



Dirección:
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:
Ramón Gimeno Lahoz



PUBLICACIONES AJFV
SERIE:
BOLETINES JURÍDICOS

www.ajfv.es

Síguenos en:



BOLETÍN DIGITAL SOCIAL

NÚMERO 25, JUNIO 2018

01

Donde dije Diego, digo porras.

Sentencias TJUE de 5-6-18 (C-574/16 y C-677/16)

Ramón Gimeno Lahoz
Magistrado

02

Un (nuevo) ejercicio de aclaración de las fronteras del derecho del trabajo.

Sentencias TS (4^a) 8-2-18 (Roj 589/2018)

Roberto Fernández Villarino
Abogado

01

DONDE DIJE DIEGO, DIGO PORRAS. Comentario a las sentencias del TJUE 5-6-18 (C-574/16 Moreira Gómez y C-677/16 Montero Mateos)

Ramón Gimeno Lahoz

Magistrado

Juzgado de lo Social nº 5 de Santander

RESUMEN: *La interpretación del ordenamiento patrio por tribunales externos, al socaire de formar parte de un solo ordenamiento jurídico comunitario, da con frecuencia excesivas sorpresas y por ende inseguridad.*

En el orden laboral, un punto álgido se alcanzó con la sentencia del TJUE de fecha 14-9-16 (asunto C-596/14 De Diego Porras), que otorgaba la indemnización extintiva de 20 días de salario por año trabajado a los trabajadores interinos -frente a la previsión legal de no indemnización, o la opción de equiparación con otros contratos temporales de 12 días por año trabajado- .

Pero todavía la sorpresa fue mayor cuando al poco tiempo -en febrero de 2017- el Presidente del TJUE -Koen Lenaerts- reconocía que en la sentencia sobre las indemnizaciones por despido a los interinos por vacante "no hubo entendimiento sobre el problema entre el juzgado que realizó la consulta y los miembros de la Corte de Justicia Europea, y no comprendieron completamente el problema", dejando caer: "Esta historia no ha terminado", y que la próxima vez se llevaría a una Sala con más jueces, para emitir una nueva doctrina.

Bien, parece que ese momento ha llegado y las sentencias de fecha 5-6-18 (asuntos C-574/16 y C-677/16) dictadas en Gran Sala, han girado la solución - aunque sorprendentemente no se reconozca así en ellas- , y esto permite jugar con las palabras para dar título a este comentario, pero también deja una reflexión sobre lo fatuo de tanto estudio.

VOCES: *Contrato de interinidad, contrato de relevo, indemnización, no discriminación, trabajador con contrato de duración determinada, trabajador con contrato de duración indefinida comparable.*

COMENTARIO

I.- Recordando la estructura de todos estos pronunciamientos.

Tanto la sentencia de fecha 14-9-16 (C-596/14 De Diego Porras), como las actuales de fecha 5-6-18 (C-574/16 Moreira Gómez y C-677/16 Montero Mateos), tienen un tronco común, que se puede resumir del siguiente modo:

A) La Directiva 1999/70 respondió a un Acuerdo marco alcanzado entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES), para mejorar por un lado la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación, y, por otro, establecer un marco que evite los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

B) Para ello es preciso tener en cuenta las siguientes definiciones de las cláusulas 3 y 4 del Acuerdo marco:

1. “trabajador con contrato de duración determinada”: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado;

2. “trabajador con contrato de duración indefinida comparable”: un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña (naturaleza del trabajo, requisitos de formación y condiciones laborales).

3. “Principio de no discriminación”: Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, 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. (Principio de Derecho social de la Unión, que no puede ser interpretado de manera restrictiva)

C) Para determinar si una medida está incluida en este concepto «condiciones de trabajo» sobre las que no puede haber discriminación, el criterio decisivo es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario, y así se ha declarado respecto a los trienios, que constituyen uno de los elementos retributivos que deben concederse a un trabajador con contrato de duración determinada del mismo modo que a un trabajador con contrato de duración indefinida, o las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada.

Y estas consideraciones pueden ser íntegramente traspuestas a la indemnización que se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario, estando por ende incluida la indemnización en el concepto de «condiciones de trabajo» de la cláusula 4-1 del Acuerdo marco.

II.- Respuesta dada en la sentencia de fecha 14-9-16 (C-596/14 De Diego Porras)

En esta sentencia -de la que fue ponente F. Biltgen- la Sra. De Diego prestó servicios para el Ministerio de Defensa mediante contratos de interinidad durante 9 años; el último de ellos cubriendo la plaza de un liberado sindical.

Cuando el liberado sindical volvió a su plaza, se extinguió el contrato de la Sra. De Diego, cuestionándose prejudicialmente al TJUE sobre la ausencia de indemnización de esa contratación temporal en relación con la Directiva 1999/70.

El TJUE respondió que, ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un

contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, razones objetivas que justifiquen el trato discriminatorio.

Por ello la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.

III.- Respuesta dada en la sentencia de fecha 5-6-18 (C-574/16 Moreira Gómez)

En esta sentencia dictada en Gran Sala -y en la que ya no está el juez F. Biltgen-, se evidencia un cambio de rumbo -no reconocido-, al hilo de un contrato de duración determinada por relevo.

El Sr. Moreira fue contratado mediante un contrato de relevo que finalizaba a la fecha de jubilación total del trabajador relevado.

Por tanto, se trataba de un contrato de duración determinada, que era comparable a la de un trabajador fijo para ejercer las mismas funciones de peón de limpieza.

Aceptado que era un trabajo comparable, procede comprobar si existe una razón objetiva que justifique que finalizado el plazo de este contrato de duración determinada por una causa objetiva, se de una indemnización inferior (12 días salario/año) a la que se da cuando concurre una causa objetiva en un contrato indefinido (20 días salario/año); no siendo causa de justificación la mera previsión legal.

Esa razón justificativa de la desigualdad de trato sólo puede ser 1) si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, 2) si permite alcanzar el objetivo perseguido, y 3) si resulta indispensable al efecto (por la naturaleza de las tareas o por un objetivo legítimo de política social).

A juicio del TJUE en la extinción del contrato de relevo sí existe una razón objetiva que justifique la distinta indemnización extintiva respecto al trabajador indefinido, y esta es que *las partes de un contrato temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término....En cambio, la extinción de un contrato fijo por una de las causas recogidas en el art. 52 ET a iniciativa del empresario, resulta del advenimiento de circunstancias que no estaban previstas, y es ese carácter imprevisto de la ruptura, esa frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, la justificación de esa mayor indemnización.*

En el Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato temporal y trabajos fijos comparables, ya que el art. 53-1-b ET también se aplica a los trabajadores con contrato temporal cuando concurren las circunstancias (económicas, técnicas, organizativas, productivas).

Y concluye: Por consiguiente el objeto específico de las indemnizaciones previstas en el art.49-1-c ET y en el art.53-1-b ET, forman parte de contextos fundamentalmente diferentes, lo que constituye una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida (12 días salario/año en lugar de 20 días salario/año).

IV.- Respuesta dada en la sentencia de fecha 5-6-18 (C-677/16 Montero Mateos)

Esta sentencia que es prácticamente calcada a la anterior, con igual Gran Sala y ponente, analiza el caso de la indemnización extintiva de un contrato de interinidad, luego reconvertido en interinidad por

vacante, que se inicia en 2007 y finaliza por cobertura reglamentaria en 2016).

En este caso la Sra. Montero trabaja como auxiliar de hostelería, y el TJUE acepta que el trabajo llevado a cabo al amparo del contrato de interinidad, es un trabajo comparable con el que llevan a cabo los trabajadores fijos.

Aceptado que era un trabajo comparable, procede comprobar si existe una razón objetiva que justifique que finalizado el plazo de este contrato de duración determinada por una causa objetiva, no se dé una indemnización, y sí se dé cuando concurra una causa objetiva en un contrato indefinido (20 días salario/año); no siendo causa de justificación la mera previsión legal.

El TJUE vuelve a decir que esa razón justificativa de la desigualdad de trato sólo puede ser 1) si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, 2) si permite alcanzar el objetivo perseguido, y 3) si resulta indispensable al efecto (por la naturaleza de las tareas o por un objetivo legítimo de política social).

Y entiende que a su juicio la extinción del contrato de interinidad sí tiene una razón objetiva que justifique el distinto trato indemnizatorio a la finalización por causa objetiva respecto al trabajador indefinido, y esta es que *las partes de un contrato temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término....En cambio, la extinción de un contrato fijo por una de las causas recogidas en el art. 52 ET a iniciativa del empresario, resulta del advenimiento de circunstancias que no estaban previstas, y es ese carácter imprevisto de la ruptura, esa frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, la justificación de esa mayor indemnización.*

Posteriormente vuelve a decir que en el Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato temporal y trabajos fijos comparables, ya que el art. 53-1-b ET también se aplica a

los trabajadores con contrato temporal cuando concurren las circunstancias (económicas, técnicas, organizativas, productivas).

Pero en este asunto, y después de toda la construcción aquí resumida, la sentencia concluye con dos afirmaciones “in extremis” que deben retenerse (por lo que supone la primera y lo que abre la segunda):

- *en estas circunstancias, la indemnización del art.53-1-b ET, al igual que el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, constituye una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida (al indefinido 20 días salario/año, al interino 0);*
- *dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo.*

V.- Conclusiones

Las dos nuevas sentencias que entran a interpretar el ordenamiento jurídico español en materia de la indemnización extintiva de los contratos temporales, con base en el Acuerdo Marco que derivó en la Directiva 1999/70, son las sentencias que se estaban esperando, sobre todo después de que el Presidente del TJUE advirtiera que iban a corregir el error cometido en la sentencia de 14-9-16 (C-596/14 De Diego Porras).

Entre los laboristas existía una cierta convicción -o al menos así quiero yo pensarlo- de que el TJUE haría una convergencia hacia la indemnización de los 12 días salario/año, previsto como regla general para los contratos temporales, medida correctora frente al abuso de la contratación temporal incorporada por el ordenamiento español mediante la Ley 12/2001 en cumplimiento de la Directiva 1999/70, de tal forma que se corregiría por un lado el exceso de los 20 días salario/año del caso De Diego Porras, y por otro no se dejaría sin indemnización el contrato de interinidad. (Y ello pese a los términos de comparación que impone la Directiva entre contrato de duración

determinada y contrato de duración indefinida comparable). Y en este sentido -entiendo- apunta la cuestión prejudicial planteada por el propio TS mediante auto de 25-10-17.

Sin embargo estas sentencias no han respondido a lo que se esperaba de ellas.

Más allá de que en el asunto C-574/16 Moreira Gómez, el contrato de relevo termine con la indemnización extintiva -que se comparte- de la contratación temporal de los 12 días salario/año, creo que se debe decir:

1) En ninguna de las dos sentencias actuales se admite la corrección de doctrina sobre la sentencia de fecha 14-9-16 (asunto C-596/14 De Diego Porras), y esto es algo indiscutible, porque estas dos sentencias de ahora fechadas el 5-6-18 vienen a dar validez a la previsión del ordenamiento jurídico español -a la indemnización o no indemnización que exista para la extinción de la contratación temporal- , a diferencia de lo que se resolvió entonces.

2) El cambio de criterio es tan grueso que si a la Sra. De Diego se le indemnizó con 20 días salario/año por un contrato de interinidad largo, a la Sra. Montero Mateos del asunto C-677/16 -también referido a un contrato de interinidad largo- se le indemniza ahora con 0 € -sin perjuicio de que al final se ponga una última frase que luego se comentará- .

3) Ambas sentencias, después de mucha estructura, se quedan en una cosa tan simple como es que en la contratación temporal no hay sorpresa que indemnizar por la llegada a término del contrato -que equipara a causa objetiva- , mientras que cuando en un contrato indefinido concurren las causas objetivas del art. 52 ET sí existe esa imprevisibilidad o sorpresa, y eso lo considera “razón objetiva” que justifica el trato diferenciado en las indemnizaciones extintivas de los contratos temporales y el contrato indefinido.

Pero si en esto se puede estar de acuerdo, a continuación concluye que en el Derecho español no opera ninguna diferencia entre trabajadores

con contrato temporal y trabajadores fijos comparables, porque a los dos se les aplica el art. 53 ET -cuando concurren las causas económicas, técnicas, organizativas, productivas-, y esto no tiene nada que ver, porque lo que se analiza es la extinción del contrato temporal cuando no concurren estas circunstancias (económicas, técnicas, organizativas, productivas), y ahí el trato indemnizatorio del contrato temporal y el contrato fijo comparable es diferente.

4) Y la conclusión final, que es dejar sin efecto la sentencia de fecha 14-9-16 (asunto C-596/14 De Diego Porras), encima no se hace de forma cerrada, porque en el asunto C-667/16 Montero Mateos, que es el caso del contrato de interinidad extinguido por cobertura de vacante, y que no tendría derecho a indemnización, termina con la siguiente frase: *Dicho esto incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo.*

Con esto queda abierta la puerta otra vez a todo tipo de pronunciamientos, pues en función de la duración -no perfilada-, habrá pronunciamientos judiciales que entiendan que es un contrato fijo -que sólo prevé el cauce formal del art. 53 ET en cuyo incumplimiento se llega al despido improcedente-, otros que es un contrato asimilado al fijo como indefinido no fijo -20 días salario/año por STS 28-3-17-, y otros que no es un contrato fijo y por lo tanto es temporal sin indemnización; lo que aventura todo tipo de litigiosidad.

Ciertamente la inseguridad alcanzada al final de todo este trayecto, y la misma volatilidad que se transmite, conducen a cuestionar este tipo de resoluciones internacionales así como el tiempo que se les dedica, pues poco es el avance que estas dos sentencias aportan, si no es, el título de este comentario.

02

DE UN (NUEVO) EJERCICIO DE ACLARACIÓN DE LAS FRONTERAS DEL DERECHO DEL TRABAJO. A propósito de la sentencia del TS (IV) 8-2-18 (Roj 589/2018)

Por Roberto Fernández Villarino

Socio-Letrado Gaudia Consulting and legal Services S.L.P

RESUMEN: *En la sentencia objeto de análisis se analizan, en unificación de doctrina, los criterios de distinción entre el vínculo contractual laboral y el civil - mercantil. Un ejercicio de clarificación de los elementos básicos de la relación laboral en un contexto social en el que, como se expone en la fundación jurídica de la resolución, proliferan las prestaciones personales de servicios que se articulan bajo el amparo de diversos contratos civiles y mercantiles.*

VOCES: *orden jurisdiccional laboral, presunción laboralidad, dependencia, subordinación, ajenidad, retribución*

COMENTARIO**I. Los hechos.**

Si tuviéramos que identificar alguno de los asuntos “clásicos” en el orden jurisdiccional laboral, así como en el ámbito del conocimiento, divulgación y análisis del derecho del trabajo, sin duda estaría el de sus fronteras o zonas grises. El análisis de los indicios que hacen decaer la realidad del vínculo contractual hacia lo civil / mercantil o laboral. En este debate, las repercusiones para empresarios, trabajadores y sociedad en general no son pocas ni menores. Nunca un asunto fue tan bien definido desde el propio título de dos obras tan pedagógicas y clásicas (en toda la extensión del concepto) como “*La huida del Derecho del Trabajo*” del profesor Miguel Rodríguez-Piñero (1992) y “*El discreto retorno del arrendamiento de servicios*” del profesor Antonio Martín Valverde (1990). Desde aquellas fechas hasta ahora, se comparten no pocas incertidumbres, ampliadas quizás más recientemente por casos de tanto impacto social como el asunto “*Deliveroo*” o los expedientes abiertos a la compañía “*Ryanair*”...en la que recordemos, los pilotos y parte del personal de tierra estaban dados de alta como trabajadores por cuenta propia.

Precisamente esa preocupación social se percibe en el enfoque profundamente pedagógico de la sentencia objeto de estudio. Así, el resumen de los hechos es que el brevemente se expone a continuación.

El demandante figura dado de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos; ha desempeñado sus actividades profesionales para la empresa demandada (Zardoya Otis S.A) desde el 01/09/05 como instalador de ascensores en virtud de contrato marco de colaboración para la ejecución de obras; percibía sus retribuciones contra facturas; las facturas giradas en el año 2013 ascendieron a 11.977 euros; se encargaba de suministrar todo el material, el equipo y los trabajos necesarios, inherentes a su cometido para la ejecución de todas y cada una de las unidades de obra encomendada, cuyos elementos le serán suministrados por ZARDOYA OTIS S.A. siendo a partir de ese momento de su cuenta y riesgo la custodia de los mismos, así como todos los daños que dichos materiales sufran en el periodo de montaje, tanto por su manipulación y transporte en obra, como por su manejo durante el montaje.

La mercancía, es decir, los ascensores, le eran entregados por la empresa proveedora.

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

El actor utilizaba su propio vehículo, el teléfono móvil y su mono de trabajo. El utillaje de montaje específico para ascensores era facilitado por la empresa demandada, el resto de herramientas ordinarias eran aportadas por el actor.

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

La empresa demandada realizaba reuniones sobre seguridad tanto con los trabajadores autónomos como con sus trabajadores.

El actor tenía suscrito seguro de responsabilidad civil así como contrato en materia de prevención de riesgos laborales autónomos.- Al actor se le entregaba plan de seguridad y salud, manuales de montaje y reparación

Las vacaciones del actor no tenían que ser autorizadas por la empresa demandada.

Existía una guía del subcontratista.

El actor, junto con otros dos instaladores-montadores, presentaron a ZARDOYA OTIS S.A. en el año 2013 presupuesto para ejecutar un servicio de mantenimiento de escaleras y andenes mecánicos.

Posteriormente el demandante, junto con aquellos dos citados instaladores, presentaron ante el SEMAC papeleta de conciliación frente a la empresa en reclamación de derechos.

El actor remitió burofax a la empresa interesando confirmación o desmentido de supuesto despido verbal de igual fecha.

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

El Juzgado de lo Social núm. 10 de las Palmas de Gran Canaria, desestimó la demanda interpuesta por Carlos Manuel contra ZARDOYA OTIS S.A., acogiendo la excepción de incompetencia del Orden Jurisdiccional Social para conocer de la cuestión litigiosa. Por su parte, interpuesto recurso por los actores la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia con fecha 29 de abril de 2015 , en la que se estima el recurso de suplicación revocando la sentencia y declara nulo el despido del actor. Contra la sentencia dictada en suplicación, la entidad demanda formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de

lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 11 de marzo de 2013 (Rec. nº 1176/2012).

II. La evidencia de la contradicción entre sentencias.

La Sala ha considerado que en este caso si concurría la necesaria contradicción y fundamenta su resolución los siguientes argumentos. El primero de ellos, es que ha resultado acreditada una identidad sustancial fáctica que revela la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 219 LRJS Así, en el presente caso en el que los indicios relevantes, los decisivos en orden a calificar la laboralidad o no de la relación cuestionada, constan de manera igual en ambas sentencias. La segunda razón deriva de la concurrencia de varios recursos de casación unificadora derivados de la aplicación del mismo contrato marco de ejecución de obra entre la misma mercantil demandada y diversas personas físicas prestadoras del servicio en condiciones similares. Por último, la contradicción se fundamenta, también, en la misma finalidad ya que, ante la realidad social actual en la que proliferan las prestaciones personales de servicios que se articulan bajo el amparo de diversos contratos civiles y mercantiles. Ello obliga a la Sala subrayar con carácter general y aplicar, en cada caso, las notas específicas que definen el contrato de trabajo a fin de que los órganos judiciales puedan realizar con respaldo jurisprudencial claro (sic) *“su difícil labor de resolver cada uno de los conflictos que sobre tales cuestiones se les vayan planteando”* (FJ 1)

III. Fundamentación jurídica

1.- La distinción entre los contratos laborales y civiles.

El debate en torno al análisis de la correcta utilización de contratos de naturaleza civil (entre los más destacados pero no los únicos, ejecución de obra y el arrendamiento de servicios) o laboral, pone habitualmente el foco de atención jurídica sobre la misma frontera de separación entre ambos órdenes. La causa guarda toda la lógica, ya que el contrato de trabajo no es más que una evolución social (institución básica del propio reconocimiento del Derecho del Trabajo como disciplina autónoma del derecho privado - civil). Ambos esquemas

contractuales no resultan incompatibles en lo que concierne al régimen de obligaciones y prestaciones, si bien en el contrato de trabajo concurren elementos especialmente cualificados en su sistema de ejecución: dependencia y ajenidad.

Así, en el Fundamento Jurídico Primero se expone: *“cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral. En sentido contrario, A sensu contrario para la declaración de existencia de arrendamiento de servicios y no de una relación laboral se exige que la prestación del demandante se limite a la práctica de actos profesionales concretos, sin sujeción ninguna a jornada, vacaciones, ordenes, instrucciones practicando su trabajo con entera libertad; esto es, realizando su trabajo con independencia y asunción del riesgo empresarial inherente a toda actividad de esta naturaleza”*.

En todo caso debemos tener siempre presente que la realidad mostrada en el comportamiento habitual de las partes debe prevalecer sobre denominación que errónea o interesada que se ofrezca por las partes. De tal manera que, a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo con independencia de la atribuida por las partes, SSTS de 20 de marzo de 2007, rcud 747/2006 ; de 7 de noviembre de 2007, rcud 2224/2006 ; de 12 de diciembre de 2007, rcud 2673/2006 y de 22 de julio de 2008, rcud 3334/20 07 entre otras).”

2.- Existencia de dependencia y ajenidad.

La dependencia define la sujeción del trabajador a la esfera de organización y de dirección de la empresa y a menudo exige del mayor esfuerzo de identificación en los hechos que marcan la habitualidad en la prestación del trabajo. Se llega siempre a ella a través de indicios cada vez más heterogéneos, destacando la Sala en todo caso dos

pronunciamientos más pedagógicos a estos efectos: “(...) *siendo de destacar las de 26 de noviembre de 2012 (R. 536/2012) y 9 de julio de 2013 (R2569/12) en las que se citan indicios contrarios a la existencia de relación laboral en relación con el requisito de la dependencia que son resumidos por la primera de las sentencias citadas diciendo que no parece de más señalar que los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; y que también se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador*”.

El mismo sistema indiciario expuesto para la dependencia es utilizado para la ajenidad, de tal manera que, en el caso que nos ocupa, concurre dicho elemento: (...) *“aparece clara la característica de la ajenidad, ya que los frutos del trabajo pasan "ab initio" a la mercantil Zardoya Otis S.A. que asume la obligación de retribuir dichos servicios que están garantizados; por otra parte nada hay que acredite que el demandante asuma riesgo empresarial de clase alguna, ni que realice una inversión en bienes de capital relevante, pues la inversión que constituye elemento esencial de la actividad contratada se entrega directamente por la demandada.*

3.- Presunción de laboralidad.

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

inversión que el actor ha de realizar para poder desarrollar la actividad encomendada (herramientas comunes, teléfono móvil o pequeño vehículo) frente a la mayor inversión que realiza la principal y entrega al actor (herramienta especializada, vehículos para transporte de piezas importantes, así como el conocimiento de las instalaciones a montar para lo que se forma al actor).

Por otra parte no menos destacable resulta que el trabajo del actor es exactamente el mismo que realizan otros trabajadores de la empresa con los que ésta mantiene relación laboral. No estaríamos, por tanto, en el supuesto previsto en el artículo 5 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre de subcontratación en el sector de construcción que regula el régimen de subcontratación en dicho sector y que, en modo alguno, interfiere ni condiciona la aplicación de los artículos 1.1 y 8.1 ET .

Tampoco resulta de aplicación de la figura del trabajo autónomo económicamente dependiente (art. 11 de la Ley 20/2007), de tal manera que no ha quedado acreditado que desempeñe una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa; lo que constituye requisito imprescindible para que pueda darse la figura. Por otra parte la ya comentada constancia de existencia de dependencia excluye que estemos en presencia de un trabajo autónomo.

IV.- Conclusiones

La situación de tránsito hacia un nuevo modelo económico y social que estamos viviendo tras la catarsis de la crisis económica impone, como era de prever, infinidad de interrogantes e incertidumbres en prácticamente todos los ámbitos de conocimiento. Ninguna actividad, sector productivo o profesión escapan al impacto tecnológico. Por otra parte el Derecho del Trabajo surge y se enriquece precisamente tras una revolución industrial que en el s XVIII planteó un escenario social equivalente al que hoy vivimos. Desde entonces y hasta ahora, convivimos con esas zonas grises (entre lo civil-mercantil y laboral) a la que hacíamos referencia en las primeras líneas de este artículo. ¿Cuál es la novedad que se introduce ahora? En mi opinión, sin duda, la facilidad que introducen las nuevas plataformas digitales de

intercambio de servicios, que permiten de una manera tremendamente cómoda y sencilla que cualquier persona pueda desempeñar actividades retribuidas en un marco jurídico extremadamente flexible. El blockchain es el paradigma de cuanto hablamos.

Precisamente y justo en este mismo sentido, la sentencia viene a coincidir prácticamente al mismo tiempo con la publicación del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el periodo 2018-2020 (Resolución 1 de abril de 2018, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018. BOE núm. 95, 19-04-2018). En la Introducción de dicha norma se lee literalmente: *“Por otra parte, asistimos a intensas transformaciones de nuestro modelo productivo, en el que emergen con inusitada celeridad, con el uso extensivo de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, la generalización de la digitalización y el desarrollo creciente de la denominada «economía de las plataformas», nuevas formas de organización de la actividad o incluso relaciones de trabajo de nuevo cuño, de difícil conceptualización, que demandan un especial esfuerzo para su entendimiento y asimilación, que podrían exigir adaptar la normativa y que exigen impulsar la capacidad para detectar los abusos que a veces se producen al amparo de estas nuevas prácticas y, sobre todo, la voluntad, la energía y los medios necesarios para combatirlos.*

En este sentido, en el Plan Estratégico se disponen las siguientes medidas: *“Línea 84. Falso trabajo autónomo: 1) Elaborar protocolos y guías de actuación que permitan la detección de falso trabajo autónomo. 2) Establecer conjuntamente un nuevo sistema de detección mediante cruce de datos con la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social. 3) Diseñar un sistema para la búsqueda de empresas interpuestas que favorezcan esta tipología de fraude.”*

Este nuevo contexto económico arrastra toda una estrategia de “hiper-utilización” del mecanismo de la externalización productiva, bajo dos premisas metodológicas claramente identificadas:

- a) “subasta” en los precios de “licitación” de los servicios. Lo que genera la incorporación de facto de autónomos que compiten por la prestación del servicios habitualmente desempeñadas por empresas del sector. Tiene esto mucho que ver con el fenómeno de atomización del propio concepto de empresa al que igualmente asistimos en el actual contexto económico. El caso que nos ocupa es buen ejemplo de ello. Los apurados márgenes de beneficio económico son los argumentos que habitualmente plantean las empresas que los utilizan. A resultas de lo cual, este criterio economista se arrastra a toda la cadena de contratación y provoca fenómenos como el que precisamente se discute en esta sentencia;
- b) El diseño de una apariencia documental de externalización de servicios “clásica”. Es decir, asumida la situación fáctica expuesta, se hace necesario diseñar una estructura de prueba documental de existencia de externalización clásica, con el objetivo de “contrarrestar” los indicios que pudieran apuntar a la consideración o presunción de laboralidad. Hablamos de las denominadas *guía del subcontratista*, a la que precisamente se hace mención en la propia sentencia. Se trata de documentos que regulan aspectos tales como la metodología de trabajo, mediante recomendaciones de actuación, protocolos de presentación de los resultados del trabajo, mecanismos de distinción de herramientas o instrumentos para identificar los bienes propiedad de la empresa y propiedad del autónomo que participa en la actividad, entre otros aspectos. Como puede intuirse la literatura de estas guías bordea en no pocas ocasiones elementos tales como el poder de dirección del empresario o las facultades de organización de la actividad productiva, verdaderas señas de identidad de la dependencia o la subordinación laboral.