



Roj: **STSJ PV 1202/2024 - ECLI:ES:TSJPV:2024:1202**

Id Cendoj: **48020340012024100790**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **26/03/2024**

Nº de Recurso: **97/2024**

Nº de Resolución: **797/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FERNANDO MARIA BREÑOSA ALVAREZ DE MIRANDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO N.º:** Recursos de Suplicación, 0000097/2024 **NIG PV 2006944420220003322 NIG CGPJ 2006944420220003322**

**SENTENCIA N.º:** Número de resolución

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA  
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 26 de marzo de 2024.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. D.ª Garbiñe Biurrun Mancisidor, Presidenta, D. Fernando Breñosa Alvarez de Miranda y D. Jose Felix Lajo Gonzalez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Pablo Jesús contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de los de Donosti de fecha 14/06/23, dictada en proceso sobre Reclamación de Cantidad, y entablado por Pablo Jesús frente a Agapito, DIRECCION000 CB.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Breñosa Alvarez de Miranda, quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

" **PRIMERO.-** La empresa " DIRECCION000 , C.B.", es una comunidad de bienes que explota un barco de pesca de nombre " DIRECCION001 ", y que está formada por D. Casiano , D. Cesar , D. Cosme y D. Bartolomé .

**SEGUNDO.-** El barco de pesca " DIRECCION001 " tiene su base en el puerto de Hondarribia, su patrón es D. Agapito , y durante el mes de Enero del 2.021 estuvo pescando en aguas de Senegal, y para realizar esas tareas de pesca en aguas de Senegal contrató a varios marineros de ese país, siendo uno de esos marineros D. Pablo Jesús .

**TERCERO.-** Tras finalizar las tareas de pesca en aguas de Senegal, el barco " DIRECCION001 " no desembarcó a los marineros senegaleses que había contratado, sino que se dirigió a las islas Canarias, donde permaneció varios días en un puerto canario, y finalmente volvió a su base de Hondarribia, llegando a este puerto a principios del mes de Marzo del 2.021.

**CUARTO.-** En el periodo comprendido 19 de Marzo del 2.021 y el 1 de Agosto del 2.021, el barco " DIRECCION001 " permaneció atracado en el puerto de Hondarribia, sin realizar ni una sola salida de pesca.



Durante este periodo de tiempo las tareas de mantenimiento de la maquinaria del barco " DIRECCION001 ", las realizó D. Estanislao , que era el mecánico del barco.

**QUINTO.-** En el periodo comprendido 19 de Marzo del 2.021 y el 1 de Agosto del 2.021, D. Pablo Jesús permaneció en el barco " DIRECCION001 ", en el que comía y dormía, y realizaba alguna salida esporádica por la tarde por la localidad de Hondarribia y localidades adyacentes.

**SEXTO.-** Se ha intentado la conciliación entre las partes ante la Sección de Conciliación de la Delegación Territorial de Trabajo de Gipuzkoa del Gobierno Vasco el 4 de Noviembre del 2.021, acto al que no compareció la empresa " DIRECCION000 , C.B." ni D. Agapito , teniéndose el mismo por intentado sin efecto

**SEGUNDO.-** La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimo la demanda, y absuelvo a la empresa " DIRECCION000 , C.B.", a los comuneros D. Casiano , D. Cesar , D. Cosme y D. Bartolomé , a D. Agapito y al Fondo de Garantía Salarial, de los pedimentos de la demanda."

**TERCERO.-** Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. - RECURSO INTERPUESTO.

Interpone recurso de suplicación la representación del demandante D. Pablo Jesús , frente a la sentencia nº 142/2023 de fecha 14 de junio del 2.023, autos 650/2022 del Juzgado de lo social nº 4 de Donostia- San Sebastián, que desestimó la demanda, y absuelve a la empresa " DIRECCION000 , C.B.", a los comuneros D. Casiano , D. Cesar , D. Cosme y D. Bartolomé , a D. Agapito y al Fondo de Garantía Salarial, de los pedimentos de la demanda.

El recurso formulado por el demandante contiene un motivo de censura jurídica, y termina suplicando que se estime el recurso de suplicación en su integridad revocando la Sentencia de instancia en los términos contenidos en el escrito de formalización del recurso de suplicación, y, estimando el recurso interpuesto por esta parte, condenado a la recurrida al abono de los salarios desde el 19/03/2021 al 1/08/2021, así como las vacaciones (4.734,90 € y 396,97 €).

La demandada DIRECCION000 , C.B, ha impugnado el recurso de suplicación, incidiendo en la inexistencia de prestación de servicios e interesando la confirmación de la sentencia y desestimando íntegramente el recurso.

### SEGUNDO. - CENSURA JURIDICA.

1. - La representación del recurrente, y con amparo en el artículo 193 c) LRJS, alega la infracción del artículo 1 del RD 817/21, que fija el salario mínimo interprofesional, así como la infracción del art. 30 ET.

Recordemos sucintamente lo acontecido, y ello teniendo en cuenta que subyace una cuestión esencial la realidad o no de un contrato de trabajo. Y habida cuenta que el Ilmo. Magistrado de instancia delimitó la inexistencia de una relación laboral, "ex" art. 2 y concordantes de la LRJS, debía haberse declarado la incompetencia del Orden Jurisdiccional Social para conocer de la presente litis. Ello nos lleva a determinar que la incompetencia de jurisdicción es apreciable de oficio ( SSTS, de 2 abril, 14 octubre, 18 diciembre 1996 [RJ 1996\2975,RJ 1996\7621 y RJ 1996\9723] y 25 septiembre y 30 septiembre 1997 [RJ 1997\6620yRJ 1997\6628]) disponiendo, al respecto, el Órgano jurisdiccional de una "cognitio plena", sin sujeción a los hechos probados de instancia ni a la estructura del recurso ( SSTS 19 febrero, 7 noviembre 1990 [RJ 1990\1908yRJ 1990\8557] y 23 abril y 7 junio 1991 [RJ 1991\3382]) :

El demandante fue contratado en Senegal estando pescando en aguas de Senegal, y para realizar tareas de pesca en aguas de Senegal, en el barco " DIRECCION001 " de titularidad de la demandada, a tal efecto suscribieron contrato de trabajo en Dakar (contrat dengagement maritime navire de peche) en fecha 10/07/2020.

Tras finalizar las tareas de pesca en aguas de Senegal (sobre febrero, o principios de marzo 2021), el barco " DIRECCION001 " no desembarcó a los marineros senegaleses que había contratado, entre los que se encontraba el recurrente, sino que se dirigió a las islas Canarias, donde permaneció varios días en un puerto canario, y finalmente volvió a su base de Hondarribia, llegando a este puerto a principios del mes de marzo del 2.021. En el periodo comprendido 19 de marzo del 2.021 y el 1 de agosto del 2.021, el barco " DIRECCION001 " permaneció atracado en el puerto de Hondarribia, sin realizar ni una sola salida de pesca. Durante ese tiempo el recurrente percibió 152 € en los meses de marzo, abril, mayo, junio y julio, como " salario de espera". Las tareas de mantenimiento de la maquinaria del barco " DIRECCION001 ", las realizó D. Estanislao , que era



el mecánico del barco, finiquitando conforme la legislación de Senegal en fecha 31/07/2021. En ese periodo comprendido 19 de marzo del 2.021 y el 1 de agosto del 2.021, el recurrente permaneció en el barco, en el que comía y dormía, y realizaba alguna salida esporádica por la tarde por la localidad de Hondarribia y localidades adyacentes. Este no tenía permiso de residencia ni permiso de trabajo.

Se han llevado, o se llevan, diligencias ante el Juzgado de instrucción, informando la Inspección de Trabajo, no constando que este realizara actividad laboral alguna.

2.- Refiere el recurrente la realidad de una prestación de servicios en funciones de mantenimiento y reparación, sin que lleve a cabo una modificación de hechos probados alguna, y por ello entiende al margen de la existencia o no del permiso de residencia o trabajo, el derecho al percibo del salario mínimo interprofesional, y, por otro lado, incide en que la imposibilidad de realizar la actividad laboral de la pesca solo es imputable al empresario, por lo que genera el derecho al salario que reclama.

Por la parte impugnante se niega la prestación de servicios del recurrente, no ha existido contrato de trabajo, existió un contrato de trabajo conforme a la legislación del Senegal, cuando estuvo prestando servicios como marinero en aguas del Senegal, pero lo cierto es que terminado el mismo, y vuelto a puertos, primero Canarias, (Arrecife), y después a Hondarribia, este no ha trabajado, y solo se ha llevado a cabo lo que prevé la legislación Senegalesa, " *contrato de espera*", abonando una cantidad de espera para cuando pudiera ser contratado. Por tanto se opone a las infracciones señaladas, pues inexistente prestación de servicios no procede el pago del salario ( art 1, RD 817/2021 de 28 de septiembre). Como tampoco al no existir contrato de trabajo en nada se infringió lo dispuesto en el art 30 ET.

Examinemos si existió tal relación laboral, a la luz del relato que hemos destacado con la amplitud que nos permite el conocimiento de la competencia.

Por parte de la jurisprudencia del TJUE, se afirmó que la naturaleza del vínculo jurídico no es determinante, debiendo analizarse cuál es el verdadero carácter del mismo a partir del análisis de las << prestaciones reales y efectivas >>, declaración que encontramos ya en la STJCE 12-2-74, C-152/73 asunto Sotigu; STJCE 3-7-86, C-66/85 asunto Lawrie-Blum y STJCE 26-2-92, C-3/90 asunto Bernini; así, en la sentencia Lawrie-Blum se destaca que el concepto de trabajador se refiere a " *toda persona que desarrolla, en beneficio y bajo la dependencia de otra, de forma remunerada, una actividad que no ha determinado ella misma, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo*", añadiendo que " *... la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración*". Asimismo las sentencias del TJUE 20-9-07, C-116/06 asunto Kiiski; TJUE 14-10-10, C-428/09 asunto Isère y TJUE 10-9-14, C-270/13 asunto Haralambidis, ponen de relieve que la nota característica del vínculo laboral es la dependencia o subordinación, que se manifiesta en circunstancias tales como que sea la empresa, y no el prestador del servicio, la que determina la elección de la actividad, las condiciones de trabajo y de retribución, manifestaciones del poder de dirección y control empresarial, abriéndose paso paulatinamente un concepto gradualista y flexible de la nota de dependencia, cada vez más orientado hacia la dependencia económica. Finalmente la STJUE 4-12-14, C-413/13 asunto FNV, contiene una doctrina más depurada en cuanto a la delimitación de ambas figuras, indicándose que ya es reiterada la jurisprudencia que afirma que " *un prestador de servicios puede perder su condición de operador económico independiente, y por tanto de empresa, cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado sino que depende completamente de su comitente por el hecho de que no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad de éste y opera como auxiliar integrado en la empresa del mismo*". Y a efectos del Derecho de la Unión, el concepto de trabajador debe definirse conforme a criterios objetivos, que caracterizan la relación laboral con arreglo a los derechos y deberes de las personas afectadas, siendo la característica esencial de la relación laboral la realización por parte de una persona, durante cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, de determinadas prestaciones a cambio de las cuales cobra una retribución, de tal forma que por mucho que la calificación aplicada por las partes sea la de <<prestador autónomo >> es posible la calificación como <<trabajador >> a efectos del Derecho de la Unión " *si su independencia sólo es ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral*", y, en consecuencia, por mucho que una persona sea contratada como prestadora autónoma de servicios, sea por motivos tributarios, administrativos o de otro tipo, " *siempre que actúe bajo la dirección del empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo, que no participe en los riesgos comerciales de dicho empresario y que esté integrada en la empresa durante el período de la relación laboral, y, de este modo, forme con ella una unidad económica*" merecerá la consideración de trabajador, por lo que se mantiene por el TJUE la aplicabilidad del denominado test Lawrie- Blum en referencia a la STJCE 3-7-86, asunto C-66/85, en la que se aplica el criterio de subordinación/dependencia, en un sentido flexible.



Nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo ha delimitado junto con el carácter personal de la prestación, la voluntariedad y la retribución, las notas que realmente son las definitivas del vínculo laboral, la dependencia y ajenidad, sin que ninguna de ellas aparezca definida legalmente en nuestra normativa, al tratarse de conceptos que, como reiteradamente señala tienen un elevadísimo nivel de abstracción, lo que hace imprescindible establecer una serie de indicios para determinar si concurren o no esas notas características.

Así establece como indicios clásicos de dependencia los siguientes:

- a. La asistencia al centro de trabajo del empleador o el lugar de trabajo designado por éste, criterio éste que mantiene su validez en relación con un buen número de actividades, pero que obviamente ha dejado de ser definitivo en relación con nuevos modelos de empleo, del que sería exponente el caso del teletrabajo y la posibilidad de desarrollo de la actividad laboral sin presencia física en el centro empresarial gracias a la utilización de las nuevas tecnologías, circunstancias todas ellas que provocan una nueva perspectiva en la clásica tensión entre trabajo dependiente y autónomo.
- b. El sometimiento a un horario determinado, indicio clásico en la jurisprudencia de los años 1980, pero en la medida en que los nuevos modelos de organización empresarial han adoptado en muchos sectores los horarios flexibles, e incluso la libertad horaria, característica también del teletrabajo, de modo que el control sobre el cumplimiento de jornada y horario carece de toda razón de ser en amplios sectores de actividad, lo que ha determinado una interpretación cada vez más flexible de dicho elemento.
- c. La exigencia de desempeño personal de la actividad, aunque con la importante matización de que la circunstancia de que se admita de forma excepcional la posibilidad de sustitución esporádica no excluye automáticamente el carácter laboral del vínculo.
- d. La inserción en el ámbito de organización del empleador, elemento este que ha sufrido una importante flexibilización, puesto que inicialmente se identificaba con el sometimiento a órdenes e instrucciones estrictas del empleador, perspectiva ésta que es abandonada a medida que en la organización empresarial se prescinde de la tradicional organización vertical, lo que condiciona que jurisprudencialmente se consolide la afirmación de que la <<autonomía funcional>> es plenamente compatible con la naturaleza laboral del vínculo, puesto que incluso en el ámbito nítidamente laboral se admite, especialmente en el caso de trabajadores altamente cualificados, la inexistencia de sumisión a órdenes estrictas en la ejecución del trabajo, dejándose un amplio margen de actuación a la iniciativa y responsabilidad, en atención a las cualificaciones y competencias crecientes, la profesionalidad, etc.

En lo que se refiere a los indicios de ajenidad, en sentido estricto, el análisis de la jurisprudencia del TS permite señalar como tales los siguientes:

- a. La ajenidad en los medios de producción, que se concreta en la circunstancia de que sea la empresa la que aporte o ponga a disposición del trabajador las herramientas, instrumentos y materiales necesarios para el desempeño de la actividad, de modo que en tales casos el supuesto autónomo se limita a aportar su actividad personal, sin disponer de infraestructura empresarial alguna; es importante matizar que la laboralidad no queda excluida por la circunstancia de que el prestador del servicio aporte algún tipo de herramienta o material, debiendo valorarse en tal caso la relevancia económica de dicha aportación y su incidencia en el objeto de la relación contractual.
- b. La relevancia de la inversión económica realizada por el presunto autónomo para el efectivo desarrollo de su actividad es uno de los indicios que permite apreciar la concurrencia o no de ajenidad en la prestación de la actividad, íntimamente relacionada con la citada ajenidad en los medios de producción.
- c. La ajenidad en los frutos o resultado de la actividad, en la medida en que la apropiación ab initio por la empresa es indicativo del vínculo laboral.
- d. La ajenidad en los riesgos, esto es, la falta de asunción por el prestador del servicio del riesgo y ventura de su actividad, de modo que con independencia del resultado tiene asegurado el percibo de la retribución.
- e. La ajenidad en el mercado y como consecuencia en la utilidad patrimonial es uno de los indicios más sólidos, y pasa por determinar quién se relaciona jurídicamente con los clientes en aspectos tales como la selección de la clientela, la determinación de las personas a atender, las relaciones de mercado, fijación de precios o tarifas, etc.

Por otro lado, el art. 8.2 del Reglamento (CE) nº **593/2008** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), dispone: " *En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo*



*habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país".*

Dicho esto, la prueba practicada desvela una prestación de servicios en aguas de Senegal, donde fue contratado el recurrente, y a tal efecto se llevó un contrato de trabajo conforme la legislación de Senegal, en razón al trabajo en aguas territoriales de Senegal, y, si bien, el recurrente no fue desembarcado al final de la prestación de servicios como marinero, es lo cierto que continuó hasta los puertos españoles de Arrecife y Hondarribia, pero no presto servicios de ninguna clase, por ello no podemos entender la existencia de ningún contrato de trabajo, pues para que exista el mismo tiene que darse los elementos de la prestación de servicios por cuenta ajena en los términos expuestos, y es que simplemente el recurrente pernoctaba y comía en el barco, no llevando a cabo ninguna actividad, y, por ello, al no existir trabajo alguno, no procede el pago del salario tal y como reclama el recurrente, ni tampoco existiendo un contrato de trabajo en España puede ser entendido una obligación remunerar una prestación inexistente.

Efectivamente existía un pago a los que las partes denominan como en la legislación de Senegal " *contrato de espera*" o remuneración de espera, pero este entra dentro de las previsiones de aquella regulación que nadie aporta y nada prueban, solo los pagos llevados a cabo, como la liquidación final.

3.- En su consecuencia se desestima el recurso de suplicación y se confirma la sentencia de instancia y es que el Ilmo. Magistrado a quo en nada vulnera los preceptos que refiere el recurrente.

#### **TERCERO. - COSTAS.**

En materia de costas, se debe estar al art. 235.1 LRJS que prevé esta medida únicamente respecto a la parte recurrente que resulta vencida y no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

#### **CUARTO. - RECURSO.**

Contra la presente sentencia cabe Recurso de Casación para la unificación de doctrina ( art. 218 LRJS).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

#### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Pablo Jesús , frente a la sentencia nº 142/2023 de fecha 14 de junio del 2.023, autos 650/2022 del Juzgado de lo social nº 4 de Donostia- San Sebastián, que desestimó la demanda, y absolvió a la empresa " DIRECCION000 , C.B.", a los comuneros D. Casiano , D. Cesar , D. Cosme y D. Bartolomé , a D. Agapito , de los pedimentos de la demanda; y confirmar, como confirmamos, el pronunciamiento de instancia.

Sin costas

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

**La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.**

**Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.**

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

**ADVERTENCIAS LEGALES.-**



Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del BANCO SANTANDER, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del BANCO SANTANDER, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699000066009724.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699000066009724.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.