**Autor: Dr. Fulgencio Pagán Martín – Portugués**

Abogado – Graduado Social

Profesor Asociado UPCT - UM

El falso trade

INDICE: A.-Planteamiento. B.- Trabajador Autónomo Depediente Trade. C.- La jurisdicción social. D.- El Desempleo. E.-La Tesorería General de la Seguridad Social. F.- Trade. Tribunal Supremo. G.- Conclusiones

**A.- Planteamiento.**

En esta Comunicación viene a tratarse un caso real, que parte de la contratación como trabajador autónomo dependiente, trade, de una persona que ejerce para una empresa única y exclusivamente la totalidad de su jornada y su dedicación como trabajador autónomo, y que formaliza y registra oportunamente su contrato de trade con duración prevista por período de diez años, y con una indemnización contemplada de carácter gradual con un pago de 4.000 euros si la resolución se producía en los primeros cuatros años del contrato, suplementando el importe en un 10% por cada año adicional que transcurriera. El cálculo indemnizatorio se cifraba por un importe día de 50 euros.

 El trabajador autónomo, previamente, había prestado servicios para la misma empresa, como autónomo, no trade, y como repartidor de bombonas de butano, desde 15/08/1996, y realizaba facturas mensuales a la empresa confeccionando y cumpliendo con sus declaraciones tributarias

Se analiza la extinción del trade, que se acciona como despido, y las consecuencias de la resolución judicial en las distintas vertientes tanto de acción protectora, como en materia de cotización y recaudación a la Seguridad Social

**B.- Trade**

El trabajador que viene prestando servicios para la empresa como autónomo, desde 15/08/1996, en fecha de 01/08/2012 suscribe contrato como trade por el que prestaba sus servicios de lunes a viernes de 08h a 16h. Al finalizar la jornada devolvía la furgoneta a la empresa y liquidaba la recaudación del día. Asímismo se ha de noticiar que el trade portaba el uniforme de la empresa y no se distinguía de ningún otro operario pues la vestimenta era la misma, así como el medio de transporte también rotulado con el logo de la empresa, sin que se distinguiera del resto del personal. Sobre el medio de transporte utilizado, la camioneta era titularidad de la empresa, y por su uso se realizaba un pago mensual en concepto de alquiler, que se satisfacía restándolo del importe que la empresa pagaba por los servicios.

En fecha de 04/06/2014 por la empresa se procede a entregar carta por la que resuelve el contrato de trade sin derecho a indemnización por motivos disciplinarios, basados principalmente en la ingesta de bebidas alcohólicas en el desarrollo de su jornada.

 **C.- La jurisdicción social.**

Se demanda ante el Juzgado de lo Social, por despido, en acción acumulada a los días de junio pendientes de percibir. Se dicta sentencia en la que con carácter previo se analiza la causa de resolución entendiéndola ajustada a derecho por considerar suficientemente probadas las causas motivadoras, amén de razonar sobre el peligro de la actividad de reparto de este tipo de material inflamable y la posible y más que probable responsabilidad en caso de siniestro. El juzgador también razona sobre el tratamiento de la posible embriaguez habitual y el atemperamiento de la sanción, si bien a su juicio impera la gravedad y el riesgo concluyendo la poca graduación que admite la ingesta alcohólica, por su gravedad suficientemente grave y culpable, que justifica el proceder del empresario y valida la potestad disciplinaria ejercitada.

 Por el juzgado se entiende que la medida adoptada por el empresario es un despido por estar ante una relación laboral, y no ante un trabajador autónomo dependiente, pese a la suscripción del contrato de trade, al considerar que el hecho de estar afiliado y cotizando al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, no establece la existencia de trade máxime cuando el trabajador estaba conduciendo un vehículo propiedad de la empleadora, sin que en nada se distinguiera del resto de los trabajadores de la empresa, realizando al igual que los demás empleados su trabajo como cualquier otro trabajador por cuenta ajena, y siendo sometido a la distribución y modificación de las rutas a realizar, el reparto de las zonas, cambio de éstas, sin que nada se diferenciara el actuar del empresario, respecto a la organización y dirección sobre el trade de la que realizaba sobre el resto de los operarios. Así, por el juzgado se declara la existencia de relación laboral, se desestima la demanda por despido por entenderlo procedente, y se reconoce el pago de las cantidades pendientes de liquidar a la fecha de la resolución.

 Interpuesto recurso de suplicación por la empresa y por el trabajador, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que resolvió en fecha 21/12/2015[[1]](#footnote-1), se dicta sentencia desestimando sendos recursos y condenando en costas a la empresa recurrente, con un importe tasado de 250 euros. El trabajador solicitaba en su recurso la nulidad de la sentencia y subsidiariamente la improcedencia del despido. La empresa solicitaba la desestimación de la demanda.

 La invocación de la demandante sobre la nulidad, art.193.a de la LRJS[[2]](#footnote-2) se basaba en la nulidad de la prueba de detectives, esencial para la convicción del juzgador, y en su no visionado en el acto de juicio. La Sala rechaza la impugnación por entender que nada se hizo constar sobre este tenor en la vista, y la prueba se ha de tener por incorporada a los autos formando parte de los mismos y por tanto quedando validada por los hechos probados, rechazando la revisión de los mismos, en sede del art.193.b de la LRJS prácticamente por las mismas razones apuntadas respecto a las alegaciones impugnatorias de la empresa, que ahora analizaremos, y ratificando la convicción del juzgador al entender que las revisiones propuestas lo serían, aunque por el recurrente no se menciona así, por las declaraciones que tuvieron lugar por la prueba testifical por cuanto no se acepta ninguna alternativa en la redacción – modificación – supresión de los hechos probados propuesta en el recurso.

 Por la empresa se recurre en la invocación de la revisión de los hechos probados realizando a la redacción alternativa, al amparo del art.193.b de la LRJS, pretendiendo incorporar la inexistencia de prestación laboral, insistiendo en la existencia de trade, negando antigüedad, jornada, horario, y salario. Por la Sala se rechaza la revisión de los hechos probados, con idéntico motivo invoca en el recurso del trabajador, entendiendo que hay que estar a la convicción del juzgador a partir de la prueba practicada.

**D- El desempleo.**

El trabajador, una vez obtenida la firmeza de la resolución de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, inicia un periplo de acuerdo con los hechos probados, e inalterados, de la sentencia del juzgado de lo social, donde consta, antigüedad, salario, y relación laboral.

Como primera acción procede a interesar la modificación de la vida laboral en la Tesorería General de la Seguridad Social, en adelante TGSS, lo que inicialmente no obtiene, iniciando el proceso administrativo para su obtención.

Denegada la modificación de la vida laboral por la TGSS, por el trabajador, con invocación de la sentencia del juzgado de lo social, firme, se interesa que por el Sepe se reconozcan las prestaciones por desempleo, así como el reconocimiento del porcentaje en la cuantía establecida como salario por la resolución judicial. Por el Sepe se hace un reconocimiento parcial, vía reclamación previa, si bien establece como días consumidos el período que el actor estaba percibiendo por el pago de un subsidio que satisfacía el referido Sepe, así por el trabajador se reclama la regularización de esos días de acuerdo con el 70% de los 180 primeros días de cotización a razón de 42,52 euros día que establece la sentencia del Juzgado de lo Social que resolvió el despido.

El trabajador también reclama, la concesión del período máximo de prestación 720 días, y todo porque el derecho no se ha podido ejercitar con anterioridad, y al declararse la relación laboral desde 15/08/1996 a 04/06/2014, había que estar al período máximo, y no al año, 360 días, que otorgaba el Sepe, entendiendo el trabajador que no se podía penalizar o realizar una aplicación temporal, máxime cuando la Inspección de Trabajo había incoado Acta de liquidación por este período.

Interpuesta demanda ante el Juzgado de lo Social, en la vista el Sepe, Servicio Público de Empleo, se opuso por entender que el objeto del proceso era la duración de la prestación y ésta habría de extenderse al período en el que cabía declarar la responsabilidad empresarial. La empresa empleadora, se opuso por entender que no existía una petición de condena respecto a ella y no había sido parte del expediente administrativo, aduciendo – de forma sorpresiva o quizás intencionada que desconocía la sentencia que reconocía la relación laboral.

El Juzgado de lo Social, que resuelve la demanda por desempleo, incardina los hechos probados de la sentencia de instancia del despido, y los razonamientos de la Sala en la sentencia confirmatoria, para de seguido entrar a responder la llamada a juicio de la empresa estableciendo que efectivamente es la primera vez que se ventilan las posibles responsabilidades, por falta de alta y cotización, y entiende que por eso mismo ha de ser llamada al proceso a fin de que pueda defenderse con total amplitud, sin que en el expediente administrativo se haya realizado ninguna afirmación o establecido ninguna obligación que pudiera perjudicar a la empresa, por cuanto su ausencia en el expediente administrativo no le ha causado ninguna indefensión.

A continuación se procede a analizar por el juzgador la invocación realizada del principio de automaticidad de las prestaciones respecto a la acción ejercitada en materia por desempleo concluyendo que ha de ser estimada la petición realizada de abono del máximo legal de 720 días, en contra de lo manifestado por la empresa, toda vez que el pronunciamiento del Juzgado de lo Social que resolvió el despido y extinción de trade era claro y establece la prestación laboral desde 15/08/1996 por cuanto en virtud del principio de cosa juzgada material y formal el juzgador actual debe quedar vinculado plenamente a dicha resolución judicial, vinculación que además procede del fundamento jurídico de la sentencia que realiza cumplida respuesta a lo ahora alegado por la empresa, y que, si se llevara a cabo, produciría una privación de la efectividad esperada de toda resolución judicial, pues además supondría una renuncia de derechos y un fraude de ley no permitido, pues por la empresa se toma como asidero el contrato de trade, y éste no puede tener ningún efecto jurídico, sin que por tanto pueda invocarse, toda vez que ha sido declarado fraudulento, y por tanto no sirvan los instrumentos jurídicos confeccionados ad hoc como fórmulas *ad solemnitatem* con apariencia de validez y legalidad.

Se reconoce por tanto la prestación al límite de 720 días, con condena al Sepe, en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones, y todo y sin perjuicio de la responsabilidad de la empresa, que pudiera recaer – y que el Juzgado no precisa- sobre las prestaciones y el período no cotizado. Sirve asidero a su resolución, y referencia el juzgado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19/07/2016[[3]](#footnote-3), y se establece en el actual art.167 de la Ley General de Seguridad Social[[4]](#footnote-4).

El juzgador además establece que habiendo quedado acreditada la antigüedad en la sentencia estimada, procede la adición al hecho probado de su resolución, y quedando constatado el descubierto de cotización de la empresa en el período que se devenga la prestación por desempleo se han de computar los seis años de cotización para el reconocimiento de la prestación debiendo estarse a la fecha del reconocimiento del período desde la resolución judicial que declara la relación laboral.

Por el Juzgado se estima la demanda y se declara el derecho a percibir la prestación por desempleo hasta el límite de 720 días, condenando al Sepe al pago de la prestación y sin perjuicio de la acción de repetición contra la empresa por parte del referido Servicio Público de Empleo por la responsabilidad que pudiera corresponderle por las prestaciones abonadas. La sentencia del Juzgado de lo Social adquirió firmeza, no siendo recurrida ni por la empresa ni por el Sepe.

**E.- La Tesorería General de la Seguridad Social.**

El trabajador formula solicitud de actualización de datos ante la Tesorería General de la Seguridad Social, en adelante TGSS, aportando las sentencias de los juzgados de lo social, esto es, la que reconoce la relación laboral y la que reconoce la prestación por desempleo derivada de la misma, y ante la negativa de TGSS procede iniciar una doble vía judicial, de una parte para conseguir el reconocimiento de sus cotizaciones en la vida laboral, solicitando la anulación del período de alta y cotización de autónomos, así como la plasmación del período en Régimen General recogiendo a la empresa empleadora; y por otra parte interpone una segunda acción solicitando la devolución de las cuotas abonadas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, RETA, y la anulación de los expedientes de apremio y embargo realizado por el impago de estas cuotas, solicitando también, obviamente el reintegro de las cantidades embargadas por la URE.

El trabajador reclama aduciendo que si bien pueden existir períodos prescritos de recaudación, y de exigencia de cuotas a la empresa empleadora, la resolución judicial reconoció como fecha de ingreso la de 15/8/1996, y es desde esta fecha desde la que solicita la modificación y los movimientos de la TGSS aduciendo que la nulidad de su contrato de trade, y su situación de autónomo contiene efectos *ex tunc* esto es, habida cuenta de los efectos de los actos declarados nulos, que es como si nunca hubieran existido, solicita el reconocimiento de la vida laboral en el Régimen General desde la fecha de 15/08/1996, adicionando además en su petición que se formuló denuncia a la Inspección de Trabajo, una vez firme las actuaciones, dado que los funcionarios no actúan ante la pendencia y litigiosidad del proceso. Por el trabajador se invocó, entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 09/07/2015[[5]](#footnote-5).

La sentencia de Galicia resuelve el recurso dictado contra la resolución de la TGSS que desestima el recurso de alzada por el que se solicitaba la rectificación de los datos de la vida laboral instando la inclusión sobre períodos trabajados, acreditados y no reconocidos, interesando también la consignación de las bases de cotización de dichos períodos. Por la TGSS se desestima la pretensión por extemporánea, si bien la Sala y al amparo del Reglamento General de Recaudación[[6]](#footnote-6), sostiene que si bien el art.32 del Reglamento contempla que las solicitudes de alta, baja y variación de datos deberán formularse dentro de los plazos normados, dicho articulado no puede aplicarse al presente caso, toda vez que el art.43 del mismo Reglamento preceptúa que si el empresario incumpliera la obligación de dar de alta a sus trabajadores, éstos podrán solicitar su alta en el momento de tener constancia del incumplimiento.

Así el trabajador interpone demanda ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia por la que solicita se proceda al reconocimiento de los períodos y cuantías de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, así como que se procediera a la anulación de los períodos de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, instando asimismo que se revocara la resolución dictada por la TGSS que desestimaba esta solicitud realizada. Se interesaba expresamente que esta modificación se volcara al informe vida laboral.

Las acciones fueron acumuladas de tal forma que se formuló única demanda y con invocación a la obediencia a las resoluciones judiciales, se suplicaba dejar sin efecto las providencias de apremio y materialización de embargos de la Unidad de Recaudación Ejecutiva, URE, sobre cuotas de autónomos debidas y no pagadas, así se insta a que por la TGSS se reconozca y plasme la relación laboral y por tanto se realizara la variación en los datos de vida laboral anulando la afiliación en el RETA, eliminado este período y sus cuotas y procediera a incorporar, el tiempo de cotización de autónomo en cotizaciones al Régimen General, así como la base de cotización obtenida del salario declarado probado por la sentencia del juzgado de lo social.

 La demanda contaba en su fundamentación jurídica la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19/01/2001[[7]](#footnote-7) que establecía que quien no debía estar de alta en un régimen es un acto que puede efectuarse en todo tiempo, y desde la fecha en que se constaten la existencia de requisitos para estar de alta en el régimen general es desde la fecha que debe ser aceptado el cambio de encuadramiento, y por tanto, los efectos han de ser la reposición a la situación anterior donde conste el carácter indebido del alta.

 También se invocaba la sentencia de la Sala Contencioso del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que en sentencia de 10/02/2016[[8]](#footnote-8) resuelve un supuesto similar en el que la TGSS basa su negativa de modificación bajo el alegato de que los actos de encuadramiento de los periodos han quedado firmes y consentidos, y que su revisión no puede tener efectos retroactivos sino que sus efectos han de limitarse a futuro, criterio que no compartido por la Sala por entender que se estaba ante un presupuesto de revisión de oficio derivado de un encuadramiento indebido.

 También se invocó la sentencia de la Sala Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 13/10/2000[[9]](#footnote-9), en al que la Sala declara la nulidad de la providencia de apremio una vez acreditada la relación laboral, con percepción de desempleo, que coincide con el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y declara la nulidad de la providencia de apremio objeto de impugnación basándose en la doctrina del Tribunal Supremo, sentencia de 28/06/1999[[10]](#footnote-10) que establecía que el requerimiento de pago de una providencia de apremio queda sin efecto ante la efectividad del cese de la actividad, aun siendo contrario al Reglamento, pues ya existía un reconocimiento de fecha concreto de cese en la actividad lo que no permitía reclamar las cotizaciones. La sentencia establece que la obligación de cotizar se debe extender hasta la realidad de la situación que obliga, debiendo estarse a la realidad material más allá de la extemporaneidad de la fecha de baja o del transcurso de los plazos previstos.

En síntesis, en la demanda, se solicitaba se dictara sentencia por la que quedara sin efecto la Afiliación Alta y Cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con todos los efectos inherentes de anulación de cuotas de dicho Régimen, instando a que se reconocieran los periodos de alta y cotización en el régimen general de 15 de agosto de 1996 a 4 de junio de 2.014, con una base de cotización de 1.275,60 euros/mes - 42,52 euros diarios, y con la consiguiente anulación de alta de autónomos y de las cuotas derivadas de dichos períodos, instando por tanto a que se quedara sin efecto el procedimiento de apremio sobre las deudas generadas del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, que nunca debieron apremiarse, pues no debieron existir dado que nunca se debió existir el alta como autónomo, debiendo aplicarse dicha supresión al estar ante un acto nulo *ab initio*.

Por la TGSS, se realiza la contestación a la demanda en la que haciendo un relato fáctico de la situación del trabajador se mantiene el período de alta del trabajador en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos desde su alta en 01/09/1996, y retrotrayendo el alta al Régimen General hasta cinco años anteriores a la fecha de presentación de denuncia a la Inspección de Trabajo, y supeditándola al ingreso de las cuotas de pago por la empresa de la Seguridad Social derivada de la cotización del trabajador.

La TGSS invoca la aplicación del Reglamento de Inscripción, RD 84/1996, y en concreto de su art.59.1 que dispone que la afiliación indebida al Sistema de Seguridad Social determinará la reposición al momento anterior de la afiliación indebida, por la TGSS se reconoce la existencia de un pronunciamiento judicial que declara la existencia de una relación laboral por cuenta ajena, a cuyo cumplimiento se siente compelido, si bien la Administración de la Seguridad Social, no procede a la anulación de los períodos de autónomo pues entiende que conforme dispone el artículo 35.2 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de datos de Trabajadores en la Seguridad Social se debe mantener el periodo de alta del trabajador cursado por la empresa modificando solamente la fecha de efectos del alta, y todo porque el tenor de la norma establece que si las altas se efectuasen de oficio por las citadas direcciones provinciales o administraciones como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los efectos de la declaración del alta se retrotraerán a la fecha en que se haya llevado a cabo tal actuación.

Es por lo expuesto que por TGSS se entiende que los efectos del alta en el Régimen General de la Seguridad Social, de acuerdo con los efectos especiales que la normativa de Seguridad Social atribuye a las altas y bajas practicadas de oficio, se han de realizar con independencia del fallo de la sentencia del Juzgado de lo Social, máxime cuando se trata de un procedimiento en el que este Servicio Común no ha sido parte y no se impone una condena expresa de la actuación a su cargo, invocando que estos efectos no pueden ser anteriores a la fecha de inicio del periodo de liquidación, que se encuentra limitado a su vez por el instituto de la prescripción regulado en el artículo 24 de la LGSS, y por tanto entiende que el alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos no es indebida y no procede su anulación como propone el recurrente por no ser ese período de alta concurrente con el periodo de alta reconocido en el Régimen General de la Seguridad Social.

Finalmente, y en lo que respecta a la permanencia y pertinencia de los cobros en vía de apremio, entiende TGSS que éstos deben continuar pues considera de aplicación el art. 85.1 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social[[11]](#footnote-11); que establece que procederá su emisión con los supuestos de falta de ingreso de las cuotas relativas a trabajadores en alta en el RETA, y en el presente supuesto al estar ante providencias de apremio firmes, conforme al art.87 del referido Reglamento General de Recaudación ejecutivo procederá el embargo de los bienes y derechos al responsable para el cobro forzoso de la deuda.

Se puede apreciar en la contestación de la TGSS a ambas cuestiones que el ente gestor permanece inalterable, y casi ajeno a los pronunciamientos del orden social, y permanece invariable a la nulidad de los actos nulos, realizando una interpretación restrictiva del derecho del trabajador, retrotrayéndose a los períodos no prescritos, y sometiendo el derecho al ingreso de las cuotas generadas en el Régimen General tras la declaración de relación laboral, entre el trabajador, hasta entonces trade, y la empresa.

La sentencia de la Sala Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia resuelve por sentencia de 09/02/2018[[12]](#footnote-12), y previamente recoge la posición de las partes, de la demandada, TGSS, que considera conforme a derecho la práctica de liquidación y embargos realizados, por considerarse la Administración habilitada a realizar apremio de actos administrativos ejecutivos sobre los que no se solicitó suspensión, y por tanto, al no estar anulada ni suspendida, considera TGSS que es procedente la práctica de los embargos. A continuación, procede la Sala a exponer los argumentos de demanda basados en las sentencias de la jurisdicción laboral en las que se declaraba que la afiliación al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos era nulo, pues al estar ante un falso autónomo, la consecuencia de este alta de autónomo debía tratarse como si nunca hubiera existido.

La Sala estima la demanda y expone que las consecuencias de la nulidad de los actos jurídicos, llevan a la consideración de que lo que es nulo no produce efecto alguno; y no los produce ab initio, es decir, desde el momento en que el acto afectado por la nulidad se produjo, por cuanto procede a anular y dejar sin efecto la Afiliación Alta y Cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos del demandante, con todos los efectos inherentes de anulación de cuotas de dicho Régimen, reconociendo los periodos de alta y cotización en el régimen general de 15 de agosto de 1996 a 4 de junio de 2.014, con una base de cotización de 1.275,60 euros/mes - 42,52 euros diarios-, y con la consiguiente anulación de alta de autónomos y de las cuotas derivadas de dichos períodos, dejando sin efecto el procedimiento de apremio sobre deudas del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, procediendo a la imposición de costas a la Administración demandada. La sentencia adquirió firmeza.

**F. Trade. Tribunal Supremo.**

Respecto a la figura y notas del Trade procede destacar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 08/02/2018[[13]](#footnote-13) que resuelve el recurso de una empresa de ascensores en la que el demandante figura de alta en el RETA, habiendo prestado sus actividades profesionales para la empresa demandada desde el 01/09/05 como instalador de ascensores en virtud de contrato marco de colaboración para la ejecución de obras, percibiendo sus retribuciones contra facturas. Las facturas giradas en el año 2013 ascendieron a 11.977 euros.

La empresa demandada. y el actor suscribieron contrato marco de colaboración para la ejecución de obras, en el que aparece como adjudicataria de obras para el suministro, instalación y reparación de aparatos elevadores y que interesa subcontratar parte de las obras, la empresa consta como contratista, y como subcontratista el autónomo para la actividad específica de montaje de aparatos elevadores, figurando en dicho acuerdo que el subcontratista se comprometía a realizar para la empresa. los trabajos de instalación y reparación de aparatos elevadores en las condiciones pactadas en el acuerdo marco, corriendo el subcontratista con todo el material, y el equipo para la ejecución de todas y cada una de las unidades de obra encomendada, cuyos elementos le serían suministrados por la empresa, siendo a partir de ese momento de su cuenta y riesgo la custodia de los mismos, así como todos los daños que dichos materiales pudieran sufrir en el periodo de montaje, tanto por su manipulación y transporte en obra, como por su manejo durante el montaje.

No existía ningún horario de trabajo, si bien había un sometimiento a la imposición de plazos de realización del montaje y al resultado fijado por la empresa. Por el trabajador autónomo se utilizaba su propio vehículo y teléfono móvil. El utillaje de montaje específico para ascensores era facilitado por la empresa demandada, el resto de herramientas ordinarias eran aportadas por el actor. El mono de trabajo lo aportaba 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 mercancía, es decir, los ascensores, le eran entregados por la empresa proveedora. Las vacaciones del actor no tenían que ser autorizadas por la empresa demandada. 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 trabajador autónomo se le entregaba el plan de seguridad y salud, manuales de montaje y reparación así como una guía del subcontratista.

A raíz de un descenso del volumen de trabajo de la empresa demandada, se le comunicó que se le iba a ofrecer escaso trabajo, así el actor y otros autónomos en sus mismas circunstancias firmaron un anexo al contrato marco de colaboración para la realización de una parte de ogra en un edificio concreto.

La empresa, posteriormente, suscribió para este mismo trabajo un anexo a contrato marco con otro instalador. El trabajador autónomo, junto con otros dos instaladores-montadores, presentaron presupuesto para ejecutar un servicio de mantenimiento de escaleras y andenes mecánicos. Pasado un tiempo y al no tener respuesta, el trabajador autónomo junto con aquellos dos citados instaladores, presentaron papeleta de conciliación frente a la empresa en reclamación de derechos, celebrándose el acto de conciliación con el resultado de sin avenencia, por cuanto procedió a remitir 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. Nuevamente se intentó conciliación administrativa por despido con el resultado de sin avenencia.

La cuestión a resolver es determinar la relación jurídica entre el demandante y la empresa a fin de delimitar si constituye una relación laboral. La empresa considera que estamos en presencia de una contrata de obra, lícitamente constituida y aplicada, en la que no se aprecian las notas que caracterizan al contrato de trabajo, sino que, por el contrario, la relación entre las partes siempre se ha mantenido en el ámbito estrictamente civil en el que se han producido la realización de diversas obras contratadas que se han llevado a cabo por el actor con plena autonomía y responsabilidad, lo que determina la inexistencia de relación laboral entre las partes con la consecuente declaración de incompetencia de jurisdicción del orden social.

Procede por la Sala a examinarse las cuestiones derivadas de la rescisión del contrato celebrado entre las partes, ya esclarecer la distinción entre contratos laborales y civiles. Para determinar la existencia o no de relación laboral se establecen los criterios a seguir:

a) La realidad de los hechos prevalece sobre el nombre que las partes puedan darle a la relación, siendo irrelevante la calificación jurídica que éstas le den.

b) Asimismo, existe una presunción de laboralidad que opera iuris tantum y el artículo 8 Estatuto de los Trabajadores[[14]](#footnote-14) atribuye a la relación existente entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe.

 c) La línea divisora entre el contrato de trabajo y el contrato de ejecución de obra y de arrendamiento de servicios, objeto de regulación por la legislación civil o mercantil no aparece definida en la legislación, habiendo de estar al casuismo.

 La doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha sentado una serie de criterios que resume en su sentencia de 9 de diciembre de 2004[[15]](#footnote-15) y que establece que la configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato del arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho, al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente.

Así se define la relación laboral: 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, 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.

Para establecer la solución al supuesto procede analizar las otras notas configuradoras de la relación laboral, cual es la existencia de la nota de dependencia, en palabras del Tribunal Supremo entendida como situación del trabajador sujeto, aún en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa; y la nota de ajenidad, respecto al régimen de retribución. Establece la Sala 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; así como la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; siendo su reverso la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

Respecto a las notas de ajenidad, entre otras, se destaca la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados ; la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender.

El carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos con arreglo a un criterio de proporción con la actividad prestada, sin asumir el riesgo y sin el lucro especial que caracteriza a la actividad del empresario será otra nota que permita configurar la relación laboral.

En el supuesto de análisis, y a la vista de los hechos que resumíamos a juicio de la Sala cabe declarar la relación laboral entre las partes, por la concurrencia de los requisitos definidores de ésta, así concurren las notas de voluntariedad y de prestación de servicios personales, aparece la característica de la ajenidad, ya que los frutos del trabajo pasan "ab initio" a la mercantil pues es la empresa quien asume la obligación de retribuir dichos servicios que están garantizados; y nada se acredita de que el trabajador autónomo asuma ningún riesgo empresarial, ni que realice una inversión pues el elemento esencial de la actividad contratada se entrega directamente por la empresa demandada; además, los trabajos llevados a cabo por el trabajador autónomo, ahora demandante (montaje de ascensores y elevadores y su eventual reparación) se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de la mercantil demandada que es la que proporciona no solo los bienes de equipo, sino las instrucciones de montaje.

La sentencia destaca especialmente que el trabajador autónomo sólo haya prestado sus servicios exclusivamente para la empresa, haciéndolo de forma habitual, personal y directa realizando el mismo trabajo que un montador -oficial 2ª- laboral de la empresa y que en su trabajo vestía con un mono que llevaba el distintivo de la empresa.

Además, no consta que el autónomo 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, y es por tanto que operando en el caso la presunción de laboralidad, resulta forzoso concluir que al concurrir las notas típicas de la relación laboral y por tanto así ha de calificarse la relación del demandante con la demandada

A juicio de la Sala la anterior conclusión es compatible con indicios que a su juicio resultan marginales o insuficientes, que pudieran afectar a la dependencia, como la no sujeción a horario o no imposición de vacaciones; y a la de ajenidad, como la utilización de medios propios, si bien resulta destacable la escasísima cuantía en inversión que ser ha de realizar para poder desarrollar la actividad encomendada (herramientas comunes, teléfono móvil o pequeño vehículo) frente a la mayor inversión que realiza la empresa principal como la entrega de herramienta especializada, vehículos para transporte de piezas importantes. También resulta determinante que el trabajo suyo sea el mismo que realizan otros trabajadores de la empresa, con los que ésta sí mantiene una relación laboral, por cuanto no cabe hablar de subcontratación, ni cabe aplicar el art.11 del Estatuto del Trabajo Autónomo[[16]](#footnote-16) que regula el trabajador autónomo económicamente dependiente, al no estar ante una inclusión de su ámbito subjetivo, al no haberse acreditado la realización de una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa, pues la constatada existencia de dependencia en el caso examinado excluye estar en presencia de un trabajo autónomo.

**G.- Conclusiones.**

Procede ahora realizar el recorrido realizado por el trabajador autónomo, desde el inicio de su vinculación con la empresa y las consecuencias que derivan del reconocimiento de la relación laboral que se produce por el Juzgado.

 Es importante reseñar cómo puede derivar una demanda de reclamación de indemnización por resolución de un contrato de trade en el reconocimiento de una relación laboral, con las consecuencias que se pueden derivar.

 Interesa ahora delimitar la correcta figura del trade y del falso trade, así como la realización del trabajador autónomo, y para ello pondremos en parangón las distintas circunstancias que puedan delimitar la naturaleza de la prestación realizada.

 El trade, es definido en el art.11 del Estatuto del Trabajo Autónomo como el que 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 dependen económica y del que perciben al menos el 75 por cierto de sus ingresos.

A continuación, la norma establece como condición la de no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena, así como la prohibición de contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, extendiendo la prohibición tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes.

 Así las cosas, podríamos concluir que sí estaríamos ante un Trade, en el supuesto que se cumplieran los siguientes requisitos, como es la capacidad o no de rechazar el pedido, la libertad de ejecución del trabajo, la forma de contactar con el cliente directo y no con la central al desarrollar el trabajo, el sistema de retribución de cobro por pedido o trabajo, la fijación libre de inicio o fin de la jornada, la ausencia de obligación de cumplir con un mínimo de pedidos, o días de trabajo, el derecho a interrumpir la actividad por vacaciones, el derecho a no justificar las ausencias, sino sólo en comunicarlas preavisándolas, la inexistencia de pacto de exclusividad, la asunción de responsabilidad del buen fin del servicio y asunción de daños o pérdidas durante el transporte, la elección de ruta durante la actividad, la asunción de gastos del medio de transporte – coche, moto- y del medio de comunicación – teléfono-., el no contar con unas directrices ni de horario ni de jornada, tener un dominio completo de la actividad sin ser afectado por el poder disciplinario del empresario-cliente más allá del lógico ante la no realización de los servicios, contar con capacidad de auto-organización, asunción de riesgo y ventura, utilización de todos los medios e instrumentos de trabajo necesarios, asumir la inversión de estos medios. Disponer de días libres, días de ausencia. Ser perfectamente diferenciados de los trabajadores.

Y como conclusión final, sí estaríamos ante indicios de relación laboral, entre otras situaciones, cuando exista dependencia entendiendo como tal la obligación de asistencia al centro o lugar de trabajo, o cuando exista sometimiento a horario, o se proceda la inserción dentro de la organización, cuando se encuentre dirigido el trabajador en la ejecución de sus cometidos; también, y de forma adicional cuando se reúnan los requisitos de ajenidad, que ocurrirá cuando se entreguen al empresario los productos elaborados, cuando las decisiones del empresario sean órdenes, cuando la organización de actividad y de cometidos las realiza el empresario y no el trabajador, así como cuando se produzcan interferencias o entrometimientos por el empresario en la relación de trato con los clientes, en la fijación de precios y tarifas, o en la selección de rutas y recorridos, o también en el establecimiento de la retribución modulando el carácter fijo o variable según las circunstancias subjetivas del empresario.

1. Sentencia del TSJ de Murcia, Sala de lo Social. Recurso 380/2015. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 36/2011 de 10/10. BOE 11/10/2011. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia del TSJ de Cataluña. Sala de lo Social Recurso 2987/2016. [↑](#footnote-ref-3)
4. Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30/10. BOE 31/10/2015. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia TSJ CA.Secc.2. Recurso 4015/2014. [↑](#footnote-ref-5)
6. Real Decreto 84/1996 de 26/01. BOE 27/02/1996. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia TSJ C.Valenciana. Sala Social. Recurso 4350/1997. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia TSJ País Vasco. Sala CA. Recurso 375/2015. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia TSJ Cataluña. Sala CA. Recurso 1637/1996. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia Tribunal Supremo. Sala CA. Secc.2. Recurso 7875/1998. [↑](#footnote-ref-10)
11. Real Decreto 1415/2004 de 25/06. BOE 26/06/2004. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentencia TSJ Murcia. Sala CA. Recurso 09/02/2018. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sentencia Tribunal Supremo. Sala Social. Recurso 3389/2015. [↑](#footnote-ref-13)
14. Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23/10. BOE 24/10/2015. [↑](#footnote-ref-14)
15. Sentencia Tribunal Supremo. Sala Social Recurso 5319/2003. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ley 20/2007 de 11/07. BOE 12/07/2007. [↑](#footnote-ref-16)