



Roj: STS 1404/2014
Id Cendoj: 28079140012014100154
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3205/2012
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMOSala de lo SocialSALA GENERAL

SENTENCIA

Presidente Excmo. Sr. D.: Jesús Gullón Rodríguez

Fecha Sentencia: 19/02/2014 **Recurso Num.:** UNIFICACIÓN DOCTRINA 3205/2012 **Fallo/Acuerdo :** Sentencia Desestimatoria **Votación:** 12/02/2014 **Procedencia:** T.S.J.MADRID SOCIAL

Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel **Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz **Reproducido por:** MGC **Nota:**

RELACIÓN LABORAL: EXISTE ENTRE UN PERIODISTA TERTULIANO DE UNA CADENA RADIOFÓNICA PARA LA QUE PRESTA HABITUALMENTE SUS SERVICIOS EN RÉGIMEN DE AJENIDAD Y DEPENDENCIA PESE A COBRAR MEDIANTE FACTURAS GIRADAS A TRAVÉS DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL. VOTO PARTICULAR.

Recurso Num.: / 3205/2012 **Ponente Excmo. Sr. D.:** Manuel Ramón Alarcón Caracuel **Votación:** 12/02/2014 **Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

SENTENCIA NUM.:

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL SALA GENERAL

Excmos. Sres.:

D. Jesús Gullón Rodríguez

D. Aurelio Desdentado Bonete

D. Fernando Salinas Molina

D. Gonzalo Moliner Tamborero D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López

D. Jordi Agustí Juliá D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana D^a. Rosa María Virolés Piñol D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel

D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Jesús Souto Prieto

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Febrero de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado

D. Fernando Pérez-Espinosa Sánchez, en nombre y representación de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.L., contra la sentencia dictada el 8 de octubre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 3915/12, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid, de fecha 5 de marzo de 2012, recaída en autos núm. 980/11, seguidos a instancia de D. Bartolomé contra SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN SA., sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Procurador D. Pablo Hornedo Muguero, actuando en nombre y representación de D. Bartolomé.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Manuel Ramón Alarcón Caracuel**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de marzo de 2012 el Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º.-** El actor ha prestado servicios como colaborador en programas de la Cadena Ser, como contertulio, desde el 4-9-1994. Los programas en los que ha intervenido han sido: Hora 25, La Ventana y La Ventana de Verano. La retribución se efectuaba a través de facturas, en número de doce al año, por una cuantía de seis mil euros más IVA, que se aumentó del 16 al 18%. Las facturas se ingresaban en la cuenta corriente de Producciones y Servicios TXANTXALAN SL BBVA 0182-4008-21-0201526594, siendo el actor el administrador único de dicha empresa desde 2-12- 2005. El actor es administrador único de Promociones Urabayen SL desde 7-4-2005, Presidente Consejero de ORACRUZ SL desde 8-7-1999, y presidente de esta misma empresa desde 8-7-1999. Apoderado de EIMI 21 SL desde el 30-5-2006 al 17-7-2008 y Consejero desde el 1-4-2006 al 17-7-2008. De promociones Urabayen SL fue administrador solidario desde el 11-1-2000 al 7-4-2005. **2º.-** El actor colaboró en el programa La Ventana de Verano en 2009-2010 durante los meses de julio y agosto. A solicitud de la Directora del Programa, Sra. Elisabeth, ya que se le pidió al demandante su colaboración por ser también colaborador del programa La Ventana. **3º.-** No se le requería al actor su presencia en los estudios de la emisora de radio, sino que su colaboración, en cualquiera de los tres programas, se hacía desde La Habana, Buenos Aires y Londres, donde tiene domicilio el demandante. En algunas ocasiones también colaboró en el programa desde Madrid. **4º.-** La intervención del actor en el programa La Ventana era una vez a la semana y la duración de la tertulia era de una hora. El demandante tenía libertad para decir aquello que entendiera procedente en dicho programa. El actor podía cambiar el día en que entraba en el programa La Ventana y si el equipo lo decidía podía entrar cualquier día de la semana. **5º.-** Al demandante no se le daban directrices para su intervención en el programa. **6º.-** El 18-7-2011 el Director de Informativos de la Cadena Ser, comunicó al actor que no contarían con él para la próxima temporada, es decir, a partir del 31-8-2011. **7º.-** No consta que el actor sea o haya sido representante de los trabajadores o sindical. **8º.-** La empresa Producciones y Servicios TXANTXALAN SL figura inscrita en el Registro Mercantil de Madrid Tomo 22.028, libro 0, folio 96, Hoja M 392714 Inscripción 1ª. Está constituida por tiempo indefinido y domicilio social en Madrid. El objeto social es la producción, gestión, realización, compra y venta de programas de televisión para su difusión por cualquier medio, incluido internet y su domicilio es Calle Reina 33, 4º de Madrid. PROMOCIONES URABAYEN SL tiene su domicilio social en calle Reina 33 de Madrid, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, Hoja M69616, Tomo 4183, Folio 104. ORACRUZ S.L tiene su domicilio social en calle Reina 33 de Madrid, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, Hoja M141081, Tomo 8768, Folio 91. El objeto social es la importación y exportación de bienes y servicios, desarrollo de proyectos de comunicación, prensa y publicidad, inversiones turísticas y hostelería, suministro, comercialización y mantenimiento, equipos eléctricos, alimentación, comercialización y distribución, accesorios de moda, representación, comercialización y distribución cosmética, representación, comercialización y distribución calzado, ensamblaje y comercialización. EIMI 21 SL inició sus operaciones el 18-7- 2000 en domicilio social calle Prado nº 4 3º B de Madrid, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid Hoja M264238, Tomo 15686, Folio 17, y el objeto social es la conceptualización, diseño, desarrollo y comercialización de ideas y productos relacionados con los medios de comunicación, ya sea en el ámbito editorial, radiotelevisión o digital. **9º.-** En los años 2009 y 2010 no solo colaboró en Hora 25 y La Ventana sino también en Hora 25 Global, así como en el año 2010 y la cifra que figura como abonada por las colaboraciones es de 6 mil euros en todas las facturas correspondientes a esos años, mientras que en los años 2006, 2007, 2008 se le abonaban cantidades por las colaboraciones del programa La Ventana en función de los días en que tales colaboraciones hubieran tenido lugar. **10º.-** El actor fija como fecha de cese de su colaboración la de 18-7-2011. **11º.-** El actor escribía artículos en la Revista Viajar, en una sección llamada Crónica de otros Mundos, y reconoció los 69 documentos que se reseñan a los folios 219 a 222 y los artículos comprendidos en los folios 323 a 343.

Asimismo, el actor reconoció sus colaboraciones en el programa Confesiones de Antena 3, que consta a los folios 346 y siguientes, en el período 7-10-1994 a 3-9-1995. Asimismo, colaboró en programas de Antena 3 a que se contraen los folios 373 a 381 y manifestó no haber colaborado en el "programa La Noche de Fuentes pero sí en La Mirada Crítica". El actor figura como **tertuliano** por la Cadena Ser y Grupo Zeta, en la Semana de la Prensa 2000. **12º.-** La empresa Producciones y Servicios TXANTXALAN SL figura inscrita en el Registro Mercantil de Madrid tomo 22.028, libro 0 folio 96, Hoja M 392714, Inscripción 1ª. Está constituida por tiempo indefinido y domicilio social en Madrid. El objeto social es la producción, gestión, realización, compra y venta de programas de televisión para su difusión por cualquier medio, incluido internet y su domicilio es Calle Reina 33, 4º de Madrid. PROMOCIONES URABAYEN SL tiene su domicilio social en calle Reina 33 de Madrid, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, Hoya M69616, Tomo 4183, Folio 104. ORACRUZ SL tiene su domicilio social en calle Reina 33 de Madrid, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, Hoja M141081, Tomo 8768, Folio 91. El objeto social es la importación y exportación de bienes y servicios, desarrollo de proyectos de comunicación, prensa y publicidad, inversiones turísticas y hostelería, suministro, comercialización y mantenimiento, equipos eléctricos, alimentación, comercialización y distribución, accesorios de moda, representación, comercialización y distribución cosmética, representación, comercialización y distribución calzado, ensamblaje y comercialización. EIMI 21 SL inició sus operaciones el 18-7-2000 en domicilio social calle Prado nº 4 3ºB de Madrid, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid hoy M264238 Tomo 15686, Folio 17, y el objeto social es la conceptualización, diseño, desarrollo y comercialización de ideas y productos relacionados con los medios de comunicación, ya sea en el ámbito editorial, radiotelevisión o digital. **13º.-** Al actor se le entregó una tarjeta para acceso a las instalaciones de La Cadena Ser en la que figura la palabra C."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que con desestimación de la demanda presentada por Bartolomé contra SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN por estimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción, debo absolver y absuelvo en la instancia a la parte demandada, poniendo en conocimiento de la parte actora que podrá residenciar su acción ante la jurisdicción civil".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Bartolomé ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 8 de octubre de 2012, en la que consta el siguiente fallo: "Que, estimando el recurso interpuesto por D. Bartolomé contra sentencia de fecha 5-3-12 del Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid, en virtud de demanda formulada por el actor contra SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN S.A. sobre despido, declaramos la competencia de este orden jurisdiccional social para conocer de la demanda del actor, por lo que anulamos la sentencia de instancia y devolvemos las actuaciones al Juzgado de lo Social de procedencia con el fin de que dicte nueva sentencia resolviendo sobre el fondo de la pretensión ejercitada por el demandante".

TERCERO.- Por la representación de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja el 3 de diciembre de 2012. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 24 de septiembre de 2007.

CUARTO.- Con fecha 19 de marzo de 2013 se admitió por esta Sala a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de diciembre de 2013, suspendido dicho trámite, y dada la trascendencia y complejidad del asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del mismo se hiciera en Sala General, señalándose el día 12 de febrero de 2014, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión debatida es si la prestación de servicios del demandante para una conocida cadena de radiodifusión (cadena SER) como colaborador (**tertuliano**) en diversos programas desde el año 1994 hasta el año 2011 reviste o no los rasgos definitorios de una relación jurídicolaboral en los términos exigidos por el artículo 1 del ET. Los datos fácticos esenciales de esa relación profesional son los siguientes. El programa en el que principalmente prestó sus servicios como **tertuliano** durante todo ese tiempo fue "La Ventana" en el que intervenía una vez por semana durante una hora a través de vía telefónica digital (RDSI, un sistema de comunicación utilizado por la parte demandada), sin necesidad de desplazarse a los estudios de la radio, aunque esporádicamente sí lo hacía. También intervino en alguna época en "La Ventana de Verano"

y en "Hora 25". Tenía libertad para decir en esas tertulias lo que estimara procedente sin recibir directrices al respecto. Por esas colaboraciones se le retribuía con una cantidad fija de seis mil euros al mes más IVA, si bien el cobro se efectuaba a través de facturas que extendía la sociedad "Producciones y Servicios TXANTXALAN SL", de la que el actor es administrador único desde el año 2005. Sin embargo, en los años 2006, 2007 y 2008 la retribución fue variable en función del número de programas en que interviniera cada mes. Por otra parte, el actor prestó también colaboraciones profesionales para otros medios: alguna revista ("Viajar") y alguna cadena de televisión ("Antena 3"), sin que conste en autos la retribución por esas colaboraciones ni si esos medios pertenecían o no al mismo grupo empresarial de la Cadena SER. El 18/7/2011 el Director de Informativos de la Cadena SER comunicó al actor que no contarían con él para la temporada siguiente, a partir del 31/8/2011. Contra esta decisión el actor demandó por despido, siendo desestimada su demanda por el Juzgado de lo Social que entendió que la relación jurídica entre la SER y el **tertuliano** no era un contrato de trabajo, lo que determinaba la incompetencia de la jurisdicción social. Dicha sentencia fue revocada en suplicación por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en su sentencia de 8/10/2012, declarando la competencia de la jurisdicción social y devolviendo las actuaciones al Juzgado de instancia para que resolviera sobre el fondo del asunto. Pero no ha habido lugar a ello, habida cuenta de que dicha sentencia del TSJ de Madrid la sido recurrida en casación unificadora ante esta Sala Cuarta del TS aportando como sentencia contradictoria la del propio TSJ de Madrid de fecha 24/9/2007, en la que constan los siguientes hechos probados: *"PRIMERO.-La parte actora ha venido prestando servicios para la empresa demandada, desde el 1.2.96, como comentarista y percibiendo una retribución en 2005 de 19.900 euros anuales (folio 88 de las actuaciones).-SEGUNDO.-La prestación de servicios se inició en base a un contrato civil de adquisición de comentarios para el programa La Hora Luna, y posteriormente para No es un sueño, Buenos Días (folio 1 y siguientes ramo de la empresa).-TERCERO.-La actora no disponía de un horario de trabajo fijo, sino que en función de las necesidades del programa acudía una hora diaria aproximadamente como contertulia en dicha programa; tampoco disponía de un despacho propio ni medios de la empresa en los que pudiera elaborar su tarea, toda vez que ella acudía al programa a fin de charlar sobre la cuestión objeto de debate. Se le abonaba a la actora en función de las colaboraciones efectuadas, mediante sendas facturas que obran en autos y no disfrutaba de vacaciones remuneradas (documental y testifical).-CUARTO.-En fecha 7.9.06 y con efectos del día 15 del mismo mes y año la empresa le notificó a la actora comunicación por la que daba por finalizado sus servicios al modificar sus contenidos el programa Buenos Días (folio 7 de las actuaciones)".* Es clara la identidad sustancial de los hechos, pretensiones (que se declare la existencia de relación laboral como presupuesto para determinar la competencia del orden jurisdiccional social) y el fundamento (artículo 1 ET) de ambos supuestos. Es más, alguna diferencia -como que en la sentencia recurrida la factura con IVA se girara a nombre de una sociedad limitada-lo que hace es reforzar la contradicción *a fortiori*, puesto que, en todo caso, sería una circunstancia que podría jugar en contra de la caracterización como laboral de la relación, no a favor, que es lo que decide la sentencia recurrida. Y es claro también que los

pronunciamientos son contradictorios puesto que la sentencia de contraste, confirmando la de instancia, desestima la demanda, declarando la incompetencia del orden jurisdiccional social. Y lo hace -tras recordar que "por lo que se refiere en especial a la profesión periodística, la figura del colaborador es una de las que más problemas y dudas ha planteado, por hallarse en muchas ocasiones en una zona fronteriza entre la relación laboral y la civil" (FD Tercero)-sobre la base del siguiente argumento contenido en su FD Cuarto: *"En el caso presente la demandante tenía por cometido su intervención en un programa de debate radiofónico, aportando sus criterios y puntos de vista y comentando las cuestiones de actualidad junto con otros contertulios, lo que realizaba sin más horario que el ineludible de su presencia diaria en la hora de emisión del programa, sin guión previo ni instrucciones sobre la forma de realizar su aportación, sin disponer de despacho propio ni de medios de la empresa para elaborar su tarea, ya que se trataba de intervenciones espontáneas, sin perjuicio de la preparación que la demandante pudiera realizar por su cuenta. Percibía retribuciones en función de las colaboraciones efectuadas, mediante facturas con inclusión de IVA. Como ya se ha indicado, el dato de que se desplazara junto con los demás participantes a otras localidades, percibiendo la indemnización por gastos aparte de las retribuciones, no añade nada sustancial, al igual que la participación adicional cuando la actora intervenía en sustitución de otra interviniente, pues en definitiva lo decisivo es que no hay integración en el ámbito organizativo o directivo de la empresa, faltando en absoluto la nota de dependencia aun en un sentido laxo, pues se trata de una mera colaboración externa que no configura relación laboral"*. Se cumplen, pues, los requisitos de procedibilidad de este recurso.

SEGUNDO.-1. Entrando en el fondo del asunto, es cierto que la figura del colaborador periodístico se sitúa en esa zona fronteriza o gris en que es difícil determinar la naturaleza laboral o civil de la prestación de servicios en cuestión. Pero también lo es que esa dificultad se aminora sustancialmente cuando el colaborador en cuestión es precisamente una persona cuya profesión principal y quizás única - y, por otra parte, como

ocurre en el caso de autos, socialmente reconocida- es la de periodista. Más dificultad en cambio -aunque ello no sea determinante-existe cuando el **tertuliano** en cuestión es una persona que tiene su profesión principal fuera del mundo mediático -con mucha frecuencia se trata de un profesor de Universidad, un político en activo, etc.-y que de manera muy marginal, aunque a veces llegue a ser duradera y periódica, colabora con un determinado medio informativo, frecuentemente retribuido bajo forma de dietas o incluso sin retribución alguna, circunstancia esta última que excluiría claramente la relación laboral.

2. Reconocida, pues, la relativa dificultad del asunto, hay que señalar, sin embargo, que la jurisprudencia y la doctrina científica nos suministra criterios jurídicos muy sólidos para resolverlo, habiendo interpretado con gran precisión el alcance de esos rasgos definitorios del contrato de trabajo -ajenidad y dependencia-que aparecen en el artículo 1 del ET . Una muestra sintética de esa tarea interpretativa de la jurisprudencia puede encontrarse, por ejemplo, la STS/IV de 6/10/2010 (RCUD 2020/2009), en la que se especifican los múltiples aspectos en que se manifiesta la esencial nota definitoria de la ajenidad, incluyendo la dependencia que, en puridad, y pese a su importancia, no es sino un aspecto más de la ajenidad (en la organización de la prestación laboral, que no corresponde al trabajador -que es la característica del trabajo por cuenta propia-sino al empresario). Dice así su FD Tercero, refiriéndose a los actores de doblaje:

"En efecto, concurren en el caso todos los rasgos definitorios de la laboralidad establecidos en el artículo 1 del ET y desarrollados por la jurisprudencia a lo largo de años de actividad interpretativa. Los clientes (productoras de cine y televisión) contratan con la empresa y no con los actores la realización de los doblajes (ajenidad en el mercado). Dichos doblajes se hacen en los estudios propiedad de la empresa (ajenidad en los medios de producción), aunque los ensayos puedan realizarse en el domicilio de los actores, puesto que los medios tecnológicos actuales lo permiten, lo cual no significa sino que una parte de la actividad puede ser realizada como trabajo a domicilio, modalidad expresamente prevista en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores . El trabajo se hace bajo la dirección del Director de Doblaje que contrata y designa la empresa (dependencia o ajenidad respecto a la propia actividad profesional), quien da las instrucciones pertinentes a los actores, lo cual no es óbice para que estos disfruten de un amplio campo de autonomía en el desarrollo de su actividad profesional, dado el carácter artístico y creativo de la misma. El producto del trabajo realizado -es decir, los doblajes- y la utilidad patrimonial derivada del mismo -es decir, lo que pagan los clientes-ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no en el de los actores (ajenidad en los frutos y en la utilidad patrimonial) y estos percibirán su salario, en la modalidad de por unidad de obra, expresamente contemplada en el artículo 26.3 del ET , teniendo derecho a ello por el trabajo realizado, independientemente de que la empresa obtenga finalmente el beneficio o lucro perseguido o no lo obtenga (ajenidad en los riesgos)" .

3. Aplicando esta doctrina jurisprudencial, acierta la sentencia recurrida cuando afirma: *"En cuanto a la ajenidad, hay un encargo previo del trabajo y mediante el concurso del Sr. Bartolomé en ciertos programas la empresa adquiere el fruto del trabajo de aquél y lo comercializa en espacios radiofónicos. Con palabras de la STS 16-12-08 , referida a un cronista, "la ajenidad de los resultados se pone de relieve en el dato esencial de que el demandante no realiza las crónicas informativas por propia iniciativa, con la finalidad de ofrecerlas posteriormente para su adquisición por un tercero". 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"* . En efecto, ahí 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.

4. Y por eso concurre también la dependencia, entendida como esa integración "en el ámbito de organización y dirección del empresario" (es decir, la ajenidad respecto a la organización de la propia prestación laboral), que es la fórmula que emplea el artículo 1 del ET , cristalización de una larga elaboración jurisprudencial en la que se concluyó que no se opone a que concurra esta nota de la dependencia la "autonomía profesional" imprescindible en determinadas actividades. Por eso acierta también la sentencia recurrida cuando afirma: *"Por lo que se refiere a la dependencia , en este caso ciertamente es atenuada, pues aunque podrían darse directrices sobre la participación del periodista, la libertad profesional que ha reconocido la demandada al contertulio -limitándose a fijar el tema del debate -no tiene por qué ser incompatible con la relación laboral. Así la sentencia del TS de 16-12-08 declara que "es irrelevante que la demandada 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". Pero en todo caso la demandada fija el tema a debatir y se lo comunica al demandante, y además éste debe participar en los días que se le señalen y en el horario*

de los programas en que interviene, circunstancias que denotan todas ellas la existencia del presupuesto de dependencia o integración en el ámbito de organización y dirección de la empresa.-En este aspecto no es excluyente el dato de que pueda existir alguna flexibilidad en cuanto a la concreción del día de intervención del periodista cuando éste solicita algún cambio. Y por lo que se refiere a la presencia física en la sede de la emisora, evidentemente no es necesaria para la realización del programa ni ello puede servir como elemento de definición de la relación, y además la conexión se realizaba con medios propios de la demandada, como ya se ha dicho". Y añade, también muy acertadamente, 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 del Sr. Bartolomé, ni que éste rechazara por motivos personales su participación en ocasión alguna".

Este dato es muy importante en un caso como el de autos porque subraya el carácter "profesional" de la actividad, excluyendo a aquellos "tertulianos no profesionales" que no solamente no tienen una relación laboral con la empresa sino que puede que ni siquiera la tengan de carácter civil. A partir de ahí, se trata de determinar si esa prestación profesional de servicios se hace en el marco de una relación laboral o de arrendamiento de servicios. Y es ahí donde juegan los criterios de ajenidad y dependencia que hemos ya analizado. Y también es importante el dato básico de que quien presta el servicio es personalmente el trabajador -el Sr. Bartolomé en este caso- y no la empresa a través de la cual cobra, como veremos a continuación. Si así fuera, dicha empresa habría de tener un contrato de trabajo con el señor Bartolomé, lo que no es el caso.

5. Por ello mismo, también acierta la sentencia recurrida al determinar que la peculiar forma de retribución empleada en el caso, en absoluto logra transformar lo que es una prestación personal de servicios en un inexistente contrato mercantil entre dos sociedades. Dice así la sentencia recurrida: "En cuanto a la **retribución**, el demandante percibía una cantidad fija y unitaria mensual por su participación en los programas ya indicados. La jurisprudencia no exige que la retribución sea fija y periódica, aunque ello refuerce la laboralidad de la relación, pero también se admite dentro del concepto de salario la retribución por resultado, o dentro del ámbito periodístico, por crónica realizada (sentencias del TS de 16-12-08 y 11-5-09). Por otra parte, tampoco se opone a la laboralidad de la relación el dato de que el Sr. Bartolomé perciba sus retribuciones por su trabajo a través de una sociedad de la que es administrador único, circunstancia que en este ámbito jurisdiccional no es decisiva en el supuesto ahora enjuiciado, pues no es dudoso que la prestación del servicio del demandante es personal, y cualquiera que haya sido la causa de la anomalía consistente en instrumentar la percepción salarial a través de una sociedad y las consecuencias que ello pudiera tener en otros órdenes, lo cierto es que las facturas a nombre de Producciones y Servicios TXANTXALAN S.L. se refieren en realidad a retribuciones del trabajo personal del Sr. Bartolomé, dato no controvertido en el proceso".

En ese mismo sentido -irrelevancia de la fraudulenta interposición de una sociedad mercantil a los efectos de enervar el carácter laboral de la relación- se pronunció esta Sala en su Sentencia de 10/07/2000 (RCUD 4121/1999). Y es que, con harta frecuencia, sucede lo que ya afirmamos en nuestra STS de 18/10/2006 (rcud 3939/2005): "Las altas en el Régimen Especial de Autónomos, el pago de licencia fiscal y la facturación con inclusión del IVA son sólo datos formales, que no se corresponden con la naturaleza del vínculo, ni definen su carácter; más bien forman parte del mecanismo que se ha puesto en marcha para tratar de descalificar la relación como laboral". Lo mismo ocurre cuando a todo ello se añade o se sustituye por el citado mecanismo interpositorio.

6. También acierta la sentencia recurrida cuando 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 (sentencia del TS de 24/11/10 entre muchas)".

TERCERO.- Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida, declarando la competencia de la jurisdicción laboral y devolviendo las actuaciones al Juzgado de instancia para que resuelva sobre la impugnación del despido del demandante. Procede, asimismo, dar cuenta de esta sentencia a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Agencia Tributaria a los efectos pertinentes en relación con los deberes de cotización a la Seguridad Social por parte de la empresa y del trabajador, así como del pago del IRPF por los salarios percibidos, derivados de la constatada existencia de la relación laboral en cuestión.

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

FAL LA M O S

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Fernando Pérez-Espinosa Sánchez, en nombre y representación de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.L., contra la sentencia dictada el 8 de octubre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 3915/12 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid, de fecha 5 de marzo de 2012 , recaída en autos núm. 980/11, seguidos a instancia de D. Bartolomé contra SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN SA., sobre DESPIDO. Confirmamos la sentencia recurrida. Con imposición de costas a la parte recurrente. Notifíquese esta Sentencia a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Agencia Tributaria a los efectos mencionados al final del último Fundamento de Derecho.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

D. Jesús Gullón Rodríguez D. Aurelio Desdentado Bonete D. Fernando Salinas Molina D. Gonzalo Moliner Tamborero

Dª María Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López D. Jordi Agustí Juliá

Dª María Luisa Segoviano Astaburuaga D. José Manuel López García de la Serrana

Dª Rosa María Virolés Piñol Dª María Lourdes Arastey Sahún

D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Jesús Souto Prieto

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. Aurelio Desdentado Bonete A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO Nº 3205/12.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 3205/12 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- El supuesto que se debate se inserta dentro de lo que se ha venido denominando una "zona gris" del Derecho del Trabajo, es decir, un tipo de relación cuyos contornos no quedan definidos, dejando así un amplio margen a la duda. Me inclino, sin embargo, por no otorgar carácter laboral a la relación controvertida, pese a la rigurosa fundamentación con la que la sentencia impugnada llega a la conclusión contraria. Existe, desde luego, en esa relación ajenidad no solo como alteridad en el destino de la prestación, sino incluso como cesión anticipada de los frutos de una actividad humana. En este sentido se habla de un "encargo de trabajo". Lo hay, sin duda. Pero se trata de un encargo muy peculiar, pues consiste en participar en lo que en los medios de comunicación se denomina "tertulia"; un término que el Diccionario de la Lengua define "como reunión de personas que se juntan habitualmente para conversar o recrearse"; no para trabajar. Es cierto que la tertulia en un medio de comunicación no es lo mismo que la tertulia en el mundo de las relaciones interpersonales. Pero hay similitudes, pues el encargo que se hace para 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 opiniones.

SEGUNDA.- Esto me lleva a negar la concurrencia de la nota de dependencia que define el contrato de trabajo, de acuerdo con la formulación clásica del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores como "inclusión en el ámbito de organización y dirección de otra persona". Esta nota de dependencia se ha flexibilizado notablemente, pero no hasta el punto de ser aplicable a la relación aquí debatida. El **tertuliano** elige el lugar desde donde realiza sus intervenciones, utilizando simplemente un medio telefónico que le proporciona la demandada. No recibe instrucciones sobre el contenido de las opiniones que formula; puede cambiar el día de su intervención o entrar en cualquier día de la semana. Pero lo importante es que no hay directrices sobre la ejecución de la actividad, ni sobre la forma de prepararla; tampoco, en principio, sobre el desarrollo de

las intervenciones, pues es propio de la tertulia la espontaneidad de esas intervenciones en el marco de un proceso de interacción, en el que se responde a lo que a dicho otro o se anticipa un argumento en previsión de lo que otro pueda decir. Esa espontaneidad de la tertulia escapa a la lógica del poder de dirección. Se contrata a una persona para que dé su opinión en contraste con otras y lo que se establece es simplemente una disponibilidad para la participación en ese medio de comunicación que es la tertulia.

Es cierto que se fija el tema a debatir y hay un horario del programa en el que se tiene que estar disponible para establecer una conexión. Pero esto no es un elemento de dependencia, sino que forma parte de las obligaciones de coordinación que son propias de todos los contratos de colaboración, desde el contrato de transporte hasta el de obra. Incluso en el encargo de una conferencia o de un artículo se fija normalmente el tema y el tiempo de realización o de entrega.

TERCERA .-La pretendida dependencia se explica, por tanto, en términos de coordinación, por lo que falta un presupuesto indispensable para la laboralidad del vínculo. No creo que esta ausencia pueda suplirse por la permanencia en el tiempo de la relación ni por la referencia a la profesión del actor. Estos son datos contingentes en términos de calificación, datos que no podrían convertir en laboral lo que no lo es. Son notorios además los ejemplos de participaciones prolongadas en las tertulias de otros destacados profesionales (catedráticos, economistas, médicos, sociólogos, etc.) que no por ello deberían convertirse en "**tertulianos laborales**" con los consiguientes problemas de compatibilidad con sus profesiones de procedencia.

CUARTA.- Termino con dos consideraciones adicionales. La primera consiste en mi convicción de que, en los supuestos en los que la determinación del carácter laboral o no del vínculo contractual presenta notables dificultades, la voluntad de las partes puede resultar una guía útil para la calificación, siempre que no lleve a resultados que se opongan a la función institucional del Derecho del Trabajo como ordenamiento protector de la parte que se encuentra en una posición más débil. Aquí esta función no está en juego y las partes han sido muy explícitas a la hora de descartar la naturaleza laboral de la relación. Probablemente incluso algunas condiciones pactadas -como, por ejemplo, la retribución-podrían explicarse en ese contexto que queda alterado de forma significativa por una declaración *ex post* de laboralidad.

La segunda consideración apunta a la eficiencia que, en términos de producción social, puede tener la inclusión en el ámbito laboral de relaciones como la aquí examinada. La rigidez resultante puede contemplarse como un elemento perturbador del funcionamiento normal de esas relaciones cuando es patente que, por lo general, se trata de vínculos que no están necesitados de la protección específica por las normas laborales.

QUINTA.- Por todo ello, considero que el recurso debe estimarse para casar la sentencia recurrida y confirmar la dictada en la instancia, con devolución del depósito constituido y sin imposición de costas.

Madrid a 19 de febrero de 2014

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana, y al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley

Orgánica del Poder Judicial, en relación con la sentencia dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina nº 3205/12.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina nº 2305/12, en el que expreso con total respeto, mi discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo la posición que mantuve en la deliberación.

Mi discrepancia se funda en los siguientes Fundamentos.

Primero. Breve reseña de los hechos declarados probados.

Cual consta en los hechos declarados probados el actor es administrador único de cuatro sociedades mercantiles (Producciones y Servicios Txantxaban S.L.; Promociones Urabayen S.L.; Oracruz S.L. y EIMI S.L.) que tienen el mismo domicilio social (c/. Reina 33 de Madrid) y parecido objeto social porque las principales actividades coinciden con producción y venta de ideas y programa de radio-tv. Sin embargo tiene su domicilio personal en Londres y participaba en los programas de radio indistintamente desde La Habana, Buenos Aires y Londres. Como se afirma en el Fundamento de Derecho cuarto y séptimo de la sentencia de instancia con valor de hecho probado el actor compatibilizaba sus servicios con el trabajo en otros medios (entre ellos Antena 3 y Tele 5) y escribía en la Revista Viajar (hecho probado Undécimo) y colabora en Hora 25.

Los servicios prestados a la demandada consistían en participar en el programa La Ventana una vez a la semana durante una hora en la tertulia que tenía lugar, mientras que participaba en verano en el programa la Ventana de Verano. El día de la semana en que intervenía el actor en el programa no era fijo, lo podían cambiar tanto él como la dirección del programa.

El actor cobraba 6.000 euros al mes más I.V.A. vigente a través de la sociedad TXANTXALAN S.L. mediante ingreso en cuneta del B.B.V.A., lo que suponía 1.400 euros la hora, aproximadamente, si bien es de destacar que con anterioridad al año 2009 cobraba un tanto por día de colaboración.

Segundo. 1. Sobre la concurrencia de los requisitos de dependencia y ajenidad.

Al efecto es conveniente recordar la doctrina sentada por nuestra sentencia de 9 de diciembre de 2004 (Rcud. 5319/2003):

"Tanto la dependencia como la ajenidad - es la tercera premisa del razonamiento - son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios

o hechos indiciarios de una y otra. Estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales.

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

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

"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 15 de abril de 1990 y STS de 3 de abril de 1992) o la percepción de igualas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes (STS de 22 de enero de 2001). 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 de junio de 1986 , sentencia de contraste) 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 de septiembre de 1995).

No está de más señalar, por último, 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 de diciembre de 1989)."

Esta doctrina ha sido reiterada por múltiples sentencias posteriores dictadas en los más variados supuestos, siendo de destacar las de 26 de noviembre de 2012 (R. 536/2012) y 9 de julio de 2013 (R. 2569/12) en las que se citan indicios contrarios a la existencia de relación laboral en relación con el requisito de la dependencia que son resumidos por la primera de las sentencias citadas diciendo:

"Finalmente no parece de más señalar que los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; y que también se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador». Y que son indicios comunes de la nota de ajenidad, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones."

Como puede apreciarse la calificación de la relación como laboral se hace en función de los indicios existentes en cada caso a favor de una u otra situación y atendiendo, principalmente, al margen de autonomía del que goza quien presta el servicio, si se encuentra fuera del círculo rector y de dirección de quien lo recibe.

La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa nos llevaría a estimar que no existe relación laboral por la existencia de los siguientes indicios a favor de esa solución:

A) La falta de exclusividad en el trabajo, máxime cuando se trabaja para otras empresas, incluso de la competencia (Antena 3, Telecinco).

B) El lugar de la prestación de servicios. Fuera de España, donde le conviene y quiere (Londres, La Habana, Buenos Aires, etc.), lo que es relevante porque la empresa tiene su domicilio en España y desde una localidad española se emiten los programas en los que el actor participa como contertulio, lo que es significativo porque evidencia que no es un corresponsal que viaja enviado por la empresa, sino que por teléfono (sistema RDSI) participa como contertulio en programas que se hacen emiten en España, lo que incluso permite el envío de grabaciones, al no exigirse la presencia en el estudio.

C) La prestación del servicio sólo una hora a la semana y la elevada retribución del mismo (aproximadamente 1.400 euros la hora) revelan que se trata de la prestación de un servicio no laboral, porque con jornada de 40 horas correspondería un salario de 56.000 euros a la semana y de

2.912.000 euros en las 52 semanas del año, lo que supone un salario muy superior al pagado para retribuir la prestación de servicios laborales comunes. Lo que se afirma no es que para tener una relación laboral común deba cobrarse poco, sino que el cobrar mucho y trabajar pocas horas es indicativo de una relación especial, indicio que, unido a los demás revela que no estamos ante una relación laboral, sino ante un arrendamiento de servicios.

D) La libertad de elección del día en que interviene como contertulio. Los hechos probados muestran (ordinal cuarto) que el actor podía cambiar libremente el día en que intervenía en el programa, aunque se le podía pedir que entrara cualquier otro. Esta libertad horaria, incluso la negociación con la empresa, cuando sólo se presta servicio una hora a la semana, no es propia de una relación laboral.

E) El no disfrute de vacaciones. La renuncia tácita a vacaciones de forma indefinida no es propia de una relación laboral, salvo que se estime que el descanso se da durante el resto de las horas de la semana.

F) El no sometimiento al control y al poder disciplinario de la empresa.

Así resulta del hecho de que no recibiese órdenes de asistenta concreta, ni advertencias por los cambios horarios, sino que tuviese la máxima libertad para viajar de un país a otro y para expresar sus opiniones como contertulio. El hecho de que se le informase de los temas a tratar en la tertulia no supone que recibiese órdenes, pues era para ayudarle a preparar su intervención, máxime cuando es notorio que en esas tertulias se tratan los temas de más actualidad, lo que hace previsible el tema que se va a tratar hasta para los escuchantes.

G) La forma de retribución, mediante ingreso en la cuenta de una sociedad mercantil que emitía factura por sus servicios con el correspondiente I.V.A.. El actor es el administrador único de la mercantil cuyo objeto social es la producción, gestión, realización, compra y venta de programas de televisión para su difusión por cualquier medio. O sea, que el actor vive en el extranjero, ejerce su profesión libre allí, aunque el resultado

se emita en España, y una sociedad mercantil de la que es administrador único emite factura con I.V.A. por esos servicios.

Todos estos indicios permiten afirmar que la relación no es laboral, sino que ha existido una relación comercial entre dos sociedades con base a la que la demandada compraba los servicios que le proporcionaba la otra, o que en todo caso, ha existido un vulgar arrendamiento de servicios.

2. La sentencia de la mayoría hace suyos los argumentos de la sentencia recurrida, incluso la reproduce en la mayor parte, en aspectos tales como ajenidad, dependencia, retribución e inexistencia de vacaciones, pero evita hacer un estudio conjunto de todos los indicios y analiza algunos aisladamente. Procede rebatir con brevedad ese estudio por las siguientes razones:

A) Sobre la ajenidad y la dependencia.

Efectivamente, esta difusa la ajenidad, pero es claro que se le contrata para participar en un programa y que el periodista (la sociedad que administra) vende ese servicio que hace propio quien emite el programa y corre con los costes de esa emisión.

En cuanto a la dependencia es clara su inexistencia. El periodista decide el día en que interviene y es libre a la hora de expresar sus opiniones, que es para lo que se le llama. El hecho de que se le digan los temas a tratar no desvirtúa lo dicho porque puede sacar otros de actualidad. También, al abogado se le encarga la llevanza de un pleito y no depende del cliente, ni hace suyo los resultados del pleito (el fruto de su trabajo). Igual ocurre con el pintor a quien se encarga un cuadro sobre una tempestad, porque el encargo y el pago que recibe no le hace depender del comitente, pues él sigue siendo un artista independiente. La duración del contrato no es reveladora de la dependencia porque ese dato, más que de la existencia de una relación laboral, es indicativo de la satisfacción con el buen hacer del contertulio, de la confianza en sus criterios y opiniones, por lo mismo que la gente conserva durante años al abogado que le inspira confianza y compra cuadros del pintor que le gusta o escucha la música de su músico preferido.

En este apartado, la sentencia de la mayoría dice "Este dato (parece referirse al de la cotinuidad y permanencia) es muy importante en un caso como el de autos porque subraya el carácter "profesional" de la actividad, excluyendo a aquellos "tertulianos no profesionales" que no solamente no tienen una relación laboral con la empresa sino que puede que ni siquiera la tengan de carácter civil. A partir de ahí, se trata de determinar si esa prestación profesional de servicios se hace en el marco de una relación laboral o de arrendamiento de servicios. Y es ahí donde juegan los criterios de ajenidad y dependencia que hemos ya analizado. Y también es importante el dato básico de que quien presta el servicio es personalmente el trabajador -el Sr. Bartolomé en este caso- y no la empresa a través de la cual cobra, como veremos a continuación. Si así fuera, dicha empresa habría de tener un contrato de trabajo con el señor Bartolomé, lo que no es el caso".

Esta argumentación no es ni clara, ni se hace con rigurosa técnica jurídica: ¿Qué significa subrayar el carácter profesional de la actividad? ¿Quiere decir la mayoría que se excluyen de la relación laboral a los "tertulianos no profesionales" quienes no sólo no tienen una relación laboral con la empresa, sino que puede que ni siquiera la tengan civil? No se puede estar conforme con esas afirmaciones porque ¿Qué diferencia existe a los efectos que nos ocupan entre un tertuliano profesional y un no profesional? ¿Cuál es el concepto de uno y otro? ¿Cómo puede decirse que el tertuliano "no profesional" no tiene ni relación laboral, ni siquiera de carácter civil? En este particular la sentencia incurre en incongruencia omisiva por no razonar los fundamentos de esa decisión. Además, vuelve al pasado, a establecer clases: profesional o no, para acabar dando mejor trato a quien tiene título (periodista) que a quien no lo tiene, como pueden ser muchas personas que sin ser periodistas escriben en prensa o participan en programas de radio o televisión. Esto equivale a decir que quien tiene título de periodista puede tener relación laboral y quien no lo tiene no, aunque tenga otra titulación universitaria o no. Es que muchos contertulios y tantos otros, titulados o no, que intervienen en programas de radio-televisión no prestan servicios laborales en los programadas de radio y televisión en que intervienen porque no son "profesionales". Es eso lo que se dice y discrepo de esa afirmación que supone un trato peyorativo para quienes la mayoría llama, sin explicar, "tertulianos no profesionales". ¿Un nuevo concepto jurídico indeterminado?.

Por otro lado, afirmar que el dato básico es que quien presta el servicio personalmente es el actor y no la empresa a través de la que cobra... porque en otro caso la empresa debería tener un contrato de trabajo con el actor constituye una afirmación que se hace ignorando la realidad: la sociedad mercantil vende los servicios del actor que es su propietario y administrador único, lo que le excusa de autocontratarse.

B) Sobre la forma de retribución.

La mayoría pone el acento en que el actor recibía una cantidad fija y unitaria mensual por su participación en los programas indicados. Pero se olvida que percibía igual cantidad durante los años 2009 y 2010 (anteriores al cese producido en julio de 2011) en que, además de en el programa La Ventana, participaba en los programas Hora 25 y Hora 25 Global, lo que supone que, aunque disminuyó el número de colaboraciones, se le siguió pagando igual cantidad. Ello es indicativo de la existencia de una iguala, forma de pago típica de los profesionales liberales que consiste en que: te pago una cantidad mensual igual todos los meses y me prestas todos los servicios que te demande. La existencia de igualas es indiciaria, según nuestra doctrina, de la existencia de un arrendamiento de servicios.

C) Sobre la forma de pago.

La mayoría considera que es irrelevante la fraudulenta interposición de una sociedad mercantil a la hora de cobrar la retribución. Entiende que ese dato no desvirtúa la existencia de una relación laboral, porque se trata de un mecanismo para descalificar la existencia de una relación laboral. Pero se olvida de que se trata de un indicio que se suma a los demás y que en el presente caso el actor no fue forzado por la empresa a constituir la sociedad como evidencian las siguientes razones: Primera. Es administrador único de otras tres sociedades mercantiles que se dedican principalmente a proyectos de comunicación, prensa, desarrollo de ideas y productos relacionados con medios de comunicación, ya sea editorial o radiotelevisión. A la vista de ello, ¿puede decirse que alguien ha sido forzado a constituir una sociedad cuando tiene cuatro sociedades en funcionamiento con parecido objeto?. Creo que no, que, precisamente, ese dato es indicativo de lo contrario, de una actividad autónoma, pues mantener operativas cuatro sociedades requiere una importante gestión administrativa y contable para tener al día la documentación a presentar en Hacienda, Registro Mercantil, etc. etc..

Segunda. El actor era el principal beneficiario de operar a través de una sociedad interpuesta que le pagaba gastos y viajes cuyo importe deducía la mercantil al liquidar el impuesto de sociedades que por cierto tiene un tipo impositivo inferior al del I.R.P.F., impuesto más riguroso a la hora de permitir la deducción de gastos. Es más, esa interposición le facilitaba al actor no tributar por los servicios prestados a la demandada. En efecto, como tiene su domicilio en Londres, los rendimientos del trabajo personal no tributan en España porque ese servicio se presta en Inglaterra, Cuba, Argentina y los no residentes en España no tributan por esas rentas que ganan fuera (artículos 8 y 9 de la Ley 35/2006 sobre I.R.P.F.). Como esos servicios los factura una sociedad domiciliada en España, tampoco tributa por ellos en Inglaterra y el cumple con declarar en España los teóricos beneficios que le reporta la mercantil, lo que supone un tratamiento fiscal más favorable. La puesta en conocimiento de la Agencia Tributaria de esta situación es un "brindis al sol", porque como es residente en el extranjero y presta servicios desde distintos países no viene obligado a declarar esos ingresos aquí, conforme a los artículos 8 y 9 de la Ley 35/2006 .

D) Sobre las vacaciones.

Hay que decir lo mismo, esto es que se trata de un conjunto de indicios, y que la libertad al tiempo de elegir la hora de trabajo semanal, la libertad de desplazamientos, el que se trabajen solo 52 horas al año, la importante retribución, la forma de cobrar por persona interpuesta y el no disfrute de vacaciones indican que no existe relación laboral.

3. Se trata de un contrato a tiempo parcial.

En principio podría encajarse el contrato de trabajo, caso de existir, en el art. 12-1 del E.T ., por cuanto se trabaja un día a la semana sólo una hora. Pero el hecho de que sólo se trabajen 52 horas al año hace dudar de la existencia de este tipo de contrato, máxime cuando el salario va muy por encima del medio que establece el Convenio Colectivo aplicable en la demandada. Además, no existe contrato escrito cual requiere el art. 12-4 del

E.T.

Se dirá que estamos ante un mini-contrato (mini-jobs), modalidad que en Alemania se ha puesto de moda y se quiere exportar. Pero los "mini-jobs" alemanes son contratos de baja remuneración y pocas horas de trabajo a la semana (no más de quince), características que no se adaptan al caso del actor que presta servicios sólo una hora a la semana y cobra por ella unos

1.400 euros.

4. ¿Es el actor un artista?



Creo que la mayoría ha resuelto de forma insuficiente la cuestión planteada. De aceptarse que estamos ante una relación laboral, se ha debido proceder a la correcta calificación de la misma, dado que las especiales circunstancias concurrentes hacen que no nos encontremos ante una relación laboral ordinaria, sino especial.

En este sentido pienso que estamos ante una relación laboral especial de artista que cae dentro del ámbito de aplicación del R.D. 1435/1985, de 1 de agosto. En efecto, conforme al art. 1-tres del citado R.D.

quedan incluidas en el ámbito de aplicación del mismo todas las relaciones establecidas para la ejecución de actividades artísticas "desarrolladas directamente ante el público o destinadas a la grabación de cualquier tipo para su difusión entre el mismo, en medios como... radiodifusión...".

Consiguientemente, este R.D. 1435/1985 sería aplicable a la relación existente entre las partes y a su extinción.

5. Por todo ello considero que debió estimarse el recurso, casarse la sentencia de suplicación y confirmarse la dictada en la instancia.

Madrid, 19 febrero 2014

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ