de 28 junio (rec. 709/2018).

⁸³ STSJ Madrid 798/2008 de 28 octubre (rec. 3250/2008).

⁸⁴ SSTSJ Madrid 416/2003 de 13 mayo (rec. 3/2003), 135/2005 de 28 febrero (rec. 3955/2004) y 468/2012 de 25 mayo (rec. 1353/2012).

⁸⁵ SSTSJ Madrid 450/2000 de 11 julio (rec. 5857/1999) y 180/2006 de 21 marzo (rec. 2772/2005).

⁸⁶ STSJ Madrid 91/2006 de 24 enero (rec. 5866/2005).

⁸⁷ SSTSJ Madrid 740/2002 de 12 noviembre (rec. 2164/2002) y 959/2008 de 2 diciembre (rec. 4441/2008).

⁸⁸ STSJ Madrid 864/2008 de 12 noviembre (rec. 3491/2008).

⁸⁹ SSTSJ Madrid 852/2010 de 20 diciembre (rec. 3988/2010) y 435/2011 de 20 junio (rec. 584/2011).

⁹⁰ STSJ Madrid 692/2009 de 8 septiembre (rec. 2512/2009).

la cúspide de la sociedad matriz y no del consejo de administración de la sociedad española, toda vez que se consideró que la intervención de la empresa matriz se sitúa en el marco de las relaciones entre sociedades afectando, en su caso, solamente a la autonomía del consejo de administración de la sociedad participada⁹¹.

Finalmente, se ha declarado que no cabe la reanudación de la relación laboral común que pudiera existir antes de pasar a ser de alta dirección y acceder al órgano de administración, si hubiera quedado expresamente sustituida por la de alta dirección⁹².

Socios de sociedades capitalistas. En estos casos, entra en juego el requisito de la ajenidad (que es propio de la relación laboral), considerándose que cuando el socio ostenta la titularidad de una cuota societaria determinante, la prestación de trabajo que pueda realizar se efectúa a título de aportación a la sociedad, considerándose como determinante una participación en el capital social a partir del 50%⁹³, ya que de sobrepasarse esta proporción faltaría el elemento de la ajenidad y nos encontraríamos ante un trabajador por cuenta ajena⁹⁴. Y ello, incluso, realizando funciones de carácter comercial para la empresa, al considerarse que se realizaban en su condición de socio⁹⁵. También se tiene en cuenta el porcentaje de participación a los efectos de la obligación de encuadrarse en el RETA, sumándose el porcentaje de la pareja cuando hay convivencia y aunque no se haya contraído matrimonio⁹⁶.

Socios de sociedades capitalistas que también son administradores o consejeros. La proporción del 50% del capital social no resulta aplicable cuando el socio está integrado en el órgano de administración, en cuyo caso, a la valoración de la laboralidad de la relación habrá que aplicar la doctrina específicamente establecida para ellos por la doctrina jurisprudencial, la Teoría del Vínculo.

Así, se ha considerado mercantil la relación mantenida por el consejero delegado con un 25% de participación social⁹⁷. También, cuando la participación era del 29%, se había suscrito un contrato de Alta Dirección y el directivo era miembro del consejo de administración⁹⁸. O cuando, siendo la participa-

⁹¹ STSJ Madrid 1/2012 de 16 enero (rec. 3162/2010).

⁹² STSJ Madrid 205/2006 de 21 febrero (rec. 81/2006).

⁹³ SSTSJ Madrid 656/2008 de 15 julio (rec. 2446/2008) y 852/2010 de 20 diciembre (rec. 3988/2010).

⁹⁴ STSJ Madrid 754/2006 de 10 octubre (rec. 2845/2006).

⁹⁵ STSJ Madrid 778/2000 de 19 diciembre (rec. 3095/2000).

⁹⁶ STSJ Madrid 158/2006 de 7 marzo (rec. 5746/2005).

⁹⁷ STSJ Madrid 690/2011 de 24 octubre (rec. 2695/2011).

⁹⁸ STSJ Madrid 785/2009 de 30 septiembre (rec. 3766/2009).

ción en el capital del 31% el actor era consejero delegado solidario⁹⁹. O ante una participación del 48,5%, a la fecha de la constitución de la sociedad, pero siendo miembro del consejo de administración¹⁰⁰. O con una participación del 39,80% del capital y siendo administrador solidario¹⁰¹. O con una participación del 15% del capital, siendo administradora mancomunada¹⁰². O en el caso de la socia y consejera de una sociedad de ámbito familiar, en la que su marido era el accionista mayoritario¹⁰³. O el titular del 11,10% del capital de una empresa familiar que había sido designado consejero delegado de la misma¹⁰⁴. O con una participación del 40% del capital y siendo administrador único¹⁰⁵. O siendo titular del 25% del capital social y administrador solidario¹⁰⁶. O en el caso del titular del 16,66% del capital social y administrador solidario¹⁰⁷. E incluso, aun no existiendo participación accionarial en el momento del cese, pero habiendo sido socio constituyente de la sociedad¹⁰⁸.

Socios de sociedades capitalistas que también son administradores o consejeros y, además, realizan otras actividades adicionales. También se ha considerado mercantil, pese a realizarse actividades adicionales a las propias del cargo orgánico, la relación existente entre una socia fundadora, con el 49% del capital social, y administradora solidaria que realizaba funciones de representación y gestión de la empresa, inherentes a su condición de administradora de la sociedad y, además, funciones de comunicación, al considerarse que estas últimas tampoco eran las propias de una relación laboral común, en cuanto que coincidían con el objeto social de la empresa y, por ello, eran también las propias de un gerente o responsable de la sociedad¹⁰⁹. También se consideró mercantil la relación existente entre un socio constituyente de una sociedad en la que desempeñaba funciones como director del área de Ocio, y de la que era consejero delegado y administrador único de sus filiales, ya que se consideró que estos cargos primaban sobre las funciones de director de Ocio, de carácter residual¹¹⁰. También, la de un socio de una residencia de ancianos, con un 5,83% del capital, que ejercía las funciones de administrador único, habiendo

⁹⁹ STSJ Madrid 424/2008 de 26 mayo (rec. 1158/2008).

¹⁰⁰ STSJ Madrid 518/2004 de 25 mayo (rec. 6435/2003).

¹⁰¹ STSJ Madrid 476/2018 de 29 junio (rec. 808/2017).

¹⁰² STSJ Madrid 592/2007 de 2 octubre (rec. 3289/2007).

¹⁰³ STSJ Madrid 656/2002 de 8 octubre (rec. 2142/2002).

¹⁰⁴ STSJ Madrid 619/2005 de 6 septiembre (rec. 2480/2005).

¹⁰⁵ SSTSJ Madrid 826/2003 de 14 octubre (rec. 1958/2003) y 536/2005 de 28 junio (rec. 4804/2004).

¹⁰⁶ STSJ Madrid 65/2003 de 5 febrero (rec. 4471/2002).

¹⁰⁷ STSJ Madrid 1055/2003 de 9 diciembre (rec. 4267/2003).

¹⁰⁸ SSTSJ Madrid 592/2004 de 21 septiembre (rec. 301/2004) y 322/2007 de 18 abril (rec. 11/2007).

¹⁰⁹ STSJ Madrid 61/2018 de 29 enero (rec. 1078/2017).

¹¹⁰ STSJ Madrid 487/2008 de 27 mayo (rec. 375/2008).

sido anteriormente consejero delegado mancomunado y administrador solidario y que también ejercía de médico en dicha residencia sin percibir cantidad alguna por estas funciones, pese a acudir de forma habitual en un horario que se ampliaba en función de las necesidades¹¹¹. O la del consejero delegado, titular del 20% de las participaciones, que además realizaba funciones de Dirección Comercial y de Producto, llevando la contabilidad de la empresa y fijando salarios y funciones¹¹². O la del accionista minoritario que realiza funciones propias de un gerente y con independencia de que en el contrato de alta dirección se haga referencia expresa a la existencia real de una prestación laboral¹¹³. O la del titular de solo el 2% del capital, siendo miembro del consejo de administración y realizando funciones de director gerente y comercial¹¹⁴. O la de la socia fundadora y titular del 25% del capital, miembro del consejo de administración y responsable, además, de representar a la empresa y ejercer sus poderes, de la contratación del personal y suministros y de la dirección de las gestiones fiscales¹¹⁵. O la del consejero y accionista minoritario que estaba dedicado a las labores comerciales de la empresa, al considerarse que su condición de miembro del Consejo de Administración primaba sobre las funciones que con carácter residual realizaba como director comercial¹¹⁶. O la del socio fundador con un 25% él, y otro 25% su esposa, que era presidente del Consejo y se encargaba de dirigir la empresa en el aspecto comercial¹¹⁷. O la del socio, junto con otros dos, y administrador solidario que se encargaba dentro de la empresa de llevar el departamento de compresores, mientras los otros dos socios efectuaban trabajos relacionados con la maquinaria y el sistema comercial¹¹⁸. O la del socio con un 40% del capital, miembro del consejo de administración y con funciones de director general, percibiendo unos honorarios profesionales de 144.500€¹¹⁹. O la del socio, con un tercio de las acciones, administrador mancomunado junto con sus dos socios, que realizaba funciones de contable en la empresa, al considerarse que también esos trabajos correspondían a su actividad como administrador de la sociedad, ya que resulta lógico que alguno de los administradores se encargase de la contabilidad de la sociedad, de firmar con proveedores y clientes y de expedir certificados de las

¹¹¹ STSJ Madrid 65/2015 de 28 enero (rec. 604/2014).

¹¹² STSJ Madrid 424/2008 de 26 mayo (rec. 1158/2008).

¹¹³ STSJ Madrid 655/2005 de 28 julio (rec. 1021/2005).

¹¹⁴ STSJ Madrid 573/2017 de 20 septiembre (rec. 170/2017).

¹¹⁵ STSJ Madrid 874/2010 de 11 noviembre (rec. 2609/2010).

¹¹⁶ STSJ Madrid 101/2006 de 21 febrero (rec. 4672/2005).

¹¹⁷ STSJ Madrid 244/2002 de 9 abril (rec. 374/2002).

¹¹⁸ STSJ Madrid 575/2005 de 28 junio (rec. 1999/2005).

¹¹⁹ STSJ Madrid 703/2006 de 20 noviembre (rec. 3496/2006).

retenciones e ingresos a cuenta para la declaración de la renta¹²⁰. O la del accionista que había sido administrador único de la empresa, con poderes de gestión y dirección y de alta en el RETA, aunque la prestación de sus servicios fuera remunerada a través de una sociedad interpuesta de la que era accionista mayoritario y administrador único¹²¹, o presidente y consejero delegado¹²².

Consejeros y administradores de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de Sociedades Laborales. La Teoría del Vínculo podría haber tenido alguna excepción en el caso de los consejeros o administradores de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ya que el artículo 67 de la ya derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada que regulaba aspectos que incidían directamente en la posibilidad de compatibilizar una relación laboral y formar parte del órgano de administración si mediaba acuerdo de la Junta General de Accionistas¹²³. Y también para los socios de las Sociedades Laborales, en las que la mayoría del capital es propiedad de los trabajadores que prestan servicios retribuidos de forma personal y directa en ellas, salvo que se incumplan los aspectos constitutivos de este tipo de sociedades regulados en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, como superar el tercio de participación en el capital social¹²⁴.

Relevancia de determinados elementos para valorar la existencia de dependencia y ajenidad en la relación mantenida por un socio. A los efectos de calificar la relación como mercantil se ha considerado poco relevante que existiera control sobre horario, viajes, permisos, ausencias y vacaciones y, ello, pese a ser datos que podrían erigirse en indicios de la nota de dependencia, al considerarse que no resultan decisivos, sino subsidiarios, al tener un mero cariz organizativo de la actividad, de manera que sería desproporcionado estimar la naturaleza laboral de la relación solo por atención a unas circunstancias que en sí mismas no pueden definir el contrato en los términos pretendidos¹²⁵. También se consideró irrelevante que se solicitara el disfrute de vacaciones, que dispusiera de una cuenta de correo electrónico con un dominio coincidente con la denominación comercial del vino que se elaboraba por la empresa, o que prestara servicios en la bodega propiedad de la empresa¹²⁶.

¹²⁰ STSJ Madrid 1074/2005 de 13 diciembre (rec. 3318/2005).

¹²¹ STSJ Madrid 815/2002 de 3 diciembre (rec. 3312/2002).

¹²² STSJ Madrid 690/2000 de 14 noviembre (rec. 4245/2000).

¹²³ SSTSJ Madrid 915/2005 de 7 diciembre (rec. 728/2005), 97/2007 de 15 marzo (rec. 5314/2006), 592/2007 de 2 octubre (rec. 3289/2007), 656/2008 de 15 julio (rec. 2446/2008), 568/2009 de 30 junio (rec. 1122/2000), 90/2010 de 11 febrero (rec. 4762/2009) y 721/2011 de 15 septiembre (rec. 4066/2011).

¹²⁴ STSJ Madrid 593/2016 de 24 junio (rec. 276/2016).

¹²⁵ STSJ Madrid 4737/2010 de 29 junio (rec. 1436/2010).

¹²⁶ STSJ Madrid 587/2012 de 29 junio (rec. 2822/2012).

Tampoco se ha considerado óbice para la calificación de mercantil que existieran limitaciones a las facultades de disposición, por ser los poderes mancomunados¹²⁷. O que en determinados periodos estuviera dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social¹²⁸. O que se suscribiese un contrato de Alta Dirección¹²⁹, considerando incluso su suscripción como un ejercicio de simulación¹³⁰; O que se suscribiera un contrato ordinario figurando la categoría de oficial de primera¹³¹; O que se le viniera retribuyendo formalmente mediante nóminas mensuales¹³², haciendo figurar la categoría de director general¹³³, o la de director¹³⁴ o la de consejero¹³⁵ o la de encargado¹³⁶, o la de gerente¹³⁷, o la de jefe de Ventas¹³⁸, o la de jefe de Operaciones¹³⁹, o la de jefe de Primera¹⁴⁰, e incluso la de jefe de Cocina¹⁴¹. Ni tampoco ha sido impedimento para considerarse la relación de naturaleza mercantil que se percibieran los emolumentos mediante facturas que se giraban a través de dos empresas de las que era el único titular¹⁴².

Tampoco el *nomen iuris* empleado por los contratantes debe condicionar la calificación de la relación¹⁴³.

Se ha mantenido la naturaleza mercantil de la relación con el argumento de que no es posible entender que quien es considerado únicamente como “asimilado” al trabajador por cuenta ajena a los meros efectos de su encuadramiento en la Seguridad Social (artículo 97. 2.k) de la LGSS), pueda, con este mismo cometido, suscribir un contrato de trabajo, por la paradoja que ello

¹²⁷ STSJ Madrid 798/2008 de 28 octubre (rec. 3250/2008).

¹²⁸ SSTSJ Madrid 450/2000 de 11 julio (rec. 5857/1999), 826/2003 de 14 octubre (rec. 1958/2003), 1003/2005 de 22 noviembre (rec. 3833/2005), 205/2006 de 21 febrero (rec. 81/2006), 180/2006 de 21 marzo (rec. 2772/2005) y 754/2006 de 10 octubre (rec. 2845/2006).

¹²⁹ STSJ Madrid 874/2010 de 11 noviembre (rec. 2609/2010) y 332/2005 de 10 mayo (rec. 386/2005), 619/2005 de 6 septiembre (rec. 2480/2005).

¹³⁰ STSJ Madrid 617/2001 de 17 octubre (rec. 2858/2000).

¹³¹ STSJ Madrid 1003/2005 de 22 noviembre (rec. 3833/2005).

¹³² SSTSJ Madrid 244/2002 de 9 abril (rec. 374/2002), 1107/2005 de 20 diciembre (rec. 4859/2005), 91/2006 de 24 enero (rec. 5866/2005) y 874/2010 de 11 noviembre (rec. 2609/2010).

¹³³ SSTSJ Madrid 804/2002 de 9 diciembre (rec. 3383/2002) y 135/2005 de 28 febrero (rec. 3955/2004).

¹³⁴ STSJ Madrid 592/2004 de 21 septiembre (rec. 301/2004).

¹³⁵ STSJ Madrid 322/2007 de 18 abril (rec. 11/2007).

¹³⁶ STSJ Madrid 997/2004 de 26 octubre (rec. 3341/2004).

¹³⁷ STSJ Madrid 740/2002 de 12 noviembre (rec. 2164/2002).

¹³⁸ STSJ Madrid 617/2000 de 17 octubre (rec. 2858/2008).

¹³⁹ STSJ Madrid 518/2004 de 25 mayo (rec. 6435/2003).

¹⁴⁰ STSJ Madrid 65/2003 de 5 febrero (rec. 4471/2002).

¹⁴¹ STSJ Madrid 416/2003 de 13 mayo (rec. 3/2003).

¹⁴² STSJ Madrid 287/2010 de 15 abril (rec. 6301/2009).

¹⁴³ SSTSJ Madrid 205/2006 de 21 febrero (rec. 81/2006), 690/2011 de 24 octubre (rec. 2695/2011), 65/2015 de 28 enero (rec. 604/2014) y 593/2016 de 24 junio (rec. 276/2016).

mismo comporta, desde el momento en que su relación por esta actividad sigue siendo mercantil y no laboral, al no reunir los requisitos exigidos al respecto por los artículos 1 y 2 del ET. Concluyendo que la asimilación de los administradores a los trabajadores por cuenta ajena es una ficción legal al solo efecto de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social¹⁴⁴.

No se consideró laboral la relación mantenida por un socio de la consultora KPMG al considerarse que, aunque tuviera móvil, iPad y despacho cedidos por la empresa, esos elementos no pueden llevar a declarar que solo usaba medios de la demandada, ni pueden ser determinantes de una relación laboral, ya que estamos ante un servicio eminentemente inmaterial, como la captación de negocio por parte de los socios. Las instrucciones que recibía eran solamente a los efectos de coordinación entre los distintos departamentos pero no órdenes sobre la forma de desarrollar su actividad que él dirigía. Como socio que era asumía parte del riesgo de su actividad profesional, ya que la retribución fija en realidad no era una retribución asegurada pues dependía de la determinación anual por el comité de dirección de KPMG España y de que se lograra el presupuesto¹⁴⁵.

Ni en el caso de un socio de Ernst & Young, en el que mediaba un contrato de arrendamiento de servicios con alta en el RETA, sin sujeción a horario e independencia para organizarse y disponibilidad absoluta para regir su actividad, habiéndose considerado probado que no existió ni dependencia ni ajenidad ni sometimiento pleno al ámbito organizativo¹⁴⁶. Ni tampoco en el caso de la socia de una empresa familiar que no estaba sometida a horario ni a jornada, ni sujeta a órdenes o instrucciones de un superior jerárquico y a la que se le había conferido amplios poderes de representación y administración¹⁴⁷.

VI. COOPERATIVISTAS¹⁴⁸

La peculiar condición jurídica del socio-trabajador justifica la estimación del carácter mixto de su estatus jurídico, en cuanto se asienta sobre una relación societaria y al mismo tiempo se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo, con tratamiento jurídico-laboral¹⁴⁹.

¹⁴⁴ STSJ Madrid 16/2007 de 17 enero (rec. 3809/2006).

¹⁴⁵ SSTSJ Madrid 700/2016 de 2 noviembre (rec. 420/2016) y 14/2017 de 16 enero (rec. 894/2016).

¹⁴⁶ STSJ Madrid 2450/2015 de 20 abril (rec. 884/2014).

¹⁴⁷ STSJ Madrid 356/2007 de 26 junio (rec. 6337/2011).

¹⁴⁸ Autor: MARÍA JOSÉ RAMO HERRANDO.

¹⁴⁹ STSJ Madrid 148/2019 de 8 febrero (rec. 771/2018).

El socio cooperativista no es un trabajador por cuenta ajena (socios de las cooperativas Zazuar, Margerit, Arcadia, Electro Hispánica, CES, Dimoin Caldín)¹⁵⁰. No se trata de una relación de dependencia (socia de la cooperativa Margerit)¹⁵¹.

VII. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA¹⁵²

Con carácter general, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha venido aplicando la denominada “doctrina del becario”, cuyo origen se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1988, en la que se puso de manifiesto la cantidad de zonas grises que pueden existir entre los vínculos formativos y el contrato de trabajo¹⁵³.

Así las cosas, dicha doctrina ha sido aplicada a la hora de enjuiciar cualquiera de los vínculos formativos existentes en nuestro ordenamiento jurídico: prácticas no laborales¹⁵⁴, contrato de formación y aprendizaje¹⁵⁵, contrato de trabajo en prácticas¹⁵⁶, contrato pre-doctoral¹⁵⁷, estudiante en prácticas universitario o de formación profesional¹⁵⁸ y alumnos de escuelas/taller de aprendices¹⁵⁹.

Del análisis de la extensa doctrina judicial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, podemos concluir que el factor esencial para determinar si

¹⁵⁰ SSTSJ Madrid 494/2005 de 10 junio (rec. 1204/2005), 548/2005 de 28 junio (rec. 4/2005), 278/2010 de 19 abril (rec. 254/2010), 316/2013 de 8 mayo (rec. 6654/2012), 539/2013 de 21 junio (rec. 692/2013), 69/2014 de 3 febrero (rec. 1344/2005) y 743/2014 de 29 septiembre (rec. 70/2014).

¹⁵¹ STSJ Madrid 934/2005 de 8 noviembre (rec. 3136/2013).

¹⁵² Autor: ALFREDO ASPRA.

¹⁵³ La meritada sentencia analizaba la reclamación de laboralidad de unos becarios del Centro Municipal de Arqueología dependiente del Excmo. Ayuntamiento de Murcia, que recibían en concepto de “beca” 35.000 ptas. El Alto Tribunal consideró que no existía una relación laboral porque los demandantes realizaban las actividades bajo la dirección del arqueólogo director, sin que sus tareas tuvieran otro objeto distinto al propio perfeccionamiento y capacitación de los actores. Esta doctrina ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores, por todos: SSTS 26 junio 1995 (rec. 978/1994) y 7 julio 1998 (rec. 2573/1997).

¹⁵⁴ Por todas, SSTSJ Madrid 13 septiembre 2005 (rec. 2381/2005), 22 noviembre 2015 (rec. 349/2005), 3 abril 2006 (rec. 6266/2005), 28 julio 2005 (rec. 1063/2005) y (rec. 1529/2005), 11 octubre 2005 (rec. 2503/2005), 11 septiembre 2005 (rec. 2733/2005), 6 febrero 2006 (4965/2005); 16 noviembre 2005 (rec. 2876/2005), 12 diciembre 2005 (rec. 4406/2005), 16 noviembre 2005 (rec. 3802/2005), 23 julio 2007 (rec. 2089/2007) y 20 febrero de 2006 (rec. 5539/2006).

¹⁵⁵ Por todas, SSTSJ Madrid 20 marzo de 2015 (rec. 834/2014), 26 enero 2015 (rec. 834/2014) y 7 junio 2019 (rec. 1287/2018).

¹⁵⁶ STSJ Madrid 19 junio 2007 (rec. 1037/2007).

¹⁵⁷ STSJ Madrid 21 enero 2019 (rec. 806/2018).

¹⁵⁸ Por todas, SSTSJ Madrid 21 abril de 2017 (rec. 65/2017) y 21 marzo 2018 (rec. 1410/2017).

¹⁵⁹ SSTSJ Madrid 18 abril 2001 (Rec.5381/2000) y 27 mayo 2008 (rec. 1253/2008).

estamos ante una relación formativa o ante una relación de carácter laboral es, precisamente, la formación.

En consonancia con ello, la existencia de una verdadera actividad formativa y de aprendizaje se evidenciará a través de indicios tales como, por ejemplo, la asignación de tutor, la existencia de evaluaciones, o la elaboración de una memoria ¹⁶⁰. Incluso se ha valorado la duración de la formación recibida ¹⁶¹ y si las funciones encomendadas a la persona en formación están relacionadas con la titulación académica o profesional que el “alumno” trata de desarrollar ¹⁶². No obstante, la Sala de lo Social ha clarificado que la inexistencia de seguro escolar no implica necesariamente la existencia de una relación laboral ordinaria ¹⁶³.

Con todo, para la Sala de lo Social del TSJ de Madrid resulta esencial que la persona en formación carezca de experiencia previa, no pudiendo acudir a un vínculo formativo la empresa a la que le consta que el trabajador ya posee los conocimientos prácticos de la tarea que se le encomienda ¹⁶⁴.

Por otro lado, en relación a la compensación económica percibida por la persona en formación, se ha valorado que la misma sea abonada por la entidad educativa ¹⁶⁵.

Finalmente, la Sala ha centrado el punto de mira en el proceso productivo de la empresa o institución. De esta forma, la actividad del estudiante no podrá consistir en la realización de actividades de soporte y cobertura de modo estructural, normal y habitual en los servicios de una empresa o institución ¹⁶⁶. Ni mucho menos se podrá proceder a la sustitución de empleados con las personas en formación (por ejemplo en vacaciones, ausencias por maternidad y/o paternidad) ¹⁶⁷.

En este sentido, la doctrina del TSJ de Madrid ha concluido como indicio de laboralidad el hecho de que una persona en formación esté sometida al mismo régimen laboral (horario, vacaciones, permisos, modo de reportar sus ta-

¹⁶⁰ Por todas, STJS Madrid 6 marzo 2017 (rec. 345/2016), 15 diciembre 2015 (rec. 365/2015), 21 marzo 2018 (rec. 1410/2017) y 2 diciembre 2015 (rec. 694/2015). Destaca la STSJ Madrid 21 septiembre 2017 (rec. 144/2017) que valora como indicio relevante para excluir la laboralidad del vínculo la titulación del tutor de los alumnos en prácticas. Se trata de un empleado capacitado para ejercer la profesión a la que aspiraban las personas en formación bajo su tutela (magisterio).

¹⁶¹ STSJ Madrid 7 junio 2019 (rec. 1287/2018).

¹⁶² SSTSJ Madrid 12 de julio de 2004 (rec. 1847/2004), 19 mayo 2003 (rec. 1681/2003) y 7 mayo 2012 (rec. 331/2012).

¹⁶³ STJS Madrid 11 octubre 2005 (rec. 2503/2005).

¹⁶⁴ STSJ Madrid 19 junio 2007 (rec. 1037/2007).

¹⁶⁵ STSJ Madrid 6 marzo 2017 (rec. 345/2016).

¹⁶⁶ SSTSJ Madrid 26 octubre 2000 (rec.3421/2000) y 18 octubre 2019 (rec. 359/2019).

¹⁶⁷ STSJ Madrid 15 diciembre 2015 (rec. 365/2015) y 8 julio 2016 (rec. 466/2016).

reas, etc.) que el resto de miembros de la plantilla ¹⁶⁸. En cambio, se ha excluido de la laboralidad a la persona en formación que tuviera acceso limitado a los instrumentos que se requieren para el ejercicio de la profesión en la que estuviera efectuando las prácticas formativas ¹⁶⁹.

VIII. ACTIVIDADES DEPORTIVAS ¹⁷⁰

a) **Deportistas**

Conforme a la doctrina judicial analizada, el principal elemento delimitador de la frontera existente entre el deportista profesional y el amateur radica en la naturaleza de la percepción económica que se perciba. Y, ello, porque no es lo mismo que el deportista reciba una retribución salarial por la prestación de sus servicios, que una cuantía económica para hacer frente a los gastos derivados de la práctica de un deporte ¹⁷¹, sin que la calificación federativa tenga relevancia a la hora de declarar la existencia de relación laboral ¹⁷².

Por lo que a la retribución se refiere, es preciso advertir que la Sala de lo Social del TSJ de Madrid se ha centrado, fundamentalmente, en tres cuestiones:

- a) En primer lugar, en la verdadera finalidad de las cantidades abonadas. Esto es, si eran destinadas de manera efectiva a la compensación de los gastos procedentes de la práctica deportiva o encubrían una retribución ¹⁷³.
- b) En segundo lugar, si la retribución tenía carácter fijo o variable, entendiéndose como indicio de laboralidad el abono de una cantidad fija de modo periódico ¹⁷⁴.
- c) Y, por último, como tercera cuestión, el TSJ de Madrid ha otorgado especial relevancia al importe de las cantidades abonadas.

¹⁶⁸ STSJ Madrid 2 octubre 2007 (rec. 3624/2007).

¹⁶⁹ STSJ Madrid 13 noviembre 2019 (rec. 678/2019).

¹⁷⁰ Autor: ALFREDO ASPRA.

¹⁷¹ STSJ Madrid 20 diciembre 1993 (rec. 2218/1993).

¹⁷² Por todas, la SSTSJ Madrid 11 mayo 1993 (rec. 1181/1992), 21 de noviembre de 2007 (rec. 4340/2007), 1 de junio 2010 (rec. 1183/2010) o la STSJ Madrid 22 de diciembre 2009 (rec. 4875/2009).

¹⁷³ En este sentido, se pueden citar las SSTSJ Madrid 2 abril 2002 (rec. 4148/2001) y 22 diciembre 2009 (rec. 4875/2009).

¹⁷⁴ Por todas, la STSJ Madrid 21 noviembre 2007 (rec. 4340/2007).

Así, en un primer hito doctrinal, la Sala consideró que la cuantía percibida por el deportista debía ser de cierta entidad, en tanto que la profesionalidad requiere que la actividad constituya el medio habitual de vida del deportista, llegando a establecerse como criterio de referencia la percepción del salario mínimo interprofesional (“SMI”).

En consecuencia, si el deportista percibía una cantidad por debajo del SMI no debía ser considerado como trabajador por cuenta ajena¹⁷⁵. Sin embargo, esta doctrina fue corregida por el Tribunal Supremo, quien consideró que lo relevante a efectos de identificar la naturaleza del vínculo era que concurrieran las notas de laboralidad, no resultando decisivo el importe de la cuantía percibida¹⁷⁶. De ahí que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se apartara de su doctrina anterior para seguir la línea marcada por el Alto Tribunal¹⁷⁷. Incluso, ha llegado a declarar la existencia de relación laboral en supuestos en los que la cuantía mensual era de 600 euros¹⁷⁸.

Por último, en relación a la posibilidad de que el deportista desarrolle la práctica del deporte por cuenta propia, es determinante que el deportista desarrolle su práctica fuera del ámbito de dirección y organización de un club o entidad deportiva. Así se ha analizado en casos de deportistas de alto nivel o cargos federativos¹⁷⁹.

b) Entrenadores

En relación con los técnicos, entrenadores y seleccionadores, los principales interrogantes han descansado sobre la verdadera naturaleza del vínculo que une a estos profesionales con el club o entidad deportiva para la que prestan servicios. Y es que, en algunas ocasiones, han sido considerados como deportistas profesionales (incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio), otras, en cambio, como altos direc-

¹⁷⁵ La STSJ Madrid 21 diciembre 2004 (rec. 4142/2004) y 2 octubre 2007 (rec. 1595/2007).

¹⁷⁶ STS 2 abril 2009 (rec. 4391/2007).

¹⁷⁷ En este sentido, citando la STS 2 abril 2009 (rec. 4391/2007) y la STSJ Madrid de 28 mayo 2012 (rec. 2172/2012).

¹⁷⁸ STSJ Madrid 10 febrero 2013 (rec. 82/2014).

¹⁷⁹ En este sentido, la STSJ Madrid 24 marzo 2014 (rec. 1939/2013) considera la inexistencia de relación laboral entre un director técnico nacional y la Federación Española de Kárate y disciplinas asociadas.

tivos (incluidos en el ámbito de aplicación del RD 1382/1985, de 1 de agosto) y, otras, en fin, como titulares de una relación laboral ordinaria¹⁸⁰.

Así las cosas, se ha considerado que los técnicos (jefes de cantera o deportivos) desarrollan sus funciones dentro del ámbito de organización y dirección de un club, siendo necesarias sus funciones para el normal desenvolvimiento de la actividad de la institución deportiva. Es por ello que la Sala ha entendido que no existe razón alguna para limitar el ámbito de aplicación del RD 1006/1985 a quienes se dedican exclusivamente al entrenamiento de los deportistas –los entrenadores y técnicos deportivos–¹⁸¹.

Sin embargo, en sentido contrario, y a pesar de que *a priori* el anterior razonamiento podría ser aplicable, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha calificado como relación laboral ordinaria la propia de un ojeador de un equipo de fútbol, en la medida en que quien profesionalmente ejerce dichas funciones no practica ninguna clase de deporte ni hace falta que tengan ninguna de las cualidades o condiciones básicas requeridas para el ejercicio de una actividad deportiva de carácter físico¹⁸².

En otro orden de ideas, la Sala de lo Social ha analizado también si el vínculo que une a los entrenadores con las instituciones deportivas pudiera llegar a ser catalogado de alta dirección en los términos definidos en el RD 1382/1985. Lo que conduce inexorablemente a analizar si los entrenadores o técnicos pueden llegar a ejercer poderes inherentes a la titularidad jurídica del club o entidad.

Pues bien, en este sentido, la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha entendido que existe una relación laboral de alta dirección respecto del director general-gerente¹⁸³, o del secretario general de una Federación¹⁸⁴, seleccionador nacional¹⁸⁵ y un director técnico de alta competición del equipo nacional de la Federación Española de Taekwondo¹⁸⁶. Sin embargo, y en sentido contrario, atendiendo a la autonomía con la que efectuaba sus funciones, la misma Sala de lo Social ha considerado que es una relación laboral

¹⁸⁰ Abordan esta cuestión de manera específica en relación con los entrenadores, entre otras, las SSTSJ Madrid 12 septiembre 2005 (rec. AS 2006/1258), 30 abril 2010 (rec. 535/2010), 22 octubre 2010 (rec. 3084/2010) y 11 abril 2011 (rec. 5923/2010).

¹⁸¹ SSTSJ Madrid 30 enero 2006 (rec. 5121/2005) y 9 marzo 2001 (rec. 284/2001).

¹⁸² STSJ Madrid 30 septiembre 2009 (rec. 3544/2009).

¹⁸³ STSJ Madrid 23 mayo 2002 (rec. 127/2002).

¹⁸⁴ STSJ Madrid 27 diciembre 2005 (rec. 4881/2005).

¹⁸⁵ STSJ Madrid 16 marzo 1992 (rec. 4664/1991).

¹⁸⁶ STSJ de Madrid 22 febrero 2019 (rec. 508/2018).

ordinaria la del seleccionador nacional de ciclismo de base¹⁸⁷; o la del entrenador-seleccionador del equipo nacional de balonmano¹⁸⁸.

c) **Otras profesiones de la actividad deportiva: preparadores físicos, masajistas y profesores de deporte**

El listado de profesiones que se enmarcan dentro de la esfera deportiva es muy amplio, ya que pueden abarcar desde el ámbito sanitario (preparadores físicos, masajistas o fisioterapeutas) hasta el docente (profesores de deporte).

Con respecto a los preparadores físicos, masajistas y fisioterapeutas, se ha concluido que, aunque prestan servicios para un club o entidad deportiva, la naturaleza de la relación no se enmarca dentro del RD 1006/1985, ya que se trata de una relación laboral ordinaria, siempre que concurren, eso sí, las notas de laboralidad contempladas por el legislador¹⁸⁹.

Asimismo, respecto a los profesores de deporte, con carácter general y siempre que presten servicios dentro del ámbito de organización y dirección de una entidad se vincularán a ella a través de una relación laboral ordinaria¹⁹⁰.

IX. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS¹⁹¹

a) **Artistas**

Al igual que sucedía con las relaciones profesionales practicadas en el ámbito deportivo, el principal interrogante abordado por la doctrina judicial en materia de artistas, radica en discernir qué trabajos pueden ser considerados como “actividades artísticas” a fin de quedar encuadrados en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos.

Así el TSJ de Madrid ha considerado que es “actividad artística” y, en consecuencia, se regula por el RD 1435/1985 la de los miembros del coro de

¹⁸⁷ STSJ Madrid 24 abril 2015 (rec. 113/2015).

¹⁸⁸ STSJ Madrid 19 febrero 1998 (rec. 4529/1997).

¹⁸⁹ SSTSJ Madrid 27 noviembre 2015 (rec. 943/2015), que analiza el caso de masajista, y 13 marzo 1996 (rec. 3760/1994), que estudia el caso de una relación laboral.

¹⁹⁰ STSJ Madrid 15 diciembre 2009 (rec. 4815/2009).

¹⁹¹ Autor: ALFREDO ASPRA.

una orquesta sinfónica, puesto que efectúan una actividad –interpretación mediante el canto de una obra– que puede ser catalogada como tal¹⁹².

Asimismo, entra dentro del concepto “actividad artística” las tareas consistentes en la locución y doblaje en un programa televisivo¹⁹³.

Obviamente, tendrá la consideración de artista a los efectos del RD 1435/1985 la actriz que presta servicios en un espectáculo de cabaret por tratarse de una actividad desarrollada directamente ante el público en un medio como el teatro¹⁹⁴; y, del mismo modo, serán artistas los bailarines de la Compañía Nacional de Danza¹⁹⁵ y los actores que intervienen en espectáculos temáticos¹⁹⁶.

Incluso quedan comprendidas en el concepto de “actividad artística” las tareas desempeñadas por los profesores del coro de la Orquesta Sinfónica¹⁹⁷ y la relación que une al matador de toros y su cuadrilla con el empresario taurino¹⁹⁸.

b) *Reality show* y concursos televisión

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha tenido oportunidad de analizar la naturaleza del vínculo de quienes participan en un programa de Televisión o un *reality show*. Considera que no deben quedar comprendidas en el concepto de “actividad artística” a los efectos del RD 1435/1985 las actividades llevadas a cabo por un concursante de un *reality show*. Y, ello, por cuanto considera que una “actividad artística” requiere poseer y emplear unas dotes en grado superior al que es habitual para el común de las personas y, por ello, debe ser catalogada como “actividad artística” aquella que simplemente consiste en exponerse a la mirada curiosa de los demás¹⁹⁹.

Tampoco se ha considerado que sea una actividad artística –y sí objeto de una relación laboral ordinaria– la que lleva a cabo un presentador/entre-

¹⁹² SSTSJ Madrid 11 septiembre 2005 (rec. 1352/2009), 24 febrero 2011 (rec. 4196/2010) y 8 junio 2011 (rec. 1312/2009).

¹⁹³ SSTSJ Madrid 23 octubre 2009 (rec. 2009/11915), 13 marzo 2008 (Sala de lo Contencioso Administrativo, rec. 571/2004) y 23 octubre 2009 (rec. 3916/2009).

¹⁹⁴ STSJ Madrid 26 junio 2006 (rec. 1483/2006).

¹⁹⁵ STSJ Madrid 13 febrero 2019 (rec. 2019/12988).

¹⁹⁶ STSJ Madrid 11 marzo 2015 (rec. 415/2014).

¹⁹⁷ SSTSJ Madrid 31 enero 2019 (rec. 374/2018) y 13 diciembre 2018 (rec. 228/2018).

¹⁹⁸ SSTSJ Madrid 19 junio 2008 (Sala Contencioso Administrativo, rec. 945/2005) y 22 marzo 2009 (Sala Contencioso Administrativo, rec. 1452/2006).

¹⁹⁹ Por todas, SSTSJ Madrid 1 abril 2008 (rec. 389/2008), 3 junio 2008 (rec. 1554/2008), 1 abril 2008 (rec. 349/2008), 11 marzo 2008 (rec. 98/2008) y 25 noviembre 2010 (rec. 826/2010).

vistador de programas de televisión. Ello se debe a que las tareas efectuadas por el trabajador forman parte del campo de las ciencias de la información, al tratarse de la divulgación de datos de la realidad de una Comunidad Autónoma²⁰⁰.

c) Modelos y publicidad

En relación con las personas que ejercen la actividad de modelos, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha entendido que no se puede llevar a cabo la contratación de un/una modelo/asistente de plató que participa en un concurso televisivo mediante sucesivos contratos temporales dentro de la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos. La consecuencia de tal práctica será la declaración del contrato como indefinido, de acuerdo con lo que impone el art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores²⁰¹.

d) Directores y técnicos

En relación con los directores y técnicos, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha considerado como relación laboral ordinaria la llevada cabo por el maestro de luces del Teatro de la Zarzuela, al entender la Sala que tales tareas son las propias de un técnico de iluminación –y no podrían quedar comprendidas en el concepto de “actividad artística”–²⁰².

X. PROFESIONES LIBERALES²⁰³

a) Abogados

En lo que se refiere a la línea divisoria que permitiría calificar la actividad del abogado bien como arrendamiento de servicios, bien como relación laboral al amparo del artículo 1.1 en relación con el artículo 2.1 k) ET y RD 1331/2006,

²⁰⁰ SSTSJ Madrid 28 junio 2002 (rec. 2152/2002).

²⁰¹ SSTSJ Madrid 17 diciembre 2007 (rec. 4441/2007). Igualmente se aplica la doctrina judicial expuesta a los bailarines: SSTSJ Madrid, 8 mayo 2019 (rec. 238/2019), 27 febrero 2019 (rec. 1320/2018), 3 mayo 2017 (rec. 217/2017), 25 enero 2016 (rec. 561/2015), 9 abril 2014 (rec. 1872/2013) y 3 octubre 2014 (rec. 486/2014).

²⁰² SSTSJ Madrid 4 abril 2014 (rec. 63/2014) y 14 abril 2011 (rec. 5252/2010).

²⁰³ Autor: ALFREDO ASPRA.

de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados, el TSJ de Madrid ha atendido a la casuística de cada supuesto de hecho, valorando si en el mismo concurrían las notas propias de dependencia y ajenidad presentes en toda relación laboral.

Así las cosas, la Sala se ha decantado por la existencia de relación laboral cuando han concurrido dos indicios que considera relevantes: (i) la existencia de una remuneración fija con independencia del número de pleitos que hubiera celebrado el letrado, y (ii) la imposibilidad de rechazar clientes²⁰⁴.

Contrariamente, para la Sala de lo Social del referido Tribunal, el abogado desarrollará su actividad en régimen de arrendamiento de servicios cuando actúe con plena autonomía e independencia, siendo indicios de ello, entre otros, la no supervisión de sus actividades y la inexistencia de pacto de exclusividad²⁰⁵.

b) Arquitectos

Asimismo, y al igual que ocurre en el desempeño de la actividad de la abogacía, el TSJ de Madrid también ha entrado a valorar en cada supuesto si el trabajador se encuentra sometido al poder de dirección del empresario, por cuanto si ello ocurre, la relación será considerada como laboral²⁰⁶.

En contraposición, la relación profesional ha sido considerada como de arrendamiento de servicios cuando el propio arquitecto se haya hecho cargo del seguro de responsabilidad civil; o no perciba cantidad fija mensual en concepto de remuneración, percibiendo una cuantía económica vinculada al resultado de cada proyecto²⁰⁷.

c) Servicios contables, economistas y consultores

Estas tres profesiones liberales presentan el mismo problema que las antedichas, siendo necesario, por tanto, que el Tribunal entre a analizar la casuís-

²⁰⁴ SSTSJ Madrid 12 septiembre 2001 (rec. 5617/2011), 20 octubre 2008 (rec. 348/2008), 12 septiembre 2011 (rec. 1642/2011), 20 julio 2017 (rec. 501/2017), 11 noviembre 2019 (rec. 594/2019).

²⁰⁵ SSTSJ Madrid 13 julio 2004 (rec. 6506/2003), 14 abril 2014 (rec. 2014/2013), 21 abril 2014 (rec. 1549/2013), 28 junio 2019 (rec. 172/2019).

²⁰⁶ Entre las sentencias que han considerado la actividad del arquitecto como laboral, destacan las siguientes: SSTSJ Madrid 4 septiembre 2000 (rec. 2580/2000), 29 enero 2003 (rec. 4878/2002), 5 julio 2006 (rec. 2251/2006), 10 diciembre 2010 (rec. 1947/2020), 22 junio 2012 (rec. 5509/2011).

²⁰⁷ SSTSJ Madrid 23 marzo 2011 (rec. 5122/2010) y 14 junio 2011 (rec. 1207/2010).

tica de cada supuesto de hecho. A tal efecto, y siguiendo sus anteriores pronunciamientos, el TSJ de Madrid, viene a considerar la relación como laboral cuando el trabajador queda incardinado dentro de la esfera organicista de su empleador²⁰⁸.

Contrariamente, para el TSJ de Madrid, la relación se calificaría como arrendamiento de servicios cuando la actividad se efectúe en régimen de autonomía e independencia, debido a la ausencia de remuneraciones periódicas y de instrucciones sobre la forma de efectuar la prestación de servicios, siendo indiferente a estos efectos que se percibiera una cuantía fija mediante el sistema de iguala²⁰⁹.

d) Peritos tasadores

La actividad de valoración de daños que desempeñan los peritos puede ser desarrollada tanto en régimen laboral como en vía de arrendamiento de servicios, situándose de nuevo la línea divisoria de ambas en la integración del profesional dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, notas estas típicas de la relación laboral²¹⁰.

Con todo, el TSJ de Madrid refiere como indicios relevantes a efectos de considerar la actividad de los peritos como arrendamiento de servicios, entre otros, los siguientes: (i) ausencia de instrucciones por parte de la compañía; (ii) percepción de retribuciones por cada peritación realizada; (iii) aportación de medios materiales propios imprescindibles para el desarrollo de la actividad (ordenador, cámara de fotos, vehículo); (iv) posibilidad de rechazar peritaciones; (v) no sometimiento a instrucciones, supervisión, control y poder disciplinario de la empresa; (v) falta de exclusividad; (vi) elección de la fecha de disfrute de sus vacaciones sin remuneración alguna²¹¹.

²⁰⁸ SSTJS Madrid 12 julio 2005 (rec. 1629/2005), 21 julio 2005 (rec. 6059/2004), 24 febrero 2012 (rec. 5305/2011), 31 octubre 2016 (rec. 492/2016) y 21 junio 2017 (rec. 71/2017).

²⁰⁹ SSTJS Madrid 10 enero 2006 (rec. 5116/2005), 10 noviembre 2008 (rec. 3677/2008), 22 noviembre 2013 (rec. 6390/2012), 14 mayo 2015, (rec. 901/2014), 29 febrero 2016 (rec. 13/2016).

²¹⁰ Entre las sentencias que han declarado la actividad del perito tasador como relación laboral, destacan las siguientes: SSTJS Madrid 22 mayo 2001 (rec. 5736/2000), 13 diciembre 2005 (rec. 4599/2005), y 15 noviembre 2010 (rec. 3208/2010).

²¹¹ SSTJS Madrid 10 noviembre 2003 (rec. 4000/2003), 16 marzo 2004 (rec. 4789/2003), 26 abril 2007 (rec. 4050/2007), 14 julio 2008 (rec. 2729/2008), 26 marzo 2012 (rec. 2768/2011), 29 abril 2013 (rec. 224/2013), 20 octubre 2015 (rec. 317/2015), 19 abril 2018 (rec. 1132/2017), 18 octubre 2019 (rec. 348/2019).

e) Veterinarios y agrónomos

En lo concerniente a la prestación de servicios por veterinarios y agrónomos, es preciso advertir que la Sala de lo Social del TSJ de Madrid no se aparta de su doctrina general, lo que significa que habrá de analizarse cada supuesto concreto a fin de discernir si concurre el sometimiento al poder de dirección y organización del empresario.

En este sentido, la Sala ha considerado que la relación se desarrolla en régimen de arrendamiento de servicios cuando el veterinario puede (i) aceptar o rechazar encargos de clientes; (ii) no acudir a reuniones de obligada asistencia para el resto de empleados de la clínica; (iii) no realizar guardias; (iv) tiene libertad a la hora de fijar los precios a los clientes, siendo irrelevante que los instrumentos para realizar las funciones sean propiedad de la clínica²¹².

f) Traductores e intérpretes

El TSJ de Madrid ha considerado que la prestación de servicios de estos profesionales se desarrolla en régimen de arrendamiento de servicios cuando concurren indicios tales como (i) remuneración mediante honorarios por cada servicio prestado; (ii) libertad del intérprete para aceptar encargos; (iii) no sujeción a horario ni obligación de estar presente en el centro de trabajo; (iv) disfrute de vacaciones y días libres cuando lo desee; (v) alta en el RETA; (vi) libertad de organización; (vii) ausencia de control y supervisión de su actividad por otra persona²¹³.

g) Otros profesionales liberales

Lo relevante para la Sala de lo Social del TSJ de Madrid a la hora de calificar la prestación de servicios no es tanto la concreta profesión liberal que pueda desarrollar el trabajador, sino la forma en la que la misma se ejecuta, toda vez que para el Tribunal siempre es considerado como rele-

²¹² STJS Madrid 18 noviembre 2011 (rec. 1583/2011).

²¹³ STSJ Madrid 29 abril 2019 (rec. 1221/2018). Criterio seguido por, entre otras, las siguientes: SSTSJ Madrid 29 octubre 2007, (rec. 1631/2007), 11 abril 2011 (rec. 5966/2010), 13 enero 2012 (rec. 4929/2011).

vante la integración del trabajador en el círculo rector y disciplinario del empresario.

Existiendo por ello profesionales tales como profesores de diseño²¹⁴, logopedas²¹⁵ o arqueólogos²¹⁶ que han sido considerados como personal laboral; o profesionales como fotógrafos de prensa²¹⁷ cuya actividad ha sido catalogada como arrendamiento de servicios al no concurrir en el supuesto de hecho ningún indicio propio de las relaciones laborales.

XI. PERSONAL SANITARIO²¹⁸

a) Médicos y odontólogos

En lo que se refiere a médicos y odontólogos, sabido es que estos pueden prestar servicios tanto en la modalidad de arrendamiento de servicios, como a través de un contrato de trabajo por cuenta ajena en base al artículo 1.1 del ET, si bien, la línea de separación entre ambas figuras es borrosa y no hay límites concretos establecidos.

Es por ello que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, analiza en cada supuesto, la concurrencia de las notas propias de la relación laboral, prestando especial atención a las notas de la dependencia y la ajenidad.

Así las cosas, para poder determinar la existencia o no de relación laboral en el caso de odontólogos, el TSJ de Madrid considera relevante que los servicios se presten en los locales propiedad del empleador, que sea este último quien ponga a su disposición la infraestructura de medios materiales y humanos, así como que el propio odontólogo no tenga posibilidad de elegir horario, ni clientela.

En suma, la existencia o no de relación laboral, requiere un análisis *ad casum*, en el que la Sala de lo Social del TSJ de Madrid analiza en cada uno de los supuestos enjuiciados si existe o no una verdadera integración en el ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, llamada empleador o empresario²¹⁹.

²¹⁴ STSJ Madrid 21 octubre 2012 (rec. 3042/2011).

²¹⁵ STSJ Madrid 22 octubre 2019 (rec. 524/2018).

²¹⁶ STJS Madrid 23 octubre 2009 (rec. 3952/2009).

²¹⁷ STSJ Madrid 24 mayo 2013 (rec. 255/2013).

²¹⁸ Autor: ALFREDO ASPRA.

²¹⁹ Entre las sentencias que han considerándola existencia de relación laboral en casos de odontólogos, destacan, entre otras, las siguientes: SSTSJ Madrid 25 septiembre 2006 (rec. 943/2006), 3 junio 2008

A *sensu contrario*, la Sala ha considerado que los odontólogos están bajo el régimen de arrendamiento de servicios cuando: (i) puedan fijar su propio horario a conveniencia (ii) no tengan superiores jerárquicos que les dirijan u organicen su actividad (iii) asuman el riesgo y ventura del impago de los pacientes²²⁰.

En consonancia con lo anterior, y por lo que respecta a la actividad de los médicos, la Sala ha reconocido la laboralidad del vínculo contractual cuando concurren determinados requisitos, entre los cuales constan: (i) prestación de servicios en locales de la entidad empleadora, (ii) horarios y turnos establecidos por la propia entidad, (iii) la mercantil hace suyos los frutos de la actividad prestada por estos médicos.

Es más, el TSJ de Madrid ha apuntado, como irrelevante, el uso de medios propios para el desplazamiento a consultas domiciliarias, al no ser la explotación del vehículo la principal finalidad de su relación²²¹.

b) Psicólogos

Al igual que en los anteriores supuestos, el TSJ de Madrid ha hecho una valoración *ad casum*, analizando pormenorizadamente en cada uno de ellos la concurrencia (o no) de las notas de laboralidad y, por ende, la integración (o no) en el círculo rector y disciplinario del empleador. Con todo, es preciso advertir que la Sala ha considerado que un psicólogo puede tener facultades de organización sin que las mismas desvirtúen la naturaleza laboral de la relación²²².

c) Anestesiastas, dietistas, terapeutas y logopedas

Una vez más y siendo tan variadas entre sí las profesiones de este epígrafe, el Tribunal ha entrado a valorar, caso por caso, las circunstancias de los

(rec. 1475/2008), 1 diciembre 2009 (rec. 4385/2009), 29 octubre 2010 (rec. 1103/2010), 1 marzo 2019 (rec. 906/2018), 14 octubre 2019 (rec. 712/2019).

²²⁰ Entre las sentencias que sitúan la actividad de los odontólogos bajo el régimen de arrendamiento de servicios pueden destacarse las siguientes: SSTSJ Madrid de 23 julio 2012 (rec. 3724/2012) y 8 febrero 2019 (rec. 762/2018).

²²¹ Por todas: SSTSJ Madrid 31 marzo 2000 (rec. 400/2000), 8 junio 2000 (rec. 1514/2000), 20 enero 2015 (rec. 1034/2014).

²²² Entre las sentencias que han declarado la existencia de una relación laboral entre el psicólogo y la clínica para la que prestaban servicios destacan las siguientes: SSTSJ Madrid 31 marzo (rec. 400/2000), 3 febrero (rec. 5220/2002).

hechos, pues en estos supuestos, como en los anteriores, la actividad puede ser desarrollada tanto en régimen laboral, como en arrendamientos de servicios.

Así pues, en el caso de anestesistas se ha ponderado la autonomía e independencia que ostentaban para llegar a declarar la inexistencia de relación laboral, siendo relevante para ello las siguientes cuestiones: (i) retribución mensual de honorarios profesionales, (ii) organización del centro en función de la disponibilidad del profesional, y (iii) libre elección de horario de trabajo²²³.

Contrariamente, se ha considerado que la relación de una anestesista es laboral, cuando (i) presta sus servicios en horario habitual, (ii) percibe una retribución fija mensual (iii) actúa bajo las órdenes de un superior y (iv) estaba sometido a un calendario vacacional²²⁴.

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, la Sala ha determinado la existencia de relación laboral en el caso de logopedas y terapeutas, cuando ha podido concluir que los mismos se incluían en el ámbito rector y organicista de un empleador²²⁵.

En contraposición, la Sala ha calificado como un verdadero arrendamiento de servicios cuando el profesional tenía capacidad de decisión sobre: (i) su horario, (ii) los pacientes a los que atender y (iii) sobre la forma en la que prestar su servicio; o lo que es lo mismo, cuando ha considerado que no concurría la nota de dependencia²²⁶.

d) **Personal de enfermería, auxiliares médicos y auxiliares de enfermería**

En relación a los límites del contrato de los enfermeros y personal auxiliar, la Sala recuerda que se ha de estar a las funciones y condiciones de la relación y no a la denominación del contrato en sí. Es por esto que, cuando los profesionales se hayan visto integrados en el círculo rector organizativo del empresario, la Sala afirma de nuevo la concurrencia de la nota de dependencia y, por ende, la existencia de relación laboral. Es interesante el apunte que ha realizado la Sala en el sentido de advertir que dicha profesión requiere de cierta dosis de autonomía profesional al ser imprescindible para el de-

²²³ Por todas: SSTSJ Madrid 24 marzo 2009 (rec. 5288/2008), 30 junio 2014 (rec. 234/2014), 6 mayo 2015 (rec. 41/2015), 21 marzo 2016 (rec. 92/2016), 28 septiembre 2016 (rec. 472/2016).

²²⁴ STSJ Madrid 30 mayo 2016 (rec. 841/2015).

²²⁵ Por todas: SSTSJ Madrid 22 octubre 2018 (rec. 524/2018), 16 septiembre 2019 (rec. 652/2019), 20 diciembre 2019 (rec. 1063/2019).

²²⁶ SSTSJ Madrid 23 diciembre 2019 (rec. 512/2019).

sarrollo de su trabajo, por lo que dicha autonomía no puede desvirtuar la laboralidad de la relación²²⁷.

A *sensu* contrario, el TSJ de Madrid, ha apreciado que se está bajo el régimen de arrendamiento de servicios, cuando (i) no exista subordinación, (ii) no se tenga un horario o jornada preestablecido, (iii) no deba solicitarse vacaciones, (iv) se realice el trabajo mediante una organización propia²²⁸.

e) Veterinarios y otras profesiones liberales

Como se veía anteriormente, el TSJ de Madrid ha venido estableciendo que, en las profesiones liberales, la nota de la dependencia viene determinada por el modo en el que se prestan los servicios y no por la propia profesión en sí.

Es decir, como en todos los casos precedentes, habrá de analizarse si el profesional realiza su trabajo dentro del círculo rector de la empresa o no. De este modo, ha declarado que se está frente un arrendamiento de servicios cuando el veterinario (i) aporta medios y vehículos propios para desplazamientos y visitas, (ii) establece su propio horario), (iii) acepta o rechaza las citas de clientes, (iv) organiza y compatibiliza libremente su trabajo en la clínica con su labor docente, (v) no realiza guardias, y (vi) no acude a reuniones obligatorias para el resto de personal de la clínica²²⁹.

XII. PERSONAL DOCENTE²³⁰

a) En centros educativos públicos

En primer lugar, parece apropiado determinar las especialidades que se refieren a los cuerpos docentes universitarios. Cuyas labores se encuentran limitadas: Así, en lo que a los contratados docentes se refiere las figuras son: «Ayudante» será contratado entre quienes sean admitidos en los estudios de doctorado y su contratación tiene por finalidad la de completar la formación docente e investigadora de aquellos, pudiendo colaborar en tareas docentes prácticas con un máximo de horas; «Profesor Ayudante Doctor» como el «Pro-

²²⁷ SSTSJ Madrid 4 abril 2014 (rec. 64/2014) y 26 junio 2015 (rec. 320/2015).

²²⁸ STSJ Madrid 14 julio 2014 (rec. 2073/2013).

²²⁹ STJS Madrid 18 noviembre (rec.1583/2011).

²³⁰ Autor: MARÍA BEGOÑA GARCÍA GIL.

fesor Contratado Doctor» deberán ostentar la condición de Doctor y la finalidad del contrato es desempeñar tareas de docencia y de investigación, es una docencia que escapa del ámbito en el que se pueda contratar a un Profesor Asociado; el contrato del Profesor Asociado y el Profesor Visitante tiene por finalidad el desarrollo de tareas docentes a través de las cuales aquellos aporten sus conocimientos y experiencia profesional no académico universitaria o docente, respectivamente.

Por la complejidad y conflictos que a la figura de profesor asociado universitario se ligan empezaremos analizando algunas cuestiones referidas a esta figura. Partiendo de la premisa de que se trata de una cuestión que es competencia de la Jurisdicción Social²³¹.

La formalización del contrato de profesor asociado se justifica en la necesidad de cubrir necesidades temporales de personal universitario docente, por ello, incurre en fraude de ley la Universidad que acude a este tipo de contratos para desarrollar actividades permanentes, habituales y duraderas de la misma. En todo caso, es importante establecer que esto no conlleva la nulidad del contrato, sino su conversión en contrato indefinido no fijo. Ha de tenerse en cuenta que la comunicación de la extinción del contrato, alegando la finalización del contrato, debe considerarse como despido nulo²³². Recordemos que en aplicación de la cláusula 5ª del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 99/70/CE) de medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, se establecen los límites a la utilización de estas figuras. Por ello, se declara la relación laboral como indefinida por venir la contratación destinada a cubrir necesidades permanentes de los centros universitarios, debiendo aplicarse esta norma por la prevalencia del derecho comunitario, sin necesidad de plantear cuestión prejudicial al haber sido resuelta ya dicha cuestión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2014²³³, téngase en cuenta que se trata de una figura regulada expresamente en la LOU como cauce para permitir que especialistas profesionales de reconocida competencia, que desarrollan normalmente una actividad fuera del ámbito universitario, puedan prestar también tareas docentes a tiempo parcial a fin de divulgar sus conocimientos profesionales. Por ello, no puede utilizarse como vía de renovación de contratos de duración determinada para atender necesidades que, en realidad, no tiene ca-

²³¹ STSJ Madrid 327/2002 de 28 junio (rec. 2325/2002).

²³² SSTSJ Madrid 791/2018 de 21 septiembre (rec. 242/2018), 197/2017, de 3 marzo (1090/2002), 151/2015, de 20 febrero (rec. 886/2014) y 151/2015, de 20 febrero (rec. 886/2014), entre otras.

²³³ STJUE 13 marzo Caso Małgorzata Nierodzik contra Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. dr Sta....

rácter temporal, sino que son permanentes y duraderas para la empresa que los utiliza²³⁴. La existencia de relación laboral queda sujeta, en el ámbito universitario, a unos condicionantes evidentes. Así pues, cuando un profesor es contratado realizando labores habituales y relacionadas con la docencia, por ejemplo: tutorías y estas se desarrollan conforme al horario decidido y establecido por tal centro universitario, debiendo acomodarse a la guía docente confeccionada por la universidad, teniendo que seguir las instrucciones del área de conocimiento y sin necesidad de que se establezca una retribución fija y periódica. Al concurrir las notas de ajenidad y dependencia queda definida esta relación como laboral, por tanto, sometida a las reglas de esta vinculación²³⁵.

Como el Tribunal Supremo ya ha señalado²³⁶ en el ámbito universitario la forma normal de prestación de servicios en cuanto a su duración es la relación indefinida ya sea funcionarial –a través de los distintos cuerpos docentes– o laboral –mediante la figura ordinaria del profesor contratado doctor–. Las posibilidades de vinculación temporal pasan en el primero de los ámbitos citados por el contrato de interinidad, y, en el ámbito laboral, por el recurso a las modalidades específicamente universitarias previstas en la normativa propia de esta actividad o a los contratos temporales previstos en el ET que únicamente podrán ser utilizadas en los casos, durante los períodos y para las necesidades previstas legalmente. De hecho, la vinculación temporal debe estar resuelta por el contrato de interinidad y, en el ámbito laboral, por el recurso a las modalidades específicamente universitarias previstas en la normativa propia de esta actividad o a los contratos temporales previstos en el ET, cuya regulación resulte aplicable. Todo ello bajo la lógica general del cumplimiento de las previsiones legales en orden a las posibilidades de celebrar cada uno de los contratos previstos; esto es, que las modalidades contractuales específicas de este ámbito docente y los contratos temporales comunes, cuando resulten de aplicación, únicamente podrán ser utilizadas en los casos, durante los períodos y para las necesidades previstas legalmente. La normativa vigente –ni siquiera la específicamente prevista en materia de contratación de docentes universitario– no ampara la contratación temporal como fórmula habitual para cubrir necesidades docentes de carácter estructural. Debe observarse entonces que, cuando hay una sucesión de contratos temporales en el ámbito de la docencia universitaria, estos tratan de atender necesidades provisionales o intrínsecas de la figura contractual utilizada, pero no para cubrir necesidades permanentes y

²³⁴ STSJ Madrid 992/2014 de 12 diciembre (rec. 713/2014), 992/2014, de 12 diciembre (rec. 713/2014) y 821/2014, de 24 octubre (rec. 548/2014).

²³⁵ STSJ Madrid 587/2015 (rec. 386/2015) y STS (Sala de lo Social), 5 junio 2002 (rec. 2072/2000).

²³⁶ STS 473/2017 de 1 de junio (rec. 2890/2015).

duraderas ajenas a la finalidad propia del contrato de asociado, pues de lo contrario estamos ante una situación de fraude de ley en la contratación²³⁷.

Es requisito imprescindible, para la celebración y renovación, por parte de las universidades, de contratos de trabajo de duración determinada con profesores asociados, justificados por la necesidad de confiar a «especialistas de reconocida competencia», que acrediten que ejercen una actividad profesional fuera de la universidad con el fin de que aporten sus conocimientos y experiencia profesionales a la universidad, estableciendo de este modo una asociación entre el ámbito de la enseñanza universitaria y el ámbito profesional. Al punto que el incumplimiento de este requisito puede suponer causa de despido procedente²³⁸.

En segundo lugar, en cuanto a la contratación, podemos referenciar varias cuestiones.

La referida a la transformación de contratos administrativos de los asociados en contratos de naturaleza laboral, la normativa permite este proceso siempre que no transcurran más de seis meses para dicho proceso. Este proceso no es automático, sino que se encuentra sometido a una serie de condicionantes: plazo, cumplimiento de los requisitos de cada una de las figuras previstas en la LOU y en el convenio colectivo y no suponga cambio de la dedicación docente contractual. Se encuentra sometido a dos fases: una de la que es competente la jurisdicción contencioso administrativo; la relativa a la determinación del derecho o no derecho a la transformación y, otra: la jurisdicción social que es competente para conocer de todos los litigios sobre extinción u otras vicisitudes de los contratos²³⁹.

Respecto al uso de contratos a tiempo parcial para cubrir docencia impartiendo materias de carácter obligatorio e integradas en lo que se puede considerar la formación general o especializada para alcanzar la titulación correspondiente. En este caso, lo importante es resolver si la contratación de profesores, para impartir disciplinas de esta condición, es propio de la figura de profesor asociado o si, por el contrario, esta labor queda fuera del régimen jurídico de esa modalidad contractual por atender a una actividad permanente de la Universidad²⁴⁰. Téngase en cuenta que, la actividad docente de un profesor asociado no puede vincularse a las enseñanzas de doctorado al ser estas dirigidas a la formación investigadora, lo que se aleja de la aportación de la experiencia profesional que caracteriza la contratación de aquellos. En todo

²³⁷ STSJ Madrid 435/2018 de 11 junio (rec. 265/2018).

²³⁸ STSJ Madrid 1234/2018 de 3 diciembre (rec. 854/2018).

²³⁹ STSJ Madrid 484/2005 de 6 junio (rec. 1964/2005).

²⁴⁰ STSJ Madrid 608/2018 de 20 septiembre (rec. 1090/2017).

caso las Comunidades Autónomas pueden establecer normas sobre el régimen de dicho personal ²⁴¹, el régimen jurídico de Universidades.

En lo dispuesto para los contratos para obra o servicio determinado usados para docentes; se declara fraudulenta la suscripción de contratos de trabajo para obra o servicio determinado ante la falta de apreciación de labor investigadora, científica o técnica, vinculada a un proyecto, tratándose de tareas ordinarias, lo que determina su conversión en indefinido, pero sin que ello suponga reconocer una categoría profesional superior a la ostentada; se declara el cese como despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad por responder la extinción del contrato a una represalia empresarial por reclamación de la relación laboral en indefinida, lo que determina que no proceda reconocer una indemnización adicional ²⁴².

En tercer lugar, en cuanto a la igualdad de derechos entre los docentes fijos y los docentes temporales, aunque parece un hecho indiscutible por aplicación del artículo 14 CE, no existe un criterio objetivo de diferencia entre colectivos, y es a partir de ahí cuando al no tener acceso a esa evaluación cuando surge la desigualdad invocada, consistente en que, en situaciones comparables, se produce el trato diferente por el mero hecho de la duración contractual. En lo que respecta a las condiciones de trabajo, que no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas, lo que no ocurre respecto a este proceso de evaluación. Se concreta en el reconocimiento específico del acceso al complemento de méritos docentes de investigación que hasta 2019 no era reconocido este extremo ²⁴³ a pesar de tratarse de un mérito vinculado a la investigación y no al tiempo de relación (antigüedad) con la universidad.

b) Centros asistenciales

En los casos en los que los docentes, catedráticos o titulares universitarios, que desempeñen sus funciones en centros asistenciales pertenecientes a la seguridad social, no precisan de compatibilidad para su complementaria actividad asistencial en el Hospital de la Universidad o concertado con la misma

²⁴¹ STSJ Madrid 608/2018 de 20 septiembre (rec. 1090/2017).

²⁴² STSJ Madrid 225/2018 de 28 marzo (rec. 527/2017).

²⁴³ STSJ Madrid 556/2018 de 8 octubre (rec. 184/2018).

que corresponda, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 53/1984, de 26 diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Quedando su retribución en manos de la Universidad, sin que pueda satisfacerse retribución alguna por la correspondiente Institución Sanitaria. En este caso, como se entiende que existe una sola relación contractual bajo la organización y dirección del Centro asistencial, lo que implica que lo relativo a la retribución es competencia del orden jurisdiccional social²⁴⁴.

Al hilo de la cuestión de incompatibilidad del personal docente universitario es destacable la aplicación de la doctrina del paréntesis a los efectos de la pensión de jubilación²⁴⁵.

c) **En centros educativos de titularidad privada**

C.I.) UNIVERSIDADES PRIVADAS

Lo mismo que en las universidades públicas, las figuras reconocidas para los docentes nos hacen detenernos en la figura de “profesor emérito” para esclarecer si se trata de una vinculación laboral o administrativa y si, por tanto, es competencia de la jurisdicción laboral o contencioso administrativa los conflictos que de la misma se derivan. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid afirma que: las comunicaciones verbales realizadas a estos profesores sobre las funciones que desempeñan no puede ser causa de finalización de su vínculo, ya que no es causa de extinción del contrato de trabajo fijada con carácter estatutario²⁴⁶.

Respecto del artículo 20.1, c) de la Constitución Española en su relación con la expresión de las ideas o convicciones que cada docente asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza y su posible efecto para suspender o aprobar a terceras personas prescindiendo del criterio y normativa del centro docente de que se trate. El docente tiene la obligación de evaluar conforme a criterios de objetividad y con arreglo a las pautas marcadas por este, al que sin duda corresponde el amparo del artículo 27.10 de la Suprema Norma, fijar, a través de sus órganos competentes, el nivel de la enseñanza que imparte, dentro de la legislación vigente, y las directrices para la evaluación de

²⁴⁴ STSJ Madrid 26 febrero 1997 (rec. 6019/1996).

²⁴⁵ STSJ Madrid 438/2000 de 22 junio (rec. 1684/2000).

²⁴⁶ STSJ Madrid 256/1999 de 6 mayo (rec. 1694/1999).

los alumnos, que no puede ni debe dejar al libre arbitrio de cada profesor, debiéndose de tener en cuenta que ya el Tribunal Constitucional, lógicamente, se ha pronunciado sobre el contenido de este derecho fundamental y sus límites. Evidentemente, no significa que los centros docentes queden desahuciados de las competencias legalmente reconocidas para disciplinar la organización de la docencia y que no puedan regular la prestación del servicio público de la educación superior del modo que juzguen más adecuado, siempre que respeten, claro es, el contenido esencial de la referida libertad de cátedra²⁴⁷.

De la figura de profesor adjunto de Universidad privada, podemos establecer que cuando sus condiciones no se someten a la libertad organizativa, sino que existe relación de dependencia, sin libertad organizativa más allá de la estrictamente académica y con una retribución específica determinada por hora de docencia no por paciente y alumno es una dedicación sometida a la asignación de tareas vinculadas al curso escolar. Por tanto, la no asignación de tareas conlleva un despido tácito²⁴⁸ calificable de improcedente puesto que se trata de una figura utilizada curso tras curso a su comienzo con la obligación de detallar las labores profesionales que se traducen en la docencia asignada.

C.2.) CENTROS CONCERTADOS

Por un lado, queda clara la obligación de la Administración que ha de abonar al personal docente del centro de enseñanza sus salarios, por lo que con independencia de que el expresado pago lo haga por delegación, así como con cargo a fondos públicos, no cabe el menor género de duda que es aquella quien asume, por imperativo legal, la obligación de satisfacer al trabajador la retribución salarial en contraprestación a los servicios que este presta en el centro de enseñanza²⁴⁹.

Por otro lado, cabe destacar que esta responsabilidad es solidaria respecto del pago del salario en centros concertados²⁵⁰, ya que la Administración asume el compromiso de efectuar, en régimen de pago delegado, el abono de los salarios dentro de los límites marcados por la normativa legal. Se trata de un pago por tercero regulado en el art. 1158 Código Civil que viene impuesto

²⁴⁷ STSJ Madrid 325/1998 de 16 abril (rec. 26/1998).

²⁴⁸ STSJ Madrid 105/2017 de 3 febrero (rec. 930/2016).

²⁴⁹ STSJ Madrid 28 febrero (rec. 1771/1993).

²⁵⁰ SSTSJ Madrid 489/2008, de 16 junio (rec. 1073/2008), 105/2007 de 12 febrero (rec. 4989/2006), 648/2005, de 18 julio (rec. 1929/2005), 721/2006, de 16 octubre (rec. 2311/2006) y 76/2005, de 26 septiembre. (rec. 2548/2005), 650/2005, de 18 julio (rec. 2007/2005).

con carácter forzoso por una norma legal, al igual que sucede en otros casos, como es el del pago delegado de prestaciones de incapacidad temporal impuesto a las empresas por cuenta de otro sujeto responsable (la Entidad Gestora o las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales). Esta responsabilidad se extiende incluso a los atrasos²⁵¹.

C.3.) FUNDACIÓN UNIVERSITARIA PRIVADA

Para el desarrollo de la actividad docente en centros universitarios cuando el interesado ejerce la misma función en la universidad pública se somete al régimen de compatibilidad, en consecuencia, la falta de obtención de la compatibilidad para simultanear funciones como profesor puede provocar un colapso en la relación susceptible de subsanación pero no puede suponer el despido disciplinario ya que el interés privado no está protegido por la Ley nunca puede justificar la extinción del contrato. Razonadamente porque la compatibilidad es necesaria, a la luz de lo dispuesto en la Ley 53/1984, para continuar ejerciendo una función pública, siendo el organismo u organismos públicos correspondientes, los que han de exigirla ya que no se refieren en ningún caso a la empresa privada, por lo que esta no puede proceder disciplinariamente contra un trabajador, por carecer de la correspondiente compatibilidad, como mucho podría darle opción por quedarse en el puesto de trabajo o pasar a situación de excedencia. Además, porque se trata de una cuestión no recogida en el Estatuto de los Trabajadores como causa de despido y, en su caso, determinada en el Convenio Colectivo o en el contrato de trabajo²⁵².

C.4.) CENTROS ADSCRITOS

La figura del profesor-tutor²⁵³ es una figura utilizada por los centros adscritos a Universidades cuya labor, en términos generales, consiste en: orientar a los alumno, aclarar y explicar las cuestiones relativas al contenido de las materias cuya tutoría desempeña, resolver dudas; participar en la evaluación continua de los alumnos, informando a los Profesores de la sede central acerca de su nivel de preparación; colaborar en la labor de los departamentos a los que

²⁵¹ STSJ Madrid 742/2009 de 16 octubre (rec. 1657/2009).

²⁵² STSJ Madrid 579/2005, de 27 junio (rec. 1445/2005) y 69/2005 de 8 febrero (rec. 5018/2004).

²⁵³ STSJ Madrid 168/2014 de 10 marzo (rec. 35/2014).

estén encomendadas las disciplinas sobre las que ejerza la tutoría, en los términos que establezcan los planes anuales de los mismos; realizar investigación bajo la dirección del departamento correspondiente o colaborar en la que este lleve a cabo, entre otras cuestiones. Se trata de una relación que no es funcional ni laboral ya que, en lo referido a esta última.

En términos similares ya se ha pronunciado esta misma Sala y Sección, en sentencia de, aspectos diferenciadores ni peculiaridades que evidencien, por sí mismas, la relación laboral que se pretende dejar constatada.

C.5.) PROFESORES DE ACADEMIA

Los conflictos respecto a los profesores de academia se fijan en la contratación fraudulenta, en otras palabras, no puede definirse como trabajo discontinuo en el que se realiza “durante todo el año” aunque su ejercicio se ajuste «al curso escolar», a «la división de la docencia en cursos escolares», esta es una cuestión de organización que no afecta al vínculo, claramente, laboral²⁵⁴.

XIII. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN²⁵⁵

En general, los profesionales de la comunicación tienen en común el planteamiento de conflictos laborales que se derivan de los siguientes aspectos:

En primer lugar, la determinación de la condición de relación laboral incluida, por tanto, en el art. 1.1. ET; en concreto, respecto de la dependencia y la ajenidad constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contratos, 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, 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; hechos indiciarios que son unas veces comunes a la generalidad de los trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades profesionales. La dependencia implica el sometimiento del trabajador a la organización y dirección de la empresa y la ajenidad implica la ce-

²⁵⁴ STSJ Madrid 287/2009 de 6 abril (rec. 5677/2008).

²⁵⁵ Autor: MARÍA BEGOÑA GARCÍA GIL.

sión anticipada de los frutos empresariales o de la utilidad patrimonial del trabajo a cambio de la retribución²⁵⁶. La existencia de relación laboral ordinaria y no especial se concreta y es, por ello, extensible a los presentadores cuya actividad es también laboral, ya que sus funciones no pueden calificarse como actividad artística, sino que entran dentro del campo de las ciencias de la información, ya que se trata de la difusión o divulgación de datos de la realidad, siendo indiferente que se refiera a noticias de última actualidad e interés general o de informaciones menos ligadas a aquellas características, como pueden ser las relativas a cultura, arte, ocio o servicios. Por lo que la circunstancia de que el locutor o presentador deba reunir ciertas dotes relativas a voz, expresión, buena imagen o similares, es algo que queda comprendido en su quehacer profesional de comunicador y no le convierte por ello en artista²⁵⁷.

La segunda, se establece la licitud de los contratos de obra o servicio determinado coincidentes con la duración de un programa de televisión cuando se produce la interrupción sin prestación de servicios durante más de veinte días hábiles, como regla general, impide la consideración de los contratos anteriores a tal interrupción²⁵⁸. Queda constatado que la legalidad de estos se fundamenta en la sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, es claro y patente que cumplen los requisitos configurados por los artículos 1.a) y 2 del Real Decreto 2104/1984 que admiten la posibilidad y legalidad de estos contratos, ya que estas modalidades contractuales se conoce su objeto, pero se ignora su duración, subordinados al favor del público y al acierto en su configuración, aparte de otros condicionamientos que toda actividad artística tiene y que no puede desconocer el derecho²⁵⁹.

La tercera, la denominada cláusula de conciencia de los periodistas, que garantiza la libertad de opinión, artículo 20.1 d CE) y la relación con el art. 50 del ET, en la medida que se produce cambio en la actitud o de línea editorial de la revista o periódico con labor informativa y no de opinión, ligado a un órgano público y financiado con presupuesto público²⁶⁰. En este caso, no se trata de un acto de censura, sino simplemente seguir una línea editorial.

La cuarta, la libertad ideológica fundamental en el ámbito de la comunicación. La vulneración del derecho a la libertad ideológica puede constituir la nulidad de la extinción de los contratos por causa económica, ya que la causa

²⁵⁶ STSJ Madrid 630/2019 de 26 junio (rec. 1449/20190) y 580/2007, de 24 septiembre (rec. 2544/2007).

²⁵⁷ STSJ Madrid 315/2015, de 31 marzo (rec. 236/2014), 340/2006 de 22 mayo (rec. 628/2006), 395/2002 de 20 septiembre (rec. 2956/2002) y 234/2007, de 9 abril (rec. 6315/2006).

²⁵⁸ STSJ Madrid 220/2002 de 10 mayo (rec. 244/2002).

²⁵⁹ STSJ Madrid 17 mayo 1995 (rec. 4905/1993).

²⁶⁰ STSJ Madrid 539/2018 de 1 octubre (rec. 541/2018).

de esta extinción se basa en la estipulación establecida en el art. 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público y no se puede establecer como argumentos para la extinción que se considera que su actividad no es profesional, sino secretaria políticamente, lo que es una discriminación que hace inoperante esos datos formalmente objetivos ²⁶¹.

XIV. COMERCIALES, AGENTES, VENDEDORES ²⁶²

Es importante partir del conflicto más común; la determinación de la naturaleza de la relación de los comerciales, agentes y vendedores. La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil no es compatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, al ámbito del derecho del trabajo. Siendo 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. Por el contrario, cuando la actividad se limitase a la práctica de actos profesionales concretos sin sujeción ninguna a jornada, vacaciones, practicando su trabajo con entera libertad o que realizara su trabajo con independencia sí estaríamos ante una relación fuera del ámbito del derecho del trabajo ²⁶³.

En lo relativo a los agentes de seguros no se encuentran obligados por regulación legal a darse de alta en el colegio oficial sin ser obligatorio darse de alta en el RETA ²⁶⁴. Téngase en cuenta que la normativa del RETA no precisa de manera completa el alcance del requisito de la habitualidad en la actividad económica a título lucrativo que se realice, para poder determinar así la obligatoria inclusión o no del agente de seguros en ese Régimen Especial, el criterio del montante de la retribución es apto para apreciarla y la superación del umbral del SMI percibido en un año natural puede ser un indicador adecuado de la misma como ha determinado el Tribunal Supremo.

²⁶¹ STSJ Madrid 30 septiembre (rec. 444/2014).

²⁶² Autor: MARÍA BEGOÑA GARCÍA GIL.

²⁶³ STSJ Madrid 556/2011 de 12 septiembre. (rec. 1642/2011).

²⁶⁴ STSJ Madrid 79/2000 de 10 febrero (rec. 5762/1929), 698/2000 de 26 octubre (rec. 2711/2000), 849/2001 de 11 diciembre (rec. 3502/2001), 125/2001, de 21 febrero (rec. 4540/2000), 63/2001, de 1 febrero (rec. 4188/2000), 5/2001, de 16 enero (rec 3551/2000) y 734/2000, de 16 noviembre (rec. 3055/2000), 583/2000, de 21 septiembre (rec2312/2011) 475/2000, de 6 julio (rec. 1808/2000).

XV. DISTRIBUIDORES, REPARTIDORES Y TRANSPORTISTAS AL MARGEN DE PLATAFORMAS DIGITALES ²⁶⁵

a) **Transportistas y repartidores**

En lo que se refiere a transportistas por carretera, el principal conflicto es el cumplimiento de las obligaciones que los trabajadores tienen frente a la empresa, que evidentemente conlleva la imposición de sanciones. Principalmente, la entrega de tacógrafos es una cuestión sobre la que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid establece un claro criterio: es obligación del conductor, poniendo todos los medios a su alcance, hacer llegar a la empresa los discos tacógrafos que estaban en su poder y llevar los discos obligatorios mientras conducen, sin que el hecho de que la empresa no efectúe un control diario de la entrega de los discos tacógrafos equivalga a una tolerancia empresarial en cuanto al plazo de entrega de los mismos. Si bien el incumplimiento de esta obligación debe sancionarse bajo el sistema gradualista, teniendo en cuenta las circunstancias del incumplimiento ²⁶⁶. En la misma línea, por incumplimiento de obligaciones, se produce la transgresión de la buena fe y abuso de confianza, por ejemplo, por retrasos en la entrega de la recaudación ²⁶⁷, dando lugar al despido procedente por causa disciplinaria. O la imposición de sanción muy grave por una actuación temeraria ²⁶⁸ e incluso la aplicación del despido, siendo procedente, por la misma causa ²⁶⁹. La desobediencia de órdenes del empresario ocasionando perjuicio a la empresa ²⁷⁰. Incumplimiento de las normas de circulación con perjuicio para el servicio prestado ²⁷¹. O bien la falta de cumplimiento de los requisitos para ejercer la profesión de conductor, como el certificado de aptitud profesional de conductor ²⁷².

El exceso de horas extraordinarias se establece como otro conflicto importante, especialmente cuando los trabajadores se niegan a realizarlas por superar el límite legal y esto implica una sanción, evidentemente injustificada ²⁷³.

²⁶⁵ Autor: MARÍA BEGOÑA GARCÍA GIL.

²⁶⁶ STSJ Madrid 760/2012 de 31 octubre (rec. 240/2013), 614/2011, de 24 junio (rec. 1947/2011) y 1068/2010, de 28 junio, (rec. 461/2010).

²⁶⁷ STSJ Madrid 858/2012 de 10 diciembre (rec. 5340/2012).

²⁶⁸ STSJ Madrid 251/2006 de 19 abril (rec. 809/1728).

²⁶⁹ STSJ Madrid 857/2013 de 2 diciembre (rec. 1175/2013).

²⁷⁰ STSJ Madrid 283/2010 de 26 abril (rec. 6407/2009).

²⁷¹ STSJ Madrid 996/2002 de 12 noviembre (rec. 3841/2002) y 199/2011 de 17 marzo (rec. 4487/2010).

²⁷² STSJ Madrid 1145/2017 de 22 diciembre (rec. 965/2017).

²⁷³ STSJ Madrid 547/2008 de 24 septiembre (rec. 3594/2008).

Respecto a la retribución de las horas de presencia, en las que el trabajador queda a disposición de la empresa, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid establece que se trata de un descanso y, por tanto, se trata de horas de trabajo efectivo siendo obligatorio remunerarlas²⁷⁴.

En cuanto a la jornada de trabajo, es común el conflicto relativo a la inclusión de las horas dedicadas a formación, que se reconocen como tiempo de trabajo efectivo a efectos de la jornada de trabajo el que tenga lugar para la impartición de los cursos formativos para los conductores, así como el preciso para la realización de las correspondientes pruebas en su caso²⁷⁵.

Respecto de las funciones que se derivan de diversas categorías descritas en los convenios colectivos, corresponde interpretar la extensión de las tareas encomendadas a los trabajadores y se estará a la regla estipulada por el Tribunal Supremo: «que en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes»; por ello, se entiende que las tareas del “conductor-perceptor”: «itinerario para el viaje» que implica en ruta de subir y bajar los equipajes, mercancías y encargos (incluyendo también las funciones de carga y descarga al inicio y finalización del servicio) y no solamente estas mismas funciones para las paradas intermedias, máxime, cuando, bien mirado y como atinadamente razona la Juez de instancia, se trata de actividades auxiliares mínimas que no afectan a la esencia de la profesión de “conductor-perceptor” y no suponen ningún menoscabo para su dignidad como trabajadores, desarrollándose la carga y descarga, en la práctica habitual, en escaso tiempo y, en la mayor parte de las ocasiones, en colaboración con el cliente²⁷⁶.

Por último, respecto del abono del plus de nocturnidad que, sirve como ejemplo, el Tribunal ha establecido que corresponde su abono cuando no se haya pactado el transporte en horario nocturno, ya que en este caso sería inherente al propio trabajo²⁷⁷.

²⁷⁴ STSJ Madrid 368/2005 de 24 mayo (rec. 547/2005) y 671/2001, de 19 noviembre, (rec. 5020/2001).

²⁷⁵ STSJ Madrid 476/2018 de 21 junio (rec. 296/2018), 699/2018, de 20 julio (rec. 227/2018), 408/2018, de 9 julio (rec. 354/2017), 1145/2017 de 22 diciembre (rec. 965/2017) y 536/2017 de 19 julio (rec. 354/2017).

²⁷⁶ STSJ Madrid 191\2016 de 4 marzo (rec. 981/2015) y 898/2004 de 25 octubre (rec. 4884/2014).

²⁷⁷ STSJ Madrid 18 junio 1997 (rec. 5690/1996) y 292/2012, de 30 marzo (rec. 6469/2011).

b) Transportista con vehículo propio

La exclusión prevista en el art. 3.1 g) del ET. Dichos elementos consisten en tener un poder de disposición directo del transportista sobre el vehículo de que se sirve para realizar su trabajo, ser titular de la oportuna autorización administrativa de transporte y tratarse de vehículo comercial de servicios públicos. Esos elementos se definen recurriendo a nociones establecidas en el sector de la legislación estatal sobre transporte terrestre. La exclusión del ámbito del contrato de trabajo de la actividad que reúne los elementos reseñados no conduce a un resultado reprochable desde el punto de vista constitucional, pues no es desproporcionado que el transportista habilitado administrativamente para el trabajo autónomo se someta a un régimen jurídico distinto al de las relaciones dependientes por cuenta ajena²⁷⁸. En estos casos, la relación debe ser calificada de laboral, por reunir las notas que para tal relación exige el artículo 1.1 del ET para estar incluidos dentro del ámbito del mismo, cuales son el prestar servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario, pues el actor se dedicaba a realizar con regularidad y utilizando una furgoneta de su propiedad, servicios de recogida y transporte de mercancías, no siendo el trabajador el que decidiera los circuitos a realizar y estando además supeditado a un horario²⁷⁹. Por el contrario, se trata de una relación excluida cuando, previa obtención de la concreta autorización administrativa para el transporte de mercancías por carretera que habilite para su específica prestación²⁸⁰.

XVI. SERVICIOS PRESTADOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES Y SIMILARES²⁸¹

a) Conductores y repartidores o *riders*

Respecto a la relación laboral de conductores o repartidores, conocidos como *riders*, se trata de una cuestión de máxima novedad. Se trata de profesionales que realizan funciones dependientes de la empresa, ya que reciben instrucciones mediante una aplicación informática que organiza su actividad y

²⁷⁸ STSJ Madrid 1093/2011 de 16 diciembre (rec. 4151/2011).

²⁷⁹ STSJ Madrid 951/2010 de 25 noviembre (rec. 2765/2010).

²⁸⁰ STSJ Madrid 943/2009 de 18 diciembre (rec. 4853/2009).

²⁸¹ Autor: MARÍA BEGOÑA GARCÍA GIL.

horario, dentro de la jornada de la empresa. No teniendo libertad para rechazar pedidos, ni siendo posible la sustitución del profesional a pesar de usar herramientas particulares como el móvil o el medio de locomoción²⁸². Queda evidenciada la relación laboral de estos profesionales por la evidencia de vínculo de subordinación, de una remuneración y actividad de valor económico, real y efectiva²⁸³, así como por la concurrencia de los siguientes elementos: remuneración periódica, habitualidad, concurrencia de dependencia o sujeción a órdenes e instrucciones empresariales, ámbito rector y organizativo del empresario, es decir, ejercicio del poder de dirección y organización, ajenidad de frutos y riesgos y carácter personalísimo de la prestación de servicios²⁸⁴.

b) Otros servicios

En cuanto a los mensajeros, podemos destacar la imposición de jornadas excesivas que resultan imposibles de cumplir, que incluso exceden del final de la jornada, por lo que, el trabajador no puede cumplir los encargos de entrega, la empresa le aplica una sanción por desobediencia. Por lo que, el TSJ determina que para que una desobediencia en el trabajo sea susceptible de ser sancionada como despido, es necesario que se trate de un incumplimiento grave, trascendente e injustificado, sin que una simple desobediencia que no se traduzca en un perjuicio para la empresa pueda ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo, requiriendo también nuestro Alto Tribunal que se trate de una resistencia terminante, persistente y reiterada al cumplimiento de la orden²⁸⁵.

XVII. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN²⁸⁶

a) Trabajadores sociales

Reúne las características de una relación laboral, el trabajador social contratado por el Colegio Profesional de Asistentes Sociales, en virtud de convenio suscrito con la Comunidad de Madrid, para prestar servicios de atención a quie-

²⁸² JS núm. 19 de Madrid 188/2019 de 22 julio (rec. 510/2018).

²⁸³ STSJ Madrid 1155/2019 de 27 noviembre (rec. 11243/2019).

²⁸⁴ STSJ Madrid 40/2020 de 17 enero (rec. 1323/2019) y 1155/2019 de 27 noviembre (rec. 588/19).

²⁸⁵ STSJ Madrid 435/2005 de 31 mayo (rec. 1023/2005).

²⁸⁶ Autora: PILAR SÁNCHEZ LASO.

nes sean víctimas de violencia de género, siendo la comunidad autónoma la empleadora real, porque la trabajadora desarrollaba su trabajo sometida a un horario, que no es flexible, ni es fijado por ella, como tampoco elige los servicios que se prestan, ni las personas que atiende, dependiendo del responsable de la oficina judicial –perteneciente a la Comunidad de Madrid– que acuerda y organiza las citas de los ciudadanos que requieren sus servicios. Cumple por tanto con el requisito de dependencia y no es titular de los medios de producción necesarios para prestar las funciones²⁸⁷. En definitiva, es la Comunidad de Madrid quien dirige, organiza, presta los medios y financia los proyectos, aun no figurando nominalmente como empleador, prestando un servicio público necesario con vocación de permanencia y utilidad a la ciudadanía a la que sirve²⁸⁸, sin perjuicio de la actuación interpositoria del Colegio profesional²⁸⁹ al que se absuelve, por entender que su intervención no va más allá de la mera designación de los trabajadores sociales²⁹⁰. Se tiene en cuenta, igualmente, la circunstancia de que existen trabajadores sociales, contratados como trabajadores por cuenta ajena por la Comunidad de Madrid para prestar servicios en los mismos equipos técnicos, sin que pueda distinguirse la actividad de estos trabajadores contratados, con la desarrollada por la actora al amparo del Convenio de Colaboración²⁹¹.

En cuanto a la diferenciación entre contratos administrativos y laborales, nos hallamos en este último supuesto en el caso de sucesivos contratos administrativos de asistencia técnica, amparados en las disposiciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD leg 2/2000 de 16 de junio), si el demandante ha prestado servicios que llegaron a ser habituales en la Dirección General de la Vivienda, en la que trabajó, hasta el punto de que tuvieron una duración de seis años y no existe dato alguno que permitiera concluir que tales trabajos ya han finalizado.²⁹²

b) Profesores de Música en escuelas municipales

Se considera relación laboral, la de los profesores de Música en escuelas municipales que prestan servicios con los medios proporcionados por estas, observando el horario de clases del centro, y que pertenecen al claustro

²⁸⁷ STSJM 883/007 de 28 diciembre (rec. 3139/2007).

²⁸⁸ STSJM 18/2008 de 14 enero (rec. 4738/2007).

²⁸⁹ SSTSJM 10562/2007 de 10 diciembre (rec. 4313/2007) y de 353/2007 de 14 mayo (rec. 1214/2007).

²⁹⁰ STSJM 353/2007 de 14 mayo (rec. 1214/2007).

²⁹¹ STSJM 883/2007 de 28 diciembre (rec. 3139/2007).

²⁹² STSJM 57/2009 de 4 febrero (rec. 5483/2008).

de profesores, siguiendo sus criterios, con temarios aprobados por la dirección de la escuela, y de acuerdo con los parámetros de enseñanza fijados por la Comunidad de Madrid, en definitiva, desempeñando sus tareas dentro del ámbito de organización de la Escuela Municipal²⁹³, que pone a disposición del trabajador los medios técnicos y materiales necesarios para el desarrollo del trabajo²⁹⁴. Con un horario fijado por el Ayuntamiento, recibiendo instrucciones de los coordinadores, en los locales de la entidad; sin poner en juego una organización empresarial propia para el desempeño de su actividad como profesora²⁹⁵.

A diferencia de las relaciones laborales, en los contratos administrativos lo relevante es que se contrata la prestación de un servicio determinado, sin que el que presta el servicio esté sujeto a las órdenes directas, concretas y precisas del empleador, sino que ha de recibir unas instrucciones genéricas referidas a la consecución de un resultado acorde con lo pactado en el contrato, sin que el que lo presta se someta a su poder de dirección y organización²⁹⁶. La Administración no puede amparar la contratación de personas individuales, con supuesto carácter administrativo, para realizar una actividad prestada en régimen de estricta dependencia y en los términos configuradores de la relación de trabajo,²⁹⁷ ni puede reputarse desvirtuada la presunción de laboralidad, por unas hipotéticas cláusulas que dispongan su sujeción o adscripción a un área administrativa²⁹⁸.

c) Educadores

No se ajustan a un contrato administrativo de servicios como educadora, las funciones de atención y vigilancia de los alumnos internos de un centro educacional del Ayuntamiento, porque no se trata de trabajos específicos y concretos no habituales, sino de la prestación continuada de una actividad propia y permanente de la entidad local demandada. Además, de haber desarrollado su trabajo en régimen de dependencia y sujeción al control del centro, teniendo marcado un horario establecido²⁹⁹. En el mismo sentido, profesora que imparte cursos de formación profesional subvencionados, cuando la

²⁹³ STSJM 841/2015 de 30 octubre (rec. 417/2015).

²⁹⁴ STSJM 504/2016 de 8 junio (rec. 905/2015).

²⁹⁵ STSJM 461/2008 de 24 septiembre (rec. 406/2018).

²⁹⁶ STSJM 157/2017 de 6 marzo (rec. 642/2016).

²⁹⁷ STSJM 67/2020 de 6 febrero (rec. 639/2019).

²⁹⁸ STSJM 401/2002 de 20 septiembre (rec. 2953/2002).

²⁹⁹ STSJM 228/2000 de 29 de mayo (rec. 1454/2000).

actividad contratada no es ninguna obra o resultado que pueda objetivarse, sino la actividad de la actora como profesora que se ha prestado, bajo la dirección y control de los órganos competentes de la Administración³⁰⁰. En el mismo sentido, educador en centro de arte que realiza funciones de programación de exposiciones, actividades escolares, programas y proyectos educativos para la Comunidad de Madrid bajo la dependencia de un responsable de área del museo y en sus dependencias, acudiendo también en su representación a otras actividades, organismos y eventos, disponiendo de los medios técnicos y materiales que le proporciona el centro (correo electrónico, acceso internet, extensión telefónica, ordenador...), cumpliendo la jornada y horario del personal del centro al que acudía y con el que además, coordinaba sus vacaciones anuales, constituyendo dicha actividad la propia y permanente de la entidad demandada³⁰¹.

d) Personal contratado por la Agencia Española de Cooperación Internacional con contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica

Se trata de una relación no incardinable en la ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, puesto que esta exige que las personas físicas o jurídicas que pretendan optar a ser adjudicatarias de un contrato administrativo, deberán acreditar ‘solvencia económica, financiera y técnica o profesional’, pensando en una organización empresarial que tenga capacidad de alcanzar el objeto del contrato y no en un trabajador que se inserta en la organización de la Administración empleadora, para llevar a cabo una tarea profesional del tipo que sea³⁰².

e) Coordinadora de museo con contrato administrativo de servicio de asistencia técnica

Las tareas profesionales efectuadas: coordinar todas las fases propias de la publicación de los catálogos relacionados con las exposiciones temporales e itinerantes, que anualmente organiza el Museo Nacional Centro de Arte Reina

³⁰⁰ STSJM 7/2014 de 17 enero (rec. 1646/2013).

³⁰¹ STSJM 213/2015 de 16 de marzo (rec. 748/2014).

³⁰² SSTSJM 351/2012 de 20 de abril (rec. 3618/2012) y 563/2012 de 15 de junio (rec. 4874/2012).

Sofía, al igual que de los folletos informativos acerca de este organismo, unida a la forma en que desempeñó las funciones encomendadas, permite concluir que no se encargó de una obra o servicio específico, que se agotara en su propia ejecución, sino que se trata de una actividad permanente, habitual y propia de la empresa, que además cuenta con su propio Departamento de Actividades Editoriales³⁰³.

f) **Estadística**

La relación que vincula a las partes es laboral e indefinida. Se atiende a las funciones realizadas, en un banco de datos de información territorializada así como en una aplicación de la Comunidad de Madrid, que continúa realizándose tras su marcha, además de estar sujeta al mismo horario que el resto del personal adscrito al Organismo demandado; el material que empleaba es de la Comunidad demandada y está sujeta al régimen de vacaciones del personal propio de la demandada, con el que se coordinaba. La ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público no es de aplicación al caso porque trabajó de forma ininterrumpida, desde antes de que entrara en vigor.³⁰⁴

g) **Trabajadora de la Consejería de Cultura y Deportes**

Presta servicios en igualdad de condiciones que el resto del personal con el que comparte trabajo, en cuanto a instrucciones, horario, vacaciones, con utilización de toda clase de elementos materiales proporcionados por la entidad demandada, sin que se haya acreditado ni la aprobación del gasto que incluyera el contenido de la prestación y la justificación de la contratación, ni la limitación del precio, por lo que no concurren los requisitos formales que sí son exigibles en los contratos menores y por lo tanto no se ajusta a lo establecido en la normativa administrativa, sino que ha incurrido en una desviación sustancial, que denota la existencia de un fraude de ley encubridor de una auténtica relación laboral.³⁰⁵

³⁰³ STSJM 675/2014 de 23 julio (rec. 409/2014).

³⁰⁴ STSJM 7/2014 de 17 enero (rec. 1646/2013).

³⁰⁵ STSJM 989/2013 de 25 noviembre (rec. 1420/2013).

h) Consultor de Instituto de Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (ICAA)

Pese a la denominación de los contratos concertados entre las partes, en realidad no nos encontramos ante auténticos contratos de consultoría y asistencia. Las actividades que ha realizado la actora con independencia de la vinculación mantenida con el organismo demandado, se corresponden con el funcionamiento normal y habitual del ICAA, siendo estructurales y permanentes. El Servicio de Inspección y Sanciones, al que estaba adscrita, es un área más dentro de la estructura del ICAA y ha trabajado sujeta a la supervisión e inspección de ICAA y de su personal, con dependencia jerárquica y siguiendo sus directrices. El efecto legal no puede ser otro que la aplicación de la legalidad del contrato disimulado.³⁰⁶

i) Técnico contratado por Ayuntamiento

No concurren en la prestación de servicios del actor las notas de ajenidad y dependencia. El demandante realizaba sus cometidos de asesoramiento técnico, siguiendo sus propios criterios y pautas y sin recibir instrucciones, alternando su presencia en los locales del ayuntamiento, sin sujeción a horario, con la utilización de su despacho particular, en el que atendía a otros clientes y empleando sus propios medios, facturando por los servicios prestados y despachando directamente con el equipo de gobierno, por lo que el trabajo de asesoramiento prestado por el demandante se desarrollaba con plena autonomía, con sus propios medios y sin sometimiento al círculo rector y organicista de la demandada, sin que a ello obste la existencia de pautas para disfrute del periodo vacacional, lo que no puede interpretarse como sinónimo del disfrute vacacional a que se refiere el art. 38 del E.T., sino como indicativo del procedimiento seguido a fin de evitar que durante la ausencia del actor por el tiempo vacacional, quedase desatendido el servicio contratado, por lo que no puede considerarse como elemento determinante para su apreciación como laboral. Tampoco lo es que se hubiese incumplido el plazo de duración máxima de este tipo de contratos previsto en la Ley de Contratos de la Administración pública, ya que esto no puede suponer una novación contractual para convertir el contrato pactado, en otro de carácter laboral e indefinido, si simultáneamente no se dan los requisitos del art. 1.1 del E.T.³⁰⁷

³⁰⁶ STSJM 1149/2012 de 14 diciembre (rec. 1511/2012).

³⁰⁷ STSJM 101/2008 de 11 febrero (rec. 5388/2007).

j) Arquitectos contratados a través de un contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica

Por la autonomía e independencia en la realización de los trabajos, tanto en el aspecto externo (horario, jornada) como en el sustancial, no puede concluirse la existencia de una relación laboral si no se da la nota de dependencia, lo que no ocurre por la mera emisión de informes sobre la actividad realizada, como tampoco es indicador decisivo de la relación laboral que el actor tuviera a su disposición una mesa y un ordenador en la sede de la entidad³⁰⁸. Tampoco existe relación laboral en la prestación de un arquitecto contratado por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el desarrollo (AECID) al no constar que esta diera instrucciones para el desarrollo de la prestación, ni que el actor tuviese horario prefijado. La AECID se limitaba a proporcionar técnicos, la dirección del proyecto y pagar la misma a través de la subvención, debiendo el demandante desarrollar el trabajo en un período concreto, que fijaba la resolución que concedía la subvención. En este caso estamos ante un arrendamiento de obra en el que la obligación del demandante es de resultado, con autonomía en la realización del encargo.³⁰⁹ Por el contrario, existe relación laboral en el arquitecto que presta servicios a través de sucesivos contratos administrativos para el centro de investigaciones energéticas medioambientales y tecnológicas (CIEMAT), al haber sometimiento al poder de organización de la demandada, con el mismo horario que el resto del personal, utilizando los medios personales del propio organismo demandado, con el deber solicitar el disfrute de vacaciones, permisos y licencias a los responsables de dicho organismo, en despacho propio puesto a su disposición, asistiendo a los cursos de formación dispuestos por la demandada, naciendo así indefinida la relación, sin que pueda convalidarse por las sucesivas contrataciones administrativas³¹⁰. En el mismo sentido, arquitecto que presta servicios para una mancomunidad de municipios mediante contrato de consultoría, con plena integración en el ámbito de trabajo de la oficina en la que se le destinó con inserción plena en el círculo rector y organicista de la demandada, sin aportar medios materiales o humanos propios, sin asumir responsabilidades en relación con el cumplimiento de objetivos o proyectos concretos previamente delimitados, limitándose a prestar una tarea cualificada profesionalmente, en función de una jornada y un hora-

³⁰⁸ STSJM 461/2006 de 3 julio (rec. 1648/2006).

³⁰⁹ STSJM 147/2013 de 20 febrero (rec. 4920/2012).

³¹⁰ STSJM 600/2012 de 22 junio (rec. 5509/2011).

rio, y sin que los trabajos encomendados fueran esporádicos o episódicos, sino los habituales y ordinarios de la Mancomunidad.³¹¹

k) **Psicólogos**

Los datos que revelan una relación de carácter laboral común se repiten en la prestación de servicios de psicólogo con contrato administrativo para un ayuntamiento, en cuanto a la sujeción a una horario predeterminado y el sometimiento a unas instrucciones, teniendo que atender, en todo caso, a las personas que los trabajadores sociales derivaban, además, los estudios, informes y demás documentos elaborados por el actor en ejecución del contrato, pertenecían a la Corporación, máxime cuando, también debía, a instancia de su empleador, ejercer funciones en otras entidades que tenían suscrito convenio de colaboración³¹². Con las mismas notas características, psicóloga con convenio de colaboración con la Administración (CCAA) a través de un colegio profesional, siendo el verdadero titular de la relación la Administración y no el colegio profesional que actúa como un mero instrumento interpuesto de selección, formación y coordinación para mantener el servicio. La relación laboral lo es entre la CAM y la actora, sin responsabilidad para el Colegio³¹³, al haber desarrollado la prestación de sus servicios en su ámbito de organización y dirección, redundando, además, los frutos de su trabajo en una mejor administración de justicia, cuyos medios personales y materiales están transferidos a la CAM, que es quien los gestiona, por mucho que la relación contractual instituida se encubriese mediante una innecesaria relación triangular³¹⁴. Si, no ha mediado formalización escrita de los servicios prestados, pues estos continuaron desarrollándose sin contrato escrito alguno entre partes, la presunción de laboralidad establecida en el art. 8.1. del E.T. recupera plena virtualidad.³¹⁵

³¹¹ STSJM 76/2006 de 6 febrero (rec. 5138/2005).

³¹² STSJM 975/2010 de 26 noviembre (rec. 3829/2010).

³¹³ SSTSJM 128/2009 de 23 de febrero (rec. 220/2009); 64/2008 de 29 noviembre (rec. 1817/2013); 97/2008 de 5 noviembre (rec. 5478/2007) y 913/2007 de 14 noviembre (rec. 4004/2007).

³¹⁴ SSTSJM 631/2014 de 11 de julio (rec. 350/2014) y 704/2013 de 29 noviembre (rec. 1817/2013).

³¹⁵ STSJM 762/2005 de 7 noviembre (rec.3729/2005).

1) Abogado

Abogado que presta servicios para la comunidad autónoma a través de contrato administrativo, en el que se dan igualmente las notas de dependencia, características de la relación laboral, al realizar funciones habituales bajo las órdenes del jefe de servicio, del que dependía jerárquicamente, trabajando con los medios materiales que le proporcionaba la demandada, con un *login* de acceso a los sistemas de información de la CAM y una cuenta de correo, facilitados por la misma; y que además inició la prestación de servicios sin contrato escrito³¹⁶.

XVIII. ACTIVIDADES DE ALTERNE Y SIMILARES³¹⁷

No resulta suficiente la existencia de un servicio o actividad determinada y su remuneración por la persona a favor de quien se prestan³¹⁸. En el marco de las notas de ajenidad y dependencia, esta última no se desvirtúa porque esta aparezca en ocasiones atenuada, al no constar órdenes o instrucciones concretas dirigidas a las trabajadoras sobre su comportamiento hacia los clientes, presumiéndose el cumplimiento del requisito de la dependencia por la permanencia estable de la empleada en el local de alterne realizando una jornada fija³¹⁹, puesto que eso pone de manifiesto el ejercicio de un poder de dirección empresarial³²⁰; incluso, aunque exista cierta flexibilidad en la presencia diaria –acuden a una hora aproximada al local y permanecen un número variable de horas–³²¹. Así, el requisito de la dependencia ha venido flexibilizándose en el sentido de que no ha de entenderse por tal una «subordinación rigurosa y absoluta», sino una «inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial», que debe presumirse por la permanencia estable de la empleada en un local de alterne³²².

La ajenidad se materializa en la retribución, normalmente un porcentaje de las consumiciones realizadas por los clientes del establecimiento, fijado por la empresa³²³; lucrándose la empleadora de la actividad y existiendo un riesgo

³¹⁶ STSJM 801/2011 de 1 de diciembre (rec. 3021/2011).

³¹⁷ Autora: PILAR SÁNCHEZ LASO.

³¹⁸ STSJ Madrid 687/2008 de 16 de septiembre (rec. 2462/2008).

³¹⁹ STSJ Madrid 339/2009 de 30 de abril (rec. 5859/2008).

³²⁰ STSJ Madrid 672/2009 de 25 de septiembre (rec. 2018/2009).

³²¹ STSJ Madrid 96/2018 de 2 de febrero (rec. 1015/17).

³²² STSJ Madrid 356/2016 de 20 de abril (rec. 673/2015).

³²³ STSJ Madrid 132/2019 de 4 de febrero (rec. 1276/2018).

empresarial derivado del propio mantenimiento del club³²⁴. No se reconoce la existencia de las notas características de la relación laboral, cuando no consta que las trabajadoras recibieran ninguna retribución por su permanencia en el bar, ni por el consumo de copas, ya que el hecho de que permanecieran en la cafetería propiedad del demandado, sin la obligación de acudir al establecimiento durante un tiempo determinado, no implica trabajar por cuenta ajena, aunque el empresario, propietario de la cafetería y de un hotel anejo, se beneficiase del alquiler de las habitaciones y del consumo de las copas. En este caso, la Sala concluye que las trabajadoras utilizaban el bar como mero lugar de captación de clientes³²⁵. Por otra parte, no empece al requisito de la ajenidad, el hecho de que en el momento en el que se examina la relación laboral, no se abonara retribución a la trabajadora por una decisión unilateral del empresario de unos años atrás, ya que lo que resulta esencial es la presencia de las trabajadoras para atraer a los clientes y que consuman copas en dicha discoteca, de cuyo negocio se lucra el titular³²⁶. En supuesto de concurrencia de las actividades de alterne y prostitución, se excluye la retribución cobrada por esta última actividad, dada su ilicitud y porque forma parte de la actividad autónoma de la trabajadora, aunque se realice durante el tiempo que trabajaba como camarera y dentro del local de los demandados, a los que abonaba, por el uso y disfrute de todas sus instalaciones, una parte del precio cobrado por sus servicios directamente a los clientes³²⁷.

XIX. VARIOS³²⁸

a) Empleados de fincas urbanas

Un jardinero, vinculado mediante un contrato mercantil con una finca urbana, es considerado un trabajador por cuenta ajena cuando carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales para el ejercicio de su actividad –los utensilios de jardinería se los facilitaba la propiedad de finca urbana–; no asume los riesgos propios del negocio de jardinería –percibe todos los meses una cantidad fija mensual al margen del cualquier imprevisto–; y recibe

³²⁴ STSJ Madrid 277/2016 de 18 abril (rec.154/2016).

³²⁵ STSJM 610/2016 de 06 de julio (rec. 438/2016).

³²⁶ STSJM 104/2019 de 18 de febrero (rec. 868/2018).

³²⁷ STSJM 1047/2011 de 7 de diciembre (rec. 2672/2011).

³²⁸ Autor: PILAR SÁNCHEZ LASO.

instrucciones sobre qué especies vegetales debe plantar³²⁹. Sin embargo, el mismo Tribunal considera que no constituyen una relación laboral las funciones que efectúa un portero de una finca urbana, en concepto de benevolencia o buena vecindad a favor de otra finca urbana colindante y por las que recibe una gratificación³³⁰.

En el caso del personal de limpieza contratado por una comunidad de propietarios, y en lo relativo a la nota de dependencia, uno de los indicios de laboralidad más determinante es la existencia de órdenes³³¹. No se considera relación laboral la de la limpiadora de la comunidad de propietarios en la que trabajaba su marido, quien percibía en su nómina el correspondiente plus por la limpieza de las escaleras³³².

No obsta al reconocimiento de la relación de trabajo, el hecho de que la trabajadora fuera retribuida mediante la cesión de uso y disfrute de una vivienda propiedad de la empleadora, que, además, corría con los gastos de agua y de la contribución urbana, puesto que los trabajos de limpieza se realizaban con permanencia, habitualidad y exclusividad³³³. Tampoco que un profesional pueda ser sustituido por otras personas, aunque es un indicio de inexistencia de la misma³³⁴.

b) Guías turísticos

Se reconoce especial relevancia a la capacidad de organización del guía turístico en cada una de sus visitas, en definitiva, el grado de inclusión del guía en la esfera organicista de la persona jurídica que contrata sus servicios. Si el guía turístico organiza sus servicios con total libertad, decide cómo efectuar las visitas, en qué horarios, teniendo en cuenta su propia disponibilidad, y presta sus servicios para varias empresas del sector, estaremos ante un profesional independiente y autónomo³³⁵. En sentido inverso, el guía turístico que presta una relación laboral por cuenta ajena cuando la persona jurídica que contrata sus servicios, programa su actividad, le da instrucciones para publi-

³²⁹ SSTSJM 131/2002 de 15 marzo (rec. 486/2002) y 25 junio 2007 (rec. 2117/2007).

³³⁰ STSJM 413/2018 de 26 de mayo (rec.1037/2018).

³³¹ SSTSJM 10 febrero 2020 (rec. 762/2019), 891/2017 de 21 abril (rec.133/2017) y 7 marzo 2018 (rec. 1504/2017).

³³² STSJM 28 junio 2005 (rec. 1747/2005).

³³³ STSJM 455/2007 de 16 mayo (rec. 1506/2007).

³³⁴ SSTJSM de 7 marzo 2018 (rec. 1504/2017) y 7 de enero 2001 (rec. 5156/2000).

³³⁵ SSTSJM 617/2008 de 21 julio (rec. 1867/2008); 707/2005 de 21 septiembre 2005 (rec. 2275/2005) y 169/2008 de 29 febrero (rec. 5691/2007).

tar a la empresa en las redes sociales, y le pide que siga prestando servicios hasta que localicen a un sustituto³³⁶; presta servicios de forma continuada –y no ocasional–, tiene acceso a un despacho en el centro de trabajo de la empresa, existe una organización y coordinación de los empleados de la propia entidad que le contrata sus servicios, es representante de la empresa, y tiene acceso a útiles de trabajo como el resto de empleados (tarjeta de crédito, teléfono móvil, datafono, etc.)³³⁷.

c) Encuestadores

De forma similar, en el caso de los encuestadores, resulta determinante para su consideración como colaboradores independientes, la organización con la que se efectúan las encuestas y/o entrevistas³³⁸.

d) Relaciones públicas

Uno de los indicios más determinantes es la compensación de los servicios prestados, de forma que un profesional independiente suele percibir sus emolumentos en atención al resultado del evento que está promocionando³³⁹. Sin embargo, la percepción de una cuantía fija constituye de forma diáfana un indicio de laboralidad³⁴⁰. Igualmente el que la empresa que contrató los servicios de relaciones públicas, indique al profesional a qué ferias y/o eventos debe acudir³⁴¹. Por el contrario, se valora como un claro indicio de autonomía organizativa, que los servicios de relaciones públicas se presten a través de una sociedad, con una estructura propia y que ofrezca esos servicios en el mercado para otras entidades o empresas³⁴².

³³⁶ SSTSJM 726/2014 de 29 septiembre 2014 (rec. 483/2014) y 843/2018 de 12 septiembre 2018 (rec. 528/2018).

³³⁷ SSTSJM 843/218 de 12 septiembre 2018 (rec. 528/2018); 599/2019 de 19 julio (rec. 410/2019) y 726/2014 de 29 septiembre (rec. 483/2014).

³³⁸ STSJM 711/2004 de 6 julio (rec. 2027/2004).

³³⁹ SSTSJM 446/2006 de 23 mayo (rec. 1464/2006) y 137/2009 de 27 febrero (rec. 5890/2008).

³⁴⁰ STSJM 1045/2003 de 9 diciembre (rec. 3115/2003).

³⁴¹ SSTSJM 1045/2003 de 9 diciembre 2003 (rec. 3115/2003) y 744/2005 de 20 septiembre (rec. 1743/2005).

³⁴² STSJM 1042/2006 de 29 diciembre 2009 (rec. 4735/2006).

e) Servicios en el hogar familiar

La diferenciación entre la relación laboral común y especial, por la naturaleza doméstica o no de los servicios prestados, se resuelve atendiendo a que se realicen en el hogar y que la empleadora sea una entidad mercantil o una persona física³⁴³, siendo común, por ejemplo, que la prestación de servicios no esté sujeta a un régimen estricto de horarios y que exista auto-organización en el desarrollo del trabajo³⁴⁴. Así pues, el objeto de la relación laboral especial que regula el RD 1620/2011 son los servicios prestados para la casa, en cuyo seno se realizan, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, ya sea jardinero cuidador, limpiador, asistente personal, chófer o empleado del hogar³⁴⁵. No obstante, también es posible establecer una relación laboral especial como empleado de hogar con el asistente de personas que conviven en el mismo hogar por razones religiosas³⁴⁶. Se considera igualmente relación de empleada de hogar, la prestada como servicios domésticos en hogar familiar, aunque fuera contratada a través de la empresa en la que trabajaba el cabeza de familia³⁴⁷. En el sentido contrario, no se ha considerado relación laboral ordinaria la de los asistentes que prestaban servicios para una embajada, porque esta es integrante de la Administración de un Estado, aunque en la misma viva el embajador y su familia³⁴⁸. Se presume, salvo prueba en contrario, que las notas de remunerabilidad, dependencia y ajenidad no concurren en las relaciones de colaboración y convivencia familiar como las denominadas *au pair*³⁴⁹.

f) Montaje, mantenimiento y asistencia técnica

Se observa, como nota definitiva, la dependencia y, en particular, la integración del profesional en el círculo rector, organizativo y disciplinario del

³⁴³ SSTSJM 235/2002 de 9 abril (rec. 6356/2001) y 790/2015 de 23 noviembre (rec. 618/2015); 260/2004 de 23 marzo (rec. 5822/2003); 914/2017 de 14 noviembre (rec. 2681/2007) y 915/2017 de 14 noviembre (rec. 2859/2007).

³⁴⁴ SSTSJM 466/2007 de 25 junio (rec. 2117/2007), 569/2007 de 4 julio (rec. 56/2006) y 131/2002 de 15 marzo (rec. 486/2002).

³⁴⁵ STSJM 479/2009 de 12 junio (rec. 496/2009); 205/2016 de 2 marzo (rec. 960/2015); 128/2018 de 9 de febrero (rec. 1063/2017); y 719/2012 de 17 octubre (rec. 2792/2012).

³⁴⁶ STSJM 100/2008 de 13 febrero (rec. 359/2008).

³⁴⁷ STSJM 260/2004 de 23 de marzo (rec. 5822/2003).

³⁴⁸ STSJM 591/2004 de 15 junio (rec. 1058/2004).

³⁴⁹ STSJM 963/2010 de 2 de diciembre (rec. 3209/2010).

empresario³⁵⁰, debiendo prevalecer la naturaleza de la relación, por encima de cuestiones formales tales como el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o la facturación con inclusión de IVA³⁵¹. Una de las principales cuestiones objeto de análisis radica en la titularidad del material empleado para la realización de los trabajos. Se han considerado fuera del ámbito de las relaciones laborales los trabajos realizados con sus propias herramientas y materiales, aunque fuese con derecho de reembolso por la contratista³⁵². Se toman igualmente en cuenta circunstancias como la existencia de lapsos temporales durante los que no se efectúa la prestación de servicios y el modo de retribuirlos. En este sentido, se valora si los encargos realizados se abonan de manera individualizada, identificando el trabajo en cuestión, con independencia de que los trabajos se facturen de manera acumulada o si se trata de un pago periódico; lo cual constituirá un indicio de que la relación es de naturaleza laboral o civil, respectivamente³⁵³.

g) **Asistencia sanitaria domiciliaria**

Trabajadores dedicados a la asistencia sanitaria domiciliaria, en la que es habitual prestar servicios bajo conveniencia y con la disponibilidad del trabajador, previo aviso de la empresa para prestar dicho servicio. Siendo habitual que se declare la naturaleza civil de la relación, sobre la base de que no concurren las notas de dependencia y ajenidad³⁵⁴.

h) **Mandatario**

La figura del mandatario regulada en el Código Civil, establece entre las notas del “contrato de mandato” la obligación de atenerse a las instrucciones del mandante; la de rendir cuentas de sus operaciones, la posibilidad de nombrar sustituto, salvo que el mandante se lo haya prohibido, etc., por lo que

³⁵⁰ STSJM 467/2006 de 5 julio (rec. 2425/2006).

³⁵¹ SSTSJM 554/2009 de 23 junio 2009 (rec. 1249/2009).

³⁵² SSTSJM 775/2011 de 23 noviembre (rec. 3384/2011); 117/2012 de 24 febrero (rec. 23/2012) y 752/2010 de 15 noviembre (rec. 4610/2010).

³⁵³ SSTSJM 489/2001 de 26 octubre (rec. 3982/2001); 498/2014 de 16 junio (rec. 31/2014); 177/2012 de 24 febrero (rec. 23/2012) y 704/2006 de 26 septiembre (rec. 2342/2006).

³⁵⁴ STSJM 28/2017 de 18 de enero (rec. 287/2016); 703/2015 de 18 octubre 2015 (rec. 371/2015) (JUR\2015\253196); 629/2014 de 14 de julio 201(rec. 2073/2013); 668/2001 de 2 de octubre (rec. 1446/2001).

existe una frontera difusa. Se inclinan por el contrato civil cuando el demandante gozaba de autonomía funcional en el desarrollo de su trabajo, no estaba sujeto a jornada ni a horario, ni sometido al poder disciplinario de la sociedad demandada, y se permitía la sustitución del mandatario –art. 1721 del C.Civil–³⁵⁵.

i) Apoderado

En el mismo sentido, es relación civil y no laboral, la del apoderado de una sociedad mercantil que presta servicios de manera esporádica, siendo común que se simultanee dichas funciones con la condición de socio³⁵⁶.

³⁵⁵ SSTSJM 360/2008 de 29 de abril (rec. 934/2008); 12/2014 de 15 abril (rec. 534/2008); 159/2008 de 3 marzo (rec. 165/2008); 197/2008 de 4 marzo (rec. 5755/2007).

³⁵⁶ SSTSJM 12/2014 de 13 enero (rec. 1279/2013).

CAPÍTULO XXII

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

INMACULADA BAVIERA PUIG

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Navarra

SUMARIO: I. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.* a) Tareas sin compromiso personal. b) Trabajo autónomo. c) Trabajo no remunerado. c.1) Trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad. c.2) Voluntariado. c.3) Trabajos familiares. c.3.1) Existencia de relación laboral. c.3.2) Inexistencia de relación laboral.–II. *Actividades religiosas.*–III. *Actividades sindicales y políticas.*–IV. *Trabajo a domicilio.*–V. *Socios, administradores y directores.* 5.1. Existencia de relación laboral. 5.2. Inexistencia de relación laboral.–VI. *Cooperativistas.*–VII. *Relaciones con causa formativa.*–VIII. *Actividades deportivas.*–IX. *Espectáculos públicos.*–X. *Profesiones liberales.*–XI. *Personal sanitario.*–XII. *Personal docente.*–XIII. *Profesionales de la comunicación.*–XIV. *Comerciales, agentes y vendedores.*–XV. *Distribuidores, repartidores y transportistas.*–XVI. *Servicios prestados a la Administración.*–XVII. *Actividades de alterne y similares.*–XVIII. *Varia.*

I. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD

a) **Tareas sin compromiso personal**

La imposibilidad de que el propio trabajador decida, unilateralmente, su sustitución por otra persona, para la realización de servicios como la llevanza de la contabilidad y otras labores de tipo administrativo, a las cuales se había obligado personalmente, en el marco del círculo rector del empresario (sujeto a un horario y jornada de trabajo, aun cuando no estaba obligado a fichar mediante huella dactilar, siguiendo instrucciones y desarrollando su actividad en las instalaciones y con los medios de la empresa) y a cambio de una remuneración fija mensual, abonada incluso en vacaciones, desplazó el arrendamiento de servicios, a favor del contrato de trabajo, pese a que el contable se encontraba de alta en el RETA y cargaba el IVA en la facturación de sus servicios ¹.

b) **Trabajo autónomo**

Cuando la prestación de un trabajador autónomo coincide con el objeto social de la empresa donde desarrolla sus servicios, en este caso un taller, puede ser un indicio de que la relación es laboral y no un trabajo autónomo. Refuerza esta tesis el hecho de que los servicios de mantenimiento y reparación de los vehículos de los clientes eran realizados dentro del local de la empresa, empleando sus medios materiales de producción, tales como el suministro de electricidad, carburante, piezas y recambios, aportando tan solo el trabajador sus propias herramientas y su mano de obra. Esto es, se trataba de trabajos de mecánica en general y no de un trabajo especializado restringido al cambio de correa de distribución de los vehículos (como así reflejaban las facturas emitidas por el taller). Además, la jornada de prestación de servicios del trabajador coincidía, por voluntad empresarial, con el horario del establecimiento. Todo ello ponía de manifiesto la ausencia de iniciativa económica por cuenta propia y, que, al darse los presupuestos sustantivos (trabajo personal, voluntario, dependiente, por cuenta ajena y, en cuanto tal, retribuido), realmente se trataba de una relación laboral de los artículos 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores ².

¹ STSJ Murcia 13 mayo 2013 (rec. 133/2013).

² STSJ Murcia 20 marzo 2019 (rec. 362/2018).

c) Trabajo no remunerado

C.1.) TRABAJOS AMISTOSOS, BENÉVOLOS Y DE BUENA VECINDAD

Los trabajos amistosos, como la ayuda en las tareas de cocina a un amigo propietario de un chiringuito, sin percibir remuneración alguna y sin que la actividad prestada se desarrolle dentro de la organización y dirección de otra persona, evidencian la condición de no asalariado. En consecuencia, la jurisdicción competente no es la social sino la civil, a efectos de la reclamación derechos y de cantidad por el accidente acaecido en el desarrollo de dichas tareas³. Tampoco la colaboración en tareas concretas por parte del jefe de administración de una empresa, que había sido despedido disciplinariamente, puede calificarse de relación laboral⁴.

C.2.) VOLUNTARIADO

La acción de voluntariado de Cruz Roja Española, a través de distintos programas (servicios preventivos, servicios sociales, socorros y emergencias, salvamento marítimo, cobertura de playas y equipos de respuesta inmediata de emergencias), firmando las fichas correspondientes de colaboración y percibiendo una cantidad en concepto de compensación por gastos, constituye un trabajo amistoso o benévolo, aun cuando hubiera estado vinculado, durante algunos períodos, con Cruz Roja Española a través de distintos contratos laborales⁵. No cabe extraer que la percepción de una cantidad por gastos, además de la amplia libertad de asistencia a sus tareas, trate de sustituir un trabajo retribuido. Este tipo de relación está amparada por la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado (precedida por la Ley 6/1996, de 15 de enero)⁶. El tema de la compensación es clave, ya que, si se perciben cantidades que no encajan en el concepto de compensación por gastos o indemnizaciones, o sobrepasan de forma manifiesta dicha finalidad compensatoria, el altruismo o el carácter solidario estaría ausente. Si a ello se añade una disponibilidad no esporádica, sino significativa, en términos asimilables a los laborales, ya que no se ha limitado a realizar actividades relacionadas con proyectos concretos, sino que ha participado en la realización de funciones permanentes o propias

³ STSJ Murcia 10 mayo 2004 (rec. 421/2004).

⁴ STSJ Murcia 17 septiembre 2008 (rec. 701/2008).

⁵ STSJ Murcia 15 junio 2009 (rec. 482/2009).

⁶ SSTSJ Murcia 5 marzo 2012 (rec. 700/2011) y 13 febrero 2012 (rec. 368/2011).

del Ayuntamiento, no se trataría de un supuesto de voluntariado sino de una relación laboral⁷.

La participación de agrupaciones de voluntarios en Protección Civil, bajo la dependencia de las corporaciones locales, está prevista por ley y no se configura en principio como laboral. El artículo 7.2 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, establece que la participación de los ciudadanos en las tareas de protección civil se podrá canalizar a través de las entidades de voluntariado, conforme a la Ley 45/2015, de 14 de octubre. Del Plan de Vigilancia y Rescates en Playas y Salvamento en la Mar de la Región de Murcia (Plan Copla), así como del convenio de colaboración con el Ayuntamiento de Cartagena para el establecimiento de la estructura operativa, no se puede concluir que el servicio de conducción de ambulancias pueda ser desempeñado por voluntarios de protección civil, al no poder incluirse en el concepto de socorrista. De este modo, si el conductor de ambulancias desempeña actividades de carácter permanente, no vinculadas a las necesidades estivales, el Ayuntamiento debe cubrir tal necesidad mediante su propio personal (funcionario o laboral) o mediante una persona perteneciente a una contrata externa. El hecho de recurrir a la bolsa de voluntarios de protección civil para eludir la contratación laboral constituye fraude de ley, por lo que la relación de servicios deviene laboral, indefinida no fija, al no cumplirse los requisitos de mérito y capacidad. En este caso, no se declaró la nulidad del despido por haber superado el umbral del artículo 51 del Estatuto, sino su improcedencia, al tener que analizar la posible relación laboral en cada uno de los miembros de la Agrupación de Voluntarios de Protección Civil⁸.

En este contexto, pueden ser compatibles tres tipos de relaciones con una asociación cultural y social, a saber: presidenta, socia y trabajadora por cuenta ajena (como educadora), bajo las órdenes de los órganos societarios de dirección y percibiendo un salario. De este modo, se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, pues la educadora no ha hecho suyos los frutos ni ha asumido los riesgos de su actividad, que han revertido en la asociación, cuya gestión depende de órganos colegiados (Asamblea General y Junta Directiva). Pese a que las decisiones y acuerdos son ejecutados por la presidenta, esta carece de autonomía en la gestión y su cargo no es retribuido. Tampoco es óbice para la contratación de una persona, que a la vez ostenta la condición de socia y presidenta y cuyas tareas permiten el mejor cumplimiento de los fines de la asociación, el hecho de que los socios deban

⁷ STSJ Murcia 27 junio 2018 (rec. 1271/2017).

⁸ STSJ Murcia 5 diciembre 2018 (rec. 741/2018).

trabajar y participar en el logro de tales fines. Por todo ello, la educadora –que causó baja en la Seguridad Social, a consecuencia de los recortes en subvenciones sufridos por la asociación– tiene derecho a las prestaciones por desempleo contributivo⁹.

La Sala también ha resuelto, a favor de la existencia de una relación laboral, en el caso de los servicios prestados por un miembro de una asociación civil de carácter no lucrativo. Se trata de una psicóloga y socia de la Asociación Murciana de Apoyo a la Infancia Maltratada. Esta última se nutre de cuotas abonadas por los socios y por subvenciones que recibe, destinadas por completo a los fines sociales, sin que en ningún caso se repartan entre los miembros de la asociación. La psicóloga puede prestar sus servicios profesionales para la propia asociación, por medio de una relación laboral por cuenta ajena, con la correspondiente retribución, ya que además no formaba parte de los órganos de administración y control. El INEM debe computar todo el período de prestación de servicios de esta psicóloga, a efectos del subsidio, sin que para ello sea óbice su condición de socia¹⁰.

C.3.) TRABAJOS FAMILIARES

c.3.1.) *EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL*

Se destruye la presunción *iuris tantum* en los trabajos familiares (art. 1.3 e) ET) cuando se demuestra que el hijo del socio de una empresa vive en un domicilio distinto. Esto es, si no existe convivencia, queda acreditada la condición de asalariado del actor, la ausencia de fraude en la contratación del mismo (ya que el fraude no se presume) y, en consecuencia, es beneficiario de las prestaciones de la Seguridad Social. El hecho de que el actor tuviera una libreta del banco con su madre no se consideró relevante para la resolución del caso¹¹.

La convivencia con el titular de la empresa, por parte de la esposa del administrador único de una sociedad, no impide la condición de asalariada si se acreditan las siguientes circunstancias: percepción de un salario mensual (que le independiza económicamente de su marido); el régimen económico de separación de bienes del matrimonio; y no tener participaciones ni capacidad alguna de decisión en la sociedad de su esposo. Por todo ello, ni sus servicios

⁹ STSJ Murcia 8 julio 2013 (rec. 1325/2012).

¹⁰ STSJ Murcia 17 diciembre 2001 (rec. 1157/2001).

¹¹ STSJ Murcia 25 noviembre 2002 (rec. 1186/2002).

pueden considerarse destinados a incrementar el patrimonio conyugal, ni puede considerarse que esté a cargo de su marido y, una vez extinguida la relación laboral, la trabajadora tendrá derecho a las prestaciones por desempleo ¹².

c.3.2.) *INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL*

La presunción del artículo 1.3 e) ET, relativa a los trabajos familiares, no queda desvirtuada aun cuando el cónyuge que convive con el empresario hubiera suscrito un contrato de trabajo, hubiera sido dado de alta en el régimen general de Seguridad Social, y dispusiera de nóminas mensuales (que no acreditan la percepción efectiva de una retribución, ya que no dispone de cuenta propia y su matrimonio es en régimen de gananciales), con el único fin de crear una apariencia de relación laboral ordinaria que le permitiera el acceso a las prestaciones por desempleo ¹³.

Tampoco existe relación laboral, sino una colaboración familiar, en el caso de la hermana de dos de los socios mayoritarios de un taller mecánico y esposa del tercero de ellos, que realizó tareas de carácter esporádico, sin que se hubiera demostrado la percepción de retribución alguna, salvo un par de cheques entregados posteriormente al marido de aquella. Por tanto, la reclamación de cantidad por el tiempo que colaboró no debe efectuarse en el orden jurisdiccional social, sino en el civil ¹⁴. En este mismo sentido, ni la ayuda puntual del hermano del empresario (perceptor del subsidio de desempleo), que murió por accidente, dará derecho a las prestaciones para la familia derivadas de un accidente de trabajo ¹⁵; ni el hecho de acudir ocasionalmente para estudiar a una oficina de empresa, de la cual es gerente el compañero de una familiar, aun cuando se reciba por ello una ayuda económica (bajo el concepto de nómina, para llevar a cabo cursos de formación), será considerado como relación laboral ¹⁶.

II. ACTIVIDADES RELIGIOSAS

No puede asimilarse a la situación de los trabajadores por cuenta ajena de empresas españolas, destinados por estas para prestar servicios en otros países,

¹² STSJ Murcia 3 diciembre 2012 (rec. 450/2012).

¹³ STSJ Murcia 2 julio 2012 (rec. 57/2012).

¹⁴ STSJ Murcia 25 julio 2000 (rec. 633/1999).

¹⁵ STSJ Murcia 22 mayo 2006 (rec. 575/2006).

¹⁶ STSJ Murcia 5 marzo 2012 (rec. 371/2011).

la actividad de un religioso de la Iglesia Católica durante los períodos que pasó fuera de España. Dichos períodos en Colombia y Venezuela tampoco pueden computarse como cotizados, a efectos de calcular la cuantía de la pensión de jubilación del religioso actualmente secularizado, siempre y cuando sean anteriores al 1 de enero de 1962. Sin embargo, a partir de esta fecha (en que comenzó a funcionar la primera Mutualidad de Trabajadores Autónomos), pueden computarse los siete meses de servicios prestados en Venezuela (país con el que existe convenio bilateral)¹⁷.

III. ACTIVIDADES SINDICALES Y POLÍTICAS

Los trabajos de naturaleza representativa o administrativa realizados como liberado sindical, percibiendo una retribución mensual por parte del sindicato, carecen de la nota de ajenidad, sin que sea obstáculo la afiliación de aquel a la Seguridad Social. Esto es, la relación no es laboral, sino meramente asociativa, entre los liberados sindicales retribuidos y el sindicato¹⁸, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo¹⁹.

IV. TRABAJO A DOMICILIO

Las reparaciones en un domicilio, realizadas por un trabajador extranjero sin permiso de trabajo, en agradecimiento por el suministro diario de pan (por parte del titular de una panadería), que ni son retribuidas ni pretenden serlo (tampoco retribuidas en especie a cambio del pan), constituyen una prestación de hacer amistosa desprovista del carácter oneroso de la relación laboral²⁰.

V. SOCIOS, ADMINISTRADORES Y DIRECTORES

5.1. Existencia de relación laboral

La actividad de un socio no impide la realización de una actividad laboral por cuenta ajena para la sociedad, aun cuando su labor se pacte con los demás

¹⁷ STSJ Murcia 12 noviembre 2001 (rec. 696/2001).

¹⁸ SSTSJ Murcia 3 diciembre 2001 (rec. 1141/2001) y 15 abril 2002 (rec. 320/2002).

¹⁹ STS 688/1987 de 7 abril (recurso de casación por infracción de ley).

²⁰ STSJ Murcia 22 febrero 2001 (rec. 717/2000).

socios como parte de su compromiso social, esté dado de alta en el RETA y esté autorizada su firma (de manera mancomunada) en una cuenta de la sociedad. Y ello debido a que no se limitaba al desempeño de su condición de socio, sino que prestaba sus servicios bajo la dirección del administrador único y percibía una compensación mensual en concepto de salario (correspondiente a la distribución de beneficios), además del abono de las cotizaciones a la Seguridad Social²¹. Asimismo, si la participación social del trabajador alcanza el 25%, pero carece de la capacidad de tomar por sí mismo decisiones o no es administrador de la sociedad, pese al erróneo encuadramiento del trabajador en el régimen de autónomos de la Seguridad Social, no impide la calificación del vínculo jurídico como laboral y el posterior despido como improcedente. A ello se añade el hecho de que ha venido prestando servicios como encargado de la sección de máquinas, por cuenta y bajo la dependencia de la empresa, a cambio de un salario, estaba sujeto a una jornada de trabajo, a un horario concreto y disfrutaba de vacaciones como los demás trabajadores, por lo que concurren las notas de ajenidad y dependencia del artículo 1.1 del Estatuto²². También cabe la concurrencia de la condición de administrador de la sociedad (cuya participación social no es mayoritaria) y la relación laboral común, al no existir una identidad funcional entre ambas y ser independientes entre sí²³.

Resulta irrelevante la calificación que las partes otorguen a la relación de servicios suscritos en el contrato, debiendo estarse al conjunto de derechos y obligaciones pactados y realmente ejercitados. Por ello, un gerente y apoderado que, al amparo formal de un contrato de arrendamiento de servicios, cuyo objeto era arrendar la dirección comercial, administrativa y urbanística, así como la gestión de sociedades por cuenta y orden del Consejo de Administración, percibiendo como parte de su retribución un porcentaje en los beneficios de cada promoción, era en realidad acreedor de una relación laboral especial de alta dirección. No era óbice para ello el hecho de cobrar –mediante facturas– un complemento de participación en beneficios, puesto que la retribución tenía un carácter fijo mensual. Tampoco las funciones gerenciales que desempeñaba podían considerarse como una actividad autónoma y diferenciable de la empresa, esto es, propia de la figura del arrendamiento de servicios con un profesional libre. En consecuencia, la revocación de los poderes se consideró desistimiento, puesto que la naturaleza de la relación era laboral especial de alta dirección²⁴.

²¹ STSJ Murcia 10 julio 2006 (rec. 692/2006).

²² STSJ Murcia 10 junio 2009 (rec. 401/2009).

²³ STSJ Murcia 22 febrero 2001 (rec. 372/2000).

²⁴ STSJ Murcia 16 abril 2012 (rec. 454/2011).

5.2. Inexistencia de relación laboral

No tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena, a efectos de poder acceder a las prestaciones por desempleo, la gerente que ostenta la condición de administradora social con funciones ejecutivas. Las amplias facultades otorgadas a la gerente, como parte del consejo de administración de la sociedad, da lugar a que la relación no sea de índole laboral, sino mercantil. Solo cuando la función gerencial se realiza por cuenta ajena y sin pertenecer a los órganos sociales, en virtud de apoderamiento y no a título de relación societaria, puede apreciarse la figura del alto cargo²⁵. Y al revés, cuando se ostenta al mismo tiempo la condición de administrador único de una sociedad anónima, presidente del consejo de administración y consejero delegado, sin sujeción a horario ni a control alguno, faltan los requisitos esenciales de ajenidad, dependencia, voluntariedad y retribución exigidos por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores²⁶.

Tampoco existe relación laboral en el caso de una inmigrante que, con el fin de obtener el permiso de trabajo y residencia, suscribe un contrato de arrendamiento de local de negocio (en concreto de un bar que explotaba y regentaba con otra persona) y, además, un contrato de trabajo (en realidad convenido) de duración determinada. En este sentido, no existe ajenidad ni dependencia y, por lo tanto, relación laboral. El contrato de trabajo simulado fue nulo desde su inicio²⁷.

El correcto *nomen iuris* se basa en una calificación jurídica fundada en la realidad. Por ello, no existe una relación laboral en el caso del accionista de una sociedad limitada, que posteriormente se constituye como sociedad cooperativa y el socio consta como trabajador, percibiendo una cantidad mensual en concepto de nómina (sin especificar los conceptos de esta retribución), estando de alta en el RETA y teniendo a su disposición vehículo y teléfono móvil de la empresa. El socio no intentó demostrar la dependencia en forma de órdenes o instrucciones, pues, además, fue nombrado administrador solidario, sin limitación en el ejercicio de sus facultades. Siquiera demostró la ajenidad, llegando a reconocer irregularidades como la percepción de dinero en negro en el reparto de beneficios. En consecuencia, ni se trata de una verdadera cooperativa de trabajo asociado (sino más bien de una sociedad limitada), ni de una auténtica relación laboral (pues no puede beneficiarse de la

²⁵ STSJ Murcia 17 marzo 2003 (rec. 290/2003).

²⁶ STSJ Murcia 9 julio 2001 (rec. 668/2001).

²⁷ STSJ Murcia 25 abril 2006 (rec. 422/2006).

oscuridad de las relaciones mantenidas), por lo que la jurisdicción social se declaró incompetente²⁸.

VI. COOPERATIVISTAS

La condición jurídica del socio-trabajador se asienta, de modo mixto, sobre una relación societaria y, al mismo tiempo, en la prestación de una actividad de trabajo, con tratamiento jurídico-laboral en algunos aspectos²⁹. Sobre esto se asienta la competencia del orden jurisdiccional social en los temas contenciosos relativos a la actividad cooperativizada de la prestación de trabajo, surgidos entre la Cooperativa y el socio-trabajador. Sin embargo, tal atribución competencial no implica que el socio-trabajador sea un trabajador por cuenta ajena, ya que el vínculo con la cooperativa es societario. En este sentido, los socios trabajadores de un centro de enseñanza, concertado con la Administración, tienen derecho al abono de la paga extraordinaria de antigüedad por parte de esta última³⁰.

La realidad material debe prevalecer sobre el *nomen iuris*, con independencia de la calificación jurídica que le den las partes. Como se ha puesto reiteradamente de manifiesto por los tribunales, la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza civil o mercantil no aparece nítida, ni en la doctrina, ni en la legislación ni en la realidad social. Ello se debe a que el contrato de arrendamiento de servicios supone un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo a cambio de un precio, mientras que el contrato de trabajo es una “especie del género anterior”, donde la prestación es dependiente, por cuenta ajena y con una retribución garantizada. El casuismo es enorme, y deben considerarse las circunstancias concurrentes para constatar si se dan las notas mencionadas. La tarea es compleja cuando se trata de un presunto socio cooperativista que desarrolla su trabajo, a través de una subcontrata, para una empresa de telecomunicaciones. En este caso, la empresa contratista, encargada de la instalación de los elementos de telefonía propiedad de la empresa principal, contaba con personal propio y subcontrataba algunos servicios con un instalador, dado de alta en el RETA. Si bien no pudo acreditarse la condición de socio cooperativista de este último, el tribunal determinó la naturaleza laboral y no civil del vínculo basándose en los siguientes indi-

²⁸ STSJ Murcia 24 marzo 2009 (rec. 191/2009).

²⁹ STS 830/1990 de 29 mayo (recurso de casación por infracción de ley).

³⁰ SSTSJ Murcia 25 octubre 2004 (rec. 1053/2004) y 11 abril 2005 (rec. 332/2005).

cios: no era titular de su propia organización empresarial, ya que carecía de taller o sede propia (contando tan solo con un equipo mínimo: herramienta ligera, móvil y vehículo) y de personal a su servicio; no realizaba su trabajo con autonomía, ya que debía atenerse a las instrucciones contenidas en los documentos anexos al contrato para la ejecución de las obras y, en su realización, no se diferenciaba del personal laboral de la empresa contratista; en caso de defectuosa ejecución de la actividad, no existían datos que permitieran concluir que la empresa contratista estuviera exenta de responsabilidad; estaba obligado a ejecutar puntualmente el trabajo encomendado dentro de unos plazos, pese a no estar sujeto a un horario concreto o a la ausencia formal del derecho a vacaciones; y la retribución (pese a no cobrar una cantidad fija mensual) se fijaba por el sistema de pago por puntos de la empresa principal, en función de los trabajos efectuados, sin margen de libertad para fijar el precio³¹.

VII. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA

La realización de un período de prácticas en un despacho profesional, por parte de un estudiante de Derecho, al amparo del Convenio de Colaboración Cooperación Educativa, firmado entre el despacho y la Universidad de Murcia, no es asimilable a una relación laboral. Si bien realizó, junto con otros miembros del despacho, tareas propias de la profesión de abogado (redacción de demandas –salvo firmarlas y comparecer en juicio–, atención de clientes, o resolver temas de extranjería), son en definitiva las propias de una pasantía o formación previa a la obtención de la Licenciatura de Derecho. Las actividades que desempeña son de carácter menor y le permiten la adquisición de experiencia, aun cuando perciba una compensación económica. El estudiante no ha obtenido todavía el título universitario y no ha sido dado de alta en el Colegio de Abogados. Por todo ello, su relación ni es laboral ni se ha producido despedido alguno³².

En el ámbito médico, también se ha considerado que el tiempo de actividad como becario, con una duración de casi tres años (a finales de la década de los 50), previo a la obtención de plaza de médico de la Seguridad Social, no es computable a efectos de antigüedad. El médico becario no es asimilable a ninguna modalidad de prestación de servicios de la Administración (régimen funcionarial, contratación administrativa o laboral), ya que la entidad le otorgó la

³¹ STSJ Murcia 8 enero 2020 (rec. 828/2019).

³² STSJ Murcia 10 diciembre 2012 (rec. 783/2012).

beca para conseguir una más adecuada preparación profesional, pero no tenía por objeto beneficiarse de la prestación de sus servicios mediante la correspondiente retribución³³.

VIII. ACTIVIDADES DEPORTIVAS

En el ámbito deportivo es frecuente la contratación de futbolistas menores de edad, pero deben observarse una serie de requisitos. Uno de ellos es la obligada presencia de los padres o tutores, que completan su capacidad de obrar, caso contrario el contrato no es válido. Por ello, si un jugador de 17 años celebra un contrato de trabajo con el Real Murcia Club de Fútbol Sociedad Anónima Deportiva, por el cual el menor se compromete a prestar servicios como deportista profesional para dicha entidad, sin que conste la presencia del padre y sin que se hayan celebrado conversaciones previas con este, el consentimiento prestado no es válido y en consecuencia el contrato es nulo (sin capacidad de subsanación, no anulable) y no puede producir los efectos pretendidos³⁴.

La ajenidad y la dependencia son dos notas definitorias de la existencia de una relación laboral. Por ello, si un jugador de baloncesto percibe una retribución (no una compensación por gastos), y está sometido a la disciplina del club de baloncesto, media entre ambos una relación laboral especial al amparo del artículo 1.2 del RD 1006/1985, de 26 de junio, con independencia de la calificación de aficionado o profesional que se le pueda atribuir³⁵.

IX. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

Se entiende por esta relación especial la que media entre el empresario u organizador de espectáculos públicos y quienes desempeñan voluntariamente la prestación de “una actividad artística por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de aquellos, a cambio de una retribución” (art. 1.2 Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos). De este modo, se apreció la existencia de dicha relación en el caso de una empresa que, para la ejecución

³³ STSJ Murcia 5 febrero 1998 (rec. 1321/1996).

³⁴ STSJ Murcia 1 diciembre 2008 (rec. 938/2008).

³⁵ STSJ Murcia 23 abril 2001 (rec. 1206/2000).

de su objetivo social, organizó una orquesta y contrató unos músicos, siendo la empresa la que ofertaba y concertaba con terceros las actuaciones a realizar a cambio de un precio, además de que los músicos se sometían al poder de dirección y organización del empresario (que era quien fijaba la duración de las actuaciones, el vestuario e imagen, las condiciones para el transporte de los músicos, el repertorio a desarrollar y los ensayos que debían efectuar). Carecía de relevancia, a efectos de estimar la naturaleza laboral especial de esta relación, el hecho de que los músicos tuvieran otro trabajo o actividad remunerada que compatibilizaban con la actividad artística; las reducidas dimensiones y escaso nivel de contratación de la empresa, pues estaba dotada de la estructura necesaria para la realización de una actividad empresarial; que las actuaciones se efectuaran en domingo, festivo o en horario distinto del comercial; y, por último, la ausencia de registro del contrato en el Servicio Público de Empleo, pues dicha inscripción carece de carácter constitutivo y este incumplimiento del empresario no puede perjudicar al trabajador³⁶.

X. PROFESIONES LIBERALES

La profesión de abogado es una de las que más ha dado lugar a controversias resueltas por la Sala. En este sentido, la jurisdicción social es incompetente para conocer de la relación de socio irregular o de testaferro en un despacho de abogados, fruto de una amistad entre dos de los profesionales, relación que no puede incardinarse en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Ni siquiera las entregas monetarias realizadas podían adquirir el carácter de salario, al expresar liquidaciones periódicas como resultado de esas relaciones comerciales. Además, tales pagos eran de cuantía variable, no se efectuaban regularmente y solían ir vinculadas a cobros de clientes. Tampoco quedó acreditada la subordinación que caracteriza toda relación laboral³⁷. Asimismo, no existe relación laboral y menos a tiempo parcial, en el caso del abogado integrado en un bufete por medio de una relación societaria que cobra por la participación en los dividendos, conforme a su aportación en el capital de la sociedad limitada y, además, percibe la retribución correspondiente a la prestación de sus servicios profesionales como abogado (lo que

³⁶ STSJ Murcia 10 febrero 2009 (rec. 29/2009).

³⁷ STSJ Murcia 29 noviembre 1989 (rec. 195/1989).

constituye un arrendamiento de servicios, cuya dedicación depende de las necesidades de los clientes)³⁸.

Los abogados en régimen de pasantía tampoco son sujetos de una relación laboral, no habiendo obtenido la titulación de licenciado en Derecho, por lo que la realización de tareas de aprendizaje les impide estar dentro de la relación laboral especial regulada por el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre. Tampoco pueden ser sujetos de un contrato de prácticas, ya que requiere habilitación para ejercer la profesión de abogado; ni es suficiente, para la existencia de un contrato de trabajo, la existencia de un servicio o de una actividad determinada y de su remuneración correspondiente. Si no existe dependencia o subordinación, por parte del que presta un servicio a las personas a favor de quienes se ejecuta, el contrato es meramente civil. El hecho de recibir directrices, consejos y asesoramiento de los profesionales que dirigen las tareas de formación y preparación del pasante, no supone la inclusión dentro del ámbito de organización y dirección de otro. Con posterioridad al período de pasantía, tampoco se acreditó la concurrencia de una relación laboral, por lo que las cantidades abonadas en el mes de enero de cada año tampoco pueden reputarse como salario. Las actoras atendieron sus propios clientes compartiendo las instalaciones del despacho, pero ello no da lugar a una relación laboral especial conforme al artículo 1.2. c) y d) del RD 1331/2006. El hecho de derivar clientes a otros compañeros del despacho, con más experiencia o especialización, para cuidar la defensa del asunto, no conlleva el establecimiento de unas directrices ni de órdenes o sometimiento a un régimen disciplinario. La contraprestación económica percibida por esta actividad estaba vinculada enteramente a la obtención de un resultado, sin tener garantizados unos ingresos mínimos³⁹.

La prestación de la actividad de abogado puede quedar encuadrada en una relación laboral, como en el caso del abogado que suscribió un contrato de arrendamiento de servicios profesionales, con una duración de 5 años, para la defensa jurídica y asesoramiento de los propietarios de las fincas urbanas administradas por la Corporación; sin subordinación ni integración en la organización de aquella, pero dando cuenta de su actividad y bajo las órdenes del secretario de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Murcia; permaneciendo con un horario concreto en los locales de la Cámara; con dedicación exclusiva y percibiendo una retribución mensual⁴⁰. Asimismo, el abogado que

³⁸ STSJ Murcia 29 abril 1996 (rec. 1238/1995).

³⁹ STSJ Murcia 4 marzo 2020 (rec. 1101/2018).

⁴⁰ STSJ Murcia 10 octubre 1995 (rec. 775/1994).

realiza servicios normales y permanentes en un Ayuntamiento, bajo la apariencia de una contratación administrativa, en las mismas condiciones y circunstancias que el resto del personal, sin autonomía real en el desempeño de sus funciones, también es sujeto de una relación laboral⁴¹.

Corroborar la existencia de una relación laboral el hecho de garantizar unos ingresos mínimos periódicos a los abogados (art. 1.2 d) Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos). Esto es, cuando el despacho abona una retribución o salario mínimo garantizado, que no depende del resultado ni de los honorarios generados por el despacho. Este argumento, a favor de la existencia de una relación laboral, queda reforzado por el hecho de que el trabajo de los abogados no es organizado por ellos, sino por el despacho, además de que no aportan organización, medios o estructura material alguna⁴².

No destruye la presunción de laboralidad el hecho de que la abogada no estuviera de alta en la Seguridad Social (pues por medio de la colegiación puede acceder al sistema mutualista, que puede compensar dicha falta de afiliación), ni que de forma excepcional hubiera defendido algunos asuntos particulares relacionados con su familia, utilizando el despacho y con autorización del titular del mismo, siempre que concurren los demás requisitos. Y es que, en este caso, la abogada prestaba servicios de asesoramiento, defensa y representación en todo tipo de actuaciones y juicios de los clientes del despacho, sin contribuir a los gastos de mantenimiento, y en cuyo local recibía y atendía a los clientes. Con cierta flexibilidad, la actora debía acomodarse al horario de trabajo que tenía el bufete, debiendo comunicar las posibles variaciones, además de seguir las órdenes e instrucciones que le daban y de percibir por sus servicios una cantidad fija⁴³.

Otra profesión liberal, además de la de abogado, es la de arquitecto, que si se integra como socio en un despacho para el ejercicio de su actividad profesional, al amparo de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, quedará al margen del régimen laboral una vez acreditado que percibe beneficios en proporción a su capital social, con carácter irregular (lo que no es asimilable al salario previsto en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores); que está afiliado al RETA y encuadrado en el organigrama de la empresa como uno más de los socios; que no está sujeto a horario alguno, sino que

⁴¹ STSJ Murcia 5 noviembre 2012 (rec. 749/2012).

⁴² STSJ Murcia 10 octubre 2018 (rec. 1140/2017).

⁴³ STSJ Murcia 2 noviembre 2004 (rec. 1041/2004).

tiene carácter meramente orientativo, con plena adaptabilidad para atender posibles eventualidades o necesidades y facilitar la coordinación entre los socios, bastando para ello con una mera comunicación verbal (a diferencia del personal laboral de la empresa que tiene un control horario, normas disciplinarias y un régimen de permisos y vacaciones); y que, pese a haber sido supervisado diariamente en su condición de arquitecto de la obra y emplear los medios materiales de la empresa, emitió las oportunas certificaciones de obra⁴⁴.

Es posible la coexistencia de una relación laboral y otra civil o mercantil. Las fronteras de una doble clase de prestación: civil (arrendamiento de servicios) y laboral, entre un arquitecto técnico y el INSS, fue posible por la delimitación de las tareas a realizar y en función de la retribución. Por un lado, el arrendamiento de servicios, inherente a las tareas de aparejador como profesión liberal, ha venido marcado por la percepción de unos honorarios, cobrados por acto realizado. Además, la inexistencia de jornada de trabajo y de despacho en la empresa demandada atenúa la nota de dependencia. Por otro lado, la relación laboral hace referencia por exclusión a otros trabajos distintos de dirección y vigilancia y está revestida formalmente por el abono de una cantidad fija mensual, denominada sueldo, documentada en nóminas, que ha llevado aparejada el alta en el régimen general de la Seguridad Social. Además, la participación en las elecciones sindicales, por parte del arquitecto, conduce a reconocer la existencia de un contrato de trabajo conforme al artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores⁴⁵.

El personal médico en clínicas privadas es otra profesión liberal que puede realizarse bajo dependencia. No es óbice, para la consideración de un contrato de trabajo, el hecho de estar dado de alta en el RETA y percibir como retribución una cantidad por informe ecográfico realizado. El profesional atendía a los pacientes de la clínica, en sus propias instalaciones y con el auxilio del personal y demás medios facilitados por aquella. Por ello, la comunicación verbal del cese fue calificada como despido improcedente⁴⁶. Ni siquiera el hecho de ser socio (minoritario) de la propia clínica, y de prestar servicios como director médico (quien, además, trabajaba en la sanidad pública), puede impedir que, si concurren las notas de trabajo libre, retribuido, dependiente y por cuenta ajena, el vínculo que une al médico con la clínica sea calificado como laboral⁴⁷.

⁴⁴ STSJ Murcia 20 octubre 2014 (rec. 6/2014).

⁴⁵ STSJ Murcia 17 febrero 1997 (rec. 1356/1995).

⁴⁶ STSJ Murcia 25 junio 2012 (rec. 255/2012).

⁴⁷ STSJ Murcia 3 febrero 2000 (rec. 1487/1999).

XI. PERSONAL SANITARIO

Los servicios prestados por médicos no estatutarios para los servicios de un ayuntamiento pueden ser laborales, aun cuando no se haya formalizado un contrato de trabajo. En este sentido, hay que estar a la realidad de las circunstancias, con independencia del “nomen iuris” o de la calificación que le den las partes. Si el Ayuntamiento suscribió un contrato administrativo con un médico que llevaba a cabo sus servicios en las dependencias y con los medios materiales del consistorio; con horario y percibiendo una retribución fija mensual; figurando de alta como profesional autónomo en el IAE; y fue sustituido por otro facultativo tras su cese por el Ayuntamiento, bien puede afirmarse que se trata de trabajos habituales que no pueden ser amparados por la norma administrativa. Por todo ello, la prestación de servicios era laboral y, en consecuencia, el tribunal calificó el despido de improcedente⁴⁸.

Por el contrario, no se declaró laboral el nombramiento como facultativo interino (para la plaza de analista en la localidad de Águilas), hasta la cobertura o amortización de dicha plaza. El cese fue ajustado a derecho, al concurrir una de las causas por las que podía producirse la condición resolutoria. Esto es, el farmacéutico que vio amortizada su plaza de interino no puede alegar un despido nulo o improcedente, por fraude de ley en la contratación, ya que su relación difícilmente podía ser calificada de laboral⁴⁹. La cuestión no siempre resulta fácil de dilucidar, ya que el contrato que vincula a las partes se sitúa a menudo en esa frontera imprecisa entre la propia y verdadera relación jurídica de trabajo y otro tipo de relación, como es el arrendamiento de servicios. En este contexto, se sitúa el caso de un médico que reclama el reconocimiento de su relación como laboral, durante cinco años (1983-1988), con la Cruz Roja Española. Este prestó servicios como médico colaborador en las dependencias del Hospital de Cruz Roja de Murcia, en Medicina Interna y como jefe de Sección en Crónicos-Geriatría por medio de gratificaciones u honorarios por servicios concretos (sin que pueda considerarse una remuneración fija y regular), sin estar sometido a una jornada de trabajo fija, ni a un horario determinado, ni al control por parte de la referida entidad. Tampoco consta que su prestación haya sido organizada por el centro hospitalario, más bien el médico organizaba con autonomía su trabajo de atención a sus pacientes, fijando los días y horas

⁴⁸ STSJ Murcia 19 febrero 2001 (rec. 56/2001). También se reconoce que la naturaleza administrativa del contrato infringe el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, en el caso de un médico contratado por el Ayuntamiento para el programa de prevención y asistencia en salud mental (STSJ Murcia 29 marzo 1996 (rec. 1307/1995).

⁴⁹ STSJ Murcia 15 octubre 2001 (rec. 1138/2001).

de consulta, en las instalaciones del hospital. Incluso, dejó de prestar servicios durante algunos meses, hasta que en abril de 1988 suscribió un contrato temporal por seis meses, esta vez con fijación de jornada y horario. En definitiva, no concurren en el período señalado los requisitos necesarios para estimar la existencia de un vínculo laboral entre las partes⁵⁰.

Los psicólogos son considerados con frecuencia como personal sanitario y colaboran a través de contratos con administraciones públicas. En estos casos, a pesar de la calificación que le hayan dado las partes, el carácter laboral del vínculo vendrá determinado por la concurrencia de las notas del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Muestra de ello es la realización de trabajos habituales y permanentes con objeto de atender un servicio público en un ayuntamiento, por medio de un indebido contrato administrativo. Tampoco puede considerarse un arrendamiento de servicios, al desarrollarse la prestación dentro del ámbito organizativo del ente local, el cual fijaba el horario diario y la retribución (idéntica cada mes, incluido el mes de vacaciones) y proporcionándole los medios necesarios para llevar a cabo sus servicios. Por todo ello, se presumió la concurrencia de las notas de un contrato de trabajo y, por ende, el cese de la psicóloga –y su sustitución por otra– se consideró un despido improcedente⁵¹.

La colaboración de un psicólogo con una compañía de seguros puede efectuarse al amparo de un contrato verbal de arrendamiento de servicios, si se trata de un profesional libre que se sirve de su propia organización para prestar servicios a distintas consultas en hospitales, clínicas, compañías de seguros, además de su propia consulta privada. Refuerza este argumento el hecho de que la aseguradora no establezca los días en los que el psicólogo debe pasar consulta, ni imponga instrucciones al profesional que atiende los pacientes, beneficiarios de una póliza concertada con la entidad aseguradora. Si bien esta retribuye al profesional por medio de una liquidación fija mensual, la presunción de laboralidad (art. 8.1 ET) cede en la medida que el psicólogo pone a disposición de la empresa toda su organización empresarial y no solo sus servicios, lo que determina el montante de la retribución percibida⁵².

El vínculo jurídico de los odontólogos en clínicas privadas se sitúa en ocasiones en esa frontera imprecisa entre la propia relación jurídica de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios. En estos casos, se tratará de determinar si el trabajo desarrollado por los médicos odontólogos se ha realizado en

⁵⁰ STSJ Murcia 25 mayo 2015 (rec. 1062/2014).

⁵¹ STSJ Murcia 26 agosto 2005 (rec. 823/2005).

⁵² STSJ Murcia 23 abril 2012 (rec. 753/2011).

una situación de dependencia y dentro del círculo organizativo de la empresa. De este modo, habiéndose realizado el trabajo bajo el control, organización y dirección del titular de la clínica (en cuanto a horario y programación del trabajo), en un local y con los instrumentos por aquel facilitados, esto es, aportando el empresario su propia estructura organizativa y beneficiándose de ella los odontólogos, el tribunal concluyó que estos venían obligados por un contrato de trabajo⁵³.

XII. PERSONAL DOCENTE

La nota de dependencia es definitoria de la existencia de una relación laboral y no de un arrendamiento de servicios. Este último es el caso de un profesor universitario, coronel retirado de la Guardia Civil, que contaba con total autonomía organizativa (ausencia de dependencia y actuación dentro del círculo organizativo del empresario) para el desarrollo de su actividad docente, pues el programa que impartía a sus alumnos coincidía con el índice del libro del que era autor y lo explicaba sin ningún tipo de sometimiento a reglas preestablecidas. También disponía de la organización de las clases, concentrándolas en días consecutivos para evitar desplazamientos. Tan solo se le limitaba la disponibilidad de horas, para docencia y exámenes, que en cada curso se le comunicaban⁵⁴.

Asimismo, la ausencia de la nota de dependencia –como prestación de servicios bajo el poder de organización y disciplinario del empresario– fue también determinante en el caso de un profesor de golf. Este último, si bien suscribió y rescindió unilateralmente un contrato de duración determinada, consta acreditado que posteriormente suscribió un contrato de arrendamiento de servicios con un club de golf. El profesor se dio de alta en el RETA y en el IAE, prestando sus servicios de 9 a 12 horas para el mencionado club, e impartía clases particulares en sus instalaciones durante su tiempo libre. Además, impartía otras clases (cuyo importe percibía íntegramente) que gestionaba directamente la administración del club, por lo que no hacía suyos los frutos de estas clases (ausencia de ajenidad). El profesor desarrollaba realmente su actividad profesional para la Academia, que coordinaba y supervisaba su actuación, en cuanto a organización y métodos de trabajo, por lo que no se encontraba bajo la dependencia del club de golf (aun cuando este pudiera establecer

⁵³ STSJ Murcia 19 diciembre 2005 (rec. 1079/2005).

⁵⁴ STSJ Murcia 3 abril 2006 (rec. 12/2006).

un horario). En consecuencia, no podía darse la presunción del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores a favor del contrato de trabajo⁵⁵.

Esta presunción tampoco podía operar en el caso de los profesores que prestaban sus servicios a través de una empresa de captación de alumnos que desearan recibir clases particulares, carente de toda organización para la enseñanza. La empresa facilitaba los datos del alumno al profesor y convenían de este modo el número, duración y horario de las clases. El profesor se trasladaba al domicilio del alumno, empleaba sus propios medios materiales y la retribución correspondiente al número de horas se recibía tras abonar a la mercantil una suma por la mediación realizada. De este modo, la ausencia de las notas de ajenidad y dependencia confirmaron la falta de competencia de la jurisdicción social⁵⁶.

La regulación de la relación laboral de los profesores de Religión en centros públicos, prevista en el apartado 2 de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, se desarrolla en el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio. Pese a que no está configurada como una relación laboral de carácter especial a efectos del artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores, ha sido calificado por la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo como “objetivamente especial”, dadas las peculiaridades que concurren en esta relación de servicios⁵⁷. El punto de partida del régimen laboral vigente es el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de 3 de enero de 1979, suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede. Por tanto, el régimen peculiar de este colectivo ha sido establecido en un tratado internacional, incorporado al ordenamiento interno con fuerza de ley (arts. 94 CE, 1.5 CC). Este Acuerdo estableció el requisito de la idoneidad del artículo III, que dispuso que la enseñanza de Religión Católica sería impartida por las personas que fueran designadas por la autoridad académica entre las que fueran propuestas por el Ordinario diocesano. Esta exigencia de la idoneidad eclesiástica para los profesores de Religión en los centros de enseñanza pública, siempre que ello sea respetuoso con los derechos fundamentales del trabajador, es conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional⁵⁸.

El artículo 3 del Real Decreto 696/2007 señala como uno de los requisitos para impartir las enseñanzas de Religión «haber sido propuestos por la Autoridad de la Confesión religiosa para impartir dicha enseñanza y haber

⁵⁵ STSJ Murcia 4 octubre 2004 (rec. 968/2004).

⁵⁶ SSTSJ Murcia 23 febrero 2009 (rec. 90/2009) y 24 marzo 2009 (rec. 192/2009).

⁵⁷ SSTs de 7 de mayo de 2004 (rec. 123/2003), 6 de junio de 2005 (rec. 950/2004) y 9 de febrero de 2011 (rec. 3369/2009).

⁵⁸ STC 38/2007, de 15 de febrero (cuestión de inconstitucionalidad 4831/2002).

obtenido la declaración de idoneidad o certificación equivalente de la confección religiosa objeto de la materia educativa, todo ello con carácter previo a su contratación por la Administración competente». Esto es, junto a los grados académicos requeridos, los profesores necesitan la declaración eclesiástica de idoneidad, conforme a lo previsto en el canon 804.2 del Código de Derecho Canónico: «Cuide el Ordinario del lugar de que los profesores que se destinan a la enseñanza de la religión en las escuelas, incluso en las no católicas, destaquen por su recta doctrina, por el testimonio de su vida cristiana y por su aptitud pedagógica». Esta propuesta se renovará cada año automáticamente, pero la determinación del contrato corresponde a la Administración competente. La remoción deberá ser ajustada a derecho (Disp. Ad. 3ª, ap. 2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación).

En este contexto debe analizarse el caso de un sacerdote secularizado, cuya propuesta como profesor de religión no fue renovada para el curso 1997-1998, debido a la publicidad en la prensa de su condición de sacerdote casado y miembro activo del «Movimiento pro celibato opcional», habiendo hecho declaraciones a favor de una iglesia democrática y no teocrática y mostrando su desacuerdo con la posición de la Iglesia relativa al aborto, el divorcio, la sexualidad o el control de la natalidad. El demandante debía impartir sus clases sin arriesgarse a ser motivo de escándalo, caso contrario impedía a las autoridades eclesiásticas proteger la sensibilidad de los padres de los niños que acudían al centro escolar. El demandante obtuvo la declaración de nulidad de su despido en el juzgado de lo social de Murcia, por discriminación, al estar afiliado a una determinada asociación, comparable a la actividad sindical, además de que la condición de sacerdote casado era conocida en el centro escolar. Frente a esta sentencia, el Departamento de Educación de la Región de Murcia y el Obispado de Cartagena interpusieron recurso, admitido por el Tribunal Superior de Justicia, que dictaminó que, si la enseñanza de Religión y Moral Católicas se basaban en la confianza, por el hecho de haber dado publicidad a los hechos en un periódico regional, el Obispo no estaba obligado a proponer más a esta persona para el puesto de profesor de Religión Católica, conforme a la normativa canónica (máxime cuando en ese momento el demandante no había obtenido la dispensa de celibato). El Tribunal señaló que no se trataba de un despido, sino de la conclusión de un contrato temporal. Por tanto, a falta de propuesta para el curso siguiente, no hubo continuación de un nuevo contrato temporal anual y, en consecuencia, era inexistente la relación laboral⁵⁹.

⁵⁹ STSJ Murcia 26 febrero 2001 (rec. 158/2001).

XIII. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN

La figura del corresponsal de prensa no presenta perfiles claros y ha dado lugar a pronunciamientos judiciales diversos. El trabajo del corresponsal se desarrolla fuera de la sede de la propia empresa. Por tanto, el dato definidor de la existencia de una relación de dependencia, como es el hecho de prestar servicios en el centro de trabajo de la empresa, no es valorable en este caso. La actividad se desarrollaba en la Asamblea Regional de Murcia y Cartagena, donde ocupaba el espacio reservado a los corresponsales de la agencia Efe, empleando el móvil y el ordenador proporcionados por la empresa. Si bien no estuvo durante muchos años de alta en la Seguridad Social, se dio definitivamente de alta en el RETA. La corresponsal recibía instrucciones de trabajo y era retribuida mediante facturas (como colaboradora por noticias), con una periodicidad mensual y con retención del IRPF y del IVA. Paralelamente, la corresponsal suscribió un contrato laboral indefinido –de 35 horas semanales– con la empresa pública Onda Regional de Murcia. La prestación de servicios se producía simultáneamente y la periodista recababa información para ambos medios. En este contexto, no es óbice para apreciar la concurrencia de la nota de ajenidad el hecho de que las crónicas informativas fueran objeto del derecho de propiedad intelectual, ya que los derechos de explotación podían ser legalmente transmitidos al empresario en virtud de una relación laboral. El tribunal consideró irrelevante la forma de retribución, donde el pago se efectuaba abonando una cantidad fija por cada tipo de crónica o noticia. Aunque no es lo más habitual en el contrato de trabajo, es perfectamente subsumible en el concepto de salario del artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores (que considera como tal la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores). Asimismo, se consideró irrelevante el hecho de que la corresponsal no disfrutara de vacaciones anuales retribuidas. Por todo ello, el cese realizado por la Agencia EFE fue calificado de despido improcedente⁶⁰.

XIV. COMERCIALES, AGENTES Y VENDEDORES

En las sociedades de seguros es complejo determinar la naturaleza de la relación por la que queda vinculada una persona con aquellas. Se considera que la relación no es mercantil, sino laboral, en el caso de que no realice actividad alguna de producción de seguros, ni tenga cartera de clientes propia

⁶⁰ STSJ Murcia 25 marzo 2013 (rec. 1354/2012).

(pese a percibir comisiones por las operaciones de los agentes que tiene a su cargo, y a quienes capta y forma en su labor de intermediación); que toda su actividad se desarrolle con sujeción a los criterios de la empresa (que da su conformidad a la captación de nuevos agentes); y realice su jornada laboral en las instalaciones de la mercantil, salvo cuando debe acompañar a los nuevos agentes⁶¹.

La nota de dependencia es una de las claves para diferenciar la relación laboral especial de representantes de comercio (prevista en el artículo 2.1 f) del Estatuto de los Trabajadores), de quien asume el papel de agente, como consecuencia de la válida celebración del contrato de agencia (regulado por la Ley 12/1992, de 27 de mayo). En este sentido, la inserción en el círculo organizativo –o de dependencia– empresarial fue clave para calificar la relación como laboral de un subagente de seguros. Además, tampoco constó, ni quedó acreditado, que la actora respondiera del buen fin de las operaciones⁶². Por el contrario, si no consta la inserción en el círculo organizativo y disciplinario de la entidad aseguradora (ni el acatamiento de directrices, salvo las relativas a la labor de mediación y producción de seguros), el empleo de las instalaciones y medios materiales de la empresa no desvirtúa el carácter mercantil del vínculo. La incompetencia del orden jurisdiccional social tampoco se ve alterada por el hecho de que la subagente de seguros, además de producir pólizas propias, realice funciones complementarias de conservación y recuperación de clientes⁶³. Por la especialidad del negocio del seguro, también es posible una doble relación con la entidad aseguradora, a saber: la condición de agente de seguros y un contrato laboral como auxiliar administrativo, caracterizado este último por la nota de dependencia, al estar dentro del círculo organizativo del empresario y al tener que negociar las vacaciones, a diferencia de los comerciales⁶⁴.

En este contexto, se consideró como indicio de laboralidad que el servicio de mediación no pudiera ser organizado con absoluta independencia y libertad. Esto es, si bien la trabajadora no recibía instrucciones sobre rutas y el programa de visitas, desarrollaba su actividad en coordinación con otra empleada y cumplían, con conocimiento expreso de la empresa, un mismo hora-

⁶¹ STSJ Murcia 19 septiembre 2008 (rec. 704/2008). En el caso del “asesor de seguros”, cuya relación era materialmente laboral, al carecer de cartera de clientes y limitarse a vender seguros telefónicamente bajo las instrucciones y en la propia sede de la agencia de seguros, vid. SSTSJ Murcia 27 febrero 2012 (rec. 344/2011) y 14 mayo 2012 (rec. 749/2011). Se apoya en la misma argumentación la STSJ Murcia 16 julio 2012 (rec. 308/2012) [AS 2012, 2842], pese a que el “auxiliar externo” firmó un contrato de subagencia.

⁶² STSJ Murcia 25 febrero 2002 (rec. 1332/2001).

⁶³ STSJ Murcia 8 enero 2001 (rec. 733/2000).

⁶⁴ STSJ Murcia 10 marzo 2003 (rec. 196/2003).

rio. Otros indicios de laboralidad fueron los siguientes: la empresa ponía a su disposición parte del instrumental móvil de trabajo necesario para su labor mediadora; la trabajadora, además de promover actos y operaciones de comercio, atendía la tienda de Cartagena cuando era necesario; carecía de una organización propia y no tenía potestad para delegar sus funciones, nombrar subagentes o cesarlos; percibía una retribución fija mensual; y tenía una jornada completa con dedicación exclusiva para la empresa, la cual soportaba el riesgo de la actividad empresarial. Por todo ello, la relación fue calificada de laboral especial de representante de comercio (art. 2.1 f) ET; RD 1438/1985, de 1 de agosto) y no mercantil de agencia, regulada por la Ley 12/1992, de 27 de mayo⁶⁵.

XV. DISTRIBUIDORES, REPARTIDORES Y TRANSPORTISTAS

La relación es económicamente dependiente cuando la actividad económica o profesional se realiza, a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del cual se percibe, al menos, el 75 por 100 de sus ingresos (art. 11.1, Ley 20/2007, de 11 de julio). Para el reconocimiento de esta condición, la ley establece el deber de solicitar a su cliente la formalización de un contrato, por medio de una comunicación fehaciente (art. 11 bis, Ley 20/2007, de 11 de julio). Tal comunicación se considera válida, aun cuando el trabajador denuncie que presta servicios como falso autónomo, y solicite el reconocimiento –con carácter retroactivo– de la relación de repartidor, cargador y conductor en la empresa de transportes conforme a la Ley 20/2007, de 11 de julio, esto es, como trabajador económicamente dependiente⁶⁶. Por el contrario, no se consideró TRADE, sino trabajador autónomo del artículo 1.3 del Estatuto, el transportista con vehículo propio y autorización administrativa, habiendo superado un determinado tonelaje, establecido por la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres⁶⁷.

⁶⁵ STSJ Murcia 30 septiembre 2002 (rec. 774/2002).

⁶⁶ STSJ Murcia 18 julio 2018 (rec. 1308/2017).

⁶⁷ STSJ Murcia 9 noviembre 2009 (rec. 810/2009). En el mismo sentido, aunque la prestación de servicios entre el transportista y la empresa fue previa a la vigencia del artículo 1.3 g) ET, en la redacción dada por la disposición adicional séptima de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, vid. STSJ Murcia 18 mayo 1999 (rec. 88/1999).

XVI. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

En ocasiones, se han planteado dudas sobre el carácter administrativo o laboral del vínculo de quienes ocupan formalmente un puesto en las Administraciones. En el caso de una trabajadora que había suscrito once contratos administrativos, bajo la modalidad de asistencia técnica y servicios con la Consejería de Agricultura, el tribunal declaró la laboralidad de la relación, de carácter indefinida no fija, ya que además se acreditaron las siguientes circunstancias: la integración en la organización administrativa, ya que el horario lo fijaba la propia Consejería y la trabajadora estaba sometida a sus órdenes e instrucciones; realizaba actividades ajenas a los contratos administrativos; tenía que planificar con sus compañeros las vacaciones y solicitarlas al responsable; y el lugar y los medios de trabajo eran facilitados por la Administración⁶⁸.

La realización de actividades normales y permanentes, por medio del empleo indebido de la contratación administrativa, debido a la insuficiencia de plantilla asignada a un servicio (a causa de las limitaciones que impedían la creación de plazas de funcionario o la contratación en régimen laboral, sujetas ambas a un riguroso procedimiento de selección en condiciones igualdad y con respeto a los principios de mérito y capacidad), donde concurren las notas de dependencia (horario, sujeción a instrucciones, disfrute de vacaciones como el personal laboral) y ajenidad, configuran –con independencia del “nomen iuris”– una relación laboral del 1.1 del Estatuto de los Trabajadores⁶⁹. Del mismo modo, la finalidad de la contratación no era la obtención de un resultado, sino la realización de actividades permanentes, en el caso de una monitora de danza que fue contratada por un ayuntamiento para sucesivas temporadas. La monitora contaba, para la prestación de los servicios, con los medios materiales facilitados por el consistorio, en concreto con el Pabellón Municipal de Deportes, donde disponía de aula, equipo de música, barras y espejos. El horario lo fijaba el ayuntamiento, que le obligaba por contrato a la realización de dos galas de danza. Si bien la monitora se encontraba de alta como autónoma y vinculada con el ayuntamiento a través sucesivos contratos administrativos, al realizar su actividad en régimen de dependencia y ajenidad, la naturaleza de su relación era realmente laboral, con la condición de trabajadora fija discontinua a tiempo parcial⁷⁰.

⁶⁸ SSTSJ Murcia 18 junio 2012 (rec. 422/2011) y 1 diciembre 2010 (rec. 721/2010).

⁶⁹ SSTSJ Murcia 30 septiembre 2010 (rec. 596/2010) y 21 marzo 2011 (rec. 5/2011).

⁷⁰ STSJ Murcia 21 enero 2013 (rec. 854/2012).

Asimismo, los delineantes de un Ayuntamiento pueden ser sujetos de un contrato de trabajo, una vez acreditadas las notas de ajenidad y dependencia, por más que el vínculo formal sea administrativo. Esto es, lo que importa es la materialidad de la prestación, que fue calificada de laboral por el tribunal al acreditarse las siguientes circunstancias: se realizó en jornada y horario concreto en la sede del Ayuntamiento, el cual les dotó de los medios materiales y herramientas de trabajo necesarios para la ejecución de sus servicios (incluido el carnet de acreditación para el acceso a las dependencias municipales y la contraseña para el acceso a la red interna); disfrutaron de vacaciones de manera coordinada con sus compañeros; percibieron la retribución mensualmente, aun cuando debían emitir la correspondiente factura, incluido el IVA; y estaban dados de alta en el RETA, así como en el IAE. Por todo ello, el cese –pese a la suscripción de una serie de contratos administrativos menores de asistencia técnica–, constituyó un despido improcedente⁷¹.

Las irregularidades en la contratación por parte de la Administración pública tienen como consecuencia la declaración del carácter indefinido de las relaciones laborales, pero no la condición de fijeza de plantilla, ya que no sería compatible con las normas legales de selección de personal fijo en la Administración. Muestra de ello es el caso del cocinero del club de suboficiales de Cartagena, dependiente del Ministerio de Defensa, que trabajó bajo la apariencia de una relación civil, dándose de alta en el RETA y tributando por IVA. Sin embargo, estos datos formales no definían la auténtica naturaleza laboral del vínculo, ya que el trabajo se desarrollaba de manera directa y personal (sin organización empresarial propia) en las instalaciones del mencionado club, con instrumentos y ropa de cocina de la entidad, la cual incorporaba los frutos del trabajo del cocinero para ofrecerlos como servicios propios de restauración y percibía directamente los beneficios. Además, no se acreditaron sustituciones de este cocinero, que seguía en su trabajo las instrucciones del directivo de hostelería del club y era retribuido mensualmente en cuantía uniforme⁷².

Por el contrario, la explotación del servicio de peluquería de señoras del Hogar de Personas Mayores Cartagena, cuyo titular es el Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia, se consideró un contrato administrativo (de adjudicación del servicio) y no laboral. Apoya este argumento el hecho de que la adjudicataria del servicio se encargaba de adquirir los productos y los materiales necesarios para la prestación de este servicio, corriendo con los gastos. Asimismo, el dinero que cobraba a los clientes (que era el único que percibía

⁷¹ SSTSJ Murcia 24 junio 2013 (rec. 699/2012) y 4 febrero 2013 (rec. 849/2012).

⁷² STSJ Murcia 11 de mayo 1999 (rec. 1045/1998).

por el trabajo) era para la peluquera, sin que tuviera que dar cuenta a la Administración. Por tanto, ni existía empresario que retribuyera el trabajo, ni trabajo por cuenta ajena retribuido⁷³.

No es encuadrable dentro de la relación laboral de alta dirección, regulada por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, el nombramiento del secretario general de la Autoridad Portuaria de Cartagena. En este sentido, no es competente la jurisdicción social para determinar si la anulación de la convocatoria pública que otorgó –por valoración de méritos– el puesto de secretario general al actor era ajustada a derecho⁷⁴. Tampoco es competente el orden social de la jurisdicción para comprobar si el cese del gestor y mantenedor de un campo de fútbol, propiedad del Ayuntamiento, era ajustado a derecho, a falta de relación laboral entre aquel y el consistorio. La Sala se basa en la inexistencia de indicios de dependencia y ajenidad. Por un lado, el tesorero no recibía instrucciones en sus tareas de gestión y mantenimiento y se organizaba en función de sus otros trabajos; por otro lado, la retribución de sus servicios no procedía del ayuntamiento, sino que aquella consistía en un porcentaje de los ingresos sobre el alquiler de las instalaciones⁷⁵.

Los trabajos de colaboración social con el ayuntamiento de Murcia, realizados por desempleados, no constituyen una relación laboral especial. De los artículos 38 y 39 del Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, que regula diversas medidas de fomento del empleo, se deduce que los servicios a prestar carecen de la nota de voluntariedad; que la administración receptora no puede decidir sobre la aptitud del candidato; que la contraprestación percibida por el trabajador desempleado no tiene carácter de salario; que es el INEM el que decide la adscripción del desempleado a la realización de tales servicios; y que la Administración receptora de los servicios no puede pactar el importe de las cantidades percibidas por el desempleado que desarrolla tales trabajos, sino que lo hace el INEM. Por todo ello, no constituye una relación laboral la que ha vinculado al desempleado con el Ayuntamiento y, en consecuencia, la jurisdicción social es incompetente para conocer tales reclamaciones de cantidad⁷⁶. Asimismo, cabe la suscripción de un contrato de colaboración social por parte de un veterinario con un ayuntamiento, sin que constituya su cese un despido improcedente, siempre y cuando se acredite la ausencia de fraude de ley. En este sentido, no afecta a la contratación para colaboración social el hecho de realizar tareas coincidentes con las del personal laboral o funcionario, ya que

⁷³ STSJ Murcia 25 septiembre 2000 (rec. 886/2000).

⁷⁴ STSJ Murcia 16 enero 2006 (rec. 1087/2005).

⁷⁵ STSJ Murcia 18 octubre 2017 (rec. 463/2017).

⁷⁶ STSJ Murcia 23 abril 2012 (rec. 359/2011).

todas estas tareas tienen el mismo carácter de utilidad social y beneficio comunitario. En otras palabras, no puede apreciarse fraude de ley en la contratación, ni despido improcedente, ya que no se está ante un contrato de obra o servicio determinado sino de colaboración social⁷⁷.

XVII. ACTIVIDADES DE ALTERNE Y SIMILARES

En los últimos años, los tribunales han establecido la diferencia entre la prostitución y la actividad de captación de clientes, acompañándolos e invitándolos a consumir bebidas, al amparo de una relación laboral (alterne) siempre que se acredite la ajenidad y dependencia de dicha relación⁷⁸. Si la prostitución es la actividad principal a la que se dedicaban unas mujeres (no siendo posible deslindar aquella de la actividad complementaria de incitación al consumo de bebidas alcohólicas), sin sujeción a jornada ni horario y fuera del poder de dirección de la dueña del chalet, resulta imposible apreciar las notas de ajenidad y dependencia de una relación laboral. Pero es que, además, el objeto ilícito de la relación determina la ineficacia o nulidad del contrato, pues la prostitución es una violación reiterada de la dignidad de la mujer y contraria a los derechos fundamentales. Los actos voluntarios van fortaleciendo la dignidad y la libertad de la persona, frente a los obligados y subyugados, que la van destrozando en cada acto. El favor sexual no puede, por tanto, ser objeto de subordinación empresarial⁷⁹.

XVIII. VARIA

Prevalece el carácter de contrato de arrendamiento de servicios, pese a las actas de la Inspección de Trabajo, en el caso de un jardinero de una comunidad de propietarios. Este se comprometió a realizar los trabajos necesarios (limpieza, riego, etc.) para el mantenimiento en óptimas condiciones de la zona ajardinada de la urbanización durante todo el año. El precio de los servicios se pactó con carácter mensual (con emisión de las correspondientes facturas) y el contrato renovable, de año en año, salvo denuncia de una de las partes. El jardinero se comprometía a estar de alta en el impuesto de actividades económi-

⁷⁷ STSJ Murcia 27 junio 2011 (rec. 183/2011).

⁷⁸ SSTSJ Murcia 16 abril 2012 (rec. 833/2011), 17 junio 2013 (rec. 1235/2012) y 9 marzo 2020 (rec. 1539/2018), sobre la laboralidad del vínculo de las señoritas de "alterne".

⁷⁹ STSJ Murcia 29 octubre 2007 (rec. 922/2007).

cas y en el RETA. Si bien el acta de la Inspección de Trabajo determinó el alta de oficio en el régimen general de la Seguridad Social, esta fue declarada como indebida, ya que el acta se encontraba plagada de calificaciones jurídicas pre-determinantes del fallo, con escaso valor probatorio. Esto es, no permitía extraer hechos relevantes: no describía el tipo de trabajo ni las circunstancias esenciales, como el horario o el régimen retributivo. En definitiva, el servicio pactado con la comunidad de propietarios no suponía las funciones habituales de un portero de fincas urbanas y la ausencia de la nota de dependencia impedía que entrara en juego la presunción de laboralidad del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores⁸⁰.

⁸⁰ STSJ Murcia 30 julio 1997 (rec. 478/1997).

CAPÍTULO XXIII

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA

RODRIGO MARTÍN JIMÉNEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO. I. *Dos ideas.*—II. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.* 2.1. Trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad. 2.2. Fundaciones. 2.3. Trabajos familiares.—III. *Actividades sindicales y políticas.*—IV. *Trabajo a distancia, a domicilio, teletrabajo.* 4.1. Prestación de servicios documentales e indexación en editorial. 4.2. Recepción y revisión de monografías y resoluciones judiciales en editorial.—V. *Socios, administradores, consejeros, directores.* 5.1. Socios. 5.2. Socios administradores. 5.3. Administradores. 5.4. Consejeros. 5.5. Directores.—VI. *Cooperativistas.*—VII. *Relaciones con causa formativa.*—VIII. *Actividades deportivas.*—IX. *Espectáculos públicos.* 9.1. Técnico de luces y montaje. 9.2. Cámara de TVE. 9.3. Mandatario de la SGAE.—X. *Profesiones liberales.* 10.1. Asesoramiento jurídico y económico. 10.2. Arquitectos.—XI. *Personal sanitario.*—XII. *Personal docente.* 12.1. Profesor de yoga. 12.2. Profesores de Religión y Moral Católica en centros públicos. 12.3. Educadora infantil en escuela municipal. 12.4. Profesores asociados de Universidad.—XIII. *Comerciales, agentes vendedores.*—XIV. *Distribuidores, repartidores y transportistas.*—XV. *Servicios prestados a la Administración.*—XVI. *Actividades de alterne y similares.*—XVII. *Vario.* 17.1. Montaje. 17.2. Mantenimiento. 17.3. Intermediación.— 17.4. Comunidades de propietarios.

I. DOS IDEAS

La determinación de la naturaleza de las relaciones jurídicas a partir de los hechos acreditados en un proceso judicial es uno de los trabajos más apasionantes –y también entretenidos y divertidos– para un iuslaboralista. Quizá adentrándonos en los datos que proporcionan las sentencias –la realidad jurídica es la realidad sin más: *quod non est in actis non est in mundo*– consigamos acercarnos a la esencia de nuestra disciplina, que hunde hoy sus raíces en la nota de la dependencia, la cual, obviamente, ha sido configurada con abstracción gracias a la detenida observación del modo en que se trabaja, dando lugar a una suerte de empirismo conceptual.

El modo de trabajar también se percibe en la creciente tendencia a trasladar, en parte, los riesgos de la actividad laboral a los trabajadores, a la consolidación (por necesidad) de las diversas formas de trabajo a distancia o aquellas otras relaciones que aparecen impregnadas de altruismo y que permiten apreciar la voluntad de colaboración o ayuda o, en fin, cuando se manifiesta el afán (y la necesidad) de aprender un oficio a cambio de la obtención de experiencia y es, mediante el examen detenido de los casos que la rica realidad ofrece, cómo percibimos la funcionalidad y utilidad social del Derecho del Trabajo.

II. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD

Esta categoría alberga las actividades carentes de alguna de las notas de laboralidad, entendidas del modo siguiente:

- *Ausencia de personalidad*: siendo el contrato de trabajo sinalagmático e *intuitu personae*, una de sus esencias consiste en que la actividad sea realizada precisamente por la persona contratada, en el sentido de que no puede esta, a su voluntad y en el desempeño de sus cometidos profesionales, ser sustituida o reemplazada por un tercero. No se han encontrado casos en el elenco de sentencias estudiadas en que se haya probado esta sustituibilidad a voluntad del trabajador, lo que acontece ocasionalmente en trabajos de intensa confianza y puede sin duda ocurrir en los cada vez más frecuentes supuestos de trabajo a domicilio.

- *Ausencia de remuneración*: las actividades realizadas sin *animus lucrandi* se sitúan extramuros de la relación laboral en tanto es ajena a su esencia

la voluntad de quien presta un servicio de ser remunerado. No se trata, por tanto, de la presencia o ausencia de remuneración, sino de la prueba del elemento volitivo vinculado a la retribución¹.

- *Ausencia de voluntariedad*: se manifiesta en los trabajos forzosos o forzados, ya sea por el cumplimiento de una obligación legal (auxilio en carretera, jurado popular, mesa electoral) o ya sea porque la prestación del consentimiento no es libre, sino que queda anulada por la imposición de un tercero no legitimado para ello.

- *Ausencia de dependencia*: si la subordinación y las instrucciones dadas permitieron identificar clásicamente al trabajador, la integración en la organización empresarial es hoy la nota definitoria más característica del Derecho del Trabajo, la cual contrasta con la organización y dinámica del trabajo por cuenta propia y que permite apreciar entre esos dos polos un amplio y fértil terreno de ejecución de trabajos con altas dosis de autonomía que complican el análisis y la toma de decisiones.

- *Ausencia de ajenidad*: si el trabajo asalariado se caracteriza porque los riesgos –como los frutos o resultados– se asumen por la empresa, la actividad autónoma recae en quien, tomando riesgos y consecuencias, ejecuta el trabajo por su cuenta. Naturalmente, las diversas formas de participación en la empresa (en sus órganos de dirección y control, en sus resultados), enriquecen un panorama alejado de la protección que brinda el contrato laboral y el desamparo que resulta de la aplicación de normas civiles, mercantiles o administrativas.

2.1. Trabajos amistosos, benévolo y de buena vecindad

La presunción de laboralidad hace que este tipo de trabajos resulten difícilmente acreditables. Así, por ejemplo, la alegación de que un cocinero se encontraba en un restaurante a mero título de amistad, “en prácticas” para aprender alta cocina (“para comprobar *in situ* la confección de menús”), sin sujeción a horario ni a calendario laboral, pudiendo ausentarse sin justifica-

¹ Se declaró la inexistencia de relación laboral en un supuesto de participación en las gestiones de puesta en marcha de la sociedad, viajando con su pareja, que era uno de los socios, a diferentes ciudades para encontrar un fabricante de carritos, entrevistándose con clientes y proveedores, participando en la selección de personal y ayudando a preparar los carros. Sin embargo, los servicios no fueron remunerados, teniendo en cuenta, además, “nunca (se) efectuó solicitud retributiva, ni frente a su pareja ni ante los otros dos socios de la empresa”. Adicionalmente, no se acreditó el cumplimiento de un horario prefijado, ni la realización de tareas o funciones en los términos propios de sometimiento al ámbito de organización y dirección de quien dice era su empleadora [STSJ de Navarra de 3 de octubre de 2011 (rec. 242/2011)].

ción, no desvirtúa la presunción de existencia del contrato de trabajo, máxime cuando un acta de infracción –que goza de la presunción legal de veracidad– incorpora tres hechos relevantes: el sujeto estaba ataviado con traje de cocinero, cenando junto a otros cocineros y –según sus propias palabras– “llevaba desde las 10:30 de la mañana prestando servicios”. Con estos hechos y a falta de testigos, la declaración escrita del trabajador en la que solicitaba asistir a la cocina del restaurante deviene irrelevante².

Tampoco es de amistad o benevolencia, no laboral, la relación de colaboración con el administrador en diversos negocios, sin abono de salario, más allá de la entrega de una pequeña cantidad mensual inferior a la mitad del SMI actual, “porque no explica en qué modo o de qué manera (...) un detalle circunstancial en sí mismo irrelevante” puede desvirtuar la presunción de laboralidad. Cuando se han prestado servicios continuados (reservas hoteleras, contratos de publicidad, tarjeta a su nombre como comprador, recibos de compras, teléfono móvil, con sus correspondientes cargos, etc.) nos encontramos en presencia de una relación laboral, “por no probarse ni ser verosímil que merecieran una calificación de amistad, servicio determinado, o intermediación circunstancial”³.

2.2. Fundaciones

Las fundaciones son “organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”⁴ tales como pueden ser, entre otros, “los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico”⁵.

² STSJ Navarra de 3 de marzo de 2009 (rec. 401/2008).

³ STSJ de Navarra de 15 de diciembre de 2010 (rec. 336/2010).

⁴ Art. 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

⁵ Art. 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Desde luego, las Fundaciones tienen su estructura, órgano de gobierno y plantilla, integrada como es natural por trabajadores por cuenta ajena, pues la ausencia de ánimo de lucro no implica que quienes prestan servicios deban hacerlo de forma gratuita.

El patronato es el órgano de gobierno y representación de la fundación y es el encargado de “cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos”⁶. El patronato puede estar integrado por personas físicas o jurídicas, debiendo estas designar al representante persona física⁷.

Como ha razonado con acierto en TSJ de Navarra⁸, la determinación de la relación entre la fundación y los miembros del patronato no es cuestión pacífica, pues la gratuidad del cargo⁹ puede ser determinante de su naturaleza extralaboral. Aunque la vigente Ley de Fundaciones permite la compatibilidad del cargo de patrono con la prestación de servicios (retribuidos) distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato¹⁰, tal previsión no estaba contemplada en la anterior Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general. Pese a este silencio y también pese a la tácita incompatibilidad entre la condición de patrono y la de trabajador por cuenta ajena, el TSJ de Navarra estimó la pretensión de quien, siendo representante persona física de la vicepresidencia del Patronato (cargo que recaía en una persona jurídica) y prestando servicios para esta persona jurídica como administrativa, vio extinguido su contrato de trabajo. Con acierto, razona el TSJ que “la gratuidad se conecta exclusivamente con el cargo de patrono, que además no ostenta la actora sino la Compañía a que representa y que, en todo caso, la prohibición de remunerar no alcanzaría a otro tipo de relaciones, distintas a la orgánica, que mantenga o se establezcan entre la persona física que ostenta el cargo de patrono y la fundación, como sucede con el contrato indefinido (...) en el que, además de su carácter retribuido, concurren los elementos esenciales que permiten otorgarle naturaleza laboral”¹¹.

⁶ Art. 14.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

⁷ Art. 15.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

⁸ STSJ Navarra de 20 de septiembre de 2000 (rec. 239/2000).

⁹ Art. 15.4.1º de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

¹⁰ De acuerdo con el art. 15.4.2º de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, “salvo que el fundador hubiese dispuesto lo contrario, el Patronato podrá fijar una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato, previa autorización del Protectorado”.

¹¹ STSJ Navarra de 20 de septiembre de 2000 (rec. 239/2000).

2.3. Trabajos familiares

La tradicional exclusión de los trabajos familiares del ámbito reservado al Derecho del Trabajo se justifica en la presunción de existencia de una comunidad de intereses (también económicos) en el seno de la familia más cercana que, a la postre, resulta incompatible con el reconocimiento de una auténtica ajenidad en los riesgos/frutos, siendo también cuestionable la apreciación de la nota de la dependencia, entendida como subordinación a una organización y dirección diferenciada de quien presta servicios. En este sentido, es destacable que el TSJ de Navarra¹² ha resuelto que la convivencia con la hermana y con la madre, antes y después del traspaso del negocio de una a otra, implica, junto con la falta de acreditación de retribución salarial, que la prestación de servicios es de carácter familiar, puesto que concurren las circunstancias de parentesco, ocupación, convivencia y dependencia económica, que califican el trabajo familiar, siendo correcto el encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, porque concurre la habitualidad en la prestación de servicios en un negocio familiar.

III. ACTIVIDADES SINDICALES Y POLÍTICAS

Este tipo de prestaciones –dotadas de una especial confianza y “celo ideológico” – entroncan con las propias convicciones y con el (al menos parcial) altruismo que inspira su realización.

Desde luego, como ha entendido el TSJ de Navarra¹³, el desempeño de determinadas funciones personales en el seno de una organización sindical puede implicar la existencia de una relación laboral definida entre el afiliado y el propio sindicato, “puesto que no existe una razón jurídica propia para descartar la laboralidad de una prestación personal y retribuida de servicios en favor de la organización sindical cuando dicha prestación tiene por objeto el desarrollo de funciones técnicas administrativas o auxiliares que, pese a poderse considerar claramente implicadas y ordenadas a la consecución de los legítimos fines sindicales no incorporan por sí, de forma autónoma y en una consideración objetiva, un rasgo de identificación con el desarrollo de la actuación sindical en sentido representativo, sino que tienen un carácter dependiente o instrumental en sentido interno, como prestaciones insertadas en el manteni-

¹² STSJ Navarra de 14 de enero de 2004 (rec. 3/2004).

¹³ STSJ Navarra de 20 de marzo de 2013 (rec. 11/2013).

miento y desarrollo de la propia organización y actividad del sindicato”. Ahora bien, como indicábamos al comienzo de este párrafo, existen otros casos en los que el servicio que se presta a la organización sindical queda configurado “como el contenido operativo de un mandato representativo propiamente sindical, procedente de la designación electiva de la persona de que se trate por los órganos competentes para el desempeño de funciones plenamente identificadas –en un sentido finalista y directo– con los propósitos de la organización sindical”. Esto significa que en los supuestos en que existe una elección o designación para el desarrollo de funciones representativas y directivas, que llevan aparejada una responsabilidad propiamente sindical –y no técnica ni meramente auxiliar– ante los órganos que han efectuado dicha elección o designación, las notas de ajenidad y dependencia propias del contrato de trabajo no son perceptibles. En efecto, no existe ajenidad en la medida en que la persona designada queda plenamente identificada con el sindicato para el que actúa. Lo mismo debe decirse de la dependencia, en tanto no cabe apreciar sujeción jerárquica u organizativa respecto de la organización sindical en que se integra. La condición de profesional sindicalista en un sentido laboral puede predicarse de aquellos casos en los que el desempeño de las funciones admita e incluso reclame la inserción funcional en una jerarquía organizada respecto de la que se trabaja, pero esto o sucede cuando se asume la propia dirección y representación del sindicato. Por esta razón, la dedicación exclusiva al sindicato y su designación como dirigente, ostentando cargos de representación privan a la relación de la nota o requisito esencial de ajenidad, sin que la práctica inoperancia de alguno de los órganos en que actuaba o la caracterización unilateral de las funciones que llevaba a cabo en la práctica como las más normales de un sindicato permitan alcanzar una solución distinta, pues si “sindicalista” es (STSJ de Galicia de 23 de septiembre de 1997) quien, con dedicación exclusiva, con crédito horario o como simple colaboradores elegido para desempeñar funciones de representación sindical en el marco de una relación asociativa (medie o no compensación económica), la relación de aquel con la organización carece de naturaleza laboral. Esta conclusión tampoco puede verse enervada por la percepción de una remuneración mensual pues cabe entender que esta es una compensación por la dedicación exclusiva. En fin, el práctico seguimiento de un horario para la realización de las funciones carece de virtualidad como elemento sustantivo que pueda invitar a una consideración de laboralidad.

En el terreno de lo político, el TSJ ha extendido la conocida doctrina del vínculo al supuesto de un miembro del órgano de gobierno de una formación que suscribió un contrato de trabajo con objeto de realizar tareas administrati-

vas adicionales a las propias de su cargo. Para el Tribunal¹⁴, el origen del mandato representativo impide “desdoblar la tarea política y el desempeño de labores concretas de la misma”, lo que dificulta la apreciación de ajenidad “atendiendo a la actividad desempeñada por la coincidencia íntima en el sentido de medio a fin de los cometidos desarrollados”, debiendo “estarse únicamente a la naturaleza del vínculo y de la posición del mismo en la organización política de la que forma parte y, en consecuencia, concluir que al consistir tal vínculo en una relación orgánica por integración (...) en tal formación, y ostentar facultades que en definitiva se actúan directamente o mediante delegación interna, la relación no puede calificarse de laboral. En fin, el nexo determinante de los servicios “no es otro que el nacido de su condición de miembro del órgano de gobierno y administración del mismo, y de esta condición derivan todas las actividades de índole representativa o administrativa que realizó”.

IV. TRABAJO A DISTANCIA, A DOMICILIO, TELETRABAJO

En esta categoría incluimos dos supuestos particulares de TRADES que, con anterioridad a la suscripción de un contrato de arrendamiento de servicios –primer caso– y a la recepción de encargos concretos –segundo caso–, mantuvieron vinculación laboral con una editorial.

4.1. Prestación de servicios documentales e indización en editorial

La prestación de servicios enmarcada en un contrato de arrendamiento de servicios viene configurada por los siguientes hechos:

- Realización de trabajos de análisis de sentencias, revisión de monografías (sumarios, índices, revisiones, etc.) y análogos, los cuales podían ser realizados, y en ocasiones eran realizados, por personal propio de la editorial.
- Ausencia de otras labores como el contacto directo con el autor, resolución de consultas del departamento de manipulación de textos, control del flujo interno de trabajo o acceso al sistema interno de la empresa a través del gestor documental.

¹⁴ STSJ de Navarra de 5 de marzo de 1999 (rec. 469/1998).

- Prestación de servicios en su domicilio utilizando su propio PC, conexión a internet, correo electrónico y línea de teléfono.
- Reuniones esporádicas en la editorial.
- Facilitación por la editorial de documentación, indicación de normas de estilo, listado de abreviaturas, manual de análisis, manual de relaciones entre resoluciones judiciales, bases de datos de legislación y de abreviaturas.
- Facilitación de post-it para localizar las anotaciones y revisiones de textos, los cuales volvían a la empresa.
- Instalación por la editorial en su PC de programas informáticos y suscripción gratuita de bases de datos y de revistas.
- Utilización de herramienta propia de la editorial de asignación de sentencias para su análisis y envío de las finalizadas).
- Remisión y recogida de documentación en el domicilio con cargo a la editorial.
- Impartición de indicaciones técnicas sobre la forma de realizar el trabajo y las prioridades de los mismos.
- Emisión de facturas mensuales.
- Libertad horaria para distribuir el trabajo.
- Ausencia de solicitud de permisos, bajas o vacaciones.
- Retribución variable.
- No exclusividad.

De esta selección de hechos acreditados, merecen una atención especial los siguientes:

• Plazos y urgencia: para el TSJ de Navarra¹⁵ “esta formulación denota de forma directamente perceptible que esos plazos y la urgencia de los mismos eran determinados por la empresa, pues lo que en todo caso se requería de la actora (así se manifiesta) es que los tuviera en cuenta, esto es, que los cumpliera. Tales plazos y su mayor o menor proceden de las determinaciones temporales de la empresa, que los instituye en atención a sus necesidades productivas por razón de extremos que le competen exclusivamente, como la periodicidad de las publicaciones que genera o la inserción de los trabajos en colecciones u obras complejas (bases de datos actualizadas constantemente) que ofrece a sus clientes. Tales plazos son trasladados a la actora, que ha de tenerlos en cuenta, esto es, que ha de ajustarse a ellos y no excederlos entregando el trabajo por las vías técnicas establecidas a tiempo. Esto es una determinación temporal del

¹⁵ STSJ de Navarra de 12 de diciembre de 2014 (rec. 347/2014).

trabajo, que debe prevalecer en su real significado sobre el dato añadido de la libertad para escoger el horario en que trabaja”.

- Trabajo a domicilio y presencia física en la empresa: para el TSJ de Navarra ¹⁶, “la integración de la actora en la estructura organizativa de la empresa no depende de su presencia física en un centro de trabajo, ni por consecuencia ha de aceptarse que no exista por el hecho de desempeñar sus tareas en el propio domicilio (o un lugar distinto)”. Esta integración “tampoco depende del explícito y formal reflejo de la misma en un organigrama, sino que ha de valorarse a la luz de las reales condiciones de prestación de los servicios, pues la dependencia que caracteriza la laboralidad sobre la que se discute no se equipara necesariamente con una subordinación absoluta al empresario, bastando para que esta sea apreciable con una efectiva inserción del sujeto en el círculo organicista y rector de la persona para la que realiza la labor (...). No puede aceptarse que el solo dato formal de su ausencia física de la editorial transforme entonces un trabajo plenamente integrado en la organización productiva empresarial en algo repentinamente ajeno (debe recordarse que hoy día han aparecido nuevas formas de relaciones laborales que no requieren la presencia física en la empresa, como por ejemplo el denominado teletrabajo)”.

- Medios materiales, instrucciones y control: razona el TSJ de Navarra ¹⁷, que “ni el equipo informático ni la conexión telemática sirven a ninguna utilidad productiva si aquel no aloja el software adecuado, en cuyo exclusivo uso puede acometerse el trabajo encomendado. Dicho software es titularidad de la empresa y no sirve a ninguna otra función distinta de la realización de las tareas propias de la actora (...). Es la empresa quien lo instala en el equipo y quien suministra o aplica las eventuales actualizaciones requeridas para su funcionamiento. Dicho funcionamiento está estrictamente predeterminado por la propia empresa, lo que incorpora un nuevo matiz relevante (...): la sujeción técnica real de la trabajadora no lo es únicamente a las instrucciones eventualmente recibidas de las personas organizativamente encargadas de gestionar ese trabajo, sino que se halla presente en un sustrato técnico básico plasmado y perceptible en la necesidad total de manejar un medio productivo que pertenece a la empresa (un medio productivo de titularidad de la empresa), cuyo uso, autorizado a la actora, es indispensable y que incorpora también mandatos y requisitos técnicos que se encuentran naturalmente implicados en la misma mecánica del software

¹⁶ STSJ de Navarra de 12 de diciembre de 2014 (rec. 347/2014).

¹⁷ STSJ de Navarra de 12 de diciembre de 2014 (rec. 347/2014).

conformando una actividad, por tanto, preestablecida en su forma y finalidad más elementales por la empresa de manera exclusiva (...) desde el momento en que (...) (se) debe hacer uso imperativo de unos determinados medios materiales propiedad de la empresa (...), debe acomodar su actividad a las premisas técnicas insertas en ellos, debe seguir instrucciones emitidas por la empresa, debe rendir cuenta de su trabajo a personas integradas en la empresa y responsables de tal cometido o debe realizarlo en tiempo determinado y preestablecido en cumplimiento de exigencias requeridas por la empresa, podemos considerar la presencia visible de un ámbito organizativo en que la actora sí se encuentra integrada. Y ello porque la actividad desempeñada (...) queda implicada en un proceso productivo diseñado y estructurado por la empresa; las tareas desempeñadas (...) presuponen el inicio antecedente de ese proceso productivo y su continuación ulterior, desde la recepción en la empresa de resoluciones judiciales o textos legales o doctrinales hasta su plena transformación en productos distintivos de la actividad empresarial. Es decir, que existe una iniciación del proceso productivo temporal y estructuralmente anterior a la prestación de los servicios requeridos de la actora cuyo fruto son los textos o elementos sobre los que ella debe trabajar, proceso que condiciona su actividad y la determina y que resulta indisponible para ella. Del mismo modo, los textos procesados por la actora regresan a la empresa y culminan en ella su transformación en producto a través de su inserción en colecciones o bases de datos, esto es, de un procesamiento ulterior”. Por ello, “los trabajos desempeñados por la actora vienen (...) totalmente predeterminados por la empresa, parten de ella en función de estrictos criterios productivos, proceden de su seno como elementos procesados, se trasladan técnicamente a la actora en plazos estrictos y delimitados a fin de que los procese conforme a pautas técnicas igualmente preestablecidas y, finalmente, regresan a la empresa para continuar su procesamiento final como producto. La vinculación aquí presente excede de lo recíprocamente obligatorio en sentido propiamente contractual para transformarse en una completa predeterminación de la actividad”. En fin, se rechaza “que los accesos igualmente autorizados a las bases de datos u otros productos o elementos de la editorial tengan la mera finalidad de facilitar el trabajo (...), y menos aún que le fueran proporcionados (...) por razones de amistad: su consulta y/o uso quedan incardinados en el haz de exigencias técnicas propias de la actividad, pues tales consultas u obtenciones de información no resultan accesorias en atención a la naturaleza de los trabajos realizados, sino que se integran en el correcto desempeño de las funciones propias de la actora en cuanto que parte de su adecuada ejecución, y ello en virtud de la naturaleza del producto

que la editorial demandada ofrece a sus clientes, necesitado de la máxima precisión (necesariamente inclusiva de la exposición de las mejores correlaciones legales, jurisprudenciales o doctrinales asociadas a cada texto y, por supuesto, del seguimiento de unas normas de estilo cuya observancia no puede suponerse facultativa”.

- Libertad para rechazar trabajos: entiende el TSJ de Navarra¹⁸ que no puede concluirse que hubiera libertad para rechazar trabajos pues “las circunstancias de esta decisión no pueden proyectarse sobre una mera decisión libre de seleccionar qué trabajos se asumen y qué trabajos no se asumen, sino que debe conectarse sobre el hecho de que la controvertida decisión se adoptó por la demandante en atención a un requerimiento económico de inversión que no se encontraba en condiciones de afrontar satisfactoriamente, que comunicó debidamente a la empresa (quien, ha de asumirse, trasladó los requerimientos de inversión que podría suponer a la actora con carácter previo) y que tuvo el carácter de una reordenación de la actividad que desempeñaba para la editorial basada tal particular circunstancia, de la que no puede inferirse una verdadera facultad de seleccionar los trabajos que asume y los que no conforme a un criterio autónomo que no puede tenerse por probado”.

- Propiedad de los trabajos: sobre esta cuestión, que conecta con la ajenidad, el TSJ de Navarra¹⁹ entiende que el resultado de los trabajos quedaba insertado en un programa informático propiedad de la empresa, cuya ejecución se generaba mediante la interacción (intelectual, no mecánica) de la analista, de tal manera que esta no puede generar “nada que pudiera considerar(se) propio”, dotado de valor en sí mismo y entregado contra el pago del precio, “en la medida en que el acto de la transferencia electrónica de los resultados no equivale a una entrega de productos de su propiedad, sino al mero procesamiento de esos elementos preestablecidos por la empresa”.

- Retribución variable/precio de los trabajos: para el TSJ de Navarra²⁰, el hecho de que una retribución pueda no ser uniforme en su cuantía no supone por sí la ausencia de laboralidad, más aún cuando “el precio no podía ser determinado por la actora ni revisado o actualizado a su instancia”, ya que responde a un cálculo de coste interno de la empresa, lo que revela que las actualizaciones eran decididas en exclusiva por esta, sin que la analista tuviera capacidad de negociación.

¹⁸ STSJ de Navarra de 12 de diciembre de 2014 (rec. 347/2014).

¹⁹ STSJ de Navarra de 12 de diciembre de 2014 (rec. 347/2014).

²⁰ STSJ de Navarra de 12 de diciembre de 2014 (rec. 347/2014).

- **Exclusividad:** de acuerdo con la Sala²¹, “el trabajador por cuenta ajena puede desempeñar una actividad diversa de la que ejerce para su empleador, si así lo decide y le es posible”, de tal manera que esta posibilidad “no compromete por sí misma el carácter materialmente laboral de una prestación de servicios, pues es compatible con ella”.

4.2. **Recepción y revisión de monografías y resoluciones judiciales en editorial**

El TSJ de Navarra²² ha resuelto que la prestación de servicios como trabajadora autónoma de contenido similar a los realizados con anterioridad como trabajadora por cuenta ajena para la misma empresa permite apreciar la concurrencia de los requisitos esenciales del contrato de trabajo. Así, la dependencia merece una interpretación flexible, en el sentido de que no es necesaria una subordinación rigurosa y absoluta, bastando con la inclusión en el ámbito de organización y dirección empresarial. Esto ocurre con los trabajos de análisis de sentencias, revisión de monografías y análogos, realizados desde el domicilio, programados por la empresa en todos sus aspectos sustanciales, tanto técnicos y objetivos como temporales, sometiendo a la persona a constantes instrucciones y mandatos técnicos relativos a la forma, contenido y específicamente plazo de realización de los trabajos, con los medios facilitados por la misma, a excepción de la líneas telefónicas o de datos y equipamiento informático que, resultando relevantes, dependen para su propia eficacia de otros prevalentes que son titularidad de la empresa, en especial, los programas informáticos de uso indispensable para el desarrollo de los trabajos, en cuya ausencia los mismos no pueden realizarse pues suponen el contexto técnico y operativo característico de la prestación y con sometimiento a la supervisión y control de calidad por parte de la empresa. En cuanto a la ajenidad, entendida como incorporación por la empresa de los frutos del trabajo, es irrelevante el dato de la afiliación al RETA y de la retribución mediante facturación variable en función del número de trabajos realizados y entregados en el período de facturación, según la previsión y precios fijados unilateralmente por la empresa. Del mismo modo, deviene irrelevante la falta de exclusividad, puesto que es posible realizar otras actividades remuneradas.

²¹ STSJ de Navarra de 12 de diciembre de 2014 (rec. 347/2014).

²² STSJ de Navarra de 15 de diciembre de 2014 (rec. 520/2014).

V. SOCIOS, ADMINISTRADORES, CONSEJEROS, DIRECTORES

5.1. Socios

Nada impide la participación de un trabajador en el capital social de la empresa para la que presta servicios. Sin embargo, el porcentaje es un dato revelador del poder de decisión y del control de la sociedad, de manera que, a medida que aumenta aquel, disminuye el nivel de dependencia y de asunción de riesgos por la empresa y viceversa,

En coherencia con esta idea, el TSJ de Navarra ha calificado como mercantil algunos supuestos:

- Gerente que presta servicios de forma autónoma e independiente, de alta en el RETA y con una participación de un tercio de las acciones: “se desprende claramente que la relación jurídica (...) era una relación puramente mercantil, de dirección, administración y gestión de la sociedad, sin que las pérdidas y ganancias le fueran ajenas, y sin dependencia de un empresario”, ya que tanto el porcentaje de participación en la sociedad como su preeminente posición en la estructura del gobierno real de la misma llevan a la convicción de la ausencia de una auténtica relación laboral²³.

- Socio con una participación inicial del 33% que con el tiempo la redujo a su participación a poco más del 10%, sin que realizara funciones específicas más allá de alguna gestión comercial²⁴.

- Titular de un porcentaje representativo del capital social, regentaba el negocio en nombre propio y lo representaba ante terceros, con amplios poderes que excedían de los propios de un trabajador. Afirma el TSJ de Navarra que el hecho de que prestase con carácter habitual un trabajo en la empresa no obsta para la naturaleza societaria del vínculo, pues dicho trabajo se prestaba en nombre y beneficio propio, como parte de la estructura empresarial creada al constituirse libremente la sociedad²⁵.

- Puede plantear dudas el caso de una sociedad dedicada a la fabricación de calzado que tomó la decisión de externalizar parte de su proceso productivo, concretamente las tareas de pegado y cosido de las piezas, para lo cual fue contactando sucesivamente con extrabajadoras de la misma, que constituyeron una empresa en la que todas ellas eran socias y administradoras solidarias. Para el TSJ de Navarra, la sociedad está “perfectamente constituida” y su ob-

²³ STSJ de Navarra de 29 de diciembre de 2006 (rec. 363/2012).

²⁴ STSJ de Navarra de 16 de abril de 2012 (rec. 133/2012).

²⁵ STSJ de Navarra de 21 de diciembre de 2001 (rec. 430/2000).

jeto social coincide con la actividad real. Resulta relevante que la sociedad sufrague los gastos de alquiler del local, agua, luz, teléfono, pese a que para desarrollar las tareas se utilice, en parte, maquinaria de la empresa principal, quien les entrega tanto la piel como el pegamento e hilos necesarios para el cosido y pegado de las piezas que, una vez terminadas, eran recogidas por la principal, que abonaba un precio por unidad terminada. Incide el Tribunal en que eran las socias quienes organizaban sus turnos de trabajo y fijaban la fecha de disfrute de vacaciones u otras licencias y quienes, dentro de la sociedad que integraban, organizaban el reparto de las cantidades satisfechas por la empresa principal por la ejecución de los pedidos.²⁶

- En el caso de una socia de una franquicia, entiende el Tribunal que una sociedad de naturaleza civil, convenida entre ambas partes con el fin de proceder a la común explotación de un establecimiento aportado por una de ellas, propietaria del mismo, para llevar a cabo toda la actividad necesaria para el funcionamiento del negocio, mediante una colaboración recíproca –de naturaleza asociativa– encaminada a la producción de unos beneficios, realizando, con plena libertad y autonomía, las tareas y funciones precisas y percibiendo un porcentaje de las ganancias, evidencia la ausencia de sometimiento al ámbito de organización y dirección de una empresa²⁷.

- Pese a no estar documentada, la existencia de una sociedad civil verbal pone de manifiesto una relación entre ella y los socios “decisivamente configurada a tenor de la voluntad de las partes, que es preeminente incluso frente a la actividad de la sociedad puesto que, con respecto a la entidad, el socio no es servidor, aunque esté sometido a la disciplina y organización de la misma”. El caso viene aderezado por un reparto de las ganancias “conforme a lo convenido”, poniendo de manifiesto “la dificultad de distinguir entre lo que es aportación a la sociedad como partícipe y lo que es actividad laboral diferenciada”²⁸.

Por el contrario, se ha entendido que la relación societaria es, en realidad, una relación laboral, en los siguientes supuestos:

- Socia con el 25% del capital social que desarrolla el cargo de administradora solidaria, firmaba las cuentas anuales de la sociedad y demás documentos como el impuesto de sociedades, figuraba de alta en el RETA, retiraba una cantidad mensual a cuenta de beneficios y conocía el estado contable y fiscal de la entidad, participando activamente en el giro y tráfico mercantil de

²⁶ STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2002 (rec. 94/2002).

²⁷ STSJ de Navarra núm. 558/1993, de 7 de diciembre.

²⁸ STSJ de Navarra núm. 122/1998, de 14 de abril de 1998.

la misma mediante el desarrollo de su capacidad administrativa solidaria, es decir, mediante actos que vinculan al resto de administradores y obligan a la sociedad. Admite el TSJ de Navarra la frecuencia con que en el amplio campo societario en una misma persona confluye la doble cualidad societaria y laboral, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, la cual viene dada por la naturaleza del vínculo. De este modo, si existe una integración orgánica en el campo de la administración social la relación no es laboral sino mercantil. El administrador solidario de una sociedad limitada, como órgano de la sociedad encargado del control y dirección de la misma, no se considera trabajador por cuenta ajena, en cuanto además tiene un interés directo, al revertir su esfuerzo en beneficio del capital social. Sin embargo, la detracción mensual de una suma a cuenta unida a los factores indicados y al hecho de su presencia en el centro de trabajo, permite “concluir, sin ningún género de duda y de forma palmaria y nítida, que la relación que vincula a las partes es de naturaleza laboral”²⁹.

- Más evidente es la relación laboral cuando la representación accionarial es simbólica (una acción) y se prestan servicios en jornadas semanales de lunes a viernes, dedicando una jornada diaria equivalente como mínimo a un 75% de una jornada normal de 8 horas, percibiendo una misma retribución y estando sometido tanto a un horario prefijado y a órdenes e instrucciones de la empresa con dedicación exclusiva³⁰.

5.2. Socios administradores

La exclusión de la relación de laboralidad de los socios que realizan otras tareas diferentes de las propias de su cualidad de socio puede venir dada por la falta de la nota de ajenidad, cuando dicho socio ostenta la titularidad de una cuota societaria determinante, de manera que la prestación de trabajo que pueda realizar se efectúa a título de aportación a la sociedad, cuota que el Tribunal Supremo ha señalado a partir del 50% de participación en el capital social. Pero también puede venir excluida, al amparo del art. 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores, por falta de dependencia en el trabajo, cuando se trata de personas que forman parte del órgano máximo de dirección de la empresa, en cuanto que se es titular de un tercio del capital social, administrador mancomunado junto con otros socios, siendo función típica de estas personas, que forman

²⁹ STSJ de Navarra de 30 de octubre de 2007 (rec. 211/2006).

³⁰ STSJ de Navarra de 31 de octubre de 2001 (rec. 349/2000).

parte del órgano de gobierno de la empresa, la representación y dirección de la misma, sin que su relación nazca de un contrato de trabajo sino de una designación o nombramiento, de modo que la relación tiene carácter mercantil. Es cierto que se admite la compatibilidad entre una relación societaria y otra laboral, “pero ello solo sería posible para realizar trabajos que podrían calificarse de comunes u ordinarios; no así cuando se trata de desempeñar al tiempo el cargo de consejero y trabajos de dirección (gerente, director, etc.) dado que en tales supuestos, el doble vínculo tiene el único objeto de la gestión y administración de la empresa, es decir, que el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de dirección”³¹.

De acuerdo con estos criterios, el socio fundador que posee un 33% del capital social y es administrador solidario, sin que se hayan realizado funciones bajo el sometimiento a un círculo rector extraño, determina la ausencia de la nota de laboralidad³².

La misma solución se alcanza cuando un socio, también con el 33% del capital social, es administrador mancomunado y actúa efectivamente en tal calidad, desempeñando materialmente los cometidos propios de su puesto, de modo que las funciones propias de la administración de la sociedad se realizaban en conjunción con los demás socios. La renuncia al cargo de administrador mancomunado no empaña esta conclusión cuando continúa la titularidad sobre las participaciones sociales, pese a que desempeñara sus cometidos en un horario fijo o constante durante el tiempo, “pues el mismo no puede tener la consideración de horario en sentido laboral ni suponer elemento demostrativo, por sí, de la existencia de una relación laboral”, pues la uniformidad horaria no es sino un rasgo organizativo de la actividad que procede (aunque sea en parte) del propio socio. En fin, el hecho de que las decisiones se tomaran en concurrencia con la voluntad de los demás socios “es un hecho que procede y se explica a través del carácter mancomunado de su competencia como administrador y no de una sujeción a un poder preeminente que, en la práctica, no compartiera con las demás administradoras, necesitando simplemente de su concurrencia para poderse materializar (del mismo modo que las restantes administradoras precisaban, al mismo tiempo, de su concurso para su efectivo ejercicio)”³³.

³¹ STSJ de Navarra de 27 de abril de 2012 (rec. 122/2012).

³² STSJ de Navarra núm. 467/1994, de 31 de octubre.

³³ STSJ de Navarra de 27 de abril de 2012 (rec. 122/2012).

5.3. Administradores

La condición de administrador es, en sí, suficiente para considerar la extralaboralidad de la relación. En el caso de un administrador único es evidente³⁴, pero también lo es el de una persona, no socio, cuya misión primordial era dirigir la empresa, trabajando todas las horas que consideraba necesario, tanto en el despacho como en la propia fábrica, que había sido designado para el cargo por el Consejo de Administración por ser la persona más idónea, pese a que “tiene una nómina como cualquier trabajador”³⁵.

El carácter solidario de la administración también anula la laboralidad³⁶, al igual que el administrado con una participación del 25%³⁷, a pesar de que se hayan realizado labores administrativas y trabajado en exclusividad para la empresa, aunque, como el resto de los socios, con mayor libertad de horario que los trabajadores por cuenta ajena. No solo el porcentaje de participación en la sociedad, sino también su posición en la estructura del gobierno real de la misma, llevan a la convicción de la ausencia de una auténtica relación laboral.

En fin, tampoco está dotado de laboralidad el cargo del administrador mancomunado con participación del 33% del capital social³⁸.

5.4. Consejeros

La exclusión del ámbito laboral de la actividad que se limite al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, no solo es de aplicación a quienes circunscribe su relación con la empresa a la simple pertenencia al Consejo de Administración, sino también a quienes compatibilizan ese cargo con el desempeño de funciones directivas o de gestión empresarial, porque, como ha establecido el Tribunal Supremo, es equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representa-

³⁴ STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2007 (rec. 51/2007).

³⁵ STSJ de Navarra de 15 de diciembre de 1997, AS\1997\5207.

³⁶ En general, STSJ de Navarra núm. 445/1997, de 6 de octubre.

³⁷ STSJ de Navarra de 17 de septiembre de 2009 (rec. 271/2009).

³⁸ STSJ de Navarra de 27 de abril de 2012 (rec. 122/2012).

ción de la compañía. Por consiguiente, todas estas actuaciones comportan “la realización de cometidos inherentes” a la condición de administradores de la sociedad y encajan plenamente en el “desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad”, siendo de aplicación la conocida teoría del vínculo, conforme a la cual, “la inclusión o exclusión del ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquel consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que se actúan directamente o mediante delegación interna, dicha relación no será laboral” (STS de 21 de enero de 1991). En el sentido indicado, sin fisuras, se ha pronunciado nuestro Tribunal³⁹, salvo que subsista una relación laboral común⁴⁰.

5.5. Directores

Respecto a la relación especial de alta dirección hay que tener en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo representada, entre otras, en Sentencia de 4 de junio de 1999 que en interpretación de los artículos 1.1 del ET y 1.2 del Real Decreto 1382/1985, ha declarado que:

- a) Uno de los elementos indiciarios de la relación especial de servicios de los empleados de alta dirección es que las facultades otorgadas, “además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, han de estar referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena o referida a zonas o centros de trabajo nucleares para dicha actividad». Ello es así porque este contrato especial de trabajo se define (...), de un lado, por la inexistencia de subordinación en la prestación de servicios (autonomía y plena responsabilidad) y, de otro lado, por el ejercicio de los poderes que corresponden a decisiones estratégicas para el conjunto de la empresa y no para las distintas unidades jurídicas de la empresa y relativos a los

³⁹ SSTSJ de Navarra de 20 de diciembre de 2000 (rec. 435/2000), 19 de abril de 2002 (rec. 134/2002), 28 de noviembre de 2002 (rec. 292/2002), 13 de abril de 2007 (rec. 104/2007), 17 de septiembre de 2007 (rec. 143/2007), 16 de diciembre de 2010 (rec. 190/2010) y 29 de diciembre de 2011 (rec. 345/2011).

⁴⁰ STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2005 (rec. 387/2005).

objetivos generales de la misma” (STS/Social 24-1-1990, 2-1-1991 y STS/IV 22-4-1997).

- b) Es exigencia para atribuir a una relación laboral el carácter especial que es propio de las de alta dirección que la prestación de servicios haya de ejercitarse asumiendo, con autonomía y plena responsabilidad, poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativa a los objetivos generales de la misma, y que “el alto cargo, en el desarrollo de sus funciones y ejercicio de sus facultades, ha de gozar, además, de autonomía, asumiendo la responsabilidad correspondiente; autonomía que solo puede quedar limitada por las instrucciones impartidas por quien asume la titularidad de la empresa, por lo que, normalmente, habrá de entenderse excluido del ámbito de aplicación del referido Real Decreto y sometido a la legislación laboral común, aquellos que reciban tales instrucciones de órganos directivos, delegados de quien ostenta la titularidad de la empresa, pues los mandos intermedios, aunque ejerzan funciones directivas ordinarias, quedan sometidos al ordenamiento laboral común, ya que la calificación de alto cargo requiere la concurrencia de las circunstancias expuestas, en tanto que definitorios de tal condición (STS/Social 12-9-1990).
- c) No cabe confundir el ejercicio de determinadas funciones directivas por algunos trabajadores –fenómeno de delegación de poder siempre presente en las organizaciones dotadas de cierta complejidad– con la alta dirección, la cual no puede ser objeto de una interpretación extensiva (SSTS/Social 13-3-1990 y 11-6-1990).
- d) Lo que caracteriza la relación laboral del personal de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial y, de modo que “para apreciar la existencia de trabajo de alta dirección se tienen que dar los siguientes presupuestos: el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, el carácter general de esos poderes, que se han de referir al conjunto de la actividad de la misma y la autonomía en su ejercicio, solo subordinado al órgano rector de la sociedad. Y precisamente como consecuencia de estas consideraciones referentes a la delimitación del concepto de “alto cargo”, es por lo que se ha proclamado que este especial concepto ha de ser de interpretación restrictiva y hay que entender, para precisarlo, al ejercicio de funciones de rectoría superior en el marco de la empresa” (SSTS/Social 24-1-1990 y 2-1-1991)”.

De acuerdo con la anterior doctrina general, la realización de funciones de gestión y dirección empresarial, representación de la compañía, desempeño de funciones técnicas y facultades inherentes a la titularidad de la empresa efectuando contrataciones, recibiendo instrucciones únicamente del Consejero Delegado, es determinante de que se considere la relación de laboral especial de alta dirección, no laboral ordinaria ni mercantil⁴¹.

VI. COOPERATIVISTAS

En Navarra, al igual que en otros territorios españoles, existe una consolidada tradición cooperativista, lógicamente, que debe contar con una estructura organizativa y material propia y real, sin que sea admisible la constitución de esta peculiar forma societaria como instrumento meramente formal carente de aquellos requisitos⁴². Tanto la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, como la Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra, regulan esta peculiar relación que simultáneamente es societaria y laboral.

El socio trabajador mantiene un peculiar status jurídico en cuanto se construye sobre una base de carácter societario que se desarrolla posteriormente como una clara relación laboral entre la cooperativa como entidad con personalidad jurídica propia y aquel, “depurándose los elementos configuradores de la sociedad y manteniéndose los de la relación laboral, que queda delimitada con el intercambio trabajo-salario, por lo que la atribución de competencias sobre los conflictos nacidos entre las sociedades cooperativas y sus socios trabajadores debe ser atribuida al orden social de la jurisdicción”⁴³.

En el caso concreto de una cooperativa de transporte, el TSJ de Navarra⁴⁴, con apoyo en criterios judiciales de otros Tribunales Superiores⁴⁵, ha razonado que la exclusión del art. 1.3 g) del ET (actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenta, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador) no puede verse afectada por el hecho de que los socios de la Cooperativa suscriban contratos con una

⁴¹ STSJ de Navarra de 31 de diciembre de 2003, rec. 209/2003.

⁴² Esta advertencia, en STSJ de Navarra de 13 de febrero de 2020 (rec. 28/2020).

⁴³ STSJ de Navarra de 30 de diciembre de 2004 (rec. 142/2004).

⁴⁴ SSTSJ de 9 de octubre de 2003 (rec. 126/2003) y 13 de febrero de 2020 (rec. 28/2020).

⁴⁵ Cataluña, 18 de enero de 2002 (rec. 5213/2001) y 8 de enero de 2003 (rec. 1997/2002).

empresa para efectuar servicios como conductores utilizando los vehículos previamente alquilados por la Cooperativa, pues “los socios-trabajadores/transportistas disponen de la autorización administrativa pertinente y la tarjeta de capacitación, además de estar de alta en el RETA de la Seguridad Social y en Licencia Fiscal”, menos aun cuando la remuneración se realiza “en función del kilometraje realizado, descontándose los gastos de combustible y mantenimiento del vehículo que corrían a cargo de la correspondiente cooperativa de la que era socio”, incluso si autorización administrativa de transporte no estaba a su nombre. En cualquier caso, los transportistas gozan de libertad para la organización de su trabajo, habitualmente no hay un horario predeterminado ni una jornada explicitada, lo que evidencia aún más el carácter no laboral de la relación.

Debe reiterarse que la cooperativa ha de ser real y efectiva y los socios-trabajadores han de contribuir con su trabajo a la consecución de sus objetivos⁴⁶. Y ello resulta incompatible con la constitución de un entramado societario en virtud del cual una empresa principal subcontrata con una cooperativa que asume el papel de mero intermediario entre aquella y los socios-trabajadores, lo que acontece cuando los conductores trabajaban con vehículos propiedad de la empresa, dentro de su ámbito de organización y dirección y seguían las instrucciones recibidas de la misma, “sin que conste mantuviesen relación real con la cooperativa de la que eran socios y percibiendo a cambio de sus servicios una retribución”⁴⁷.

VII. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA

Según tiene declarado el Tribunal Supremo en las sentencias de 22 de noviembre de 2005, de 4 de abril de 2006 y de 29 de marzo de 2007, “la esencia de la beca de formación es conceder una ayuda económica de cualquier tipo al becario para hacer posible una formación adecuada al título que pretende o que ya ostenta”, sin que su importe –a diferencia de lo que sucede en la relación laboral– sea una retribución de servicios, que “las labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así y las tareas que se le ordena realizar integran los cometidos propios de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral”; y se produ-

⁴⁶ Como ejemplo de ello, STSJ de Navarra de 25 de mayo de 2015 (rec. 33/2015).

⁴⁷ STSJ de Navarra de 5 de junio de 2015 (rec. 532/2014).

ce un fraude de ley cuando con el “ropaje” de una beca se “disfraza” una relación laboral.

De acuerdo con este criterio general, la ausencia de sujeción a régimen organizativo, rector o disciplinario de la empresa, teniendo la actividad naturaleza académica o formativa, dado que estando matriculada en el Grado de Turismo no había obtenido aun la titulación académica y las competencias a adquirir durante las prácticas de recepción de hotel están relacionadas con ese Grado, resulta que la relación no puede calificarse como laboral, máxime si se considera que durante el periodo en que permaneció en el Hotel recibió formación como recepcionista, no tenía autonomía, puesto que en todo momento estaba acompañada por algún trabajador de la empresa, no sustituyó a los trabajadores de plantillas, no realizó todas las tareas propias de un recepcionista, sino las que se le asignaban y siempre bajo supervisión y, finalmente, tampoco recibió retribución alguna⁴⁸.

La intensa integración en el ámbito organizativo y directivo determina la consideración de la beca como un auténtico contrato de trabajo. Esto acontece⁴⁹ cuando la realidad funcional de las becas no busca tanto la formación del becario, sino, por ejemplo, “el auxilio que este procura a los alumnos de los centros”, lo cual es independiente de que los “becarios” puedan obtener y obtengan en la práctica beneficios que trascienden el importe económico de las becas, “principalmente, porque estos beneficios no están incardinados en la finalidad de la propia beca, que atiende a mejorar el nivel de conversación en lengua extranjera de los alumnos, finalidad sustancial que los becarios procuran sin sujeción a un programa formativo predefinido para ellos o bajo el requerimiento de una titulación establecida”. En realidad, los becarios asumen indebidamente la “condición de agentes de una acción formativa cuyos destinatarios no son ellos, sino los alumnos a los que asisten, y obliga a concluir que esta organización tiene una naturaleza asistencial de la propia actuación formativa”, siendo quien organiza la actividad formativa, en última instancia, quien se beneficia del lucro que proporciona dicha actividad planteada como becarial. Así, no es admisible que los becarios ejerzan sus funciones “con arreglo a un programa horario (horas lectivas que se asignan), que disfrut(e)n de las vacaciones escolares (han de acomodar las suyas a estas) y que se encuentran igualmente sujetos a un control que les obliga, por ejemplo, a justificar sus ausencias con antelación, llegando a tener que recuperar días de inasistencia en su caso”, estando supervisados por el profesorado de idiomas y utilizando

⁴⁸ STSJ de Navarra de 9 de mayo de 2019 (rec. 152/2019).

⁴⁹ STSJ de Navarra de 17 de julio de 2015 (rec. 219/2015).

el material docente que se les procura, percibiendo una remuneración mensual. Todos estos rasgos “deben conducir a la apreciación de que existe una relación de naturaleza laboral, en la que los becarios desempeñan unas funciones presenciales sujetos al ámbito directivo y organizativo de un tercero, que disciplina su actuación, la orienta y la regula en aspectos tanto materiales como formales, circunscribiéndola a un esquema horario y objetivo, predefiniéndola en pos de un resultado que le beneficia y retribuyéndola de forma efectiva”.

Como caso atípico se registra el del becario colaborador radiofónico que fue seleccionado entre otros periodistas desempleados para coordinar un programa radiofónico por un espacio temporal de una hora semanal, pudiendo fijar sus contenidos, establecer la duración, incluir nuevos espacios y estando facultado para variar el formato del programa sin estar sujeto a ningún tipo de control, excepción del respeto a los objetivos y fines de la asociación, percibiendo, en fin, una cuantía fija por cada programa y con porcentaje del 40% de la publicidad contratada⁵⁰.

VIII. ACTIVIDADES DEPORTIVAS

Las actividades deportivas ofrecen un doble plano de análisis y de debate: la relación autónoma versus la relación laboral (común o especial) y la relación laboral especial regulada por el RD 1006/1985 versus la relación laboral común. En este trabajo interesa el primero de los planos.

La realidad navarra nos ofrece los siguientes asuntos de interés:

- Como explica el TSJ de Navarra⁵¹, los entrenadores de equipos deportivos se equipararon inicialmente a los altos cargos (Sentencias del Tribunal Supremo de 16-5-1975 y 20-6-1977, y del Tribunal Central de Trabajo de 7-11-1977 y 9-4-1985), pero a partir de la STS de 14 de mayo de 1985, referida a un preparador físico, se vienen calificando a los entrenadores y técnicos deportivos de los clubes o equipos deportivos como deportistas profesionales (entre otras, SSTS de 20-9-1988, de 22-12-1989 y de 28-5-1990, referidas a entrenadores de equipos de fútbol, y la de 14-2-1990 sobre un coordinador técnico y segundo entrenador. En el caso de deportistas (futbolistas, ciclistas, etc.) o entrenadores concurren características que justifican la regulación especial, como el *intuitu personae* que da lugar a una puja por sus servicios entre

⁵⁰ STSJ de Navarra de 28 de marzo de 2000 (rec. 92/2000).

⁵¹ STSJ de Navarra de 20 de octubre de 2004 (rec. 291/2004).

los clubes y la confianza que preside este género de relaciones, que se traduce en la necesidad de temporalidad. En cuanto a la confianza, el citado autor destaca que un rasgo propio del proceso deportivo es que solo uno de los participantes va a ser el vencedor, de manera que cada temporada se frustran los objetivos pretendidos por la mayor parte de las entidades en una competición, y que partiendo de esta lógica estrictamente deportiva se debe concluir la necesidad del carácter temporal de la relación laboral, a causa de la conexión entre la prestación del sujeto y el resultado deportivo obtenido. Concretado el criterio delimitador del ámbito del RD 1006/1985 en la conexión de la prestación del sujeto con el resultado deportivo y la existencia de una competición entre clubes que exija intervenir el mercado de trabajo, se puede explicar por qué profesiones en las que sí se da una práctica activa al servicio de una entidad deportiva como tipifica el artículo 1.2, no deben considerarse como deportistas profesionales.

- El masajista de un equipo ciclista integra en su esencia el carácter *in-tuitu personae* que debe concurrir en la relación laboral especial. En el caso concreto, no puede considerarse que los contratos laborales formen parte de un “mercado de fichajes” que se van renovando temporalmente en función de los resultados deportivos, por lo que no se aprecia “la conexión directa de la prestación del actor con el resultado deportivo obtenido por el equipo ciclista”. Efectivamente, el Tribunal Supremo considera a los entrenadores y técnicos deportivos de los clubes o equipos como deportistas profesionales, “atendiéndose en ellas fundamentalmente a la preparación física y técnica de los jugadores, a la elección del sistema de juego y a la designación de los que debían alinearse en cada partido”. Sin embargo, el masajista de un equipo ciclista realiza funciones de naturaleza distinta, siendo también diferentes las condiciones en las que estas son desempeñadas⁵².

- Un futbolista aficionado se sitúa extramuros de la relación especial y también del Derecho del Trabajo en tanto la calificación federativa de aficionado o profesional no es vinculante para los tribunales laborales, “pues el criterio laboral de profesionalidad deportiva, conforme a los artículos 1.2 y 3 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, lo es que se abone al deportista una cantidad que sea sustancialmente diversa de la compensación de gastos o perjuicios derivados de la práctica del deporte: Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16-3-1998 (AS 1998\1672), de Extremadura de 29-10-1997 (AS 1997\4052). En el caso concreto, la cantidad

⁵² STSJ de Navarra de 20 de octubre de 2004 (rec. 291/2004).

pactada se entiende proporcionada a los gastos y perjuicios de desplazamiento y dedicación deportiva de un jugador que vive en localidad distinta. Por otra parte, la existencia de primas (modestas) no desnaturaliza por sí mismo el carácter compensatorio de las cantidades pactadas. En fin, el club no estuvo interesado en tramitar su ficha federativa, por lo que no tiene sentido “que la relación laboral se constituya antes de la efectiva sumisión a la disciplina y dependencia del club”. Un acuerdo privado informal y no fehaciente, que supondría otorgar prerrogativas exorbitantes al club de sumisión y dependencia laboral, de un jugador al que se califica de aficionado, de localidad distinta, con el que no se acuerda un salario efectivo como retribución, sin alta en la Seguridad Social, sin licencia federativa y que no tiene vinculación previa, ni proviene siquiera de la cantera del club demandante, no puede ser considerado deportista profesional ni tampoco trabajador por cuenta ajena⁵³.

- Entrenador de taekwondo: lo relevante no es la presencia física del trabajador (o su ausencia) en la instalaciones, ni la sujeción a horario determinado, ni tampoco la exclusividad. Lo relevante es que el trabajo prestado “no comporta una libertad de determinación de su contenido y autonomía gestora y financiera, sino que, por el contrario, ha sido prestado siguiendo estrictas directrices preestablecidas por la Federación y en el marco de un horario y función que han sido perfectamente conocidos y controlados por esta”⁵⁴. La contratación con ocasión de los proyectos de alto rendimiento y especialización (ni siquiera se ha acreditado que se dedicase exclusivamente a los mismos) no basta para desnaturalizar su relación directa con la Federación Navarra⁵⁵.

- La emisión de facturas mensuales y el alta en el RETA no son incompatibles con una relación laboral común cuando la persona se integra en un equipo dirigido a llevar a cabo la consecución del proyecto deportivo anual de la Federación, menos aun cuando esta “ponía a su disposición absolutamente todos los medios materiales necesarios para ello” y era “la encargada de seleccionar a los deportistas que podían participar en el programa”; los entrenamientos debían hacerse en el horario marcado por la Federación, fuera del horario escolar cuya asamblea general marcaba y aprobaba criterios a los que debía ajustarse el entrenador. En fin, los frutos del trabajo a través de la consecución del objetivo de fomento del deporte recaen íntegramente en

⁵³ STSJ de Navarra de 25 de mayo de 1999 (rec. 242/1999).

⁵⁴ STSJ de Navarra núm. 493/1996, de 4 de noviembre.

⁵⁵ *Ibidem*.

aquella, por lo que no se aprecia que el trabajo realizado pueda ser objeto de una relación autónoma⁵⁶.

IX. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

La escasez de criterios judiciales en esta materia contrasta con la muy rica realidad existente, si bien es comprensible esta apreciación considerando lo abierto y, al mismo tiempo, comunicado de las diferentes empresas del sector.

9.1. Técnico de luces y montaje

Estas funciones no se encuadran ni en el ámbito mercantil ni en el laboral especial de los artistas. La colaboración en la producción del espectáculo, desarrollando labores técnicas y auxiliares, conduciendo el vehículo que transporta el equipo, montando y desmontando este y las luces de la orquesta, sin realizar una actividad artística propiamente dicha, ni poderse encuadrar en ninguna de las categorías profesionales en los trabajos de producción, doblaje o sincronización de películas o para televisión debe rectamente reconducirse al terreno de la normativa laboral común⁵⁷.

9.2. Cámara de TVE

La laboralidad viene determinada por los siguientes elementos⁵⁸: las cintas de vídeo se suministraban por TVE y, una vez grabadas, pasaban a ser de dicho ente. El cámara no tenía horario fijo, pero debía estar permanentemente localizado, suministrándole la empresa un aparato de búsqueda. TVE indicaba la noticia a grabar, el modo en que debía hacerse y la forma de envío. La noticia se cubría con cámara, coche y micrófono de TVE, que pagaba el envío por mensajería. El cámara presta servicios en todo el territorio de Navarra y ha intervenido en programas de índole estatal. Los integrantes del equipo de trabajo no tenían autonomía para cubrir una noticia o hacer un

⁵⁶ STSJ de Navarra de 3 de marzo de 2017, rec. 58/2017. En el mismo sentido, STSJ de Navarra de 9 de marzo de 2017, rec. 57/2017.

⁵⁷ STSJ de Navarra de 6 de abril de 1993, rec. 712/1993.

⁵⁸ STSJ de Navarra de 9 de diciembre de 2008, rec. 582/2007.

reportaje si previamente no se autorizaba desde el centro territorial de Pamplona. En fin, disponía de llaves del local.

9.3. Mandatario de la SGAE

La existencia de un contrato de mandato unido a la gran autonomía funcional, que resultaba compatible con la recepción de instrucciones para aspectos concretos, pero que no condicionaban amplias áreas de su esfera de actuación, a la posibilidad de otras actividades ni tener que hallarse sujeta a clase alguna de jornada u horario, a la inexistencia de horario laboral, posibilidad de buscar sustituto o ayudante, al pleno conocimiento de no estar dada de alta en el RGSS y, en fin, a la ausencia de poder disciplinario... conducen a considerar que no concurren los elementos definitorios de una relación laboral⁵⁹.

X. PROFESIONES LIBERALES

Este tipo de actividades, tradicionalmente, han sido objeto de exclusión del ámbito laboral, quizá partiendo de la suposición del ejercicio libre e independiente de una profesión, sujeta a sus propias normas (deontológicas, entre otras), bien entendido que el profesional está dotado de una infraestructura adecuada con la que realizar sus cometidos. Sin embargo, el crecimiento exponencial de estas profesiones, unido al aumento de la dimensión de los despachos profesionales (y también de las empresas que demandan sus servicios) es motivo para que se planteen dudas en un doble sentido: integración del profesional en la organización para la que presta servicios (en ocasiones por cuenta ajena) e integración del profesional (normalmente autónomo y sin organización) en la empresa para la que presta servicios.

10.1. Asesoramiento jurídico y económico

Sobre el carácter de los servicios que el abogado en ejercicio preste a los clientes, ha declarado el Tribunal Supremo que no reviste en principio naturaleza laboral, por ser una profesión de las llamadas liberales, lo que no excluye

⁵⁹ STSJ de Navarra de 14 de abril de 2008 (rec.16/2008).

que, en supuestos de dependencia, sí posea tal naturaleza. Con este apriorismo se enfrenta el TSJ de Navarra⁶⁰ a la resolución de un supuesto de suscripción de un contrato de arrendamiento de servicios, el cual no tiene “encaje típico en la esfera de las relaciones laborales”, siendo así que “aunque se trabajaba para otro –el cliente–, no se trabajaba por cuenta de otro”. El hecho de que se percibiera una retribución mensual constante no parece elemento suficiente –ante la ausencia de prueba de otros elementos: horario, etc. – para declarar la laboralidad del vínculo.

La retribución por unidad de obra (y no por tiempo), pese a que al asesor se le suministraba una dotación informática, a juicio del Tribunal, “forma parte de las propias condiciones de la externalización de su trabajo (...). Y parece referida principalmente a un control meramente formal y contable del trabajo y de su coordinación con los servicios jurídicos (...), que no afecta a la independencia y autonomía de su trabajo de letrado y a su responsabilidad profesional de asumir como titular liberal la dirección de los asuntos que se le encomiendan y el cobro de los impagados en su área de actuación⁶¹.

Hay casos que permiten apreciar una mayor integración: correo electrónico de la empresa, comunicación de las bajas médicas y fechas de disfrute de vacaciones, abono de dietas y gastos de kilometraje o amortización de un coche. Sin embargo, tales datos son insuficientes para apreciar la existencia del contrato de trabajo, en tanto “resultan accesorias y en modo alguno evidencian el sometimiento del actor al círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa”⁶².

En el ámbito del sector público se ha declarado la laboralidad del vínculo de una asesora laboral de una Corporación Local⁶³ y, en el privado, de un gestor de comercio exterior⁶⁴.

En fin, el asesoramiento económico de un apoderado de una sociedad tampoco se considera objeto del contrato, en tanto “la dependencia en la contratación laboral de profesionales liberales se manifiesta, no en la ejecución del trabajo, sino en la programación del mismo por parte de la empresa o empleador”⁶⁵.

⁶⁰ STSJ de Navarra de 19 de junio de 2001 (rec. 218/2001).

⁶¹ STSJ de Navarra de 6 de octubre de 2016, rec. 425/2016.

⁶² STSJ de Navarra de 30 de noviembre de 2004, rec. 404/2004.

⁶³ SSTSJ de Navarra de 24 de enero de 2000 (rec. 536/1999) y 29 de febrero de 2000 (rec. 62/2000).

⁶⁴ STSJ de Navarra de 7 de diciembre de 2009, rec. 287/1999.

⁶⁵ STSJ de Navarra núm. 86/1997, de 24 de febrero.

10.2. **Arquitectos**

Quizá sean la cualificación profesional y la retribución los factores que se tienen en cuenta a la hora de excluir del ámbito laboral a estos profesionales, más allá de las circunstancias concurrentes⁶⁶, salvo que la integración en la organización sea palmaria: en las dependencias y con medios organizativos ajenos, con sujeción a un horario y con una retribución de carácter fijo y periódico⁶⁷.

XI. PERSONAL SANITARIO

Se aprecia una importante diferencia de tratamiento entre los médicos especialistas de hospitales –con tendencia a declararse la autonomía de la relación– y otros profesionales médicos –señaladamente odontólogos que prestan servicios en clínicas– que, en los casos sometidos al enjuiciamiento del Tribunal, permiten inclinar la balanza a favor de la laboralidad.

La razón, muy posiblemente, se encuentra en el diverso modo de integración en la organización. Los médicos de hospitales suelen compatibilizar su ejercicio profesional sin sujeción estricta a una organización única –pese a que disponen de sus medios materiales es frecuente el pago de un canon en concepto de alquiler–, entablar una relación personal con los pacientes (hasta el punto de facturarles directamente a ellos sus servicios)⁶⁸. Por el contrario, los odontólogos tienden a la exclusividad, a un horario fijo y a una remuneración estable⁶⁹.

XII. PERSONAL DOCENTE

12.1. **Profesor de yoga**

El hecho de que se desarrollen los cometidos “con total libertad y autonomía, sin sujeción a controles externos, salvo, claro está, el cumplimiento de

⁶⁶ SSTSJ de Navarra de 19 de noviembre de 2015 (rec. 492/2015) y de 23 de noviembre de 2015 (rec. 487/2015).

⁶⁷ STSJ de Navarra de 25 de marzo de 2013, rec. 5/2013.

⁶⁸ SSTSJ de Navarra de 31 de diciembre de 1999 (rec. 429/1999) y 16 de diciembre de 2009 (rec. 360/2009).

⁶⁹ SSTSJ de 4 de diciembre de 2009 (rec. 283/2009), 7 de enero de 2009 (rec. 541/2007), 23 de septiembre de 2010 (rec. 162/2010), 21 de octubre de 2010 (rec. 193/2010) y 31 de julio de 2014 (rec. 321/2014).

un horario de clases”, resulta determinante para la exclusión del ámbito de aplicación de las normas laborales⁷⁰.

12.2. Profesores de Religión y Moral Católica en centros públicos

Resulta curioso leer alguna sentencia que declara la incompetencia de jurisdicción por entender que “la relación servicial se halla regulada en virtud de normas puramente administrativas representadas por el Acuerdo suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 enero 1979, y por la Orden Ministerial 15 julio 1980, de aplicación y desarrollo, bien entendido que como Tratado Internacional tiene aplicación en España como norma legal de plena validez y eficacia, al haber pasado a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, por su íntegra publicación en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo preceptuado en el apartado 5 del artículo 1 del Código Civil, lo que excluye el carácter laboral de las relaciones concertadas, cuya naturaleza administrativa hay que reconocer en virtud de la legalidad vigente”⁷¹.

12.3. Educadora infantil en escuela municipal

Nuevamente, el carácter administrativo del vínculo se impone con fundamento en normas de esta naturaleza, sin examinar el modo de prestación de los servicios⁷².

12.4. Profesores asociados de Universidad

Pese a que la vigente Ley Orgánica, 6/2001, de Universidades, laboralizó, dentro del sector público, a estos profesionales, puede rescatarse algún pronunciamiento que, sobre las firmes bases de la vieja Ley de la Función Pública, declaró sin ambages la naturaleza administrativa de tal vínculo⁷³.

⁷⁰ STSJ de Navarra de 28 de abril de 2000, rec. 126/2000.

⁷¹ STSJ de Navarra núm. 213/1995, de 24 de mayo.

⁷² STSJ de Navarra de 22 de febrero de 2013, rec. 11/2012.

⁷³ STSJ de Navarra núm. 376/1993, de 20 de julio.

XIII. COMERCIALES, AGENTES VENDEDORES

La opinión doctrinal mayoritaria coincide en afirmar que no es diáfana e inconclusa la determinación de cuáles sean las relaciones de mediación, que hayan de incluirse dentro del ámbito de lo laboral y cuáles deban entenderse amparadas bajo el manto de la Ley de 27 de mayo de 1992, Reguladora del Contrato de Agencia. Resulta, incluso, insólita, al decir de algún autor, la situación generada por el hecho de que un mismo objeto y actividad –la promoción o concertación por cuenta ajena de actos y operaciones de comercio–, estén regulados por una disposición de carácter laboral, Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, y otra de carácter civil, la Ley Reguladora del Contrato de Agencia de 1992, habiendo hecho hincapié el legislador en la imposibilidad del agente de coordinar sus quehaceres conforme a su propia iniciativa, en cuyo caso sería presumible la relación de dependencia y, por contra, la facultad de organizarse con arreglo a sus criterios, lo que evidenciaría una situación de independencia. Lo anterior no es cuestión baladí, por cuanto a tenor de la literalidad de los artículos 1 de la Ley de Contrato de Agencia y 1.1 del Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, la nota relativa a la no asunción del riesgo y ventura de las operaciones realizadas por el agente es común –aunque la Ley de Contrato de Agencia admita el pacto en contrario–, de manera que, dicha nota o característica, no se ofrece como indubitado elemento de diferenciación a efectos de determinar el carácter laboral o mercantil de la relación entre partes. La nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral, de quien asume el papel de agente radica esencialmente en la dependencia, la que ha de presumirse excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover y concluir, actos y operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare.

Esta complejidad jurídica –y siendo el límite diferenciador prácticamente inapreciable– ha propiciado en la práctica que se otorgue una preeminencia especial al *nomen iuris* y a la autonomía de la voluntad frente a la

realidad material de la prestación de servicios⁷⁴ —es llamativo el caso de un subagente de seguros cuya relación se declaró mercantil⁷⁵—, salvo supuestos groseros, tales como el de un grupo de comerciales que reciben instrucciones concretas sobre el modo de trabajar, de realizar los contratos, de identificarse o de descansar, sobre los procedimientos a seguir o la forma de vestir, recibiendo formación establecida por la empresa, debiendo solicitar el permiso correspondiente para ausentarse de su trabajo, encontrándose incluidos en un organigrama preestablecido en donde sus ingresos eran percibidos a comisión⁷⁶.

XIV. DISTRIBUIDORES, REPARTIDORES Y TRANSPORTISTAS

Normativa no laboral que regula las autorizaciones de transporte y el tonelaje de los vehículos, de un lado, y la propiedad o uso de estos (del transportista o de la compañía de transporte), de otro, son los criterios determinantes de la autonomía o de la laboralidad del vínculo⁷⁷. Una curiosa excepción puede verse en la STSJ de Navarra de 6 de septiembre de 1996⁷⁸ en la que el ofrecimiento de la integración como personal laboral en la plantilla de la empresa se entendió como un acto expreso de reconocimiento de la relación laboral.

XV. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

La tipología de casos es bien variada:

- Contratación laboral, seguida de contratación administrativa⁷⁹.

⁷⁴ SSTSJ de Navarra de 27 de julio de 1999 (rec. 214/1999), 9 de junio de 2003 (rec. 187/2003), 4 de julio de 2003 (rec. 235/2003), 16 de febrero de 2009 (rec. 478/2008), 31 de marzo de 2016 (rec. 514/2015), 15 de mayo de 2018 (rec. 119/2018) y 31 de mayo de 2018 (rec. 142/2018).

⁷⁵ STSJ de Navarra núm. 174/1996, de 30 de marzo.

⁷⁶ STSJ de Navarra de 30 de noviembre de 2017, rec. 398/2017.

⁷⁷ SSTSJ de Navarra núm. 80/1994, de 9 de marzo; 509/1994, de 14 de noviembre; 419/1995, de 26 de septiembre; 20 de junio de 2000 (rec. 208/2000); 30 de junio de 2001 (rec. 97/2001); 29 de diciembre de 2004 (rec. 342/2004). Un caso de un repartidor de prensa puede verse en la STSJ de Navarra de 29 de diciembre de 198 (rec. 75/1989-1).

⁷⁸ STSJ Navarra núm. 403/1996, de 6 septiembre.

⁷⁹ STSJ de Navarra núm. 289/1997, de 9 de junio.

- Personal al Servicio de la Seguridad Social⁸⁰ o de servicios sanitarios públicos⁸¹.
- Campaña de la renta⁸².
- Profesor de la escuela oficial de danza⁸³.
- Elaboración de PGOU⁸⁴.
- Cargo de confianza (personal eventual)⁸⁵.
- Electricista de Corporación Local⁸⁶.
- Docente de Universidad pública⁸⁷.
- Docente del Departamento de Educación del Gobierno de Navarra⁸⁸.
- Maestro⁸⁹.
- Profesor de percusión⁹⁰.
- Cursos de formación en Corporación Local⁹¹.
- Conductor auxiliar bombero⁹².
- Servicio de cocina de complejo hospitalario⁹³.
- Letrado del Departamento del Gobierno de Navarra⁹⁴ o de Corporación Local⁹⁵.
- Trabajadoras familiares interinas de Corporación Local⁹⁶.
- Limpieza⁹⁷.

En todos estos casos, entre otros muchos, se ha declarado la existencia de una relación de carácter administrativo.

Únicamente en supuestos de fraude en la contratación administrativa se ha declarado la existencia de una relación laboral⁹⁸.

⁸⁰ STSJ de Navarra de 4 de febrero de 2015, rec. 162/2014.

⁸¹ STSJ de Navarra núm. 54/1995, de 2 de febrero, y 26 de mayo de 2005 (rec. 180/2005), entre otras.

⁸² SSTSJ de Navarra de 10 de enero de 2011 (rec. 340/2010), 23 de mayo de 2014 (rec. 134/2014) y 5 de febrero de 2015 (rec. 557/2014), entre otras.

⁸³ STSJ de 5 de septiembre de 2019, rec. 243/2019.

⁸⁴ STSJ de Navarra de 21 de noviembre de 2003, rec. 380/2003.

⁸⁵ STSJ de Navarra de 18 de junio de 2012, rec. 192/2012.

⁸⁶ STSJ de Navarra de 12 de febrero de 2013 (rec. 1/2013).

⁸⁷ STSJ de Navarra de 17 de mayo de 2018, rec. 124/2018.

⁸⁸ STSJ de Navarra de 21 de noviembre de 2019, rec. 355/2019.

⁸⁹ STSJ de Navarra de 21 de noviembre de 2019, rec.355/2019.

⁹⁰ STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 2005, rec 275/2005.

⁹¹ STSJ de Navarra de 17 de julio de 2000, rec. 75/2000.

⁹² STSJ de Navarra de 5 de noviembre de 2010, rec. 282/2010.

⁹³ SSTSJ de Navarra de 6 de mayo de 2014 (rec. 78/2014) y 7 de mayo de 2014 (rec. 141/2014).

⁹⁴ STSJ de Navarra de 21 de noviembre de 2019, rec. 355/2019.

⁹⁵ STSJ de Navarra de 29 de febrero de 2000, rec. 62/2000.

⁹⁶ STSJ de Navarra de 21 de julio de 2009, rec. 166/2009.

⁹⁷ SSTSJ de Navarra de 28 de noviembre de 2000 (rec. 391/2000) y 17 de noviembre de 2001 (rec. 429/2001).

⁹⁸ STSJ de Navarra de 31 de octubre de 2019, rec. 314/2019.

XVI. ACTIVIDADES DE ALTERNE Y SIMILARES

Este tipo de asuntos emerge al conocimiento del TSJ de Navarra a partir de actuaciones llevadas a cabo por los Inspectores de Trabajo. Así ha ocurrido en todos los supuestos examinados, en lo que se suele constatar que la actividad se desarrolla constantemente en locales no dirigidos por quienes prestan servicios en ellos; frecuentemente se disponen taquillas donde guardan la ropa llamativa; se relacionan con los clientes allí presentes. La actividad de alterne por lo común se desarrolla de forma estable, sin que conste justificación para la presencia continuada de estas personas o explicación para la conducta observada de favorecimiento del consumo por parte de los clientes, especialmente cuando aquellas no disponen de dinero ni efectúan el pago de las consumiciones. El hecho de que la indumentaria se utilice solamente en el local implica una relación directa entre su utilización y la actitud de incitación al consumo de los clientes, relación directa de la que se desprende el claro indicio de estar realizando una actividad organizada en favor de la empresa, que tiene lugar en sus dependencias, en su horario de apertura al público y en empleo de los medios propios de aquella, que cede o permite usar a estos profesionales. En fin, la relación con los clientes no es autoorganizada ni desconocida por la empresa titular del establecimiento. La realidad organizativa se desprende frecuentemente de la propia disposición del local, de la asistencia de clientes al mismo, no mediando una expresa invitación personal de quienes incitan al consumo, conformando un ámbito de prestación de servicios de alterne que difícilmente puede entenderse resultante de la mera iniciativa personal y sí de una organización que integra de manera uniforme a quienes alternan con clientes⁹⁹.

Ahora bien, cuando no se acredita el control o la retribución mediante el pago de una comisión sobre las consumiciones efectuadas por los clientes, no cabe apreciar la existencia de un contrato de trabajo¹⁰⁰.

⁹⁹ SSTSJ de Navarra de 15 de octubre de 2003 (rec. 342/2003), 28 de mayo de 2004 (rec. 167/2004), 29 de diciembre de 2004 (rec. 382/2004), 30 de junio de 2005 (rec. 152/2005), 6 de junio de 2007 (rec. 124/2007), 14 de abril de 2008 (rec. 103/2008), 1 de diciembre de 2008 (rec. 823/2008), 22 de noviembre de 2010 (rec. 265/2010), 5 de octubre de 2012 (rec. 257/2012), 17 de julio de 2015 (rec. 264/2015), 1 de septiembre de 2015 (rec. 340/2015), 25 de febrero de 2016 (rec. 538/2016) y 17 de marzo de 2016 (rec. 12/2016).

¹⁰⁰ STSJ de Navarra de 5 de junio de 2014, rec. 159/2014.

XVII. VARIO

17.1. Montaje

La disposición de vehículo propio y herramientas de su propiedad, sin sujeción a horarios y recorridos predeterminados¹⁰¹ o la constitución de una sociedad civil en la que cada uno de sus miembros, libremente, concierta un seguro de responsabilidad civil¹⁰² son factores determinantes de la ausencia de laboralidad. Por el contrario, la instalación de puertas de manera continuada e integrado en una organización que le indica los clientes y el modo de trabajar es signo inequívoco de laboralidad¹⁰³.

17.2. Mantenimiento

Debe calificarse como laboral la subcontratación de servicios de mantenimiento mecánico de instalaciones y maquinaria, cuando se desarrolla la actividad laboral en los locales y con los medios de trabajo de la empresa, siendo la organización y dirección a cargo exclusivo de la misma¹⁰⁴.

17.3. Intermediación

La relación entre una editorial y un intermediario dotado de organización propia, con capacidad para montar equipo libremente, decidir la dedicación, los horarios y la forma de retribución de los mismos, que no requiere presencia física y que tiene libertad para encargar a terceros las tareas comerciales no puede calificarse como trabajador por cuenta ajena¹⁰⁵.

17.4. Comunidades de propietarios

La limpiadora de la comunidad, pese a no tener exclusividad, si es contratada personalmente y, de este modo, presta servicios con medios materiales

¹⁰¹ SSTSJ de Navarra de 14 de febrero de 2001 (rec. 47/2001) y 30 de abril de 2001 (rec. 150/2001).

¹⁰² STSJ de Navarra de 23 de febrero de 2004, rec. 45/2004.

¹⁰³ STSJ de Navarra de 30 de abril de 2001, rec. 117/2001.

¹⁰⁴ STSJ de Navarra de 3 de junio de 2016, rec. 216/2016.

¹⁰⁵ STSJ de Navarra de 29 de diciembre de 1989, rec. 75/1989.

proporcionados por aquella, merece la consideración de trabajadora por cuenta ajena ¹⁰⁶.

Por descontado, el desempeño de los cargos de presidente y administrador ¹⁰⁷ se sitúan extramuros de la relación laboral.

¹⁰⁶ STSJ de Navarra de 1 de septiembre de 2000, rec. 124/2000.

¹⁰⁷ STSJ de Navarra de 8 de julio de 2005, rec. 238/2005.

CAPÍTULO XXIV

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

MARÍA ELISA CUADROS GARRIDO

Profesora Contratada Doctora. Universidad de Murcia.

FERMÍN GALLEGO MOYA

Abogado contratado doctor. Profesor Asociado Universidad de Murcia.

SUMARIO: I. *Trabajos carentes de alguna nota esencial de laboralidad.* 1.1. Tareas sin compromiso personal. 1.2. Prestaciones obligatorias. 1.3. Trabajo autónomo. 1.4. Trabajo no remunerado. 1.5. Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad. 1.6. Especial atención a voluntariado y cooperantes. 1.7. Trabajos familiares. 1.8. Trabajos por cuenta propia.–II. *Actividades religiosas.* 2.1. Sacerdotes y religiosos. 2.2. Profesores de Religión Católica en centros públicos.–III. *Actividades sindicales y políticas.*–IV. *Trabajo a domicilio y teletrabajo.* 4.1. Trabajo a domicilio. 4.2. Teletrabajo.–V. *Socios, administradores, directores.*–VI. *Cooperativistas.*–VII. *Relaciones con causa formativa.*–VIII. *Actividades deportivas.*–IX. *Espectáculos públicos.* 9.1. Artistas. 9.2. Directores y técnicos.–X. *Profesiones liberales.* 10.1. Abogados. 10.2. Arquitectos. 10.3. Servicios contables, economistas, consultores. 10.4. Peritos tasadores. 10.5. Traductores e intérpretes. 10.6. Otros profesionales liberales.–XI. *Personal sanitario.* 11.1. Médicos y odontólogos. 11. 2. Oftalmólogos y optometristas.–XII. *Personal docente.* 12.1. En centros educativos públicos y privados. 12.2. Profesores de academia y profesores particulares. 12.3. Otros.–XIII. *Profesionales de la comunicación.*–XIV. *Comerciales, agentes, vendedores.*–XV. *Distribuidores, repartidores y transportistas.*–XVI. *Servicios prestados a la Administración.*–XVII. *Actividades de*

alterne y similares.—XVIII. *Varia.* 18.1 Empleados de fincas urbanas y comunidades de propietarios. 18. 2 Montaje, mantenimiento y asistencia técnica.

I. TRABAJOS CARENTES DE ALGUNA NOTA ESENCIAL DE LABORALIDAD

1.1. Tareas sin compromiso personal

Partiendo de que la prestación laboral es la que se desarrolla dentro del ámbito de organización y dirección del empleador, junto con la “prestación personal” de servicios y la ajenidad consiguiente a la asunción del riesgo por la empresa¹, y aceptando que el desempeño personal del trabajo es, en determinados casos, compatible con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones, la Sala vasca, ha analizado algunos supuestos prototípicos², como el de odontólogos que prestaban servicios en clínica privada, bajo abrumadores indicios de laboralidad (la propia Inspección de Trabajo había levantado acta de infracción), decantándose, sin embargo, por la solución contraria, al entender, como elemento esencial de autonomía de estos profesionales la posibilidad de que tales profesionales pudiesen designar a sustitutos que se encargasen de los trabajos pendientes que aquellos no pudieran asumir. Al no concurrir una “prestación personalísima”, se valida el arrendamiento de servicios.

En otros casos, en la delegación de funciones en un familiar³ no obsta el reconocimiento de laboralidad.

1.2. Prestaciones obligatorias

Primer e insustituible requisito que ha de concurrir en toda prestación de servicios que se pretenda es que su acometida sea voluntaria, lo que excluye las prestaciones obligatorias o forzosas⁴, siendo infrecuente encontrar, fuera de la esfera penal (personas que desarrollan una actividad forzadas o coaccio-

¹ STS 20 septiembre 1984.

² STSJ País Vasco 17 abril 2018 (rec. 589/2018).

³ En STSJ País Vasco 6 junio 2017 (rec. 1163/2017), las hermanas que regentaban el bar de una Asociación de jubilados delegaban en su padre, usuario de la asociación, determinadas funciones cuando no se encontraban en el bar durante el horario de apertura.

⁴ STSJ País Vasco 7 noviembre 2000 (rec.1352/2000).

nadas), supuestos en los que se discuta la presencia de esa nota en la prestación de servicios de quien demanda la laboralidad.

Por ello, solo tangencialmente hemos encontrado algún pronunciamiento⁵ en la materia en el que, en relación a actividades marginales, como el servicio de alterne, se subraye el carácter “voluntario (no obligatorio) y prestación libre” de los servicios contratados.

Por su parte, en el ámbito prestacional, se ha considerado⁶ tiempo de trabajo y, consecuentemente, años de servicio al Estado a efectos carenciales para el devengo de una prestación del SOVI, los períodos que el actor había permanecido en filas, excediendo la duración del servicio militar obligatorio, sin que fuera exigible, como el INSS pretendía, ostentar la condición de funcionario.

1.3. Trabajo autónomo

La autonomía organizativa propia y la asunción del riesgo de la actividad son consustanciales al trabajo autónomo, de manera que, de no concurrir ambas notas, la prestación es laboral, al exteriorizarse las notas de dependencia y ajenidad. Ahora bien, a quien mantiene una apariencia formal ajena al contrato de trabajo, las instituciones y figuras propias de la relación laboral habrán de serle aplicadas de forma modulada (distinta al operario que se encuadra de forma evidente en la estructura empresarial en virtud de su contrato de trabajo) en función de los contornos propios de su prestación de servicios⁷.

En este contexto se ha pronunciado el TSJ País vasco en supuestos muy evidentes⁸, pero también en otros, “fronterizos”, en los que la falta de nitidez en la línea divisoria entre el contrato de trabajo y el arrendamiento civil o mercantil obliga a acudir al más puro casuismo⁹.

Así sucede en un supuesto en que, no constando arrendamiento de servicios documentado, dos hermanas prestan servicios en un bar, ubicado en las

⁵ STSJ País Vasco 31 enero 2017 (rec. 78/2017).

⁶ STSJ País Vasco 19 septiembre 2006 (rec. 824/2006).

⁷ STSJ País Vasco 2 diciembre 2014 (rec. 2289/2014).

⁸ Como el que refleja la STSJ País Vasco 1 marzo 2016 (rec. 253/2016), donde el contrato de servicios incluye un período de prueba, una retribución fija y otras variables o la asunción por parte de la empresa de las cotizaciones de autónomos; previendo la complementación de las prestaciones de incapacidad temporal, la fijación de una jornada y horario de vinculación, con carácter de dedicación exclusiva y plena, fijándose unas determinadas vacaciones, además de un pacto de exclusividad coetáneo y posterior, insistiendo en una prestación de servicios efectuada en un horario, centro de trabajo y maquinaria, que además de los materiales y las directrices de organización, suponen una inmersión y subordinación evidente que hace concluir la existencia de la figura denominada de falso autónomo.

⁹ STSJ País Vasco 12 mayo 2015 (rec. 766/2015).

instalaciones de una asociación de jubilados, en local municipal, sin abonar renta alguna o cantidades por consumo de gas ni electricidad, encargándose de la apertura y cierre del local, con atención a los usuarios a los que se vendían, según precio fijado por la asociación, los productos que previamente adquirirían, de cada proveedor, con el dinero que hubiese en la caja, según listado facilitado por aquella; todo ello a cambio del percibo mensual de 541 euros y 270 en concepto de vacaciones¹⁰.

Levantamiento del velo, en este caso, de una interposición societaria, que también efectúa el TSJ vasco, en un supuesto¹¹, en que, finalizado el contrato de trabajo con una mercantil, el trabajador se vio forzado por esta, junto a sus compañeros de trabajo, a darse de alta en RETA y constituir una Sociedad Cooperativa, para seguir prestando los mismos servicios de controladores lácteos para aquella empresa, pero bajo la apariencia de un arrendamiento de servicios con la cooperativa constituida. Según el Tribunal, existe una prestación de servicios con interposición societaria que pretende dar subterfugio a la verdadera contratación laboral¹², que ciertamente deviene voluntaria e *intuitu personae*.

Llamativa es, también, la Sentencia 10 mayo 2016¹³ en cuanto que viene a “relativizar” la importancia de ciertos elementos utilizados habitualmente para negar la laboralidad, entre ellos: a) el tipo de actividad, que no es la propia de la empresa, sino una auxiliar (mantenimiento y jardinería en las instalaciones de la empresa); b) las variaciones relevantes en los importes percibidos por la prestación de servicios; c) la inexistencia de períodos vacacionales; d) la utilización de herramientas y materiales propios; o e) la tenencia de un trabajador al servicio del actor (al que la Sala encuentra “acomodo” en la figura del trabajo en común del art. 10.1 ET y aún en la del “ayudante”, prevista en el art. 10.3 ET) todos ellos indicios tradicionales de autonomía¹⁴.

¹⁰ STSJ País Vasco 13 junio 2017 (rec. 1173/2017). En los términos descritos, la actividad desarrollada no goza de una autonomía organizativa propia con asunción de riesgos, configurándose como una prestación de servicios para el Ayuntamiento, que es titular del local, responsable de sus gastos y de abonar, a través de la asociación, las sumas que perciben las dos hermanas.

¹¹ STSJ País Vasco 20 marzo 2018 (rec. 310/2018).

¹² Enfatiza el Tribunal, con referencia a la STS 9 diciembre 2009 (rec. 339/2009) el tratamiento “prioritario” que merece esta cuestión, atendiendo al “precio” que se paga por la exclusión del ámbito laboral: privación de la estabilidad, la protección del régimen asegurador y singularmente, la aplicación del bloque normativo social.

¹³ STSJ País Vasco 10 mayo 2016 (rec. 834/2016).

¹⁴ El Tribunal indica que: la realización de actividades “auxiliares” no elimina la laboralidad, pues muchos son los Convenios que definen distintas ocupaciones y muchas las empresas que cuentan con trabajadores encargados de cometidos distintos al de la producción principal; la “retribución” igualitaria no es requisito imprescindible para la laboralidad, pues las variaciones en el salario tampoco son ajenas al contrato de trabajo (sí prioriza la Sala la existencia de periodicidad en el cobro); la falta de vacaciones, aisladamente, no puede declinar la balanza en favor de la autonomía; las herramientas utilizadas son de

También ha abordado la Sala supuestos en que el TRADE, mediando contrato de arrendamiento con la empresa cliente, ha resultado ser, de facto, un trabajador por cuenta ajena, al darse las notas típicas del art. 1.1. ET. Y así, en Sentencia 15 septiembre 2015¹⁵, la Sala desciende al análisis de las notas propias del autónomo dependiente, diferenciándolas, individualizadamente, de las notas de laboralidad¹⁶.

1.4. Trabajo no remunerado

El mero hecho de trabajar para otro no constituye base suficiente para que entre en juego la presunción legal favorable a la existencia de contrato de trabajo, puesto que también se exige que el trabajo se haga a cambio de una retribución¹⁷. Por tanto, no hay contrato de trabajo cuando se prestan desinteresadamente servicios para otro, al faltar el requisito de la remuneración, que requiere “periodicidad, devengo, uniformidad y verdadera retribución”¹⁸; precisamente por ello, el legislador excluye de esa calificación jurídica el trabajo que se realiza por razones de amistad, benevolencia o buena vecindad, tal y como sucede en el caso analizado por el TSJ País Vasco en su Sentencia de 18 mayo 2004¹⁹. En ella, el demandante presta servicios desinteresadamente para una empresa con forma jurídica de comunidad de bienes, para la que crea una base de datos con el fin de ordenar y controlar la documentación contable, tarea que no vino precedida de pacto alguno de retribución que, de hecho, el demandante nunca percibió.

Lo interesante de esta resolución es que, en una zona de asumida “penumbra” (la sentencia de instancia no aclara si las partes no pactaron ningún tipo de retribución o si lo que pactaron fue que no hubiera retribución) se entiende que la prestación de servicios fue desinteresada (aunque no consta vecindad, amistad o altruismo especial en el demandante), esto es, prestada

escasa relevancia económica; la presencia, en la tarea, de un operario vinculado al propio actor no elimina la laboralidad de su prestación, pudiendo entenderse la misma como trabajo en grupo o ayudantía.

¹⁵ STSJ 15 septiembre 2015 (rec. 1271/2015).

¹⁶ Destaca, en este análisis, la referencia a la retribución del actor, que, en el régimen jurídico del TRADE viene determinada por el resultado de la actividad, de acuerdo a lo pactado con el cliente y asumiendo el riesgo y ventura de aquella. En este sentido, la Sala acepta la existencia de diferencias relevantes entre las cantidades facturadas cada mes, si bien las mismas (en relación a la retribución de un empleado por cuenta ajena) se deben al mayor número de horas del actor y a la inclusión de otros gastos como los correspondientes al IVA, la cuota de autónomos, pólizas de seguro, etc.

¹⁷ STS 28 enero 2003 (rec. 2668/2002).

¹⁸ STSJ País Vasco 24 abril 2018 (rec. 685/2018).

¹⁹ STSJ País Vasco 18 mayo 2004 (rec.700/2004).

sin esperar más contraprestación que la íntima expectativa de un beneficio que no llegó²⁰.

Más claro es el supuesto²¹ en el que un jugador de fútbol se obliga por escrito, durante la vigencia del contrato, a la práctica del fútbol para el club, “sin contraprestación alguna”, más allá de la compensación por gastos (700€ mes, en este caso).

1.5. Trabajos amistosos, benévolos, de buena vecindad

Cuando alguien trabaja para otro²², es deducción humana razonable que lo hace retribuidamente²³, salvo que concurren indicios de que los servicios se prestan desinteresadamente, tales como la amistad, la vecindad o el carácter altruista del servicio prestado.

En su Sentencia 17 enero 2017²⁴, el TSJ vasco niega la laboralidad de los servicios prestados por un cocinero, amigo del propietario de un bar en San Sebastián, a quien, por razón de dicha amistad, ayudaba puntualmente sin haber percibido a cambio remuneración alguna. Rota la amistad, el actor demanda por despido, afirmando la existencia de un contrato verbal y de una prestación bajo el círculo organizativo y rector del empresario, circunstancias estas últimas que ni la instancia ni la suplicación estiman presentes, confirmando el carácter gratuito de los servicios.

1.6. Especial atención a voluntariado y cooperantes

La Sala ha aplicado la presunción de laboralidad a actividades que, afirmadas como voluntariado por parte de la empresa demandada, no se acreditaron como tales, a lo que contribuyó, por una parte, que se entremezclasen tales períodos con otros de contratación laboral temporal o que, durante el volunta-

²⁰ El carácter “desinteresado” de los servicios se extrae de tres datos: ausencia de pacto inicial sobre retribución, inexistencia posterior de esta y simultaneidad de los servicios con el percibo de prestación por desempleo, lo que apunta a su naturaleza altruista.

²¹ STSJ País Vasco 24 abril 2018, citada en Nota 16, que recuerda pronunciamientos de otros Tribunales sobre deportistas amateurs que perciben compensación de gastos o jugadores de tercera división que perciben cantidades como transporte y dietas, ambos excluidos de la relación laboral.

²² El contrato, sinalagmático o de cambio, se perfecciona por el consentimiento, con base en la libertad de obligarse, como contrato oneroso para cada una de las partes.

²³ STSJ País Vasco 15 febrero 2000 (rec. 2400/1999).

²⁴ STSJ País Vasco 17 enero 2017 (rec. 2500/2016).

riado, se siguiesen abonando cantidades cuyo carácter extrasalarial no se demostró (situación que permite contemplar tales períodos intercalados, a efectos de cálculo de la indemnización por despido)²⁵.

En otros casos²⁶ se ha analizado la laboralidad de la prestación de servicios por parte de un monitor de una agrupación deportiva que únicamente percibía compensaciones por gastos de desplazamiento concluyendo su inexistencia; la Sentencia confirma la resolución de instancia que consideró que los 160 euros que el monitor percibía mensualmente, a cambio de una actividad promediada de 19 horas al mes, no retribuían trabajo efectivo, sino que compensaban los gastos de desplazamiento que aquel asumía en su labor de monitor²⁷, labor que realizaba por afición al deporte y ayuda educacional a los niños, próxima, por tanto, al concepto de voluntariado²⁸.

1.7. Trabajos familiares

La familiaridad, como nota obstativa de la laboralidad, es también tratada por la Sala vasca²⁹, que nos recuerda³⁰ que el art. 1.3.e) ET viene a excluir, del ámbito de la relación laboral, los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados³¹ de quienes los llevan a cabo, considerando familiares, a dichos efectos, siempre que convivan con el empresario, al cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción. El grado de parentesco y la convivencia son, pues, los que activan la presunción “*iuris tantum*” de no laboralidad (acudiendo en este ámbito el TSJ vasco a la doctrina del “fondo común familiar”³² elaborada por el TS), que podrá desactivarse

²⁵ STSJ País Vasco 7 mayo 2019 (rec. 714/2019).

²⁶ STSJ País Vasco 20 diciembre 2011 (rec. 2850/2011). El demandante ejercía como monitor de jóvenes y niños para fútbol y percibía, en concepto de compensación por transporte, la cantidad en metálico de 120 euros.

²⁷ El actor utilizaba su propio vehículo para acompañar a los niños a los partidos, realizando también ciertas labores de gestión administrativa.

²⁸ La Sala afirma que no es relevante que el actor tuviese trabajo a tiempo completo en una empresa de seguros, ni que la demandada fuese una asociación sin ánimo de lucro.

²⁹ Entre otras, SSTSJ País Vasco 18 mayo 2010 (rec. 818/2010); 22 marzo 2005 (rec. 240/2005); 7 febrero 2006 (rec. 2863/2005); 31 enero 2006 (rec. 2735/2005);

³⁰ STSJ País Vasco 2 julio 2019 (rec. 1036/2019)

³¹ Según STS 14 junio 1994, la condición de asalariado se refiere al carácter dependiente y retribuido del trabajo prestado.

³² Según la cual, existe presunción favorable al carácter familiar y no asalariado de la actividad desarrollada por distintos familiares del empresario en su centro de trabajo, cuando conviven con él, dando importancia a la utilidad patrimonial del trabajo que se incorpora al fondo común familiar y dificulta o

cuando se demuestre verdaderamente que el trabajador se encuentra sometido al círculo extraño empresarial (ajenidad y dependencia) vislumbrándose entre el prestador de servicios y el titular de la empresa el conflicto de intereses propio de la relación laboral y distinto de la familiar (de modo que el análisis jurídico no consiste en poner en cuestión el hecho de que los trabajos se han realizado, sino el carácter³³ en que se han hecho). Con todo, el hecho de que, en la mayoría de los casos, los beneficios del trabajo de todos los que lo prestan en el negocio familiar redunden en beneficio de la comunidad, de la que forman parte empresario y trabajador, no elimina la laboralidad de la prestación, que viene dada por la propia retribución de los servicios.

En este sentido, se confirma el carácter laboral de los servicios prestados por la exesposa de un dentista, durante el tiempo de matrimonio, teniendo en cuenta, entre otros elementos, la retribución nominal, la cotización a la seguridad social o la declaración puntual de IRPF por los ingresos obtenidos a cambio de la prestación de servicios para el esposo, elementos que no se desvirtúan por una reconocida flexibilidad horaria o por el beneficio conjunto obtenido por la actividad del esposo, que deriva del régimen ganancial y no de una cotitularidad en el negocio.

1.8. Trabajos por cuenta propia

Zona “gris” se ha considerado la prestación de servicios llevada a cabo por consultoras de belleza, entronizada en un reclutamiento piramidal, con devengo recíproco de comisiones, en una estructura, en equipos ascendentes y descendentes, que se predetermina inicialmente como mercantil³⁴.

También la prestación de servicios de un transportista, del que únicamente se ha acreditado que, sin contrato de trabajo y con alta en RETA, prestaba servicios para la empresa demandada consistente en recoger a los asistentes a la discoteca en la lanzadera del metro y en recoger a los VIP en el aeropuerto, sin que se haya probado la existencia de horario, salario, jornada normal de trabajo, supervisión, instrucciones, régimen vacacional, etc.³⁵

excluye la ajenidad y, todo ello, con independencia incluso del régimen económico matrimonial que, aunque indiciario, queda en un segundo plano.

³³ STS 29 noviembre 1990.

³⁴ STSJ País Vasco 7 febrero 2017 (rec. 139/2017).

³⁵ STSJ País Vasco 21 julio 2015 (rec. 1312/2015).

II. ACTIVIDADES RELIGIOSAS

2.1. Sacerdotes y religiosos

Dentro de este colectivo debemos diferenciar entre los religiosos y los religiosos secularizados. Respecto al grupo de religiosos³⁶, el hecho de prestar servicios como tal no se considera una actividad encuadrable en el contrato de trabajo, ya que el sometimiento es debido a la disciplina de la orden y a los superiores y no a la de una empresa, no existiendo por ello la prestación de trabajo como tal a cambio de la remuneración que le abonase el dador de trabajo y sí cumplimiento, respecto a la orden, de los votos y fines religiosos concurrentes³⁷. La secularización supone *haber cesado en la profesión religiosa*³⁸; todo trabajo desarrollado para la antigua congregación es totalmente ajeno a las obligaciones como profesor, por lo que nace la relación laboral tras la mencionada ruptura³⁹. Quedan excluidos los miembros de institutos seculares, ya que no tienen, por el mero hecho de su pertenencia a esta organización, tal condición⁴⁰.

2.2. Profesores de Religión Católica en centros públicos

La relación laboral de los profesores de Religión Católica en centros públicos debe ser calificada de laboral, pues así lo declaró el Tribunal Supremo en STSS 19 junio de 1996⁴¹ y 30 de abril de 1997⁴², por reunir su relación con la Administración pública las notas de ajenidad, subordinación y dependencia, propias de un contrato de trabajo con arreglo al artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores.

³⁶ El colectivo de religiosos llamado a ser integrado en el Régimen de Autónomos es el compuesto por religiosos y religiosas de la Iglesia Católica que sean miembros de Monasterios, Órdenes, Congregaciones, Institutos y Sociedades de Vida Común, tanto de derecho pontificio como diocesano, inscritos en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia.

³⁷ Se entiende así respecto a la religiosa que acudía a diario a un centro hospitalario *vid.* STSJ País Vasco 5 septiembre 2000 (rec.1505/2000).

³⁸ STSJ País Vasco 12 diciembre 2000 (rec.2331/2000).

³⁹ STSJ País Vasco 29 noviembre 2011 (2621/2011). El actor fue ordenado sacerdote el 1.7.1970 al servicio de la Diócesis de Vitoria y se integró como tal en la misión de Angola en enero de 1973. A mediados de 1977 la Conferencia Episcopal Angoleña retiró la misión canónica a los misioneros vascos de la diócesis de Malangue que permanecían en el territorio, entre ellos el actor, dejando de realizar trabajo apostólico, pero continuando con su labor docente.

⁴⁰ STSJ País Vasco 12 diciembre 2000 (rec. 2331/2000).

⁴¹ STS 19 junio 1996 (rec. 2743/1995).

⁴² STS 30 abril 1997 (rec. 3561/1996).

A partir de la STSJ País Vasco 7 noviembre de 2000⁴³, no se ha puesto en duda el carácter laboral de la relación que une estos profesores con la Administración educativa, pues antes de la mencionada sentencia, no se tenía en cuenta la doctrina del Alto Tribunal, ya que existe algún pronunciamiento contrario a la misma⁴⁴. La razón, quizás, sea que esta relación siempre se ha considerado especial y compleja por la necesidad de que la contratación vaya precedida de la necesaria declaración canónica de idoneidad⁴⁵ y por la existencia de un marañado sistema de fuentes reguladoras de la relación laboral⁴⁶.

III. ACTIVIDADES SINDICALES Y POLÍTICAS

En su Sentencia 10 febrero 2015⁴⁷, la Sala vasca afirma la fácil diferenciación entre las tareas que un trabajador realiza en su condición o cargo ejecutivo del Sindicato, y las que realiza como trabajador por cuenta ajena del mismo⁴⁸, no desprendiéndose de la compatibilización de ambas funciones la exclusión del vínculo laboral; pronunciamiento que apoya en la doctrina del Supremo, según la cual, la simultaneidad de estos contratos con el ejercicio de los cargos de responsabilidad en el Sindicato, no afecta de suyo al carácter laboral de la relación contractual establecida⁴⁹.

Revocando la de instancia, el TSJ País Vasco, en su Sentencia 17 mayo 2006⁵⁰, considera que el contrato de una periodista para ocupar un puesto de confianza dentro del Grupo Parlamentario Socialista Europeo, como asistente técnico de una parlamentaria y posterior contratación por la empresa “Agrupación para el Asesoramiento y Apoyo a los Socialistas Españoles en el Parlamento Europeo” no pueden considerarse “cargo público” (en ese caso para

⁴³ STSJ País Vasco 7 noviembre 2000 (rec.1693/2000).

⁴⁴ STSJ País Vasco 12 mayo 1998 (ST núm. 1810/1998).

⁴⁵ Cláusula cuarta de la OM/1999 «Declaración Eclesiástica de Idoneidad» Acuerdo con la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales de 3 de enero 1979, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre 1979 BOE 15 diciembre 1979, núm. 300, rect. BOE 20 febrero 1980, núm. 44. La propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del 6.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, lo que hace que este personal no sea fijo ni temporal, sino indefinido no fijo.

⁴⁶ La STSJ País Vasco de 29 de junio de 2010 (rec. 1101/2010) recoge que la ambigua figura del profesor de Religión se constituyó desde la perspectiva de los acuerdos alcanzados con la Santa Sede y de la tutela que el Estado se arroga sobre tal materia, de ahí su complejidad.

⁴⁷ STSJ País Vasco 10 febrero 2015 (rec. 2476/2014).

⁴⁸ En este caso, asesoramiento a afiliados, preparación de expedientes, impulso y seguimiento de procedimientos administrativos y judiciales, etc.

⁴⁹ STS 7 octubre 2005 (rec. 2854/2004), que considera que ni el desempeño de tales cargos constituye causa lícita de extinción del contrato ex art. 49 ET, ni cabe entender tampoco que suponga una situación forzosamente incompatible con la relación de trabajo, de modo que extinga esta última por novación.

⁵⁰ STSJ País Vasco 16 mayo 2006 (rec. 576/2006).

facilitar el acceso a la excedencia forzosa), puesto que, por tal ha de entenderse el político temporal o amovible al que se accede por elección o por designación o nombramiento de autoridad competente, no apreciándose en este caso el nombramiento por organismo público ni funciones distintas a las de mero asesoramiento técnico, sin cargo político o sindical alguno.

IV. TRABAJO A DOMICILIO Y TELETRABAJO

4.1. Trabajo a domicilio

En el trabajo a distancia⁵¹, las notas propias del contrato de trabajo deben existir, aun cuando no conste presencia física del empresario que supervise su ejecución *in situ*⁵².

La Sala vasca del TSJ ha declarado que existe relación de trabajo bajo la modalidad del contrato de trabajo a domicilio, efectuado en régimen de dependencia, con la presencia de elementos tan significativos como los siguientes: a) uso de material y utensilios que la empresa suministra; b) directrices y órdenes dadas por la dirección; c) directrices a subalternos. No constituyen obstáculos para esta calificación que el vínculo contractual no esté reconocido como laboral, por aparecer formalmente como un trabajador por cuenta propia a efectos de seguridad social, el hecho de no estar sujeto a un horario y desarrollar el trabajo en el propio domicilio. A estos efectos, nada mejor que comprobar que nuestro ordenamiento jurídico configura el trabajo a domicilio como una modalidad de contrato de trabajo para comprender que esas circunstancias no son excluyentes del carácter laboral del vínculo⁵³.

Por otro lado, se considera que, cuando no hay sometimiento al círculo rector y organizativo del empresario, a pesar de ser un trabajo en el domicilio, si la organización del trabajo es acordada libremente por la parte que ejecuta la tarea, limitándose la mercantil a proporcionar material⁵⁴, no estamos ante un contrato de trabajo. Son notas excluyentes la falta de estipulación sobre el nú-

⁵¹ El art. 13 ET regula el trabajo a distancia es aquel en el que «la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa».

⁵² STSJ País Vasco 14 mayo 2002 (rec. 191/2001).

⁵³ STSJ País Vasco 7 enero 2007 (rec. 2609/2006).

⁵⁴ STSJ País Vasco 6 septiembre 2005 (rec. 1111/2005). En el caso de una modista se recoge que el suministro que hace la demandada es de la materia prima, las telas ya cortadas, los hilos, las etiquetas identificativas de la empresa y otros adminículos, pero la herramienta y máquinas no, pues son propiedad de la costurera.

mero de artículos a realizar en un determinado período, sobre la jornada y el horario de trabajo, sobre las vacaciones y la ausencia de instrucciones sobre la forma de trabajar. La nota de dependencia queda, por tanto, excluida, al igual que no cabe hablar de salario para referirse a la compensación económica que se abonaba como contraprestación⁵⁵.

4.2. Teletrabajo

En el teletrabajo existen notas que parecen difuminar algunos de los elementos tradicionalmente característicos de la relación laboral, como que un trabajador no acuda al centro de trabajo. Pero ello no altera el real carácter de tal relación y viene determinado por el avance de las telecomunicaciones que permiten soslayar desplazamientos en algunas actividades de servicios. Hoy en día y dependiendo en qué actividades, la relación puede ser perfectamente laboral, sin que el trabajador deba acudir a las oficinas de la empresa⁵⁶.

En concreto, respecto al periodismo, se ha declarado que existe contrato de trabajo cuando la empresa imparte órdenes o instrucciones sobre la actividad informativa a realizar por el trabajador, sin que a ello sea óbice que, en la actualidad, la utilización de los medios informáticos permita su realización en el domicilio del trabajador que el demandante trabajaba para la demandada y era esta la que abonaba un tanto por pieza o crónica deportiva y que lo hacía siguiendo instrucciones de aquella, en cuanto a las concretas actividades deportivas a cubrir y en cuanto a otros aspectos de su actividad, la que hacía en su domicilio con medios informáticos en parte proporcionados por la propia empresa que, de este modo, le facilitaba el acceso de las crónicas al periódico⁵⁷.

En particular, respecto del colectivo de los tasadores, se ha declarado la relación como laboral a pesar de que el demandante, no tiene exclusividad, es el dueño del ordenador con el que trabaja en su casa y asimismo es propietario del *software* que es utilizado para realizar las tasaciones que le encarga la empresa. El hecho cierto es que tal programa informático es impuesto por la empleadora como medio necesario para poder operar con ella y la propia entidad y el alto número de encargos que se revela por los porcentajes que sobre los rendimientos totales obtenidos por el actor suponen que no podía asumir más

⁵⁵ STSJ País Vasco 14 mayo 2002 (rec. 529/2002).

⁵⁶ STSJ País Vasco 15 julio 2008 (rec.1606/08).

⁵⁷ STSJ País Vasco 1 diciembre 2009 (2347/2009).

trabajo fuera de la empleadora. Se considera que concurren claras notas de permanencia, estabilidad y prácticamente exclusiva dedicación⁵⁸.

V. SOCIOS, ADMINISTRADORES, DIRECTORES

En este ámbito, el debate entre la relación laboral por cuenta ajena y otra relación distinta lo es por mor del art. 1.3.c.ET, que excluye de su ámbito de aplicación, por carecer de ajenidad y dependencia, la relación que consista en actividad limitada, pura y, simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revisitan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo⁵⁹.

Aquí, el TSJ vasco se ha interesado por las zonas grises que conforman la doctrina jurisprudencial de consejeros y administradores de sociedades de capital, en desempeño de funciones más cercano al ámbito general de dirección.

En su Sentencia 12 marzo 2019⁶⁰, la Sala apreciará la falta de competencia jurisdiccional para conocer de la demanda de despido de quien ostenta una condición de administradora única, anteriormente socia administradora solidaria y, ahora, liquidadora solidaria, al no acreditarse ninguna de las notas características de la relación laboral, más allá de una retribución fija mensual, lo que acerca el supuesto a un ámbito más cercano al civil o mercantil. Decisión que apuntala en datos como la inexistencia de sujeción a horario, jornadas o vencimiento de directrices o imposiciones de subordinación; sin que la posición jurídica de capital minoritario social (no era la única propietaria, ni desde luego la mayoritaria) descubra un sometimiento laboral, sino una actividad profesional organizada, aceptada voluntariamente y constituida a ostentar un cuadro de decisiones instintivo, autoelaborado, que queda al margen del estudio de la jurisdicción laboral.

⁵⁸ STSJ País Vasco 15 julio 2008 (rec.1606/08). Cabe señalar que en esta sentencia, se formuló voto particular al respecto emitido por el magistrado Butrón Ochoa, señalando que el supuesto litigioso es una zona gris, una frontera no siempre precisa con el autónomo clásico y frente al trabajador por cuenta ajena, ya que el demandante es el original titular y propietario de los medios de producción, a modo y manera de ordenador y resto de instrumentos, cuya titularidad y abono viene también añadido a los programas informáticos que utiliza para plasmar las tasaciones que se le encargan. De ahí, que cualquier tipo de imposición de utilización de un programa informático, no puede tildarse de control empresarial que nerve la independencia en la satisfacción de la prestación de servicios, pues la conveniencia de utilización de uno u otro determinado programa informático tiene parangón en cualquier otra profesión, en referencia a tales programas o bases de datos reseñables, recomendables o de reorientación para una práctica coordinada.

⁵⁹ STSJ País Vasco 16 febrero 2016 (rec. 176/2016).

⁶⁰ STSJ País Vasco 12 marzo 2019 (rec. 380/2019).

En el mismo sentido⁶¹, se analiza la situación de quien, vinculado inicialmente por relación laboral ordinaria, pasa a desempeñar en exclusiva funciones relativas a miembro del Consejo de Administración de la sociedad (momento que la Sala vasca identifica con el de la extinción de la relación laboral común), con nombramiento adicional de vicepresidente del Consejo, igualándose en salario al del otro miembro del Consejo⁶².

Solución contraria adoptará en su Sentencia 11 septiembre 2018⁶³, en la medida en que aquí, el demandante, con contrato de trabajo indefinido y sin participación social en la empresa, realiza la función de administrador, conjuntamente con uno de los socios (que toma las decisiones más relevantes), sin que la tenencia de poderes de la empresa o la titularidad en cuenta bancaria de la sociedad debiliten la laboralidad de la relación, habiendo quedado acreditado que, además de las funciones de administración, realizaba tareas ordinarias de trabajador común⁶⁴.

VI. COOPERATIVISTAS

La naturaleza jurídica del vínculo mantenido entre el socio trabajador con la cooperativa es una cuestión sustancial para la determinación de cuál es la normativa aplicable a sus retribuciones y sobre su carácter confuso se ha pronunciado la Sala de lo Social en STSJ País Vasco de 20 de mayo de 2003⁶⁵, afirmando que existe un cierto desconcierto en la propia normativa cooperativa, tanto estatal como autonómica vasca. La Sala parte de la posición distinta que posee el trabajador socio de una cooperativa de trabajo asociado respecto al del trabajador común contratado por la cooperativa, diferencia que, con mayor o menor intensidad, también concurre entre los trabajadores comunes y los vinculados por una relación laboral de carácter especial del artículo 2 ET. Asimismo, reconoce que nos encontramos ante la existencia de similitudes importantes entre la prestación laboral del trabajador común y la del socio coopera-

⁶¹ Ver nota 35.

⁶² La pertenencia al Consejo de Administración elimina las notas de ajenidad y dependencia, según el Tribunal vasco, que, además, trae a colación la STS 24 mayo 2011 (rec. 1427/2011), relativa a la teoría del vínculo, para afirmar que no existe regla legal, convencional o pactada individualmente que permita entender que el pase de la situación –en su caso– de alto directivo a administrador de la sociedad implique la suspensión de la relación laboral y la no extinción de la misma, al contrario de lo que puede suceder entre la relación especial de alta dirección y la relación laboral común.

⁶³ STSJ País Vasco 11 septiembre 2018 (rec. 1448/2018).

⁶⁴ Dato que “ahuyenta definitivamente una hipotética condición de personal excluido del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores”.

⁶⁵ STSJ País Vasco 20 mayo 2003 (rec. 619/2003).

tivista desde el prisma de las características de la relación laboral, que se contienen en el artículo 1.1 ET, que el socio trabajador contrae, a través del correspondiente contrato societario, pero cabe matizar que son obligaciones de distinta índole, la de prestar trabajo personal en la cooperativa y la de aportar capital, sustancialmente, que no se ciñen a una mera aportación material, pero ello tampoco es elemento bastante para proclamar su laboralidad o asimilación a la misma.

Partiendo del anterior escenario general, la Sala social vasca consideró una cuestión controvertida determinar si un trabajador, con un encadenamiento de contratos laborales fraudulentos que lo convierten en indefinido, pierde o no su condición por pasar a ser socio trabajador por tiempo determinado con alta RETA:

- En ocasiones se declaró que no era válida la terminación de relación societaria entre las partes, por constituir tal comunicación un despido improcedente y no una finalización de un contrato societario⁶⁶.
- En otros pronunciamientos, se consideró que mientras que la suscripción un contrato de sociedad para acceder a la condición de socio cooperativista, con duración determinada, impedía hablar de continuación de la previa relación laboral y que ello suponía la mutación a una relación no laboral de la anterior relación laboral⁶⁷.
- En sentido parecido al anterior, aunque sin unanimidad⁶⁸, la Sala consideró que había que excluir el periodo intermedio en el que tuvo un vínculo societario, a efectos de antigüedad para calcular la indemnización por despido de un trabajador de una cooperativa⁶⁹.

Recientemente, el TSJ vasco ha optado por criterios menos formalistas y ha declarado que procede el levantamiento del velo de la interposición societaria bajo el régimen de cooperativa a la función que ejercían los demandantes

⁶⁶ STSJ País Vasco 2 abril 2007 (rec. 433/2007).

⁶⁷ STSJ País Vasco 1 febrero 2005 (rec. 2301/2004) STS 24 de julio 2006, desestimó el recurso contra esta por falta de contradicción (rec. 1368/2005) y STSJ País Vasco 18 diciembre 2007 (rec. 2516/2007).

⁶⁸ El magistrado Díaz de Rábago Villar consideró que el asunto debía haberse estimado, porque carecía de relevancia que los servicios prestados hasta esa fecha se hicieran en virtud de una relación propia de socio-trabajador de cooperativa de trabajo asociado, sin que, desde luego, la tenga que ese vínculo nazca de la autonomía de la voluntad, ya que también ocurre así en el contrato administrativo y no constituye obstáculo para que el Tribunal Supremo incluya los servicios prestados con ese amparo, cuando son idénticos a los que luego se cubren con un contrato de trabajo, en la determinación de los años de servicios indemnizables al extinguirse este injustificadamente a instancias del empresario.

⁶⁹ STSJ País Vasco 20 mayo 2003 (rec. 619/2003).

de prestar servicios de control lechero⁷⁰ y de ganado⁷¹, respectivamente, ya que se trataba de unas actividades que se han amoldado históricamente a ámbitos productivos laborales y que, en modo alguno, se acercan a las profesiones liberales o a los arrendamientos de servicios, dado su marcado carácter *intuitu personae*, con gran importancia del modo y la manera de ejecutar la prestación. Por ello, se concluye que la interposición de la figura societaria como cooperativistas RETA, constituyó un intento de dar subterfugio a la verdadera contratación laboral, que sujeta un ámbito indirecto de coordinación y organización societaria que en modo alguno puede evitar la relación laboral⁷².

VII. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA

La vida social, en nuestro país, ha sido rica en situaciones en las que se discute si una aparente beca está encubriendo, en realidad, un contrato de trabajo, lo que ha permitido deslindar ambas figuras atendiendo a su elemento fundamental: la finalidad formativa y no el interés de la entidad donante, no bastando con que la beca “ayude a formar”, sino que esa debe ser la finalidad por la que se concede⁷³. Como “portal de entrada” a la cuestión debatida, el TSJ País Vasco asume⁷⁴ que, tanto en la beca como en el contrato de trabajo se da una actividad que es objeto de una remuneración, de ahí la zona “fronteriza” entre ambas instituciones, siendo clave en su distinción la finalidad perseguida que, en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en su formación; de ahí que las labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca.

Por tanto, para analizar si una actividad becada trasciende los límites propios y alcanza los laborales, el TSJ vasco, haciendo suya la jurisprudencia del TS (Sentencias de 12 abril 1989 y 26 junio 1995) señala que «el rasgo diferencial de la beca como percepción, es su finalidad primaria de facilitar el estudio y formación del becario y no la de incorporar los resultados o frutos del estudio o trabajo de formación realizado al patrimonio de la empresa que

⁷⁰ STSJ País Vasco 14 de febrero 2018 (rec. 108/2018).

⁷¹ STSJ País Vasco 13 marzo 2018 (rec. 355/2018).

⁷² STSJ País Vasco 20 marzo 2018 (rec. 310/2018).

⁷³ STSJ País Vasco 2 julio 2007 (rec. 1103/2007). “Se beca en beneficio formativo del beneficiario y no para que reciba unos servicios quien la concede”.

⁷⁴ STSJ País Vasco 14 mayo 2019 (rec. 802/2019), relativa a diversos tipos de becas: prácticas académicas externas (los becarios de Universidad, de Cámara de Comercio y de Máster *on line*) y prácticas no laborales en empresas.

la otorga”, debiendo prevalecer la contratación laboral “cuando no se aprecie en la actividad becada un interés educativo con relevancia para definir la naturaleza del vínculo, siendo, por el contrario, clara la utilidad que del trabajo obtiene la empresa y, consiguientemente, la finalidad retributiva de ese trabajo que cumplen las cantidades abonadas como beca.

Sobre esta base, como ilustración de lo indicado, la Sentencia 18 marzo 2003⁷⁵ afirma el carácter laboral de una supuesta actividad becada, al no recibir el actor enseñanza alguna y sí realizar actividad productiva, sujeta al ámbito de dirección y organización empresarial, que no iba encaminada a su propia formación y que, además, se prolongó durante cuatro años, lo que evidencia que la institución becante “utilizó” al becario para obtener un resultado objetivo (confeccionar una base de datos histórica) que, de no concurrir aquel, habría tenido que encomendar en régimen de ajenidad, siendo, en estas circunstancias, el precio de la beca la auténtica remuneración laboral⁷⁶.

Y en el mismo sentido, ahora en el ámbito universitario, la Sentencia 12 septiembre 2006⁷⁷ declara el carácter laboral de la actividad realizada por el actor, estudiante de Magisterio (al amparo de una beca de colaboración de apoyo al Servicio de Orientación Universitaria de la Universidad del País Vasco), por “primar” la atención del SOU (actividad a la que dedicaba cuatro horas diarias y por la que recibía 400 euros mensuales) sobre la formación del becario, tareas que, de no haberlas ejecutado el actor, hubieran dado lugar a la contratación de un trabajador para asumirlas. Conclusión a la que no obsta el argumento, recurrente, de que el actor adquiere experiencia e incrementa su preparación, pues también lo habría logrado en una relación laboral⁷⁸.

Mismo esquema que se traslada al ámbito de las prácticas no laborales en empresas. De forma tal, que si, en el marco de colaboración entre la Universidad y el Banco Guipuzcoano, los alumnos desarrollan supuestas prácticas no laborales durante el período de julio a septiembre, mediante las que “cubren” vacaciones del personal bancario, sin apenas tutela formadora, sujetos a horario fijo y percibiendo una retribución de 300 euros como bolsa de ayuda, estaremos ante un contrato laboral, al primar la mera prestación de servicios para la entidad⁷⁹.

⁷⁵ Sentencia TSJ País Vasco 18 marzo 2013 (rec. 307/2003).

⁷⁶ Sin importar que la empresa abonase once mensualidades, “ahorrándose” el mes de vacaciones.

⁷⁷ STSJ País Vasco 12 septiembre 2006 (rec. 1548/2006).

⁷⁸ En el mismo ámbito universitario y en similar sentido, la STSJ País Vasco 11 abril 2006 (rec. 2782/2005) sobre ingenieros informáticos que mantuvieron beca de colaboración con la UPV, con horario y abono de cantidad fija, en despacho con extensión telefónica propia, sin supervisión de tareas por profesor.

⁷⁹ STSJ País Vasco 2 julio 2007, citada en Nota 43.

VIII. ACTIVIDADES DEPORTIVAS

La única particularidad que la relación especial de los deportistas profesionales presenta frente a la relación laboral común, la constituye la especificidad del servicio prestado, porque requiere la presencia de todos los presupuestos que caracterizan el vínculo ordinario de trabajo. El referido requisito de especificidad es el ejercicio de práctica del deporte que tiene un contenido y significación excluyente, lo que, unido a la voluntariedad de la dedicación, se proyecta como nota característica para encuadrar la relación laboral en la prestación de servicios⁸⁰.

Respecto a la calificación de técnicos, directores y entrenadores, la doctrina no ha sido unívoca y ha venido marcada por la dificultad de precisar cuál es el contenido exacto de la actividad⁸¹. El actual mundo deportivo complejo y mediático donde los entrenadores cumplen unas funciones de objetivos, de equipos, calendarios, reglamentos, planificaciones y programaciones, que suponen en sí una práctica de vinculación en el deporte profesional específico. Las labores de control de jugadores, de coordinación y planificación de pretemporadas, de seguimiento de equipos, de coordinación de la preparación física y técnica, de la exigencia de información y documentación de las necesidades deportivas o de la suficiencia de los jugadores, suponen en sí unas funciones específicas más cercanas a la práctica del deporte que a cualquier otra mención que predique una función simplemente administrativa incardinable en otro tipo de relación contractual⁸².

En relación al colectivo de deportistas, se ha declarado que no es un precontrato lo que las partes suscribieron, porque no era una promesa de contrato⁸³, sino que constituía un auténtico contrato, en la medida en que concurrían los requisitos precisos para ello; consentimiento de los contratantes, objeto cierto (los servicios a prestar como pelotari y su concreta remuneración, junto a las concretas condiciones de esas prestaciones, así como la referida obligación indemnizatoria por la demora) y causa de esas obligaciones (mutuamente, los servicios y su remuneración; en cuanto al pago hasta el inicio de aquellos, esa dilación)⁸⁴. Asimismo se ha afirmado que el desarrollo simultáneo de un trabajo como comercial de un club de fútbol y la calificación federativa como

⁸⁰ STSJ País Vasco 20 diciembre de 2011 (rec. 2850/2011).

⁸¹ STSJ País Vasco 12 marzo 1990 (rec. 756/1989).

⁸² STSJ País Vasco 23 diciembre 2008 (rec. 2671/2008).

⁸³ La Sala matiza que las partes pactaron el 1 de noviembre de 1999, no fue que se iniciara en esa fecha la prestación de servicios, sino en otra posterior, pendiente de concretar, si bien fijando entonces una fecha límite para su comienzo.

⁸⁴ STSJ País Vasco 21 de diciembre de 2004 (rec. 2046/2004).

profesional o aficionado, no desvirtúan la naturaleza profesional de deportista ni la relación entre las partes⁸⁵.

Por el contrario, se ha declarado la incompetencia de la jurisdicción social respecto a un monitor de una agrupación deportiva⁸⁶ y a un entrenador de fútbol porque únicamente percibían una compensación por gastos de desplazamiento, faltando las notas propias de la relación laboral⁸⁷.

IX. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

9.1. Artistas

En este ámbito, es esencial diferenciar la prestación del artista aficionado, de la que, como profesional, desarrolla el artista en régimen laboral, no debiendo confundirse las “rutinas” propias del ámbito artístico, necesarias incluso en niveles amateurs, con la integración en el ámbito organizativo de un empresario.

Contexto en el que la Sentencia 25 abril 1994⁸⁸ niega la existencia de contrato de trabajo entre una Asociación de Amigos de la Ópera y los miembros del Grupo Coral, pese a que los demandantes ensayaban tres días a la semana en los locales de la demandada y representaban luego las óperas, percibiendo determinadas cantidades; y ello porque tales cantantes no participaban en el Grupo Coral en virtud de obligaciones contractuales aceptadas, sino que lo hacían como manifestación de su afición musical, sometidos solamente al elemental régimen de disciplina propio de todo grupo que para su correcto funcionamiento requiere de puntualidad y asistencia a los ensayos⁸⁹ y las actuaciones, no percibiendo retribución salarial alguna sino compensación, de escasa cuantía, por los gastos ocasionados por las actuaciones públicas musicales⁹⁰.

⁸⁵ STSJ País Vasco 20 febrero 2007 (rec.2935/2006). Por el contrario, la STSJ País Vasco de 18 de junio de 2002 (rec.1136/2002) consideró que la jurisdicción social era incompetente para conocer de la reclamación de un futbolista aficionado.

⁸⁶ STSJ País Vasco 20 diciembre de 2011 (rec.2850/2011).

⁸⁷ STSJ País Vasco 24 abril 2018 (rec.685/2018).

⁸⁸ STSJ País Vasco 25 abril 1994 (rec. 290/1994).

⁸⁹ Que en la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos sí se considera jornada de trabajo.

⁹⁰ Precisamente, la escasa cuantía y el hecho de que todos los miembros del coro, con independencia de su antigüedad, percibiesen la misma cantidad, hacen que se considere extra-salarial.

En similar sentido, no se consideran trabajo (a efectos de compatibilidad de la prestación de jubilación con el mismo), aquellas actividades puntuales como actriz, por parte de la pensionista, durante 4 días en el año 2013 y 2 días en el año 2014, más aún acreditado su carácter no remunerado⁹¹.

Cuando, al contrario, la prestación contratada con una cantante de ópera, pese a denominarse “contrato de servicios profesionales artísticos”, implica compromiso de estancia en la ciudad de representación, ensayos prefijados y precio fijo por actuación⁹², no cabe duda de que la relación es la especial laboral de artistas en espectáculos públicos.

9.2. Directores y técnicos

El TSJ vasco aprecia la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia en la actividad desarrollada por el actor que, como director artístico⁹³, debía seguir un plan formativo y docente fijado por la demandada, prestando tal actividad en las instalaciones y con medios y materiales de la demandada, dentro del horario establecido e impartiendo cursos bajo la dirección y organización de la aquella, datos estos a los que no empece el hecho de que el actor haya formado parte de diversos grupos musicales, esté afiliado al RETA o (y esto parece lo más llamativo), su propia condición de personal funcionario.

X. PROFESIONES LIBERALES

En el campo de profesiones con un componente de liberalidad, las notas típicas del contrato de trabajo se desarrollan de forma más atenuada⁹⁴, siendo más difícil delimitar los contornos entre la prestación laboral y la relación mercantil de profesional liberal con un ejecutante titulado⁹⁵ no integrado en el ámbito organizativo empresarial. Por ello, la discusión sobre la subordinación o control empresarial en estos casos, ha de realizarse en atención a las tareas encomendadas, referencia a salarios, jornadas, calen-

⁹¹ STSJ País Vasco 12 diciembre 2017 (rec. 2291/2017).

⁹² STSJ País Vasco 20 febrero 2018 (rec. 185/2018).

⁹³ STSJ País Vasco 21 junio 2011 (rec. 1293/2011).

⁹⁴ STSJ País Vasco 21 febrero 2012 (rec. 222/2012).

⁹⁵ STSJ País Vasco 18 octubre 2016 (rec. 1890/2016).

darios, vacaciones, procesos de baja médica, exigencia de tareas, instrucciones, técnicas, encargos, etc.⁹⁶

10.1. Abogados

En Sentencia 16 mayo 2017, el TSJ vasco niega la laboralidad, tanto ordinaria como especial⁹⁷, de la prestación de servicios llevada a cabo por una abogada para la Asociación de Usuarios Bancarios (AUSBANC), y lo hace por la ausencia de sus notas esenciales (ajenidad, dependencia y retribución); la actora no mantenía una dedicación estable, ni utilizaba medios de la empresa, ni recibía órdenes concretas del trabajo, acudiendo a las oficinas de manera irregular sin sometimiento a jornada. Para el Tribunal son relevantes la ausencia de exclusividad y la tenencia de un despacho propio.

Conclusiones a las que, igualmente, había llegado en su Sentencia 14 marzo 2017⁹⁸, relativa a una relación laboral con la misma empresa, al no acreditarse el sometimiento al régimen organizativo de la empresa ni el cobro de remuneración que revistiera las características del salario, es decir, una cantidad fija o mínimamente variable devengada con periodicidad regular y que no participara de lo que, como “igual” es habitual en las prestaciones de servicios de numerosos profesionales para con sus clientes, avalando esta apreciación el hecho de que, durante los trece años que duró la relación, la demandante no causara alta en régimen alguno de la Seguridad Social ni instara la misma.

10.2. Arquitectos

A favor de la laboralidad, se posiciona la Sala vasca en la mayoría de supuestos analizados, principalmente, cuando la prestación de servicios del arquitecto se produce en el seno de la Administración local.

Así sucede, por ejemplo, en supuestos “claros” como el que analiza su Sentencia 30 junio 2015⁹⁹, partiendo de que el actor acudía al Ayuntamiento dos días a la semana en horario definido, sin sujeción al sistema de fichaje establecido para los demás trabajadores, pero precisando de autorización del concejal para los cambios horarios, disponiendo en el Ayuntamiento de despa-

⁹⁶ STSJ País Vasco 18 octubre 2016 (rec. 1890/2016).

⁹⁷ RD 1331/2006 que regula la relación laboral especial de este colectivo.

⁹⁸ STSJ País Vasco 14 marzo 2017 (rec. 472/2017).

⁹⁹ STSJ País Vasco 30 junio 2015 (rec. 1041/2015).

cho propio con tarjeta de acceso, con ordenador provisto de clave propia, teléfono con su propia extensión y con uso de los demás medios materiales existentes en la oficina, recibiendo ropa de trabajo y utilizando coche perteneciente al Ayuntamiento, recibiendo órdenes del concejal y siendo su agenda controlada por el personal de administración, debiendo coordinarse en sus vacaciones con el resto del personal y girando facturas con el mismo importe durante los doce meses del año, incluido el de vacaciones, siendo actualizado todos los años. Sin que las notas de dependencia y ajenidad se vean alteradas por la prestación de servicios para otros ayuntamientos o entidades.

En el mismo sentido afirmativo e idéntico contexto de servicios de arquitectura para la Administración local, se pronuncia la Sentencia 26 mayo 2015¹⁰⁰, dado que existe una actividad que se presta dentro del sistema organizativo empresarial, en la sede de la Administración territorial demandada; los cometidos son propios de una faceta de la actividad del Ayuntamiento; se retribuye de manera permanente, constante y no solo por servicios facturados o realizados sino también en períodos de vacaciones, incluyéndose dos pagas extraordinarias que son un elemento muy característico del contrato de trabajo; se prestan servicios con confusión o en unidad con operarios del ente municipal, coordinándose con ellos en las vacaciones y atendiendo la actividad municipal conjuntamente; y, además de no existir sustitución de la actividad del demandante, esta se presta en una jornada constante y continua, en regularidad según el sistema organizativo empresarial, los martes y jueves, en una franja horaria determinada que es la que beneficia a la empresa y según la demanda de servicios pautados por el empresario. La Sentencia 21 abril 2009¹⁰¹ considera indicio de laboralidad la compensación al arquitecto por gastos de desplazamiento o dietas de viaje.

Sin que contraríe la naturaleza laboral el hecho de que el actor tuviese abierto un estudio propio para el ejercicio de la arquitectura¹⁰², que las retribuciones presenten externamente las características propias del profesional por cuenta propia, en forma de referencias fiscales (IVA e IRPF)¹⁰³, la suscripción

¹⁰⁰ STSJ País Vasco 26 mayo 2015 (rec. 876/2015). La Sala “advierte” de que se ha pronunciado “en diversas sentencias sobre relaciones laborales de arquitectos con ayuntamientos (TSJPV 23-10-12, recurso 2318/12; 21-2-12, recurso 222/12 o 20-3-07, recurso 2834/09), declarando en todas ellas tales relaciones como laborales.

¹⁰¹ STSJ País Vasco 21 abril 2009 (rec. 207/2009)

¹⁰² STSJ País Vasco 9 marzo 2010 (rec. 3219/2009).

¹⁰³ Elementos que –se dice– no son decisivos, sino meramente complementarios, a la hora de configurar el contrato de trabajo; incluso, puede afirmarse, consustanciales, cuando lo que se pretende enmascarar es una relación por cuenta ajena.

de una póliza de responsabilidad civil, o la falta de exclusividad, que no es signo inherente al contrato de trabajo, salvo que así se pacte ¹⁰⁴.

Otras veces, sin embargo, se apuntan, como contrarias a la laboralidad en este ámbito, la existencia de pagos paralelos para distintos clientes, el mantenimiento de una actividad propia o la inexistencia de una retribución fija, constante o periódica ¹⁰⁵.

En Sentencia 18 octubre 2016 ¹⁰⁶ se excluye la relación laboral de quien, ahora en el ámbito privado, desarrollaba y facturaba trabajos para particulares y empresas distintas del estudio demandado ¹⁰⁷ (con independencia de que, proporcionalmente, fueran las de este último las más cuantiosas), al no acreditarse sometimiento horario, recepción de instrucciones de trabajo, fijación de vacaciones, etc. La Sala, pese a reconocer que la actora no posee despacho propio o aparente relación de aseguramiento exigible, no aprecia la necesaria integración en un ámbito de dependencia laboral.

10.3. Servicios contables, economistas, consultores

La Sentencia 8 enero 2019 ¹⁰⁸ analiza la prestación de servicios de asesoría externa (Recursos Humanos y Asesoría Fiscal) prestada por una graduada en Relaciones Laborales, afiliada al RETA, que, sin contrato mercantil escrito, acudía a la empresa una media de dos o tres días por semana, donde contaba con despacho propio y utilizaba el ordenador, recibiendo instrucciones generales del empresario. La empresa no controlaba sus ausencias, ni le concedía permisos o vacaciones, pero sí retribuía sus servicios en doce pagos mensuales en cuantía fija, habiendo llegado a abonar puntualmente dietas ¹⁰⁹. En contra del criterio de la Inspección de Trabajo ¹¹⁰, el TSJ Vasco apunta al arrendamiento civil mercantil por cuenta propia, basándose, sobre todo, en la autonomía organizativa de la actora, que, contando con medios propios para la prestación del servicio, ofertaba su actividad empresarial en el mercado, prestando

¹⁰⁴ STSJ 21 febrero 2012 (rec. 222/2012). La Sentencia reconoce que, junto a la prestación laboral de servicios, el actor también realizaba, junto a su mujer, también arquitecta y en el estudio de ambos, encargos del mismo Ayuntamiento que se reconocen fruto de un auténtico arrendamiento de servicios.

¹⁰⁵ STSJ País Vasco 29 abril 2014 (rec. 556/2014).

¹⁰⁶ Ver nota 42.

¹⁰⁷ En este caso, la falta de exclusividad sí se considera indicio de falta de dependencia y ajenidad

¹⁰⁸ STSJ País Vasco 8 enero 2019 (rec. 2347/2018).

¹⁰⁹ Considera que se trata de un dato "aislado" que no puede transformar en laboral la relación.

¹¹⁰ Tras su actuación, las partes suscribieron contrato de TRADE.

servicios similares a otras empresas, constando cotización al RETA y falta de sometimiento a horario¹¹¹.

En el mismo sentido, contrario tanto a la laboralidad de la prestación de servicios, como a la valoración efectuada por la Inspección de Trabajo, se pronuncia la Sala¹¹², en el caso de un economista, censor jurado de cuentas, que prestaba servicios de asesoría fiscal y contable para el Colegio de Abogados de Gipuzkoa utilizando materiales y programas informáticos del Colegio, constando su plena disponibilidad horaria, su trabajo para otras empresas o la elección, libre y no coordinada, de su período vacacional. Prestación de servicios que el Tribunal considera presidida por un principio de “independencia profesional” más propio de la exigencia de responsabilidad y encomienda, que de una prestación de servicios subordinada y/o laboral, por mucho que la propia “familiaridad” propia de una prestación de servicios continuada pueda aparentar una imagen de subordinación o integración.

Es significativo, en este caso, que el Tribunal no considere relevantes datos como: a) que la empresa hubiera incluido al actor en la póliza de seguro de sus trabajadores; b) que le abonase una cantidad fija mensual, con independencia de su asistencia al Colegio; c) que hubiese percibido dichas cantidades incluso en los meses en que se encontraba de baja médica, sin prestar servicios; d) que la empresa hubiese ofrecido al actor extinguir la relación supuestamente mercantil y suscribir contrato de trabajo; e) o que incluso hubiese llegado a figurar en algunos cuadrantes vacacionales¹¹³.

10.4. Peritos tasadores

Hablar de peritos tasadores es introducirnos –dice la Sentencia 7 junio 2016¹¹⁴– en una “indudable zona gris de laboralidad”, ámbito en el que apenas unas pocas diferencias fácticas pueden transformar el vínculo jurídico entre las partes, desde el contrato de trabajo al arrendamiento de servicios o viceversa. Y es que, como indica el Tribunal, la prestación de servi-

¹¹¹ Es sorprendente la importancia que el TSJ otorga a estos datos, muy relativizados en otros pronunciamientos. De hecho, la flexibilidad horaria, la cotización al RETA, la tenencia de una organización básica (en este caso, teléfono, ordenador e internet en su propio domicilio) o la prestación de servicios para otras empresas (muy minoritaria en este caso) no se han considerado obstáculo a la declaración de laboralidad cuando concurría con otros indicios de mayor peso.

¹¹² STSJ País Vasco 14 enero 2016 (rec. 2324/2015)

¹¹³ Aunque estima el TSJ que su inclusión fue una pre-constitución de prueba.

¹¹⁴ STSJ País Vasco 6 junio 2016 (rec. 1052/2016), que toma “prestadas” estas palabras de la STS 17 mayo 2012 (rec. 871/2011).

cios por los peritos tasadores de seguros, puede realizarse tanto en régimen laboral como en régimen de ejercicio libre de la profesión, algo que depende de las propias compañías aseguradoras, al decidir si realizan la actividad con recursos personales propios o mediante encargo a peritos colaboradores externos o a sociedades de peritación. De forma tal, que la línea divisoria, una vez más, la encontraremos en la integración, o no, del perito, en el “círculo rector y disciplinario del empresario”, integración cuya concurrencia no es fácil discernir dado que, frecuentemente, comparten escenario indicios innegables de ambas figuras, debiendo decidir cuáles tienen una mayor fuerza.

Muestra de esta búsqueda de elementos esenciales es la sentencia citada en el párrafo anterior; en ella, el perito, afiliado al RETA, prestaba servicios, mediante contrato verbal, sin exclusividad, para la compañía demandada, de la que recibía una retribución en función de las peritaciones realizadas (repartiendo al 50% con la empresa), además de los gastos de locomoción. El vehículo, cámara de fotos y teléfono utilizados, eran propiedad del actor; acudía a diario a las dependencias de la empresa (por exigencias de la compañía), utilizando los medios allí existentes, siendo sometido su trabajo al control del empresario (que podía modificar los informes de peritación), quien además organizaba el calendario vacacional (exigiendo la coordinación entre los cuatro peritos existentes) e incluso controlaba los tiempos dedicados por el actor al desayuno y la forma de organización del trabajo. En estas condiciones, la Sala se decanta claramente por la laboralidad.

En sentido contrario, la Sentencia 17 mayo 2016¹¹⁵ excluye la relación laboral atendiendo a la autonomía efectiva en el desarrollo de un peritaje que se ajustaba, realmente, a las estipulaciones del contrato mercantil suscrito con la Aseguradora, para la que el trabajador, sin sometimiento a exclusividad, desarrollaba una prestación en la que: a) podía aceptar o rechazar los encargos; b) no existía un número mínimo de peritajes ofrecidos ni aceptados; c) no se fijaba horario; d) utilizaba sus propios medios materiales (vehículo, teléfono y ordenador); e) decidía y comunicaba la fecha de sus vacaciones; f) siendo elaboradas las facturas por la compañía según datos informáticos volcados por el perito.

¹¹⁵ STSJ País Vasco 17 mayo 2016 (rec. 924/2016). En este caso, a diferencia de lo que sucede normalmente (demanda por despido tras comunicación del fin de la prestación de servicios) es el propio actor quien reclama la extinción de su “contrato de trabajo” debido a que la empresa, de manera progresiva y muy significativa, había reducido el número de peritaciones encomendadas al mismo.

10.5. Traductores e intérpretes

La Sala analiza, en su Sentencia 14 septiembre 2000 ¹¹⁶ la naturaleza de los servicios de traducción prestados por el actor, con motivo del festival anual de cine de San Sebastián, prestación (desarrollada regularmente desde 1979 y por la que percibía cantidades diferentes cada año) que se desarrollaba por adjudicación directa por el responsable de prensa del festival, según *planning* de actividades que precisaban traductor. En este caso, entiende la Sala que el simultanear servicios de traducción para otras empresas (que casa mal con el sometimiento a jornada), el haber declinado acudir algún año a las entrevistas para las que se solicitaron sus servicios, o percibir una retribución no fija en función de los actos a los que acudía, denotan autonomía que encaja mejor en la figura del arrendamiento de servicios.

10.6. Otros profesionales liberales

El supuesto de una dinamizadora de aula para niños hospitalizados es abordado por la Sentencia 18 octubre 2016 ¹¹⁷, concluyendo la laboralidad de la prestación en atención a sus notas definitivas; en concreto, la actora, con alta en RETA, prestaba servicios en las instalaciones del Hospital, de lunes a viernes, en horario de tarde impuesto por el centro (dado que las mañanas eran para visitas médicas) entreteniéndolo a los niños ingresados en el mismo, utilizando material (libros, pinturas, etc.) proporcionado por el Hospital o la Fundación con la que tenía convenio de colaboración. Por dicha prestación de servicios, percibía una cantidad fija al mes, de 900 euros, contando con vacaciones retribuidas, pues emitía anualmente doce facturas. Existen, por tanto, a juicio del TSJ vasco, indicios bastantes de laboralidad, sin que desvirtúe tal apreciación el dato de que la actora, durante algunos períodos (a veces, meses), no acudía al hospital a desarrollar tal actividad (consiguientemente, no facturaba), meses durante los que la actividad se desarrollaba por voluntarios de Cruz Roja.

¹¹⁶ STSJ País Vasco 14 septiembre 2000 (rec. 363/2000).

¹¹⁷ STSJ País Vasco 18 octubre 2016 (rec. 1893/2016).

XI. PERSONAL SANITARIO

11.1. Médicos y odontólogos

En la profesión médica, como en general en las profesiones liberales, la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de estas¹¹⁸.

Cuando se trata de un profesional sanitario que presta servicios, la nota de ajenidad viene íntimamente ligada a la forma de retribución, constituyendo un claro indicio que inclina a pensar en el arrendamiento de servicios el hecho de que la retribución se perciba en función de los asuntos en los que el profesional ha intervenido, mientras que juega a favor de la relación laboral el hecho de que la retribución obedezca a un parámetro fijo. Por el contrario, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles, constituye un indicio de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena¹¹⁹.

Por lo que respecta a la capacidad de autogestión de tales médicos, carece de relevancia para enervar la presunción de laboralidad que las tareas del médico se realicen con horario flexible¹²⁰, partiendo de que, en este tipo de actividad profesional titulada y muy determinada en función de la especialidad entendemos que no es relevante la mayor o menor libertad horaria y que, en determinados supuestos enjuiciados por la alta cualificación que conlleva, se supone que nadie debía dirigir la actividad como, por ejemplo, un cirujano plástico aplicando de propia mano la *lex artis* que se le ha de suponer¹²¹.

¹¹⁸ STSJ País Vasco 9 de octubre 2001 (rec. 1627/2001).

¹¹⁹ STSJ País Vasco 16 abril 2015 (rec. 594/2015).

¹²⁰ STSJ País Vasco 15 enero 2002 (rec. 2211/2001).

¹²¹ STSJ País Vasco 24 febrero 2015 (rec. 191/2015).

11.2. Oftalmólogos y optometristas

Como pronunciamiento a favor de la relación laboral, se ha considerado a dos oftalmólogos como trabajadores por cuenta ajena, con independencia de su carácter societario y mantenimiento de una participación minoritaria del 20%, por cuanto razona el TSJ vasco, que dichos médicos percibían una remuneración, sin cobrar directamente del cliente o paciente, y donde se presta la actividad bajo el ámbito e infraestructura de la empresarial, que es la que aporta los espacios físicos y el material quirúrgico, pero donde no consta una contratación mercantil por parte de los médicos para con otras empresariales ni una contratación de dichos médicos para con el resto de personal administrativo o auxiliar. Un último indicio de la relación laboral que se considera relevante es que la clientela acude al centro oftalmológico como ente empresarial y no busca la especificidad del detalle y particularidad de los médicos oftalmólogos que en ella trabajan ¹²².

Por el contrario, para excluir la relación laboral, en esta materia son factores determinantes que la actividad del demandante era residual, no solo por el escaso tiempo de dedicación, sino por prestar servicios en otros tres centros más no relacionados con la *litis*, la autoorganización el oftalmólogo citaba a directamente a pacientes y fijaba sus vacaciones ¹²³.

XII. PERSONAL DOCENTE

12.1. En centros educativos públicos y privados

En materia de contratación de profesorado por centros públicos ¹²⁴, es difícil encontrar supuestos en los que se discuta la laboralidad del vínculo, siendo el objeto habitual de disputa judicial la específica modalidad contractual elegida, muchas veces fraudulenta.

¹²² STSJ País Vasco 16 de abril 2015 (rec. 594/2015).

¹²³ STSJ País Vasco 10 de mayo 2010 (rec.877/2010).

¹²⁴ En el ámbito de la competencia jurisdiccional, cuando de contratación de profesorado para centros públicos se trata, la Sala vasca se ha pronunciado en varias ocasiones (vid. STSJ País Vasco 5 febrero 2002, rec. 2665/2011 o STSJ País Vasco 15 enero 2002, rec. 2634/2001) sobre una compleja cuestión de competencia jurisdiccional: ¿Cuál es el orden jurisdiccional competente para el conocimiento de la *litis* cuando los actores ostentan, en el momento de la reclamación, la condición de funcionarios interinos, precedida de una contratación laboral temporal para la cual reclaman la declaración judicial indefinida?, decantándose por el orden contencioso administrativo.

Con todo, encontramos situaciones indirectamente relacionadas¹²⁵, como la contratación de una persona, durante sucesivos cursos escolares, para la impartición de clases de danza vasca a los escolares de los colegios públicos del municipio, que cursasen estudios del primer ciclo de Educación Primaria, actividad que decidió crear el Ayuntamiento, encargado de organizarla y remunerarla, y que, en contra de lo sostenido por la corporación local, reunía los requisitos específicos del contrato de trabajo (dependencia básicamente) al no contar el actor con margen alguno para organizar la propia prestación de su actividad, ya que había de hacerla en forma personal (sin permitirle, por tanto, atenderla con quienes él estimara conveniente), con medios ajenos (en los propios colegios públicos y no en un centro del que dispusiera la titularidad del uso) y en horas que le habían sido previamente fijadas¹²⁶.

En parecidos términos¹²⁷ se analiza la contratación de profesora de Informática en centros superiores de formación dependientes de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, inserta en la estructura jerárquica de esos centros, sujeta a las directrices y órdenes de su dirección, carente de autonomía para fijar el contenido de las asignaturas que impartía, sin el más mínimo indicio de que fuese ella quien asumiera el riesgo de su actividad u organizase la actividad docente de las concretas asignaturas que impartía en esos centros.

12.2. Profesores de academia y profesores particulares

Al hilo de un interesante pronunciamiento sobre profesores que imparten labores de enseñanza no reglada en academias¹²⁸, el TSJ vasco ha ofrecido pautas que diferencian la prestación de servicios ajena, de la que propiamente se desarrolla en régimen de autonomía; en concreto, la empresa (una academia que ofertaba públicamente clases particulares, sin individualización concreta de su profesorado, para formación y perfeccionamiento en estudios de carrera superior, media y secundaria) afirmaba que el vínculo con los citados profesores se limitaba al alquiler de los locales donde estos desarrollaban, de manera autónoma, su actividad¹²⁹, dándose la circunstancia, muy al contrario, de que

¹²⁵ STSJ País Vasco 14 diciembre 1999 (rec. 2206/1999).

¹²⁶ Lo que, "en definitiva, le dejaba en una situación similar, en ese terreno, a la que concurre en el caso de un profesor sujeto a relación laboral".

¹²⁷ STSJ País Vasco 16 mayo 2000 (rec. 1013/2000).

¹²⁸ STSJ País Vasco 22 octubre 2019 (rec. 1566/2019).

¹²⁹ Supuestamente también abonaban los profesores a la academia los gastos por fotocopias y materiales.

la realidad era bien distinta: los alumnos eran captados por la academia, que establecía e informaba de las tarifas, percibiendo de ellos los pagos y asumiendo el riesgo de impagos o cualquier otro asociado; los profesores, a su vez, desarrollaban su actividad en régimen de exclusividad, según organización empresarial de días y horarios, siendo retribuidos por la empresa (no por los alumnos) y causando baja en RETA en los meses de julio y agosto, coincidiendo con el cierre de la academia. No apreciándose, por tanto, un margen real de organización autónoma e independiente, el vínculo se declara laboral.

Tangencialmente, en lo que atiene a clases particulares, el TSJ vasco se ha pronunciado¹³⁰ acerca de su posible limitación cuando aquellas se simultanean con la propia docencia reglada, como sucede en el caso de una profesora de EGB que, en su domicilio y fuera de las horas lectivas del centro para el que trabajaba, impartía clases particulares a alumnos de dicho centro, conducta que el Tribunal censura, pese a reconocer el derecho al trabajo y a la pluriactividad, por el deterioro de la imagen del centro y la prevalencia de la actora en su actividad por su cualidad de profesora del colegio.

12.3. Otros

Conteniendo un interesante pasaje sobre el efecto limitador que las leyes de presupuestos pueden tener sobre la contratación laboral¹³¹, la Sentencia 29 octubre 2019¹³² analiza la prestación de servicios de un profesor de Talla, que dirige el taller de talla de madera del Ayuntamiento de Errentería, bajo el amparo formal de un contrato administrativo desde 1995, tras haber concurrido a las correspondientes licitaciones públicas, afirmándose la laboralidad del vínculo pues, en realidad, lo ha hecho siempre sometido a la dependencia del Ayuntamiento por cuanto que estaba inmerso en la organización municipal, que era quien estable-

¹³⁰ STSJ País Vasco 18 julio 2000 (rec. 1046/2000).

¹³¹ Contestando a las alegaciones del Ayuntamiento, indica el TSJ vasco que las disposiciones contenidas en las leyes de presupuestos sobre las limitaciones de contratación laboral no afectan a la posibilidad del control jurisdiccional respecto de las actuaciones administrativas, que deben someterse a la legalidad y responder a la verdadera naturaleza de los contratos que celebran, so pena de incurrir en un fraude de ley proscrito por el artículo 7 Código civil. En este sentido la propia ley de presupuestos expresamente prevé como excepción a la limitación del reconocimiento de la condición de indefinido no fijo del personal de empresas con contrato administrativo el caso de que ello se derive de una resolución judicial. Como indica el TC, en su sentencia 122/2018 de 31 octubre, el contenido de las leyes de presupuestos está constitucionalmente determinado a partir de su función como norma que ordena el gasto público y, por consiguiente, están reservadas a un contenido que les es propio, contenido que además está reservado a ellos (previsión de ingresos y habilitación de gastos), de modo que no tienen cabida en ellas las modificaciones sustantivas del ordenamiento jurídico a menos que guarden la suficiente corrección económica o presupuestaria, que debe ser inmediata y directa.

¹³² STSJ País Vasco 29 octubre 2019 (rec. 1752/2019).

cía la duración, horario, inicio del taller, publicitaba los cursos, procedía a la inscripción de los alumnos, fijaba vacaciones y puentes, coordinaba y supervisaba las labores encomendadas y acogía en sus instalaciones el referido taller dotándole de los materiales necesarios y abonando al demandante la cantidad establecida a la finalización de cada mes. En esos términos, es indiferente el alta en RETA, en IAE y la facturación con aplicación de IVA y descuento de IRPF.

En sentido similar se pronunciará el TSJ vasco en su Sentencia 2 julio 2019¹³³ relativa a la prestación, a través de contratos administrativos suscritos con el mismo Ayuntamiento, de un taller de decoración y restauración de muebles, impartido por la actora en las dependencias municipales, conforme al calendario y horario establecido por el Ayuntamiento, con control y supervisión de la Comisión de Cultura, presentando al final de cada contrato un inventario del material existente en el taller, preciso para la prestación del servicio, dándose la circunstancia de que el Ayuntamiento le abonaba la misma cantidad mensual al margen de los avatares del alumnado (número de alumnos, altas, bajas, inasistencias por motivos varios), previa la presentación por parte de la actora de las facturas proporcionadas por el propio Ayuntamiento.

Mismo razonamiento que utiliza en su Sentencia 10 julio 2018¹³⁴, relativa a la prestación de servicios para el Ayuntamiento como formadora de taller (curso de “patchwork”) organizado por aquel.

XIII. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN

Con cita de la Jurisprudencia del TS¹³⁵, la Sala de lo Social vasca reconoce, abiertamente, que la figura del colaborador periodístico se sitúa en una “zona fronteriza” en la que es difícil de terminar la naturaleza laboral o civil de la prestación de servicios en cuestión y que esa dificultad se aminora sustancialmente cuando el colaborador es precisamente una persona cuya profesión principal y quizás única es la de periodista; razonando que más dificultad existe cuando el tertuliano tiene una profesión ajena al mundo mediático y de manera muy marginal, aunque a veces duradera y periódica, colabora con determinado medio informativo, frecuentemente retribuido bajo la forma de dietas o sin percibir retribución alguna, lo que excluiría en el último caso la relación laboral¹³⁶.

¹³³ STSJ País Vasco 2 julio 2019 (rec. 999/2019).

¹³⁴ STSJ País Vasco 10 julio 2018 (rec. 1285/2018).

¹³⁵ STS 19 febrero 2014 (rec. 32015/2012).

¹³⁶ STSJ País Vasco 29 octubre 2019 (rec. 1687/201).

Bajo este prisma, la colaboración frecuente (pero no fija, y declinable) de ex deportistas, en un programa televisivo en el que se comenta la jornada futbolística, percibiendo una cantidad distinta según la distancia entre su lugar de residencia y los estudios de grabación, no se ha considerado laboral¹³⁷, al faltar la ajenidad (no había un compromiso de acudir periódicamente al programa, por lo que no se cedían anticipadamente los frutos de la actividad humana) y la dependencia (no puede considerarse que acudir siete veces en un año al programa implique integrarse en su estructura organizativa)¹³⁸.

Al contrario, la mayor “fortaleza” del vínculo atrae su laboralidad en situaciones como la del cronista que, durante más de siete años, realiza reportajes de forma cotidiana, que le son encargados por el jefe de sección del periódico (para cuya documentación se presenta con la credencial de este) y que entrega directamente a la persona encargada de la maquetación, cobrando una cantidad fija por cada crónica o reportaje, pues tales circunstancias desnaturalizan su calificación como trabajador autónomo¹³⁹.

La laboralidad de determinados encargos de fotografía, en este caso, labores de Dirección de Fotografía en distintos ámbitos, es la que se analiza en Sentencia 22 marzo 2016¹⁴⁰. La vinculación profesional entre el fotógrafo y la empresa, en cuyo origen se sitúa un correo electrónico dirigido a aquella por el que ahora pretende ser considerado trabajador, en el que ofrecía sus servicios profesionales “a través de factura sin necesidad de darme de alta en Seguridad Social”, integra en este caso las notas de laboralidad. Y así, figuran ingresos periódicos en cuantía fija al actor (algunos con la leyenda de “nómina/mes”)¹⁴¹; consta el abono de horas extraordinarias, lo que presupone la existencia de una jornada de trabajo definida; se acredita el descuento de un día de huelga, lo que presupone el correlativo poder de dirección empresarial; siendo la mayor parte de los materiales utilizados, propiedad de la mercantil que, además, daba instrucciones precisas sobre los encargos encomendados. Con esos elementos, es indiferente que el trabajador desarrollase idénticos cometidos para otras empresas del sector.

¹³⁷ Ver Sentencia de la Nota anterior.

¹³⁸ Sí se considerará relación laboral la del tertuliano integrado efectivamente en esta estructura, tal y como refleja, aunque en otro ámbito (incompatibilidad con subsidio de desempleo), la STSJ País Vasco 24 octubre 2017 (rec. 1827/2017).

¹³⁹ STSJ País Vasco 12 enero 2016 (rec. 2347/2015).

¹⁴⁰ STSJ País Vasco 22 marzo 2016 (rec. 366/2016).

¹⁴¹ Lo que desvirtúa la alegación principal de la empresa, según la cual, únicamente pagaba al actor por cada encargo realizado.

XIV. COMERCIALES, AGENTES, VENDEDORES

A la hora de analizar si el contrato de agencia da conveniente cabida a la prestación de servicios del actor, agente comercial, o si esta excede sus límites definitorios, la Sala de lo Social del TSJ País Vasco ha examinado, entre otras, en su Sentencia 10 septiembre 2019¹⁴², la forma en que tales servicios se prestan, confirmando la validez del citado contrato (negando, por tanto, la laboralidad), en un supuesto en que el actor no estaba sometido a horario alguno, ni asistía a ningún centro de trabajo o lugar designado a tal efecto por su teórico empleador, sin que se acreditase que recibiera programaciones, instrucciones o directrices concretas sobre cómo debía ejecutar su trabajo o tuviese limitado su ámbito de actuación y/o los clientes a visitar. Al contrario, disponía de una organización específica, conformada, cuando menos, por otra persona, junto a la que desarrollaba actividades comerciales en su propio beneficio. Tales datos “priman” sobre otros, de menor entidad, como la tenencia de una tarjeta con anagrama de la empresa o el aparecer publicitado en la página web de esta. Sin que altere, tampoco, la conclusión anterior, el hecho de que la oferta de los productos se realizase conforme a tarifas prefijadas de contrario y obtuviera, incluso, tras la “venta”, ciertas comisiones¹⁴³, inexistentes si aquella no se efectuaba.

Bajo el mismo prisma se analiza, en Sentencia 9 octubre 2018¹⁴⁴, la prestación de servicios del agente de ventas que, como “intermediario independiente”, suscribe contrato de agencia con una empresa encargada de comercializar productos de Iberdrola (con quien tenía acuerdos de colaboración comercial), limitándose a recibir de su empresa los correspondientes formularios de contratos (no ordenador, ni teléfono, ni material de oficina) y una acreditación expedida por Iberdrola, para poder contratar. La retribución de estos agentes respondía a comisiones por contratos formalizados, sin concurrir datos que permitan integrarlos en el ámbito de organización de la empresa¹⁴⁵.

Si bien que desde la especialidad que le otorga el Real Decreto 1438/1985, el TSJ vasco ha reconocido¹⁴⁶ la laboralidad de supuestos «contratos mercantiles de comisión» que, en la práctica, no se desenvolvían como tales. En concreto, pactado un régimen de promoción de ventas de los productos de la empresa, en condiciones de autonomía, con asunción de gastos e impuestos derivados del

¹⁴² STSJ País Vasco 10 septiembre 2019 (rec. 1289/2019).

¹⁴³ Lo que, además, es congruente con lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 12/1992, sobre Contrato de Agencia.

¹⁴⁴ STSJ País Vasco 9 octubre 2018 (rec. 1771/2018).

¹⁴⁵ Carece de relevancia para la Sala que al inicio de su actividad los agentes realizasen su actividad acompañados por personal de la empresa o que participasen en las convenciones anuales.

¹⁴⁶ STSJ País Vasco 13 marzo 2018 (rec. 266/2018).

ejercicio de la actividad, la realidad –bien distinta– mostraba a quien, trabajando exclusivamente para la empresa, seguía instrucciones precisas de esta para el ejercicio de su actividad, con obligatoria remisión diaria de visitas efectuadas y resultado de las mismas, percibiendo una retribución fija mensual y un porcentaje en comisiones, con asunción, por la empresa, de los gastos de consumo de móvil, kilometraje y parkings, lo que –reitera la Sala– es ajeno a un comisionista mercantil. En este caso, por tanto, se integra al actor en la relación laboral especial de quienes intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas.

XV. DISTRIBUIDORES, REPARTIDORES Y TRANSPORTISTAS

Respecto a los transportistas, en orden a determinar si cabe hablar de un contrato mercantil de transporte entre las partes o de un contrato de trabajo, se viene afirmando por el TSJ vasco que para entender la relación como laboral, procede examinar si existe un sometimiento al círculo organizativo del empresario que es quien en este supuesto particular, marca las zonas y rutas que se deben seguir, así como el horario a lo largo del cual se realizaría el trabajo encomendado, asimismo es quien exige exclusividad, es quien retribuye y existe apropiación por parte del empresario de los frutos derivados del trabajo del trabajador, pues los beneficios obtenidos por el transporte llevado a cabo repercutían en el empresario, al quedar obligado este tan solo al pago de las cantidades estipuladas por servicio, no al total de la ganancia obtenida por la actividad de transporte ¹⁴⁷.

En el anterior sentido, se considera que no es un argumento en contra de la relación de trabajo el hecho de que la empresa transportista fuese gestora de servicios a terceras empresas, pues ello desvirtúa el vínculo de trabajo existente, con independencia de la facturación que pudiese existir entre empleadores o que el pago se le realizase directamente al trabajador ¹⁴⁸ y tampoco el hecho de tener un horario relativamente flexible, pues el hecho de que pueda haber una cierta discrecionalidad horaria no supone una libertad horaria, ya que la empresa de transporte es la que designaba la ruta a cubrir y la franja horaria ¹⁴⁹.

Por el contrario, para el pronunciamiento a favor de la relación mercantil de un TRADE se considera determinante que la demandada no ejerciese ni un solo acto de control o supervisión sobre la actividad y que no se probó que el

¹⁴⁷ STSJ País Vasco 3 abril 2003 (rec. 530/2003).

¹⁴⁸ STSJ País Vasco 23 mayo 2017 (rec. 962/2017).

¹⁴⁹ STSJ País Vasco 24 abril 2012 (rec. 232/2011).

recurrente tuviese que acudir diariamente al almacén de la empresa. Los indicios de dependencia como la puesta a disposición por la empresa de un teléfono móvil y la compensación de los gastos de desplazamiento y peaje no se consideran suficientes¹⁵⁰.

XVI. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

Las modalidades fraudulentas que encontramos, bajo este epígrafe se componen de dos subtipos, el contrato de arrendamiento de servicios celebrado con la Administración pública y el contrato administrativo.

En primer lugar, respecto al 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 servicios¹⁵¹, es decir, el contratante asume prestar de una manera correcta el servicio, ha de encargarse de organizarlo y de poner los medios personales y materiales para cumplir con la obligación convenida, asumiendo el riesgo de que estos le fallen, sin que pueda inmiscuirse en esos terrenos el arrendador, en este caso es la Administración pública, ya que de hacerlo, la Administración está aportando el elemento que transforma el arrendamiento de servicios no laboral, en un contrato de trabajo, como sucede en el caso de que se decida respecto al horario, al número de usuarios y se aporten los medios materiales¹⁵².

En segundo lugar, respecto a los contratos administrativos, la legislación siempre ha permitido y permite la existencia de los que tengan por objeto la prestación de servicios personales. La jurisprudencia lo admite e indica que, en todo caso, han de tener una razón justificativa; lo que no cabe es que, bajo su manto, se realicen actividades personales en régimen de estricta dependencia y demás elementos configuradores del contrato de trabajo, pues la propia Ley impone que las adjudicatarias de estos contratos administrativos, sean personas físicas o jurídicas, que deben acreditar solvencia económica, financiera y técnica o profesional, lo que hace ver que el legislador está pensando en una organización empresarial con capacidad para asumir el objeto del contrato y no en un trabajador que viene a insertarse en el círculo rector y disciplinario de una Administración pública empleadora¹⁵³.

¹⁵⁰ STSJ País Vasco 25 febrero 2014 (rec. 367/2013).

¹⁵¹ STSJ País Vasco 15 de marzo 2016 (rec. 323/2016).

¹⁵² STSJ País Vasco 13 diciembre 2016 (rec. 2164/2016).

¹⁵³ STSJ País Vasco 10 enero 2017 (rec. 2417/2016).

Son claros indicios de relación laboral con la Administración pública: prestar a diario los servicios físicamente en las instalaciones de la misma, realizando el mismo horario que el resto de trabajadores del centro directamente contratados por la Administración, sin constar acreditada una organización independiente y con los medios personales de la AP consistentes en supervisar las labores encomendadas¹⁵⁴, pese a que la forma de la contratación ha sido la de diferentes contratos administrativos» y la inexistencia de control horario¹⁵⁵.

Dentro de esta esfera laboral encontramos la mayor parte de los contratos fraudulentos en la Administración local, con actividades tan variopintas como proyeccionistas en la sala de cine¹⁵⁶, profesores de yoga¹⁵⁷, servicios de guardería¹⁵⁸, actividades de restauración^{159, 160}, abogados¹⁶¹, asesores del primer teniente de alcalde¹⁶², y asesores en materia de urbanismo¹⁶³.

Por el contrario, si la Administración pública, concierta la prestación de un determinado servicio, pero no se inmiscuye en el modo en que va a hacerlo quien se obliga a prestarlo, la relación no es laboral, como sucede en la prestación del servicio de notificación y buzono municipal, adjudicado a través de

¹⁵⁴ STSJ País Vasco 10 julio 2018 (rec.1285/2018).

¹⁵⁵ STSJ País Vasco 29 de enero 2019 (rec. 46/2019).

¹⁵⁶ STSJ País Vasco 4 junio 2019 (rec. 829/2019). Prestaban servicios bajo la cobertura formal de cinco contratos administrativos menores. Se argumenta que el hecho de decidir la forma técnica en que realizaba la labor como proyeccionistas no hace desaparecer la nota de la dependencia. Lo que se considera determinante es que los recurrentes cumplían el horario de trabajo efectivo que les indicaba la casa de cultura municipal, trabajaban dentro de sus dependencias, con prestación de servicios casi todos los días del año en la hora fijada. Esta disponibilidad, del día y de la hora que fija el Ayuntamiento, resulta incompatible con una auto-organización independiente.

¹⁵⁷ STSJ País Vasco 29 noviembre 2016 (rec. 2229/2016). Desarrollaba sus tareas, bajo la cobertura formal de cuatro contratos de arrendamiento de servicios.

¹⁵⁸ STSJ País Vasco 16 septiembre 2003 (rec. 1056/2003). Trabajaban bajo la cobertura formal de contratos administrativos con el Ayuntamiento, durante más de una década. Se considera que había una clara vinculación del Ayuntamiento respecto a las tres trabajadoras, que carecían libertad a la hora de fijar de precios, número de niños, sistema o períodos, venían realizando sus labores sin que pudiera determinarse o perfilarse una organización o estructura empresarial, o una identificación que pueda implicar la contratación con un sujeto alternativo a la Administración municipal.

¹⁵⁹ STSJ País Vasco de 2 julio 2019 (rec. 999/2019). Desempeñaba sus funciones, bajo la cobertura formal de cuatro contratos administrativos con el Ayuntamiento.

¹⁶⁰ STSJ País Vasco 14 mayo 2019 (rec. 759/2019).

¹⁶¹ STSJ País Vasco 1 de junio 2010 (rec. 871/2010). Prestaba servicios sin ningún tipo de contrato escrito desde 2006.

¹⁶² STSJ País Vasco 23 mayo 2017 (rec. 960/2017). Los períodos de prestación continuada servicios personales fueron bajo la cobertura formal de nombramientos como personal eventual, efectuados por decretos de Alcaldía, aunque realmente se prestaron servicios de director del gabinete de prensa y protocolo del Ayuntamiento, tratándose de un puesto que figura en la relación de puestos de trabajo. A pesar de que el EBEP limita las funciones del personal eventual a realizar solo las expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, tal previsión realmente no se cumplió.

¹⁶³ SSTSJ País Vasco 9 marzo 2010 (rec.3279/2009), 21 febrero 2012 (rec. 222/2012) 26 de mayo 2015 (rec. 876/2015), 15 de marzo 2016 (rec. 323/2006) y 10 enero 2017 (rec. 2417/2016). Todos los supuestos, prestaban servicios bajo la figura formal del contrato de arrendamiento de servicios.

un concurso sujeto a los pliegos de condiciones jurídicas y económico-administrativas, ya que se trata de una actividad concedida a través de un mecanismo válido, a quien queda sujeto en su actuación a las condiciones establecidas en los pliegos administrativos pero con capacidad para organizar el propio trabajo, por ello que no concurren las notas de ajenidad ni dependencia¹⁶⁴.

XVII. ACTIVIDADES DE ALTERNE Y SIMILARES

En el supuesto planteado hay que diferenciar entre la actividad de prostitución y la de alterne, la prostitución es de imposible inclusión en el mundo laboral puesto que constituye un objeto ilícito, lo que determinaría la ineficacia o nulidad del contrato. El comercio sexual no puede ser objeto lícito del contrato de trabajo, la capacidad de decidir y la libertad sexual están por encima de la pretendida dirección y organización empresarial.

Sin embargo, la actividad de alterne recogiendo la doctrina de las SSTSJ País Vasco 13 noviembre 2001¹⁶⁵, 23 noviembre 2004¹⁶⁶ y 5 de mayo 2015¹⁶⁷ consiste en el acto de incitar al consumo de bebidas en un establecimiento, que se realiza por cuenta de los titulares del establecimiento empresarial, normalmente a cambio de una retribución que suele ser la participación en el importe de las consumiciones efectuadas por el cliente.

Las actuaciones judiciales en materia de alterne suelen derivar de las previas de la Inspección de Trabajo¹⁶⁸, y es una cuestión no controvertida abogar por la relación laboral siempre y cuando concurren las notas del art 1 ET, desde los primeros pronunciamientos del tribunal vasco¹⁶⁹.

En algún pronunciamiento aislado, el TSJ vasco ha introducido matices dudosos, respecto a la frontera entre alterne y servicios sexuales, considerado que existe una verdadera prestación de servicios laboral, consistente en la realización de la actividad de alterne, con independencia de las distintas variantes teóricas de conformación del servicio consistentes en *bebidas, sexo y otros*. Señala que la constatación de esa efectiva prestación de servicios por las personas indicadas se suma el denominado por la instancia acuerdo de voluntades para con el objeto de la captación y entretenimiento, con inducción al consumo

¹⁶⁴ STSJ País Vasco 1 diciembre 2015 (rec. 2118/2015).

¹⁶⁵ STSJ País Vasco 13 noviembre 2001 (rec. 2057/2001).

¹⁶⁶ STSJ País Vasco 23 noviembre 2004 (rec. 1449/2004).

¹⁶⁷ STSJ País Vasco 5 mayo 2015 (rec. 689/2015).

¹⁶⁸ SSTSJ País Vasco 24 mayo 2011 (rec. 1156/2011), 11 junio 2014 (rec. 863/2013).

¹⁶⁹ STSJ País Vasco 7 de abril 1998 (ST núm. 1332/1998).

que denomina *animadoras o alternadoras*, que se efectúa de forma directa y personal, en servicios generalmente voluntarios excluyendo *la prostitución obligada y desdeñable*¹⁷⁰.

En definitiva, lo determinante es la existencia de la contraprestación económica consistente en la parte del precio de la consumición cobrada al cliente, que pretende ser la remuneración recíproca que la labor conlleva en beneficio del establecimiento, en la incitación al consumo, que se convierte en una prestación personal de servicio realizada de forma voluntaria, remunerada por cuenta de la empresarial y dentro de su ámbito de organización, que detallaremos, en rasgos propios del contrato de trabajo y los términos del Estatuto de los Trabajadores.

XVIII. VARIA

18.1 Empleados de fincas urbanas y comunidades de propietarios

En esta materia se ha declarado que concurre una situación de prestación laboral que debe encuadrarse dentro del art. 1.1 ET, a pesar de que la valoración de la vivienda pueda superar en más del 30% el salario en especie¹⁷¹, y aunque se produzcan sustituciones, pues el TSJ vasco considera que la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo de empleados de fincas, una ausencia del carácter personal de la prestación, pues esta sustitución ocasional también beneficia al empresario como lo muestra que es usual que al empleado lo que acompañe algún familiar en algún trabajo para agilizar su tarea. En definitiva, la continuidad en el servicio prima sobre la prestación personal y constante del trabajo¹⁷².

18.2 Montaje, mantenimiento y asistencia técnica

Los servicios prestados por el instalador son propios de un contrato de trabajo al concurrir los requisitos de dependencia y ajenidad, no es quien organiza el servicio, sino que lo realiza según las órdenes e instrucciones de la empresa, aportando la empresa los elementos de medición o instalación técni-

¹⁷⁰ STSJ País Vasco 31 enero 2017 (rec. 78/2017).

¹⁷¹ STSJ País Vasco 26 septiembre 2006 (rec. 13398/06).

¹⁷² STSJ País Vasco 2 octubre 2003 (rec. 1618/2003).

ca más específicos, estando obligado a acudir todos los días a recoger las órdenes de trabajo e, incluso, a estar disponible en fines de semana y festivos para las urgencias que pudieran darse, teniendo que solicitar con antelación las vacaciones y los permisos, precisando autorización para su disfrute y percibiendo un precio por sus servicios que él no fija¹⁷³.

Por el contrario, se excluye que la asistencia técnica prestada con contrato verbal para la conocida marca GAES reúna las notas del contrato de trabajo, ya que no existe exclusividad (se trabajó para otra mercantil facturado una cantidad parecida a la de la empresa demandada) ni horario ni instrucciones, ni fichas, constando asimismo informes negativos de la Inspección de Trabajo y asimismo las herramientas y disposición del material eran propias¹⁷⁴.

¹⁷³ STSJ País Vasco 29 septiembre 2015 (rec. 1534/2015).

¹⁷⁴ STSJ País Vasco 4 mayo 2010 (rec.570/2010).

CAPÍTULO XXV

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE VALENCIA

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

Profesor Titular de Universidad.

Departamento de Ciencia Jurídica. Universidad Miguel Hernández

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MARTÍNEZ

Profesor Asociado (Contratado Doctor acreditado)

Universidad de Alicante, EURLE

SUMARIO: *Introducción.*—I. *Socios, administradores, directores.* a) Administrador: su deslinde de situaciones de laboralidad. b) Sobre la dualidad: socio y trabajador por cuenta ajena. c) Protección por desempleo de socios trabajadores de sociedades laborales.—II. *Relaciones con causa formativa.*—III. *Profesiones liberales: arquitectos.* a) Presunción de laboralidad de la actividad en ayuntamiento. b) Peritos tasadores que prestan servicios a través de una empresa superpuesta. c) Contrato formalmente administrativo de naturaleza laboral. d) Relación laboral o arrendamiento de servicios.—IV. *Personal docente.* a) Deslinde contratación laboral de contratación administrativa. b) La realización de prácticas de formación externas universitarias en empresas. c) Profesores de Religión. d) Profesores de música que desempeñan su actividad en varios centros de enseñanza.—V. *Profesionales de la comunicación: periodistas.*—VI. *Comerciales, agentes, vendedores.* a) Comerciales. b) Agentes de seguros.—VII. *Distribuidores, repartidores y transportistas.*— 8. Servicios prestados a la Administración. a) Contrato administrativo y contrato la-

b) Relación laboral y cesión ilegal de trabajadores. c) Presunción de laboralidad. d) Duración de la relación laboral.–IX. *Actividades de alterne y similares.*

INTRODUCCIÓN

Nuestro objetivo principal de análisis son las sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana, correspondiente al periodo de tiempo comprendido desde el año 2000 hasta la actualidad, analizando las resoluciones más importantes de este periodo, seleccionando alrededor de cuarenta sentencias, si bien las dictadas en nuestro tema de estudio alcanzan las doscientas. Pretendemos facilitar la comprensión de la labor de estos tribunales en el periodo acotado, reseñando aquellas resoluciones que nos han parecido más significativas. Y las estudiamos, no por su orden de aparición u orden cronológico, sino por su relevancia.

La mayoría de ellas se originan en acciones declarativas interpuestas por trabajadores no conformes con la calificación otorgada a su prestación de servicios, aunque también, con menos frecuencia, la vía de acceso a la jurisdicción utilizada es la del proceso de oficio.

Podemos observar que, en estas sentencias sobre las fronteras del contrato de trabajo, se retornan supuestos litigiosos ya resueltos con anterioridad, destacando tanto el análisis de los indicios de laboralidad (más concretamente las notas de ajenidad y de dependencia) que caracterizan el contrato de trabajo, como el hecho de que las mismas no se basan en grandes doctrinas, sino sobre los relatos de los hechos de las mismas.

I. SOCIOS, ADMINISTRADORES, DIRECTORES

a) **Administrador: su deslinde de situaciones de laboralidad**

Para determinar si existe o no relación laboral, en el caso de los administradores sociales, lo esencial es comprobar si el trabajador tiene o no el control directo o indirecto de la sociedad. Para ello, se suele comprobar el porcentaje, así, en el caso de una trabajadora, partícipe del 33% del capital social y socia fundadora, que ha prestado servicios para una mercantil, ostentando y ejerciendo el cargo de administradora solidaria, no existe relación laboral cuando no se da la nota de dependencia y ajenidad típicas del contrato de trabajo y ello aun reconociendo que junto con las funciones de dirección, representación y

gerencia la misma realice tareas en la tienda que comprenda la atención a los clientes, la recepción de pedidos, etc. De manera que no es la función y la forma de desarrollarla, sino el porcentaje del capital social¹. Pero además, es importante para descartar su condición de laboralidad que el trabajador sea realmente socio, no una mera apariencia, pues si es trabajador de la empresa que ha constituido una mercantil incluso como socio mayoritario y administrador único, si eso es una mera apariencia jurídica en provecho de los reales dueños y administradores de las sociedades, a quienes aquel posteriormente transmite parte de dichas participaciones, con objeto de disfrazar la realidad jurídica y empresarial, no deja de ser un mero trabajador, todo lo cualificado que se quiera, pero sin poder decisorio real, siendo un indicio significativo que ni tan siquiera tenga llaves de las instalaciones de la empresa². Tampoco existe relación laboral, sino que es un mero contrato de obra, la contratación de un trabajador por el administrador con actividad diferente que realice unas obras de albañilería, sin que reúna las notas de ajenidad y dependencia propias de toda relación laboral³.

b) **Sobre la dualidad: socio y trabajador por cuenta ajena**

No existe ningún impedimento legal para excluir del ámbito del contrato de trabajo –la exclusión, conforme el artículo 1.3.c) ET (que debe ser objeto de interpretación restrictiva), únicamente hace referencia a «la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembros de los órganos de administración... siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo– a aquellos miembros de la administración societaria que, no teniendo la mayoría del capital social, realicen actividad de carácter laboral común, por lo que, en principio, cabe admitir la posibilidad de coexistencia o ejercicio simultáneo del cargo societario con la actividad derivada de una relación laboral ordinaria, y ello, porque la inclusión o exclusión del trabajador socio-gestor de una sociedad, dotada de personalidad jurídica, de la esfera laboral, depende de la verdadera naturaleza del vínculo y de la posición y actividad que, concretamente, realice la persona en el seno de la sociedad⁴.

¹ STSJ Comunidad Valenciana 9 enero 2007 (rec. 3679/2006).

² ECLI:ES:TSJCV:2017:8021.

³ ECLI:ES:TSJCV:2012:3907.

⁴ STSJ Comunidad Valenciana 11 julio 2006 (rec. 441/2006).

c) **Protección por desempleo de socios trabajadores de sociedades laborales**

Según el vigente art. 21 de la Ley 4/97 de 24 de marzo de Sociedades Laborales y pese a asimilar a los socios trabajadores de estas sociedades a los trabajadores por cuenta ajena a efectos de su inclusión en el Régimen de la Seguridad Social correspondiente, los excluye de la protección del desempleo y del F.G.S. en los siguientes supuestos: a) cuando por su condición de administradores sociales realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad siendo retribuidos por el desempeño de tal cargo, estén o no vinculados simultáneamente a la sociedad por una relación laboral común o especial; y b) cuando por tal condición realicen funciones de dirección y gerencia y simultáneamente y estén vinculados a la sociedad mediante una relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. Sin embargo, en el caso de un administrador solidario de una mercantil, que ostente el 15% del capital social, y no constando que, al margen de la administración realice otra función en la sociedad. Es decir, cuando no se es un simple trabajador de la misma, ni siquiera es tan solo un socio trabajador que forme parte del órgano de administración social, sino que en el caso en el que resulta de aplicación el art. 21.2 de la Ley 4/97 de 24-3 en el extremo relativo a los administradores sociales que realicen funciones de dirección y gerencia, mediando retribución por el desempeño de tal cargo, estén o no vinculados simultáneamente a la sociedad por una relación laboral común o especial, supuesto de hecho para el que se excluye la protección por desempleo y por el FGS⁵.

II. RELACIONES CON CAUSA FORMATIVA

Nos proponemos comentar ahora cuatro sentencias relativas a la delimitación entre el contrato de trabajo y la relación de becario de formación en una empresa o entidad empleadora.

Tras visita de la Inspección de Trabajo a una empresa dedicada a la construcción de aparatos de distribución y control eléctrico, se observa que hay diversos titulados universitarios, que prestan sus servicios amparados por becas postgrado de hasta dos años obtenidas a través de una Fundación promovida por antiguos alumnos de la Politécnica (Fundación Politécnica de la Comunidad Valenciana, FCPV): muchos de ellos han realizado en la misma prácticas

⁵ STSJ Comunidad Valenciana 16 septiembre 2003 (rec. 2024/2003).

curriculares y, en un elevado porcentaje, son contratados posteriormente. Su actividad se realiza en condiciones similares al resto de empleados, si bien con cierta laxitud en horario y con comedor gratuito. Obtienen de contraprestación aproximadamente la mitad de lo que constituye el salario de un empleado que realiza similar actividad. La demanda es planteada por los becarios contra la empresa.

La sentencia de instancia determina que la finalidad fundamental del vínculo no ha sido la de contribuir a la formación del becario, sino la de obtener un trabajo necesario para la actividad empresarial, pues estos han asumido tareas propias de una relación laboral, para lo que se fundamenta en el carácter personalísimo de tal relación, la asistencia regular de los mismos en horario laboral, remuneración en período vacacional, la facilitación de los medios de trabajo e integración en el ámbito organizativo de la empresa, la realización de cursos de formación en igualdad con los empleados y la absorción de los resultados de su trabajo al patrimonio de la empresa. Y contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, se interpone recurso de suplicación en nombre de la entidad mercantil Schneider Electric España, SA.

En estos casos y de acuerdo con la doctrina reiterada y constante del Tribunal Supremo, la sentencia del TSJ que nos ocupa, en referencia a la diferencia entre beca y contrato en prácticas⁶, declara la naturaleza laboral de la relación y alega, claramente, que la existencia del denominado contrato en prácticas, puede ayudarnos a distinguir entre lo que es una verdadera prestación de servicios que conlleva aparejada una formación y lo que constituye una beca, cuya finalidad está orientada, de forma esencial y no parcial, a posibilitar el estudio y la formación del becario, de manera que el producto de su trabajo no se incorpora al patrimonio de la empresa, tal y como ya se ha dicho constituye doctrina reiterada y constante del Tribunal Supremo (si bien la misma no es muy numerosa, la diferencia entre ambas figuras se centra en determinar si las tareas que se encomiendan integran o no los contenidos de una categoría profesional y si, en consecuencia, la empresa se apropia de los resultados y obtiene un provecho propio o, por el contrario, la finalidad perseguida con la beca es la ayuda a la formación).

La sentencia remite a la doctrina jurisprudencial en la delimitación que efectúa entre prestación de trabajo laboral y la beca. En este sentido, la STS de 22 de noviembre del 2005 (rec.4752/2004) señala que: *“Las labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así y las tareas que se le ordena realizar integran los cometidos propios*

⁶ STSJ Comunidad Valenciana 2709/2014 26 noviembre 2014 (rec. 1505/2014).

de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral. Ciertamente que el hecho de que en ambos casos se realice un trabajo y se perciba una retribución puede hacer difícil la distinción en supuestos límite. Disfrazar una relación laboral con el ropaje de una beca constituye una actuación en fraude de ley que lleva como consecuencia la nulidad del acto constitutivo del fraude y la producción de efectos del acto que se trata de encubrir”.

En otra Sentencia⁷, el Tribunal concreta, además, que a efectos de determinar la naturaleza de la relación existente entre las partes, lo decisivo no es la calificación que haya podido realizar la Administración en la convocatoria de la beca, sino la realidad de la prestación de servicios que ha tenido lugar amparada en esa convocatoria y esa prestación presenta, como se ha visto, los caracteres propios de la relación laboral. Y añade que para que tales actividades pudieran ser propias de una beca y no de una relación laboral, las mismas tendrían que haberse realizado en unos términos que pudieran conciliarse con la finalidad fundamental de “potenciar la formación de personal cualificado”.

Por otro lado, en otra STSJ CV⁸, la sentencia de la instancia, que declara la existencia de relación laboral entre la entidad bancaria demandada (Banco Santander Central Hispano) y los becarios codemandantes que se relacionan en la demanda planteada de oficio por la Inspección de Trabajo, es impugnada por dicha entidad. Los hechos descritos en la sentencia de instancia confirman que estamos no ante becas, sino ante verdaderos contratos formativos por varios motivos: solo recibieron formación teórica durante escasos días, pero normalmente realizaban actividades de cajeros; su prestación de servicios, se producía en verano y en todas las oficinas faltaba uno o más trabajadores que estaban de vacaciones estivales; los servicios se prestaban de lunes a viernes y de 8 a 15 horas, esto es, en el horario y jornada propias de las oficinas bancarias y realizando las tareas normales de cualquier empleado de banca (operaciones de caja, atención de clientes, funciones de administrativo, archivo de documentos, etc.); la remuneración total de la beca era de 1.080 euros por los tres meses de duración de la beca, que se cobraban a razón de 360 euros al mes y la norma era la realización por dichas personas de tareas que suponían una verdadera prestación de servicios laboral, en similares condiciones que otros trabajadores de la entidad bancaria.

Se observan dos aspectos entrelazados: uno es la valoración en concreto de la finalidad de la beca en los casos litigiosos enjuiciados y el otro la apre-

⁷ STSJ Comunidad Valenciana 207/2012 de 24 enero (rec. 1911/2011).

⁸ STSJ Comunidad Valenciana 1943/2007 de 23 mayo (rec. 3069/2006).

ciación también en concreto de las funciones o “tareas” desempeñadas por el becario en la organización de trabajo de la entidad o institución benefactora.

Como se encarga de recordar otra sentencia⁹, no hay que confundir el hecho de que una persona realice una actividad formativa durante la vigencia de su relación como becaria, con que la demandante realice funciones propias del puesto de trabajadora social, sin dependencia de personal adscrito en régimen laboral o funcionarial, a la dirección general de la mujer de Alicante y, por lo tanto, sin recibir ningún tipo de formación, incorporando la Consellería de Bienestar Social el trabajo de la demandante a su actividad productiva, a cambio de una retribución inferior a la que establece el convenio colectivo aplicable para la categoría profesional correspondiente a los trabajadores sociales, siendo apreciables, por tanto, en la relación mantenida entre las partes las notas de onerosidad y voluntariedad que caracterizan al contrato de trabajo, sin que obste a la apreciación de dichas notas el que la Administración autonómica haya eludido la suscripción formal del correspondiente contrato de trabajo con la actora.

Se trata de deslindar la relación de becario de la relación laboral, partiendo de ciertos parámetros definidores de una y otra figura en términos generales, configurándose como elemento esencial y constitutivo de la condición de becario la realización de una actividad formativa para el mismo que esté en función de su titulación y que se configure como propia del Centro donde se imparte o desarrolla, formación que implica un coste económico que se sufraga por las instituciones correspondientes convocantes de la beca.

III. PROFESIONES LIBERALES: ARQUITECTOS

a) **Presunción de laboralidad de la actividad en ayuntamiento**

En el caso de la prestación de servicios de arquitecto a favor del Ayuntamiento presenta rasgos que solo son concebibles en el trabajo dependiente, dado que el actor acudía al Ayuntamiento, realizando sus funciones en las dependencias municipales y utilizaba el material fungible y de papelería y los medios de oficina ubicados en el edificio del Ayuntamiento (teléfono, ordenador y fax...), tres o cuatro días a la semana, con una atención al público determinada por las exigencias del servicio, siendo flexible su horario en el resto de actividades; que tales actividades han sido las relativas a la redacción de pro-

⁹ STSJ Comunidad Valenciana 6815/2001 de 11 diciembre (rec. 2389/1999).

yectos y memorias valoradas, dirección de obras, emisión de informes técnicos en expedientes de licencias de obras mayores, atención al público respondiendo a consultas, sobre todo en materia de planeamiento y normativa urbanística, asesoramiento y emisión de informes que le fueran requeridos por el Ayuntamiento dentro de su competencia como Arquitecto Superior. Por último, el arquitecto ha percibido por su actividad, que en los últimos meses era estrictamente sustitutiva de la del Arquitecto Municipal, que se hallaba imposibilitado para trabajar, determinadas cantidades en importe mensual o bimensual, emitiendo facturas de liquidación de honorarios por los trabajos realizados por importe de 3.540 euros mensuales, que con la retención del 15% quedan en 3.090 euros al mes. Aplicando la doctrina emanada de la Sentencia del TS de 23.11.2009, aparece determinada entre las partes una relación, consistente en una prestación de servicios independientemente de su resultado final. Debe, por tanto, estarse a la jurisprudencia unificada que, como recuerda la STS/IV 17-junio-2009 (recurso 3338/2007) “para distinguir entre los contratos administrativos y los laborales, la Sala del TSJ Comunidad Valenciana en una sentencia de Sala General de 2-2-1998 (rec.575/1997), después de reconocer la dificultad en la delimitación de los ámbitos administrativo y laboral en esta materia, estableció que en la normativa administrativa lo que estaba previendo era la contratación con carácter administrativo para la posibilidad de llevar a cabo un trabajo de tipo excepcional, pues su objeto no es una prestación de trabajo como tal, sino un trabajo específico, es decir un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final. Teniendo en cuenta la presunción de laboralidad del art. 8.1 ET, debe concluirse que se dan en el concreto supuesto de hecho las notas características de la relación laboral de ajenidad y dependencia¹⁰.

b) **Peritos tasadores que prestan servicios a través de una empresa superpuesta**

Las circunstancias que concurren en la prestación de servicios de los tasadores con titulación de arquitectos o arquitectos técnicos codemandados para una empresa, denotan por sí solas y sin necesidad de argumentación alguna, la concurrencia de las notas características de la *relación laboral*, como son la remuneración, la *dependencia* y la *ajenidad* y así es de destacar que, si la empresa retribuye a los tasadores conforme a las tarifas fijadas unilateral-

¹⁰ STSJ Comunidad Valenciana 3 julio 2013 (rec. 1208/2013).

mente por ella y que son inferiores a las que la empresa percibía de otra, por los informes que realizaban los tasadores codemandados, cuya *dependencia* de la mercantil demandada obligaba a los mismos a acudir diariamente a la oficina de la empresa para recibir los encargos periciales asignados por aquella y que no podían rechazar, debiendo realizarlos en los breves plazos señalados también por la empresa y conforme a las instrucciones y supervisión acordadas por la meritada mercantil y constatándose también la nota de *ajenidad*, en la medida en que la empresa es la titular de las instalaciones en las que los tasadores realizaban su trabajo, así como la que ponía a disposición de aquellos los ordenadores y los programas utilizados para la elaboración de sus informes, siendo en definitiva la empresa en cuestión la que hacía suyos los frutos del trabajo de los tasadores codemandados, al percibir las tarifas que, en teoría, devengaban aquellos por el arrendamiento de sus servicios a otra empresa, todo lo cual lleva a afirmar la *existencia de relación laboral* entre los peritos tasadores y la empresa, tal y como ha apreciado la razonada sentencia de instancia cuya confirmación procede, previa desestimación íntegra del recurso interpuesto contra ella, sin que se aprecie ninguna de las infracciones jurídicas denunciadas, sino antes bien la correcta aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expuesta ¹¹.

c) **Contrato formalmente administrativo de naturaleza laboral**

En el caso de una contratación formalmente administrativa pero de naturaleza laboral, concurren, a juicio de la Sala, las notas que configuran la relación laboral -artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores-, pues el demandante desarrolla una verdadera prestación de servicios, recibiendo órdenes relativas a su trabajo de la entidad contratante, consistente en la actividad propia de arquitecto municipal que se desarrolla de forma constante y habitual en la Oficina Técnica del Ayuntamiento, que le proveía de todos los medios necesarios para su realización; trabajos que llevaba a cabo el demandante, acudiendo tres días a la semana (martes, jueves y viernes), de 8 a 15 horas a la referida Oficina Técnica, percibiendo una retribución fija mensual y sin que en el desarrollo o a la finalización de los distintos contratos se haya efectuado una evaluación de objetivos cumplidos o del trabajo realizado en relación con la obra o servicio objeto de los mismos. Por todo ello, siendo laboral la relación existente entre las partes, el orden social es el competente para conocer de la demanda

¹¹ STSJ Comunidad Valenciana 29 mayo 2007 (rec. 3273/2006).

que dio origen a las presentes actuaciones, conforme se desprende de lo establecido en los arts. 1 y 2.a) de la LPL y en el art. 9.5 de la Ley Orgánica Poder Judicial, teniendo que añadir tan solo que el incumplimiento por parte de la Administración municipal de las normas sobre clasificación de los puestos de trabajo establecida en la Ley de la Función Pública Valenciana en ningún caso puede impedir la apreciación del contrato de trabajo existente entre el Ayuntamiento de Requena y el codemandado, puesto que dicho incumplimiento ni es imputable a este último ni puede beneficiar a la Corporación local que lo ha propiciado¹².

d) **Relación laboral o arrendamiento de servicios**

En el caso de aparejador que fue objeto de un previo despido por causas objetivas, ve reconocida la *existencia de relación laboral*, formalmente amparada por contratos de arrendamiento de servicios sucesivos. Y es que, al arbitrar la relación interpartes como de arrendamiento de servicios, la empresa se comprometió a abonar al actor el importe del seguro de responsabilidad civil, obligación que aparecía en cada contrato que se suscribía y sin que conste que la empresa pagara la cuota del ejercicio 2009, lo que tampoco significaría un reconocimiento vinculante. El que haya sido declarada laboral la relación existente no significa que la obligación que se pactaba anualmente se transforme de tal manera que implique la obligación de abonar cuotas durante el periodo de diez años de responsabilidad que contempla la Ley por Edificación. Extinguida la relación laboral por despido, carece de base, salvo pacto expreso que así lo disponga, que la que fue empleadora del trabajador siga obligada al abono de las cuotas más allá de la propia relación laboral. No se puede pretender una obligación de futuro con independencia de la duración de la relación laboral. No hay incumplimiento del art. 4.2 del ET, ya que la empresa durante el tiempo que duró la relación laboral le abonó el salario pactado y le resarcó los gastos que tenía como consecuencia de su actividad profesional. Las cláusulas de los sucesivos contratos no eran oscuras, pues era clara el alcance y la vigencia temporal de la obligación en cuestión, ceñida a la vigencia del contrato, y si tomamos la perspectiva de una única relación laboral, con el fin de la misma se agotan las obligaciones y derechos de ambas partes, obligaciones que han estado vigentes durante la relación laboral¹³.

¹² STSJ Comunidad Valenciana 13 octubre 2009 (rec. 3876/2008).

¹³ STSJ Comunidad Valenciana 17 abril 2012 (rec. 2781/2011).

IV. PERSONAL DOCENTE

a) **Deslinde contratación laboral de contratación administrativa**

En el caso de que se realicen sucesivos nombramientos administrativos como funcionarios interinos, que en todo momento son funcionarios, lo que es clara competencia del orden contencioso administrativo, si se planteara la declaración de existencia de relación laboral y esta solicitud pudiera ser atribuible en principio al orden social, lo que está en la raíz del litigio emprendido es la impugnación de los nombramientos de los demandantes como funcionarios interinos, en la medida que se constata que toda la prestación de servicios de la parte actora lo ha sido en virtud de sucesivos nombramientos como funcionarios interinos. Pese a ello, si se tratara de que todo ese periodo de servicios se califique como laboral, debe distinguirse en este sentido de otros supuestos, en los que el trabajador había encadenado diversos contratos temporales laborales a los que habrían precedido otros como funcionario interino, decidiéndose la existencia de relación laboral por el carácter fraudulento de dicha contratación. Por contra, en el presente caso se trata de una relación funcional, cuya validez se cuestiona, y en este caso concreto el orden social carece de competencia para el conocimiento de una pretensión de dicha naturaleza, que competiría conocer al orden jurisdiccional contencioso administrativo, de acuerdo con el artículo 9.4 de la LOPJ¹⁴.

b) **La realización de prácticas de formación externas universitarias en empresas**

En estos supuestos de prácticas externas de estudiantes en empresas, lo fundamental es comprobar el contenido de la actividad que realiza el estudiante. Concretamente, si el objetivo es la formación del estudiante o se trata de una relación laboral. Así, si los estudiantes solo recibieron formación teórica durante escasos días, y si normalmente realizaban actividades de cajeros, si la prestación de servicios se producía en verano y que, en todas las oficinas visitadas por la Inspección de Trabajo, faltaba uno o más trabajadores que estaban de vacaciones estivales. Asimismo, los servicios se prestaban de lunes a viernes y de 8 a 15 horas, esto es, en el horario y jornada propios de las oficinas bancarias y realizando las tareas normales de cualquier empleado de banca:

¹⁴ STSJ Comunidad Valenciana 16 abril 2019 (rec. 1855/2018).

normalmente operaciones de caja, pero también atención de clientes, funciones de administrativo, archivo de documentos, etc. En casi todos los supuestos, la remuneración total de la beca era de 1.080 euros por los tres meses de duración de la beca, que se cobraban a razón de 360 euros al mes, y la norma era la realización por dichas personas de tareas, que suponían una verdadera prestación laboral de servicios, en similares condiciones que otros trabajadores de la entidad bancaria. Además, la situación en la que fueron hallados todos y cada uno de los becarios a la hora de visita de inspección, uno de ellos solo en la entidad, y el resto realizando funciones en solitario y solo excepcionalmente en compañía de otro trabajador de la empresa. En consecuencia, en la *relación* mantenida con la entidad bancaria, aparecen las notas de *dependencia* y *ajenidad* propias de toda *relación laboral*, en cuanto lo primordial en ella no fue reforzar la formación de los mismos, sino incorporar a la empresa los frutos del trabajo desempeñado por aquellos, contrariamente a las normas básicas estipuladas en el Convenio Marco de Cooperación educativa suscrito entre la Universidad y la Empresa ¹⁵.

c) Profesores de Religión

En el caso de profesores de Religión y Moral católicos que prestan servicios de forma ininterrumpida en Centros Públicos dependientes de la Consejería de Educación y Ciencia de la Generalitat Valenciana y que se constatan que fueron propuestos por el ordinario diocesano y nombrados por la autoridad académica para impartir la clase de religión en los centros reseñados. Como notas de laboralidad, en el desempeño de sus funciones, los actores están sometidos a los criterios de la Dirección de sus respectivos centros en materia de horario, actividades extraescolares, reuniones con padres de alumnos, claustro de profesores y régimen disciplinario de centro e imparten las clases en análogas condiciones que el resto de los profesores de otras disciplinas. Asimismo, los emolumentos que perciben son concertados cada año entre la Administración del Estado y la Conferencia Episcopal, estando incluida dicha partida en los presupuestos Generales del Estado; al efecto, la Administración remite al Episcopado los fondos y este abona el salario a los demandantes, lo que evidencia una clara relación laboral ¹⁶.

¹⁵ STSJ Comunidad Valenciana 23 mayo 2007 (rec. 3069/2006).

¹⁶ STSJ Comunidad Valenciana 7 noviembre 2001 (rec. 1238/1999).

d) **Profesores de música que desempeñan su actividad en varios centros de enseñanza**

En el caso de actividad de enseñanzas musicales, con sometimiento a un horario fijo, determinado en atención del alumnado, que se lleva a cabo en los locales de la entidad y con sus medios y aunque la retribución percibida pueda resultar variable, estaba directamente relacionada con la prestación, por trabajos o por tiempo de servicios prestados, si los criterios de organización del trabajo no son de los trabajadores, sino de la asociación, la relación es de naturaleza laboral, sin que a ello se oponga la prestación de servicios para varios empleadores¹⁷.

V. PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN: PERIODISTAS

Las actrices desempeñaban las funciones de corresponsal de la Agencia Efe en la provincia de Castellón. En el desempeño de su actividad debían seguir las indicaciones e instrucciones de trabajo que la Agencia Efe les hacía -vía mail, fax, SMS o teléfono diariamente- sobre las noticias, eventos a seguir y ruedas de prensa, así como las entrevistas a desarrollar, redactando las noticias conforme a las pautas de estilo propias de la demandada, no constando que las actrices pudieran rechazar la realización de alguna cobertura y cobrando por ello una retribución mensual que puede calificarse como prácticamente fija, durante todo el año, con independencia del mayor o menor trabajo realizado. Es cierto que no existía un horario fijo, pero ello se debía tanto a tener que desarrollar su actividad en lugares y locales de terceros (donde estuviesen los entrevistados), como por las disponibilidades que la Agencia Efe tuviera para cubrir las noticias. De ahí que tales extremos no puedan ser considerados relevantes ni decisivos, a efectos de poder calificar la relación existente como laboral. Así se afirma, tanto en los hechos probados de la sentencia como en los fundamentos de derecho segundo y cuarto, en ambos casos con valor fáctico, por lo que ha de concluirse, conforme así se resolvió en la resolución de instancia, que concurren en la relación de las demandantes las notas que caracterizan una relación como laboral, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.1 ET y al hilo de la mencionada doctrina jurisprudencial¹⁸.

¹⁷ STSJ Comunidad Valenciana 26 junio 2007 (rec. 1757/2007).

¹⁸ STSJ Comunidad Valenciana 2 marzo 2010 (rec. 3366/2009).

VI. COMERCIALES, AGENTES, VENDEDORES

a) Comerciales

Una mercantil, cuyo objeto social no es la formación, sino la intermediación en comercio, no está acreditada para impartir formación no reglada (curso de formación en ventas a distancia y telemarketing) a vendedores de telemarketing, por tanto no puede ampararse en un subterfugio de una pretendida “formación” lo que en realidad es una relación laboral: los trabajadores realizan verdaderas funciones comerciales como teleoperadores; los clientes con los que se contacta son reales; se dispone del mobiliario característico de atención telefónica (filas de mesas separadas cada una de ellas por un tablero, de tal manera, que todos los trabajadores atendían el teléfono, sentados en compartimentos separados); prestan sus servicios de teleoperadoras en las instalaciones de la empresa; y han pactado una retribución¹⁹.

Existe relación laboral entre encuestadores y una mercantil cuya actividad principal es realizar estudios de mercado y opinión pública cuando: los medios materiales utilizados por los encuestadores son propiedad de la empresa (ajenidad en los medios de producción); se les asigna la zona en la que tenían que desempeñar sus funciones (dependencia); se les da instrucciones sobre la forma de realizar su trabajo (dependencia); acuden diariamente al centro de trabajo en unas determinadas horas, al inicio y final de la jornada laboral (dependencia); perciben por las encuestas realizadas una retribución fija en función del tiempo trabajado (remuneración por unidad de tiempo) y que evidencia también la ajenidad en los resultados de la actividad profesional, además de percibir también unas primas, teniendo que entregar las encuestas ya realizadas en unos plazos concretos (ajenidad y dependencia); se responsabilizan del resultado del trabajo encargado lo que en realidad evidencia una prestación personal de los servicios contratados, sin que quepa entender que la aplicación de descuentos por encuestas nulas y penalización por no veracidad, desvirtúe la naturaleza salarial de la retribución percibida, por cuanto que su establecimiento no implica necesariamente su efectiva aplicación, ni su licitud²⁰.

Concurren las notas de dependencia y ajenidad si existen nominas, en las que consta que se prestan servicios propios de comercial para una empresa cuya actividad es la promoción inmobiliaria; en sus instalaciones, generando

¹⁹ STSJ Comunidad Valenciana 2676/2017 de 2 noviembre (rec.2509/2016).

²⁰ STSJ Comunidad Valenciana 1223/2010 de 27 abril (rec.492/2010).

la apariencia externa de que se trataba de un trabajador por cuenta ajena; si el trabajador no dispone de infraestructura productiva y material propios, en cuanto trabajador por cuenta propia, necesarios para el ejercicio de una actividad que pueda calificarse como independiente de la del empresario; si no desarrolla su actividad con criterios organizativos propios, estando por el contrario sujeto al ámbito de organización del empresario²¹.

b) Agentes de seguros

Las distintas categorías de los colaboradores de las compañías de seguros constituyen una de las zonas grises más litigiosas del Derecho del Trabajo. Observamos cómo la línea fronteriza entre el contrato de agencia de seguros (siempre carácter mercantil) y el contrato de trabajo está trazada nítidamente en la ley, no sucediendo lo mismo con la figura del subagente de seguros (donde se estará a los hechos y circunstancias del caso para decidir la naturaleza mercantil o laboral de la relación).

La prestación de servicios de una persona, como colaboradora de una empresa dedicada a la actividad de comercialización de seguros (agente de seguros), no reúne las notas características de una relación laboral: si no está incluida dentro del círculo organicista ni disciplinario de la empresa demandada; goza de total libertad para distribuirse el tiempo que dedicaba a su colaboración con la misma; no utiliza la infraestructura ni los medios materiales de la empresa. Conviene tener presente que la calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto.

Por tanto, no existe dependencia (por no asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por este y el sometimiento a horario; 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 la ausencia de organización empresarial propia del trabajador); ni subordinación (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; la adopción por parte del empresario y no del trabajador, de las decisiones

²¹ STSJ Comunidad Valenciana 669/2012 de 5 marzo (rec.2335/2011).

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)²².

La nota que diferencia al representante de comercio, de quien asume el papel de agente, como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, radica básicamente en la dependencia, que se debe presumir excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover o a promover y concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que dedique a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actúa. Son datos significativos para vislumbrar la nota de dependencia: el nombre que las partes dieron al contrato en el momento de su firma, la existencia o no de un salario garantizado y la autonomía y libertad con que en la prestación del servicio se desenvolvía el solicitante, en cuanto a la fijación de horario y organización del trabajo (si puede visitar a los clientes que él establezca y cuando él disponga sin control previo, estaríamos ante la figura del agente autónomo y mercantil; mientras que si tal actividad ha de seguir un plan empresarial previamente trazado o exigente de un determinado comportamiento en cuanto a horas, itinerario, clientes, controles, etc., estaríamos ante un representante de comercio)²³.

Con independencia del nombre que se le otorgue al contrato, hay que atender a la actividad real desarrollada y, en este sentido, existen las notas de ajenidad y dependencia si las gestiones que realiza una jefa de equipo de una compañía de seguros, en recuperación de cartera se hacen desde la oficina todas las mañanas con turno de permanencia, en horario que debe cumplir y sobre unos clientes que son seleccionados por la empresa, a cambio de un precio mínimo por gestión con independencia del buen fin de la operación y otra cuantía variable. No es la actividad desempeñada de mediación de seguros y

²² STSJ Comunidad Valenciana 16/2019 de 8 enero (rec. 3327/2018).

²³ STSJ Comunidad Valenciana 2609/2015 de 15 diciembre (rec. 2914/2015).

gestión de cartera lo determinante a la hora de decidir si la relación es mercantil o laboral, sino las circunstancias en que estas actividades se llevan a cabo, si con independencia de la empresa o con dependencia y dentro del círculo organicista y rector de la misma, siendo que solo en el primer caso la relación sería mercantil (la forma de actuar es la que determina si existe autonomía en la realización de la actividad)²⁴.

Mientras que la relación jurídica del agente de seguros queda excluida del ámbito laboral, debido a que la actividad de promoción se lleva a cabo de forma autónoma y de manera continuada y estable, no sucede lo mismo con la del subagente de seguros que admite una variabilidad en la colaboración que, en algunos casos, permite encuadrarla dentro del ámbito laboral, lo que ocurre cuando el subagente carece de cartera de clientes, deba seguir las instrucciones de la agencia de seguros respecto a liquidaciones de cobros, se encuentre vigilado por los inspectores de la agencia y carezca de instalaciones, personal o material propio, sin asumir el riesgo del trabajo desarrollado²⁵.

Las partes pueden configurar de común acuerdo, tanto la prestación de servicios en régimen laboral como en régimen de libre ejercicio de la profesión, en calidad de arrendamiento de servicios, de naturaleza mercantil (la línea divisoria entre una y otra posibilidad se encuentra en la integración en el círculo rector del empresario), de manera que, si los servicios se prestan en régimen de dependencia, estamos ante un contrato de trabajo, y si se realizan en régimen de autonomía, fuera del círculo rector del empresario, ante un contrato de carácter mercantil: si se percibe o no una retribución fija y constante, que responde del buen fin de las operaciones concertadas, asumiendo el riesgo y ventura de la mismas; si se está sujeto a una jornada u horario de trabajo determinado en las funciones de subagente de seguros, desprendiéndose una autonomía en el desempeño de estas funciones, con propia autoorganización, ajena al círculo rector del empresario²⁶.

VII. DISTRIBUIDORES, REPARTIDORES Y TRANSPORTISTAS

No existe relación laboral si se dan estas circunstancias: si la persona ostenta la condición de socio colaborador, realizando operaciones de transporte por carretera en territorio nacional e internacional, y utilizando el vehículo

²⁴ STSJ Comunidad Valenciana 1810/2013 de 18 julio (rec. 1352/2013).

²⁵ STSJ Comunidad Valenciana 5725/2002 de 23 octubre (rec. 2036/2002).

²⁶ STSJ Comunidad Valenciana 4470/2002 de 16 julio (rec. 217/2001).

que la cooperativa pone a su disposición sin la correspondiente autorización administrativa (el hecho de que la autorización administrativa no pertenezca al trabajador no obsta la aplicación del art. 1.3 g) ET, pues si hace uso de la misma, despliega esta sus efectos como si de su titular se tratara, pues, en definitiva, habilitaba al actor para desempeñar los servicios que llevaba a cabo y, sin la cual, no hubiese podido operar en las rutinas de transporte que le fueron encomendadas); la empresa no fija las rutas a realizar, ni los días en que deba desarrollarse el transporte, ni los descansos, ni las jornadas; el trabajador no tiene que reportar las incidencias que pudieran surgir durante los trayectos, ni queda acreditado que estuviera sujeto al poder de dirección de empresa; la forma en que se abonaban los trayectos, por aplicación de un coste conforme a los kilómetros realizados y que se estipulaban en el contrato de arrendamiento, así como el modo de facturación, tampoco desvirtúan la existencia de una relación mercantil; si durante todo el tiempo de la prestación de servicios el actor estuvo dado de alta en el RETA, abonando la cuota la cooperativa, para posteriormente descontar su importe de las percepciones que mensualmente percibe el actor por los servicios prestados²⁷.

No es suficiente para la configuración de la relación laboral la existencia de un servicio o actividad determinada de transporte y su remuneración por la persona a favor de quien se prestan para que, sin más, nazca a la vida del derecho el contrato de trabajo, pues su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, siendo necesario para que concurra que el trabajador se halle comprendido en el círculo organista rector y disciplinario del empleador, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil (para que sea efectiva la presunción favorable a la existencia del contrato de trabajo no basta la mera realización de una determinada actividad a favor, o por cuenta, de la persona que la retribuye)²⁸.

VIII. SERVICIOS PRESTADOS A LA ADMINISTRACIÓN

a) **Contrato administrativo y contrato laboral**

En el caso de cese acordado por un ayuntamiento al amparo de una cláusula de un contrato administrativo que se ha declarado suscrito en fraude de ley, encubriendo una relación laboral y sin acreditación alguna de las causas

²⁷ STSJ Comunidad Valenciana 1590/2016 de 13 julio (rec. 1602/2016).

²⁸ STSJ Comunidad Valenciana 2524/2011 de 15 septiembre (rec. 1671/2011).

económicas alegadas por la demandada y que se indican en el acta de la Junta de Gobierno, y como que resulta acreditada la vulneración de los derechos fundamentales del actor, en concreto el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, el cese debe considerarse un despido nulo que conlleva conforme a lo previsto en el artículo 113 LRJS la obligación por la demandada de la readmisión del demandante como personal laboral indefinido no fijo, pues al encontrarnos ante una Entidad pública, en la que el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículos 103 de la Constitución Española), las irregularidades en la contratación del actor no pueden provocar que el mismo acceda a un puesto de trabajo fijo, pues se facilitaría igualmente como viene señalando la Jurisprudencia un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a estos puestos en la Administración mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad²⁹. Debe tenerse en cuenta que, pese a la formal apariencia de la concesión administrativa, con ella se trata de reclutar los medios humanos necesarios para la prestación de un servicio público, asumiendo los adjudicatarios del mismo todas las funciones que tengan que ver con la atención a la Planificación Familiar en el ámbito municipal, sometidos a la inspección de la autoridad sanitaria autonómica, cuyas directrices debían atender y retribuyendo las mismas en forma que se confunde con el pago de salario, en cuyo caso, la prestación de servicios de las actoras en el Servicio de Planificación Familiar en régimen de concesión de las Administraciones demandadas es una relación laboral. Así mismo, estima que esa relación es indefinida y que, por tanto, no son fijas de plantilla³⁰.

b) **Relación laboral y cesión ilegal de trabajadores**

En el caso de declaración de existencia de cesión ilegal y según el art. 43.4 del Estatuto de los Trabajadores, que establece el derecho de los trabajadores sometidos al tráfico prohibido a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, lo que ha declarado la sentencia impugnada, pero no establecer el precepto la limitación a una fecha concreta la efectividad de la opción, por lo que el establecimiento de tal limitación por

²⁹ STSJ Comunidad Valenciana 5 diciembre 2017 (rec. 2739/2017).

³⁰ STSJ Comunidad Valenciana 13 marzo 2001 (rec.2755/2000).

parte de la sentencia impugnada no resulta ajustada a derecho. Máxime cuando se ha declarado la cesión ilegal y la trabajadora ha efectuado su opción por continuar prestando sus servicios en la Consellería demandada y habiendo quedado suspendido de mutuo acuerdo por las partes el juicio por despido, en el cual se debe dilucidar un despido derivado de la comunicación de cese de la relación de la trabajadora por finalización de su relación laboral derivada de una Encomienda de Gestión que en este proceso se ha demostrado no justificativa de la causa de la relación laboral, al haber desempeñado tareas ajenas a tal encomienda y, además, concurrir la cesión ilegal, cuya consecuencia es establecer la naturaleza indefinida de la relación laboral, lo que no permite el cese basado en el carácter temporal de la relación y, por lo tanto, la declaración de efectos limitados que se efectúa en la sentencia de instancia resultan no ajustados a derecho.

En suma, la sentencia de instancia estima la demanda de derecho y cesión ilegal de mano de obra formulada por la actora contra la Consellería de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalidad Valenciana y el Instituto Valenciano de Acción Social y, tras declarar la existencia de cesión ilegal entre ambas empresas, declara la existencia de relación laboral indefinida no fija a tiempo completo de la actora con la Consellería de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalidad Valenciana con la antigüedad de 01/03/2009 y categoría de técnico jurídico, condenando a la Consellería de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalidad Valenciana y al Instituto Valenciano de Acción Social, a estar y pasar por dicha declaración, con todas las consecuencias legales inherentes, teniendo por efectuada la opción de la actora por continuar prestando sus servicios para la Consellería de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalidad Valenciana, opción cuyos efectos quedan limitados a la fecha del cese de la relación laboral en fecha de 30/04/2016 y sin perjuicio del derecho de la actora de ejercitar nuevamente el derecho de opción por la empresa real en el juicio que se sigue por despido³¹.

c) **Presunción de laboralidad**

Existe presunción de laboralidad, cuando la sentencia de instancia estima la demanda de oficio de la Inspección de Trabajo declarando la existencia de relación laboral entre el Ayuntamiento de Ibi y tres personas y contra esa sentencia se alza al Ayuntamiento demandado que fundamenta en tres motivos, si

³¹ ECLI: ES:TSJC:2018:3964.

bien luego en los tres se dice literalmente: al amparo del apartado b) del artículo 191 de la ley de procedimiento laboral se solicita la revisión de los hechos declarados probados, a la vista de la prueba testifical y documental practicadas y obrante en autos y en el artículo 191.c) de la ley de procedimiento laboral, es decir, por infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia³². Se presume relación laboral también el caso de que se viniera prestando servicios para el Ayuntamiento desde 1980 como profesora de danza valenciana, y lo hacía un día a la semana durante dos horas y en el periodo comprendido entre los meses de octubre a junio de cada año; que tales servicios se prestaban en locales del Ayuntamiento, con los medios proporcionados por este y bajo la supervisión del responsable de la concejalía correspondiente. Pero es que, además, el carácter personal de la contratación, característico de toda relación laboral, queda subrayado por la circunstancia de que no se admitía la sustitución de la profesora, de modo que, si algún día ella no podía asistir a clase, no se suplían sus ausencias, sino que las clases se recuperaban con posterioridad. Por último, debemos señalar que el hecho de que el 13 de febrero de 2008 la demandante fuera contratada por un empresario individual, como empresa adjudicataria de la contratación administrativa para la realización de actividades culturales y deportivas del Ayuntamiento, no enerva la conclusión expuesta, pues a falta de cualquier otro dato, no consta que la apariencia formal de tal contratación supusiera un cambio en la forma de prestación de servicios por parte de la profesora³³.

d) Duración de la relación laboral

Las sentencias del Tribunal Supremo han optado a partir de 1998 que los contratos *laborales* suscritos con las Administraciones Públicas, por garantizar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública a que se refiere el art. 103.3 de la Constitución Española, sobre el de sometimiento de la Administración a las Leyes contenido en el art. 9 de la Constitución, todo ello en *relación* con la aplicación del art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, en el sentido de que el contrato por tiempo indefinido se extingue por la cobertura de la plaza, concluyendo que la *existencia* de una *relación laboral* indefinida con una administración pública permite,

³² STSJ Comunidad Valenciana 11 mayo 2010 (rec. 2535/2010).

³³ STSJ Comunidad Valenciana 20 mayo 2010 (rec. 2576/2010).

respetando todos aquellos principios, la extinción de la *relación* con las consecuencias del despido improcedente³⁴.

IX. ACTIVIDADES DE ALTERNE Y SIMILARES

Sostiene el Tribunal que no se trata de un hotel en el que las supuestas chicas de alterne alquilan una habitación, donde ejercen su actividad de prostitución por cuenta propia y sin intervención de la empresa, sino que existe una verdadera relación laboral si las trabajadoras se encuentran vestidas con ropa llamativa dejando gran parte del cuerpo al descubierto, realizando tareas de alterne con los clientes; se adaptan al horario de apertura del local; efectúan un efecto llamada para la captación de clientes al pub, generando una mayor afluencia de clientes y percibiendo al final de la noche una comisión consistente en un porcentaje (50%-100%) sobre las consumiciones que toma el cliente o las que los clientes les invitan³⁵.

Hay que distinguir entre la actividad de alterne y la actividad de prostitución, pues respecto de la primera se mantiene la existencia de relación laboral, si la prestación de los servicios no consta es obligada, sino que las mujeres los prestan, sin sujeción a un horario determinado pero dentro de la apertura y cierre del establecimiento y en el local destinado a club, con lo que entendemos existen la dependencia (en el sentido flexible que la jurisprudencia viene considerando como de pertenencia al círculo organizativo del empresario, quien proporcionaba la infraestructura propia de un bar de alterne, bebidas, música y entorno, dentro del cual se realiza la actividad). Y por ello, perciben del titular del local, el 50% del importe de las consumiciones que son cobradas al cliente (ajenidad), al entender ese hecho como retribución por cuenta del empresario³⁶.

Se da el “alterne” al existir estimulación al futuro cliente de un gasto en la barra (estimulan el consumo de bebidas), del que las mujeres perciben determinado porcentaje, vestidas todas ellas con ropa especialmente llamativa, corta, con transparencias o de dos piezas y en algunos casos dejando parte del cuerpo al descubierto; perciben como contraprestación por sus servicios el 50% del precio de la copa o consumición abonada por cada cliente, a cuyos efectos incentivaban el consumo de bebidas por los mismos; la práctica totali-

³⁴ STSJ Comunidad Valenciana 10 enero 2008 (rec. 4183/2007).

³⁵ STSJ Comunidad Valenciana 176/2018 de 23 enero (rec. 957/2017).

³⁶ STSJ Comunidad Valenciana 2922/2017 de 21 noviembre (rec. 308/2017).

dad de estas mujeres residen normalmente en un local anexo, salvo excepciones, no haciéndolo personas que no ejercieran dicha actividad. Ese alterne es siempre el prelude de la posterior actividad sexual contratada por precio, que se lleva a cabo en la habitación del hotel, donde la mujer ejerce la “prostitución”, limitándose la empresa a poner a su disposición como clienta la habitación correspondiente por precio fijo (el precio de tales servicios en las habitaciones no puede ser inferior a 60€, abonando las mujeres un mínimo de 10€ a la empresa por el trabajo de limpieza y 50€ al día por manutención)³⁷.

Se admite la posibilidad de ejercicio simultáneo de la prostitución como actividad por cuenta propia y la del alterne como actividad por cuenta ajena y de naturaleza laboral (camarera de alterne y ejercicio de la prostitución, manteniendo la relación laboral en el primer caso).

La actividad de alterne desempeñada se califica como relación laboral si se realiza de forma voluntaria, revistiendo las notas propias de la dependencia (la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por este y el sometimiento a horario; el desempeño personal del trabajo; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad y ausencia de organización empresarial propia del trabajador). Por otro lado, la actividad de alterne se realiza por cuenta ajena (los beneficios de tal actividad, consistente en incitar a los clientes a consumir bebidas a un precio superior al normalmente fijado en otros establecimientos hosteleros, son de cuenta exclusiva del titular del establecimiento). Y, finalmente, y en cuanto al carácter retribuido de los mismos, debemos señalar que, aunque no se justifique la existencia de un retribución en dinero por parte de la empresa, hay retribución en especie: el empleador pone a disposición de las camareras de alterne la infraestructura necesaria para que estas puedan desarrollar por cuenta propia y de una forma confortable e higiénica la prostitución, actividad esta cuyas ganancias son del exclusivo beneficio de las camareras, amén de proporcionar a estas parte de las comidas diarias³⁸.

Considerar que tiene la calidad de huésped la persona que, a la posibilidad de pernoctar en la habitación debe unir necesariamente, además de su abono, a la realización de actividades por cuenta de la empresa, estén dichas actividades regladas o no legalmente, supone ignorar la condición de huésped de un establecimiento hotelero, que es aquel que mediante un precio disfruta de la hospitalidad de un establecimiento y de sus servicios, sin contraprestación alguna más que la pecuniaria y sin que dicho uso habitacional vaya unido

³⁷ STSJ Comunidad Valenciana 2065/2014 de 17 septiembre (rec. 284/2014).

³⁸ STSJ Comunidad Valenciana 1215/2014 de 16 mayo (rec. 2834/2014).

a su condición física, ni pueda serle negado el citado uso de la habitación por algún tipo de indisposición³⁹.

Hay relación contractual si la actividad de las mujeres en el local titular del empresario consiste en alternar con los clientes que acuden al club e iniciarles a consumir y ser invitadas a tomar copas en el bar del establecimiento, en horario de apertura del local, percibiendo como remuneración una comisión del 50% de cada consumición de las que son invitadas por los clientes del establecimiento, siendo fijado el precio de las copas por la empresa; si las consumiciones se anotan por los camareros en unas hojas de control (libreta) donde se identificaba a las trabajadoras con un nombre específico de uso ante los clientes y donde figuran las consumiciones y los porcentajes a que tienen derecho (abonados a cada trabajadora por la encargada de cada turno); si dicha actividad se efectúa dentro del horario apertura y cierre del local⁴⁰.

Para dilucidar si la actividad desarrollada en un bar de alterne, reúne las notas propias de la relación laboral, interesa tener en cuenta si se aprecian los siguientes hechos: que se realicen tareas de captación de clientes utilizando su atractivo sexual para que las inviten a la consumición de bebidas en horario de 17 o 17.30 h. a 3 h. del día siguiente, de lunes a miércoles, y el viernes y sábado hasta las 5 horas, percibiendo la mitad del importe de las copas que consuman, siendo la empresa la que fija el importe de las mismas (existe un registro de las consumiciones en un ordenador que se encuentra detrás de la barra, en la que también existe un listado de 35 chicas con un número de referencia asignado a cada una de ellas para los abonos); disponen de taquillas en las que cambiaban su vestuario habitual, sin tener que pagar por ello. La libertad de horario y de asistencia no es trascendente para calificar de arrendamiento de servicios la relación entre las partes⁴¹.

³⁹ STSJ Comunidad Valenciana 2404/2012 de 3 octubre (rec. 516/2012).

⁴⁰ STSJ Comunidad Valenciana 960/2009 de 26 marzo (rec. 2474/2008).

⁴¹ STSJ Comunidad Valenciana 2743/2011 de 4 octubre (rec. 2067/2011).

La determinación legal de cuándo estamos ante un contrato de trabajo permanece inalterada desde la redacción primigenia del Estatuto de los Trabajadores, hace ya más de cuarenta años. Sin embargo, las divergencias sobre cuándo existe son constantes. Más allá del interés por huir de la norma laboral o del opuesto, la constante aparición de nuevas actividades y de nuevos modos de trabajar o de organizar ese trabajo, todo ello impulsado por las posibilidades que la tecnología permite y las exigencias de una economía y de una sociedad cambiantes, obligan a los tribunales a un constante esfuerzo por revisar las fronteras del contrato de trabajo.

En este volumen hay un inventario sobre la aplicación práctica de este interminable problema durante las últimas décadas (hasta la sentencia de 23 de septiembre de 2020, sobre los llamados *riders*). Está sistematizado por tribunales (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia), y dentro de cada uno de ellos, por actividades: trabajos sin compromiso personal, prestaciones obligatorias, trabajo autónomo, trabajos no remunerados, voluntariado, trabajos por cuenta propia, actividades religiosas, actividades sindicales y políticas, trabajo a domicilio, trabajo a distancia, teletrabajo, socios, administradores, directores, cooperativistas, relaciones con causa formativa, actividades deportivas, espectáculos públicos, profesionales liberales, personal sanitario, personal docente, profesionales de la comunicación, comerciales, agentes, vendedores, distribuidores, repartidores, trabajadores en plataformas digitales, servicios prestados para la Administración, etc.

La obra no solo refleja la tipología y doctrina de los tribunales, sino que también las analiza y sistematiza. Además de un estudio completo sobre el tema, estamos ante una herramienta de gran utilidad en el día a día de quienes se dedican al terreno de los recursos humanos. Su consulta despejará dudas, ahorrará esfuerzos y evitará confusiones, iluminando la imprescindible tarea indagatoria e interpretativa de quien se enfrenta a cada caso concreto.