

**EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL: REPORTERO
GRÁFICO Y EDITORIAL DE PRENSA DIARIA.
(COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO DE 31 DE MARZO DE 1997)**

POR MERCEDES FERNÁNDEZ RUBIO*

SUMARIO: I. Introducción.- II. Los hechos.- III. La valoración de los hechos por las diversas instancias jurisdiccionales sociales, fundamentalmente por el Tribunal Supremo.- IV. Análisis de la sentencia: Planteamiento inicial.- V. La presencia o ausencia de ajenidad como elemento clave de identificación: 1. *La ajenidad en la titularidad de los medios de producción.* 2. *La ajenidad en los frutos.* 3. *La ajenidad en el mercado.* 4. *La ajenidad en el riesgo.*- VI. La dependencia como factor determinante.- VII. Derechos de autor.- VIII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto comentar la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1997 (RA 3578), que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina. Fue interpuesto por un trabajador, reportero gráfico, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 9 de julio de 1996, que, a su vez, resolvió un recurso de suplicación interpuesto por la empresa, una editora, frente a una sentencia del Juzgado de lo Social de San Sebastián, de 12 de febrero de 1996. Esta última Sentencia había calificado como laboral la relación que vinculaba a la empresa editorial con el reportero gráfico. El problema jurídico fundamental, pues, que aborda la Sentencia del Tribunal Supremo es determinar si los hechos considerados probados en relación con las características y circunstancias del tipo de trabajo prestado son indicios fácticos suficientes para dictaminar la existencia de un contrato de trabajo en los términos exigidos por el artículo 1.1 del E.T.

El punto de discrepancia entre empresa y reportero gráfico es fácil de imaginar. Para la empresa la relación de servicios que le vincula con el reportero es un contrato sometido a las reglas civiles o mercantiles pudiendo extinguirse libremente y sólo con sumisión a esas reglas o, eventualmente, a las establecidas en el contrato. Por el contrario, el reportero gráfico considera que dicho vínculo debe ser calificado como jurídico-laboral y que por tanto su fina-

* Universidad Carlos III de Madrid.

lización requiere la concurrencia de alguna causa justificada; en ausencia de la cual debe ser calificada como despido y, si improcedente, generar las consecuencias de readmisión o indemnización conectadas a dicha calificación.

La cuestión de la laboralidad o extralaboralidad del trabajo realizado por un reportero gráfico de prensa, que es de lo que aquí en esencia se trata, trae a colación el debate calificadorio en el terreno de las relaciones de prestación de servicios que se han venido ubicando en las denominadas «zonas grises». Es decir, supuestos complejos y dudosos en la medida en que se trata de situaciones fácticas que presentan indicios tanto del trabajo por cuenta ajena como de otras figuras afines, con elementos comunes pero finalmente de naturaleza jurídica diferente y sometidas por tanto a un régimen distinto del Derecho del Trabajo.

En el caso tratado por la Sentencia de 31 de marzo de 1997, la cuestión gana mayor complejidad (y así se refleja en la propia Sentencia dada la relevancia que da a este enfoque) debido a que el objeto del trabajo es precisamente un tipo de actividad creativa que se encuentra protegida, en cuanto a sus resultados, por la legislación de propiedad intelectual. Esto supone que el análisis de la concurrencia o no de los elementos del artículo 1.1 del ET deba hacerse teniendo en cuenta las peculiaridades que los mismos adquieren cuando el objeto del trabajo es una creación intelectual protegida por la ley. En estos casos su autor, que puede ostentar la condición de trabajador, tiene atribuidos unos derechos especiales, muy superiores a los que tiene cualquier otro trabajador sobre el objeto de su trabajo y que provocan que el análisis de la llamada «ajenidad en los frutos deba enfocarse bajo unos criterios distintos de los habituales.

II. LOS HECHOS

El supuesto que se analiza es uno de esos casos fronterizos que presentan indicios propios tanto de laboralidad como de extralaboralidad. Por eso lo más conveniente es enumerar los hechos de forma organizada, es decir, por un lado los que pueden ser considerados indicios de la existencia de relación laboral y por otro los que por el contrario aproximan a una conclusión de inexistencia de la misma. En los apartados posteriores de este Comentario se analizará con más detenimiento las repercusiones que tienen cada uno de estos hechos en la calificación jurídica.

A) Indicios de laboralidad:

a) El reportero acudía diariamente a la sede de la Delegación Provincial del periódico para reunirse con los redactores y representantes del mismo.

Éste es un síntoma de dependencia y subordinación de la actividad del reportero al poder organizativo de la empresa editora. Manifiesta una determinada organización del tiempo de trabajo, cercana a la existencia de jornada, si

bien con ciertos márgenes de flexibilidad ya que de los hechos probados no se deriva la existencia de unas horas concretas de entrada y salida, pero sí al menos esa obligación de acudir diariamente a la sede del periódico. Este tipo de obligaciones no son propias de los trabajadores autónomos ni de los profesionales independientes sino que por el contrario suelen ser características de las relaciones de trabajo por cuenta ajena.

b) En dichas reuniones diarias recibía indicaciones sobre el tipo de fotografías a realizar y sobre las imágenes concretas que debía captar.

De nuevo estamos en presencia de un indicio de dependencia. El reportero se somete a las directrices organizativas de la empresa relativas a la forma de realización del trabajo. La editora no deja plena libertad al fotógrafo para que realice las fotografías que estime de más interés sino que por el contrario especifica las imágenes concretas que desea obtener. Éste es un rasgo de la dirección del trabajo por la empresa propio de las relaciones por cuenta ajena.

c) Al mismo tiempo mostraba a los redactores las fotografías que había realizado en días anteriores y que eran fruto a su vez de las precisiones realizadas por el periódico en su momento.

Es decir, existe un deber de rendir cuentas sobre el trabajo realizado. Es una especie de control a posteriori de los resultados de la actividad. Y ello denota una vez más la concurrencia del elemento de la dependencia.

d) Además el fotógrafo debía realizar su trabajo en una circunscripción territorial determinada. El periódico tenía un ámbito de publicación superior a la provincia, sin embargo internamente se organizaba mediante la división del trabajo en delegaciones territoriales de ámbito provincial. Pues bien, el reportero estaba adscrito a un ámbito geográfico de trabajo coincidente con una de esas provincias, dentro del cual se producían los eventos objeto de la posterior captación fotográfica.

Éste es un signo de dependencia y de sumisión a una forma de organización del trabajo planificada por la empresa y ajena al trabajador, quizá mucho más intenso que todos los anteriores. Es una clara restricción a la libertad de actuación del fotógrafo que debe ceñir su actividad a un ámbito concreto (no sólo temático, letra b) sino también geográfico). No es propio de un reportero que actúa por cuenta propia y de forma autónoma que esté sujeto a una previa constrictión del espacio territorial en que deben producirse las fotografías. Ello es síntoma de una planificación organizativa del periódico que previsiblemente tendrá asignados otros fotógrafos en otras provincias y que pretenderá evitar tanto la repetición de fotografías como la existencia de vacíos, de reportajes sin cubrir.

e) La empresa le suministraba los locales de trabajo, los líquidos de revelado, las luces y demás utensilios necesarios para esta labor. Además disponía de llaves de acceso a los locales de la empresa en los que llevaba a cabo el revelado de las fotografías, su ordenación y archivo.

Ello manifiesta una ajenidad parcial del fotógrafo en la titularidad de los medios de producción. Parte de los mismos, y precisamente los de mayor cuantía económica, son titularidad de la empresa editora y no del fotógrafo. La titularidad por parte de la empresa de los medios de producción más relevantes cuantitativamente no es tampoco un rasgo propio de los trabajadores autónomos sino de las relaciones típicamente laborales.

El que el fotógrafo posea llaves de acceso manifiesta una confianza y un grado de integración en la organización de la actividad productiva que no suele existir en los profesionales que contratan con el empresario civil o mercantilmente.

f) Fue llamado en numerosas ocasiones en horas intempestivas para cubrir reportajes inesperados y siempre acudió a los mismos evidenciando así una intensa disponibilidad hacia la empresa.

Habría que examinar a partir de los hechos probados si el fotógrafo contaba con la facultad de negarse a esas llamadas. Lo que parece claro es que aún cuando no tuviese esa obligación acudió siempre que fue llamado y ello conlleva, una vez más un síntoma de sujeción al poder organizativo empresarial.

g) El precio que la empresa editora pagaba al fotógrafo por cada fotografía estaba previamente preestablecido.

Ello manifiesta una cierta ajenidad en los riesgos para el fotógrafo y una ajenidad hacia el mercado. No existe posibilidad de negociación entre las partes en atención al interés de cada fotografía. La ausencia de esta facultad de especulación es más propia del trabajador por cuenta ajena que del autónomo.

B) Indicios de no laboralidad:

a) El reportero era dueño de la máquina de fotos y del vehículo que utilizaba en los desplazamientos.

Ello hace quebrar en parte la concurrencia del requisito de la ajenidad en la titularidad de los medios de producción que caracteriza siempre, como regla general, las relaciones de trabajo por cuenta ajena. En principio el trabajador debe aportar solamente actividad al proceso productivo. Él no lleva a cabo inversiones de carácter patrimonial sino que las mismas proceden del empresario. La aportación de elementos patrimoniales al proceso productivo por parte del trabajador comienza a introducir dudas acerca de la laboralidad de la relación.

b) La empresa no remuneraba al fotógrafo por la totalidad de las fotografías realizadas sino solamente por aquellas que consideraba de mayor interés y que insertaba en su publicación.

Éste es uno de los datos fácticos que en mayor medida dificultan la calificación del supuesto como laboral. Provoca que surjan dudas en cuanto a la exis-

tencia de ajenidad. No es una remuneración por tiempo de trabajo o por esfuerzo realizado sino en base a los resultados obtenidos. De esta manera el fotógrafo está asumiendo un riesgo: existe una incertidumbre en la cuantía que va a recibir finalmente e incluso parece que existe el riesgo de que no reciba remuneración alguna.

Esta forma de compensación del trabajo relativiza también la ajenidad en los frutos: parece que la empresa no es titular de las fotografías desde el momento en que el reportero las realiza sino sólo a partir del momento en que paga un precio por ellas, adquiriéndolas (eso parece en principio) mediante un negocio jurídico distinto al inicial que vincula al reportero y a la empresa.

c) En la parte inferior de las fotografías publicadas aparecía siempre la firma del fotógrafo. Éste conservaba siempre la propiedad de los negativos.

Parece que en este caso quiebra de nuevo la transmisión originaria de los frutos del trabajo por el trabajador hacia el empresario. Sin embargo ésta es una afirmación algo apresurada puesto que hay que tener en cuenta al respecto las matizaciones que introduce la legislación sobre propiedad intelectual al requisito de la ajenidad en los frutos. A pesar de ello el dato de la conservación de la propiedad de los negativos aleja de nuevo del ámbito de la laboralidad, puesto que parece que con ello el fotógrafo podría obtener nuevas copias de las fotografías ya entregadas a la empresa editora teniendo así un grado de poder sobre los frutos de su trabajo no muy propio del trabajador por cuenta ajena, el cual pierde cualquier facultad sobre el objeto de su trabajo desde el momento de la producción, ostentado solamente la condición de acreedor del correspondiente salario.

d) No tenía firmado con la empresa ningún pacto de exclusividad y por tanto podía prestar simultáneamente sus servicios a otra empresa periodística.

De ese dato de hecho puede deducirse que el reportero podía ofrecer las fotografías que rechazase la empresa editora a otro periódico distinto. También parece que podía ofrecer las fotografías encargadas no a esa empresa sino perfectamente a otra empresa distinta si por cualquier motivo lo estimaba más oportuno. Estos datos ponen en tela de juicio la concurrencia de ajenidad en los frutos y de ajenidad en el mercado.

f) No estaba afiliado ni dado de alta en la Seguridad Social, ni la empresa cotizó nunca por él. Nunca tuvo vacaciones remuneradas, ni permisos remunerados, ni pagas extraordinarias.

Todas éstas son siempre consecuencias del contrato de trabajo. Calificada una relación como laboral, el trabajador deberá ser afiliado y dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social (salvo que se trate de alguna relación especial), tiene derecho a vacaciones remuneradas, a permisos en los supuestos establecidos legalmente y generalmente a pagas extraordinarias. Nada de esto sucede en este caso lo cual puede servir para reforzar un juicio negativo en cuanto a la existencia de una relación de trabajo sometida al Derecho laboral.

Esta doble clasificación de los hechos ratifica la idea, apuntada inicialmente, de que se está en presencia de un supuesto de los que se encuadran en las denominadas «zonas grises». Es un caso fronterizo que no admite una decisión tajante e indiscutible en uno u otro sentido. Será la acumulación cuantitativa de indicios o la especial valoración cualitativa de alguno de ellos la que conducirá a una determinada calificación en el caso concreto.

III. LA VALORACIÓN DE LOS HECHOS POR LAS DIVERSAS INSTANCIAS JURISDICCIONALES SOCIALES, FUNDAMENTALMENTE POR EL TRIBUNAL SUPREMO

El 13 de octubre de 1995 la empresa editora comunica al reportero gráfico la finalización de la relación jurídica que le une, y que no considera como laboral, y en consecuencia el cese de la prestación de sus servicios. Esta calificación como no laboral no es compartida por el reportero quien entiende por el contrario que dicho vínculo jurídico subsistente durante tres años de forma ininterrumpida, es un auténtico contrato de trabajo. Por eso considera que la extinción del contrato debe ser calificada como despido y plantea la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social nº 3 de San Sebastián; pretensión que es aceptada por el Juzgado, en sentencia de 12 de febrero de 1996.

Contra la Sentencia del Juzgado la empresa interpone recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de País Vasco. Este Tribunal, en cambio y a diferencia del Juzgado de lo social, estima, en sentencia de 9 de julio de 1996, que la relación jurídica carece de naturaleza laboral. Para llegar a esta conclusión acude principalmente al argumento de la ausencia de ajenidad «puesto que el recurrido conserva ab initio la titularidad de los resultados de su trabajo que solo hacía suyos la empresa recurrente cuando le eran transferidos por aquél, en cuyo supuesto le eran abonados». Considera además el Tribunal que tampoco existe dependencia pues «no queda acreditado el sometimiento del fotógrafo al círculo rector o disciplinario de la empresa, no consta que recibiera instrucciones de ningún tipo para el desarrollo de su trabajo».

Éstos son los dos argumentos fundamentales para negar la laboralidad de la relación jurídica si bien el Tribunal Supremo apunta otros que refuerzan tal decisión como que el fotógrafo no había sido dado de alta en la Seguridad social, ni había recibido pagas extraordinarias.

En este caso es el fotógrafo quien recurre ante el Tribunal Supremo por las vías del recurso de casación para la unificación de doctrina. Y el Alto Tribunal entiende, separándose del criterio de la Sala del TSJ y retomando de nuevo la tesis del Juzgado de lo Social, que efectivamente estamos ante una relación laboral y que por tanto el Orden Jurisdiccional Social es competente para conocer. Los fundamentos jurídicos que sustentan esta decisión son básicamente los siguientes:

A) En primer lugar considera el Tribunal que existe ajenidad. Para llegar a esta conclusión ofrece los siguientes argumentos:

1) No es incompatible la existencia de una auténtica relación laboral con que el objeto de la actividad sea una creación protegida por la Ley de Propiedad Intelectual. Ésta otorga unos derechos especiales al autor de la obra, que puede ser un trabajador, y que no siempre tiene un trabajador ordinario, como son en este caso la publicación de las fotos con la firma del colaborador o la reserva de la propiedad de los negativos. Estas circunstancias no eliminan la laboralidad de la relación. Son derechos de carácter moral que tiene todo autor y que son inalienables y no susceptibles de transmisión a terceros. Lo importante es la transmisión de los derechos de naturaleza patrimonial. Transmisión que puede hacerse tanto por la vía del contrato de trabajo como por cualquier otro negocio jurídico. Y se remite el Tribunal al artículo 51 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) que admite expresamente la posibilidad de que los derechos de explotación de las obras de carácter intelectual protegidas por la Ley se transmitan a través de un contrato de trabajo. (Fundamento Jurídico Cuarto).

2) En este caso, dice el Tribunal, existe tal laboralidad, por cuanto en primer lugar «el reportero no hace los trabajos fotográficos por propia iniciativa y para sí mismo, con propósito de ofrecerlos luego en el mercado de la información, sino que los realiza atendiendo a la indicaciones temáticas de la empresa periodística, que tiene la facultad de seleccionar a precio preestablecido las que más le interesan y adquiere así el resultado del trabajo». (Fundamento Jurídico Quinto).

Es decir, el reportero no realiza las fotografías por propia iniciativa y con libertad (no elige las fotos) y por otra parte no las ofrece luego libremente a cualquier empresa del mercado de la información, sino a quien se las ha encargado, que no las adquiere además al precio de equilibrio del mercado en ese momento sino a un precio preestablecido previamente.

3) No desvirtúa la calificación de laboralidad el hecho de que el reportero aportara su cámara fotográfica y utilizase su propio vehículo porque estas aportaciones «no tienen entidad económica suficiente como para hacer del reportero titular de una explotación o empresa». (Fundamento Jurídico Quinto).

4) La forma de remuneración a la pieza no es la más típica del contrato de trabajo, pero, no es incompatible con él y entra dentro de la definición de salario del artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores. (Fundamento Jurídico Séptimo).

No se plantea el Tribunal si debe existir o no una remuneración mínima garantizada para eliminar así ciertos grados de riesgo que no son propios del trabajo por cuenta ajena. Simplemente entiende que la remuneración a la pieza y no por tiempo de actividad es una de las formas posibles de remuneración al trabajador en el seno de un verdadero contrato de trabajo.

B) En segundo lugar a juicio del Tribunal existe también dependencia. No es un colaborador que presta sus servicios esporádicamente o por aconteci-

mientos singulares sino que «está incorporado plenamente y con continuidad a la organización del trabajo de la empresa informativa que programa diariamente el trabajo a realizar y que encarga incluso en ocasiones reportajes intempestivos». (Fundamento Jurídico Sexto).

Es decir, pone el acento el Tribunal Supremo en la continuidad de la prestación, que no considera irrelevante ya que demuestra una inserción en el programa de desarrollo de la actividad productiva. Entiende que un fotógrafo libre prestaría sus servicios de forma esporádica u ocasional pero no realizaría fotografías para el periódico todos los días de forma continua.

Además esas fotografías no son las que elige libremente el reportero sino las que le indica el periódico para cubrir ordenadamente sus necesidades, de forma que la opinión del fotógrafo en cuanto al interés o prioridad de determinados eventos queda en un plano secundario o casi nulo.

IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA: PLANTEAMIENTO INICIAL

Hasta aquí se ha realizado una labor preeminentemente expositiva o narrativa de los hechos y de su calificación jurídica por diferentes órganos jurisdiccionales. Es momento ahora de analizar este posicionamiento y los argumentos que lo sustentan.

En esta labor es preciso ir por orden:

1) Lo primero que hay que poner de manifiesto es que no se debe calificar un contrato en base a sus consecuencias jurídicas sino en base a sus presupuestos.

Es decir, el hecho de que el empresario no hubiese dado de alta al trabajador en la Seguridad Social o que nunca le hubiese dado vacaciones remuneradas son datos prácticamente irrelevantes a efectos de calificación jurídica del contrato. Porque puede que se trate de incumplimiento de sus obligaciones por parte del empresario. Para saber si se está o no en presencia de un contrato de trabajo ha de examinarse la concurrencia de los elementos exigidos por el artículo 1.1 del ET. La afiliación del trabajador a la Seguridad social, las vacaciones, los permisos, las pagas extraordinarias etc... son solamente consecuencias jurídicas que deben desencadenarse necesariamente cuando existe un contrato de trabajo. Pero su existencia o no es una decisión previa adoptada en base a otras circunstancias.

2) En segundo lugar es preciso plantearse qué utilidad a efectos de calificación jurídica puede reportarnos el artículo 8.1 del ET.

El Tribunal Supremo no lo cita en la Sentencia en ninguno de los Fundamentos Jurídicos, pero es un precepto que tiene una cierta trascendencia para solucionar los supuestos dudosos de calificación jurídica como éste. El artículo 8.1 del ET no contiene sin embargo como a veces se afirma en la Jurisprudencia una presunción de existencia de contrato de trabajo entre todo aquel que presta un servicio a cambio de una remuneración y aquel que lo

recibe. (1). Esto es algo que sí hacía el antiguo artículo 3 de la derogada Ley de Contrato de trabajo. Cuando se daban esas circunstancias se presumía la existencia de contrato de trabajo, sin perjuicio de que se demostrase lo contrario. Pero no era necesario además que el trabajo se desarrollase bajo la organización y dirección de otro y que estuviese remunerado por cuenta ajena. La presunción jugaba sin necesidad de estas exigencias. Pero esto no sucede hoy día. Porque el artículo 8.1 del ET viene a reproducir casi literalmente los requisitos del artículo 1.1 del ET. Por consiguiente para que podamos presumir la existencia de un contrato de trabajo será necesario que se den los indicios fácticos manifestación de la dependencia y de la ajenidad.

El artículo 8.1 únicamente contiene una presunción de existencia del contrato de trabajo aún cuando éste no se haya celebrado ni por escrito ni de palabra, siempre que además se den los requisitos del artículo 1.1 del ET. Es decir, lo que consagra es el principio de libertad de forma en el contrato de trabajo. Éste es por tanto un contrato no solemne en el que la forma no es un requisito constitutivo, de manera que el contrato de trabajo es válido y produce efectos jurídicos aún cuando no se haya observado forma alguna. Esto es, el consentimiento, que debe existir en todo caso como en todo contrato, puede ser tanto expreso (y a su vez tanto escrito como verbal) como tácito (es decir manifestado no a través de declaraciones de voluntad sino de un determinado comportamiento). La presunción del 8.1 es de la existencia de contrato entre las partes y no exactamente de contrato de trabajo.

Ahora bien, aunque no contiene una presunción, sí expresa una «vis atractiva» de las relaciones jurídicas de prestación de servicios hacia el Derecho del Trabajo. Esta fuerza de atracción permite precisamente solucionar los supuestos de las «zonas grises». No puede partir el juez de la presunción de existencia del contrato de trabajo teniendo la otra parte (el empresario) la carga de probar que no concurren los elementos propios de una relación laboral según el artículo 1.1 del ET. No se parte tampoco de lo contrario. El juez no puede presumir nada, más que la existencia de un contrato. Ambas partes deberán aportar argumentos suficientes para decantar la calificación jurídica en uno u otro sentido. Pero si llegado este momento existen indicios fácticos que apoyan tanto una como otra decisión, si se sigue estando en una posición intermedia, entonces es cuando entra en juego esa «vis atractiva» hacia el Derecho del Trabajo que impone el artículo 8.1 del ET haciendo que lo más conforme a Derecho sea la calificación jurídica de la relación como laboral y sometida por tanto a esta normativa.

3) A partir de estas consideraciones previas, hay que analizar la concurrencia o no en este supuesto de hecho de los requisitos legales exigidos en el artículo 1.1 del ET.

(1) GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La presunción de la existencia de contrato de trabajo». En *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo, Madrid, 1990, pág. 787 y ss.

Como es sabido este precepto señala lo siguiente: «La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

A partir de esta definición se ha entendido de forma general (2) que los elementos constitutivos de la relación laboral son la voluntariedad, la condición de persona física del trabajador, el carácter personalísimo de la prestación, la existencia de remuneración, la dependencia y la ajenidad.

Todos ellos son elementos constitutivos porque forman parte de la esencia del contrato de trabajo, lo cual quiere decir que su concurrencia es necesaria para estar en presencia de una auténtica relación laboral. No obstante hay que precisar que en los casos fronterizos como el que se analiza nunca concurren de forma indiscutible y plena todo el conjunto de elementos sino que muchos lo harán de forma dudosa y algunos otros incluso se excluirán de forma clara. Pero esto no conduce necesariamente a una calificación de extralaboralidad. Como se apuntaba en las primeras páginas del comentario este tipo de casos se resuelven a través de la acumulación mayoritaria de elementos en una u otra opción y a partir del valor y de la significación que tengan cada uno de ellos.

En el caso de la Sentencia es clara la concurrencia del requisito de la voluntariedad, de la condición de persona física del trabajador, del carácter personalísimo de la prestación y de la existencia de una remuneración (no es trabajo gratuito). No es preciso por ello detenerse en su examen sino adentrarse directamente en el estudio de los dos elementos que de manera más significativa caracterizan al contrato de trabajo y cuya existencia en este caso plantea problemas. Se trata de la ajenidad y de la dependencia.

V. LA PRESENCIA O AUSENCIA DE AJENIDAD COMO ELEMENTO CLAVE DE IDENTIFICACIÓN

La ajenidad es probablemente la característica más identificadora del contrato de trabajo. Representa la esencia económica propia de este contrato que lo distingue de otros negocios jurídicos afines como el arrendamiento de servicios, el arrendamiento de obra o el contrato de sociedad. No obstante el requisito de la dependencia es igualmente esencial, como se desprende de la definición de contrato de trabajo del artículo 1.1 del ET. Incluso existe una línea jurisprudencial que lo considera como el elemento vertebral o más decisivo de la relación laboral. (3). Además en los hechos que ahora se analizan como más adelante se verá precisamente es el requisito de la dependencia, el que al concurrir de forma más clara, permite llegar a la conclusión de la existencia de relación laboral. Pero es preciso analizar la ajenidad, puesto que si se

(2) Por todos, MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. Y GARCÍA MURCUA J.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 170 y ss y 459 y ss.

(3) Por todas, STS de 14 de mayo de 1990 o de 9 de febrero de 1990.

llega a la conclusión de que ésta no existe en los hechos que se analizan difícilmente sería sostenible la solución de laboralidad a la que llega el Tribunal Supremo.

La ajenidad ha sido uno de los requisitos de la relación laboral más examinados por la doctrina. Dentro del concepto general de ajenidad se han elaborado a su vez conceptos más específicos: ajenidad en los medios de producción (4), ajenidad en los frutos (5), ajenidad en el mercado (6), ajenidad en el riesgo (7), y ajenidad en la utilidad patrimonial (8). Todas estas manifestaciones de la ajenidad a su vez pueden ordenarse de forma sistemática: la ajenidad en la titularidad de los medios de producción, en la forma de realización del trabajo (dependencia) y en los frutos, forman parte de la esfera de la producción del bien o servicio, mientras que la ajenidad en el mercado, en los riesgos y en la utilidad patrimonial forman parte de la esfera de la circulación del producto (9). Por eso este es quizá el orden de análisis de la ajenidad más indicado. No es preciso ahora sin embargo adentrarse en un estudio detenido de todos estos conceptos sino que es más conveniente centrarse en aquellos que maneja el Tribunal Supremo para la resolución del supuesto porque son los conflictivos y problemáticos. El Tribunal analiza, aunque sin darle esa denominación expresa: la ajenidad en los medios de producción (Fundamento Jurídico Quinto), la ajenidad en los frutos (Fundamento Jurídico Quinto), la ajenidad en el mercado (Fundamento Jurídico Quinto) y la ajenidad en el riesgo (Fundamentos Jurídicos Quinto y Séptimo).

1. La ajenidad en la titularidad de los medios de producción

Según su elaboración doctrinal más acabada (10), esta manifestación de la ajenidad supone que en principio el trabajador por cuenta ajena no es titular de los medios que utiliza para la realización de su trabajo. Éstos son titularidad de la empresa, de forma que en puridad sólo aporta actividad al proceso productivo.

El fotógrafo del caso se encuentra en una situación intermedia: es titular de la cámara y del vehículo que utiliza para sus desplazamientos pero la empresa le suministra el resto de los elementos necesarios para la culminación del

- (4) ALBIOL MONTESINOS, II.: «En torno a la polémica ajenidad-dependencia». En *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*. nº 1 Valencia, 1971, pág. 39-41.
- (5) ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*. Edersa, Madrid, 1994, pág. 50-52.
- (6) ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo». *REDT*, 1986, nº 28 pág. 495 y ss.
- (7) BAYÓN CHACÓN, G. Y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Vol I, Madrid 1978 pág. 14 y 18.
- (8) MONTOYA MELGAR, A.: *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*. Escuela Social de Murcia, Murcia, 1972, pág. 5 y ss.
- (9) ALARCÓN CARACUEL, M.R.: op. cit. pág. 505.
- (10) ALBIOL MONTESINOS, loc. cit.

trabajo: el local para revelar, los archivos y demás utensilios. Por eso es titular de parte de los medios de producción mientras que de la otra parte es titular la empresa.

Para solucionar este tipo de supuestos es de suma utilidad acudir a la doctrina jurisprudencial anterior a la reforma del ET de 1994 (Ley 11/94 de 19 de mayo) en relación a los transportistas. De su análisis se obtiene que son dos los criterios que se utilizan para calificar las relaciones jurídicas desde este punto de vista:

1) En primer lugar hay que valorar la entidad económica de los elementos introducidos por el trabajador en relación al coste del proceso productivo. En algunas de estas sentencias del transporte si el vehículo propiedad del transportista era de extraordinario valor éste era el detonante para la inclinación del lado de la extralaboralidad y viceversa. (11).

En el supuesto de la sentencia la cámara fotográfica y el vehículo son elementos de valor económico inferior a los locales, líquidos, archivos y demás instrumentos técnicos suministrados por la empresa para culminar la elaboración de las fotografías. La aportación económica del fotógrafo al proceso productivo es por tanto menor a la de la empresa editora.

Además la cámara fotográfica y el vehículo son elementos por sí mismos insuficientes para culminar la producción. La aportación patrimonial de la empresa resulta imprescindible, sin ella nunca podrían llegar a realizarse las fotografías. Esto supone que el trabajador no es autosuficiente. Es decir, no dispone de una organización propia que le permita funcionar como empresario, o al menos como profesional para realizar por sí mismo las fotografías que estimase oportunas con objeto de ofrecerlas luego a esa empresa o al mercado de las empresas editoras. Necesita la aportación de la empresa, no tiene autosuficiencia. No es, por ello, un autónomo ajeno a la colaboración patrimonial de la empresa en el proceso productivo.

Además en un tipo de trabajo como el de los fotógrafos de prensa la cámara fotográfica es un instrumento muy personal que requiere una utilización individualizada según las preferencias y la forma de trabajar de cada fotógrafo. No hay que olvidar que no estamos ante un trabajo simplemente mecánico sino que requiere una técnica y unos ciertos tintes artísticos para los cuales es muy normal que los fotógrafos decidan cuál es la cámara que prefieren y que ésta sea de su propiedad.

2) Pero quizá el dato más relevante que se extrae del análisis de las sentencias del transporte es que la jurisprudencia dominante antes de la reforma consideraba que la relación de los transportistas con las empresas para las que trabajaban era laboral en la medida en que el objeto principal del contrato fuese la actividad del transportista, cuando además ésta se desarrollase bajo el poder de organización y dirección del empresario. Por eso aún cuando se llevase a cabo

(11) Ver por ejemplo STS 7 de mayo de 1985 (AR 2669), STS de 26 de febrero de 1986 (AR 834), STS de 22 de junio de 1988 (AR 548) (STS 29 de enero de 1991 (AR 190).

una aportación patrimonial (porque el transportista era el propietario del vehículo y se encargaba de su mantenimiento) ésta por sí sola no podía excluir la laboralidad cuando lo principal fuese el desarrollo de una actividad para una empresa bajo su poder de organización (12).

Este criterio jurisprudencial es probablemente más significativo que el anterior para fundamentar, en el supuesto de hecho de la sentencia, una conclusión de laboralidad. La aportación de la cámara y del vehículo no se puede considerar como una inversión patrimonial que el fotógrafo haga con el objeto de rentabilizar luego esa inversión obteniendo un lucro industrial, de forma que su actividad sea sólo un anexo en esa operación de inversión. No ocurre así, sino todo lo contrario. La cámara de fotos es simplemente un instrumento necesario para el desempeño de su actividad. Lo principal es la actividad y lo accesorio es la aportación de la cámara y el vehículo necesarios para la misma. Además esa actividad se desarrolla bajo las órdenes e instrucciones de la empresa como se verá a continuación cuando se examine el requisito de la dependencia.

Por tanto, toda esta argumentación conlleva, para el supuesto analizado en la sentencia, dos conclusiones:

1) Que hay una titularidad parcial de los medios de producción por el fotógrafo, pero que la cuantía económica de estos medios propiedad del reportero es inferior a la de los que aporta la empresa. Ésta es, pues, titular de los medios de producción de más entidad económica. La propiedad del fotógrafo queda en un nivel secundario.

Ya se ha puesto de manifiesto, en el apartado III de este Comentario, que efectivamente el TS considera que la aportación de la cámara fotográfica y del vehículo «no tienen entidad económica suficiente como para hacer del reportero titular de una explotación o empresa» (Fundamento Jurídico Quinto).

(12) En este sentido son significativas: la STS de 3 de diciembre de 1991 (R. B.O.E. 9034) que considera que: « Ante contratos concertados con transportistas que prestan sus servicios con vehículo propio y con gastos y mantenimiento y uso a su misma costa pero que a pesar de ello no hacen sino realizar una actividad propia de la empresa y no de ellos mismos... siendo retribuidos con unas cantidades que en realidad... tienden a compensar el esfuerzo personal del trabajador que en ningún momento viene a obtener un lucro que pudiese ser considerado como beneficio industrial... no pueden alterar su carácter claramente encuadrable en el artículo 1.1 del E.T.

(O la STS de 14 de noviembre de 1989 (R. B.O.E.): «No cabe negar la posibilidad de que un transportista autónomo, conduce personalmente el vehículo de su propiedad, pueda concertar un contrato de naturaleza mercantil...mas será laboral (la relación) cuando el elemento definidor es el trabajo personal del que presta servicio, siendo la aportación del vehículo un elemento secundario... y merecerá la calificación de mercantil cuando el objeto principal lo constituya, más que el trabajo personal del conductor la obtención de un rendimiento de una importante inversión económica del propio conductor...»

2) En segundo lugar, en todo caso esa aportación patrimonial tiene un carácter accesorio o instrumental para el desarrollo de la actividad: realizar fotografías. Lo fundamental es hacer las fotografías que encarga la empresa y no tanto obtener un rendimiento por el capital invertido en la cámara y en el vehículo.

Esta actividad se desarrolla además en el ámbito de organización y dirección de la empresa (como se verá en el apartado VI del Comentario).

La aportación patrimonial del fotógrafo es, de esta manera, solamente un medio necesario para el desarrollo de una actividad que se inserta en una programación ajena y que redundará en beneficio de la empresa. Según la jurisprudencia del transporte analizada se darían los presupuestos para calificar la relación como laboral. Esta forma de argumentar no la utiliza el TS en la Sentencia pero es un apoyo más, que ahora se aporta, para fundamentar la tesis de dicho fallo.

2. La ajenidad en los frutos

Supone la adquisición originaria por el empresario de la propiedad sobre los resultados del trabajo desde el momento mismo de la producción, sin necesidad de que se produzca ningún otro negocio jurídico posterior de transmisión. Por virtud del propio contrato de trabajo el empresario ya adquiere dicha propiedad de forma que el trabajador aun cuando es el artífice material del bien o servicio producido u ofrecido no ostenta ningún derecho sobre ese resultado sino que únicamente tiene derecho a percibir un salario como contraprestación al trabajo realizado. Es decir, como consecuencia del contrato de trabajo el empresario será titular originario del resultado del trabajo y el trabajador será solamente acreedor de salario (13).

En el caso objeto de estudio y a partir de esta definición surgen fuertes dudas para afirmar la existencia de ajenidad en los frutos del trabajo. Parece que la empresa pasa a ser propietaria de las fotografías a partir del momento en que las selecciona y paga al fotógrafo un precio preestablecido por cada una de ellas. No las adquiere desde el mismo momento en que el fotógrafo las realiza sino en el momento posterior en que las selecciona y paga por ellas.

También podría extraerse de los hechos probados que el fotógrafo tiene libertad para ofrecer las fotografías que realice a cualquier otra empresa sin que por ello reciba ninguna sanción de carácter jurídico más que la pérdida económica de no recibir el precio que le daría la empresa editora. Más aún cuando no existe un pacto de exclusividad con lo cual el fotógrafo tiene libertad para hacer reportajes para otras editoras y parece que podría ofrecerlas cualquier fotografía que realizase, puesto que todas son titularidad suya desde el inicio. No parece que exista una adquisición originaria de las fotografías por la empresa editora. El propio TS (Fundamento Jurídico Quinto) admite que es tras la selección de las fotografías y el pago del correspondiente precio cuando la empresa adquiere el resultado del trabajo.

(13) ALONSO OLEA, M.: loc. cit.

Sin embargo también podría interpretarse, a partir de los hechos, que si bien es cierto que el periódico no obtiene la titularidad de las fotografías hasta el momento de la selección lo que no queda tan claro es que el fotógrafo tenga plena libertad para ofrecer las fotografías encargadas a cualquier otra empresa y ello a pesar de que no exista un pacto de exclusividad. Puede interpretarse que las fotografías que le encarga la empresa le deben ser ofrecidas a ella previamente porque de lo contrario se estaría incurriendo en un incumplimiento contractual.

En todo caso esta manifestación de la ajenidad no concurre con claridad, y sin embargo esta ausencia no tiene en sí misma entidad suficiente como para descartar la laboralidad de la relación. Lo único que manifiesta es que se trata de un caso fronterizo que se encuentra en esos difusos márgenes entre el Derecho del Trabajo y otras ramas del Ordenamiento Jurídico. La respuesta puede pues seguir siendo afirmativa siempre y cuando concurren otros elementos esenciales de la relación laboral que tengan entidad suficiente como para hacer al menos razonable y no arbitraria una calificación de signo laboral.

3. La ajenidad en el mercado

A grandes rasgos la ajenidad en el mercado supone la existencia de un intermediario entre el trabajador y el mercado que es el empresario. El empresario es, a su vez, un sujeto que no adquiere el bien o la actividad para sí mismo sino para obtener un resultado que luego pondrá en circulación en el mercado. Pero el trabajador no se ha dirigido a ese mercado. Lo que él ha producido se ha insertado en el mercado mediante la interposición jurídica del empresario, que es quien cobra el precio de ese bien o servicio, quien paga al trabajador un salario y quien procura realizar un beneficio. El trabajador no está realmente ante un auténtico mercado de numerosos y anónimos clientes potenciales sino que debe entregar su producto necesariamente al empresario que es un sujeto único y determinado. No tiene por tanto capacidad de especulación. No puede decidir vender el producto de su trabajo a aquel cliente que le ofrezca una cantidad de dinero más alta por él, porque entre otras cosas el trabajador no es propietario del producto de su trabajo. Él entrega tiempo de trabajo a cambio de un salario preestablecido. (14).

Los hechos de la sentencia admiten en este punto dos interpretaciones distintas:

1) Puede pensarse que el fotógrafo se encuentra en un verdadero mercado, el de las empresas editoriales a las cuales puede ofrecer sus fotografías como auténticos clientes. No existe pacto de exclusividad y por eso el fotógrafo puede ofrecer cualquiera de las fotografías que realice a cualquier empresa. Especialmente las fotografías no seleccionadas por la primera editora (para

(14) ALARCÓN CARACUEL, M.R.: op. cit. pág. 498-594.

rentabilizar así el trabajo y el tiempo invertido en la realización), pero, y según esta forma de interpretar los hechos, también incluso las fotografías que ha realizado a partir del encargo. Contaría con esa libertad y estaría ante un auténtico mercado.

2) Los hechos admiten también otra interpretación, cual es la defendida por el TS en la sentencia (Fundamento Jurídico Quinto). El reportero no es un trabajador autónomo, que hace las fotografías según su propia iniciativa y criterio en torno a qué es lo más actual e interesante. No es así, sino que se ciñe a las indicaciones empresariales.

En segundo lugar no realiza las fotografías con autonomía sino disponiendo de los locales, archivos y otros instrumentos que le proporciona la empresa.

Es por ello muy dudoso que el fotógrafo esté ante un verdadero mercado. Por estas dos razones, a pesar de que no existe un pacto de exclusividad esto no supone que el reportero pueda ofrecer las fotos encargadas por la empresa editora y reveladas en sus propios locales a otras editoriales distintas. Estaría excediéndose de las facultades que le otorga el contrato que le vincula a la empresa editora. El fotógrafo no es un «free lance» sino que está integrado en una organización empresarial cuyo correcto funcionamiento cuenta con sus fotografías. Si en algún momento no las entregase el periódico tendría vacíos en la cobertura por imágenes de la información.

El que no exista un pacto de exclusividad supone que puede aceptar otros encargos de otras empresa distintas. Está en un «mercado» en el que puede ofrecer su actividad a otras empresas, pero no puede realmente disponer libremente del producto de su trabajo. Además el precio que le paga la editora por cada fotografía está previamente preestablecido, lo cual no es propio del funcionamiento de un verdadero mercado en el que los precios se mueven en función de la oferta y la demanda.

Ambas interpretaciones de los hechos podrían admitirse. La que apunta el TS no es la única posible pero hay que manifestar aquí que al menos es razonable y fundamentada, que es lo más que puede exigirse en estos casos de «zonas grises».

4. La ajenidad en el riesgo

De nuevo es un elemento de concurrencia problemática debido a que en los hechos que se tratan, al no constituir una relación típicamente laboral, el fotógrafo parece que se encuentra en una verdadera situación de riesgo. Es remunerado por cada fotografía que selecciona la empresa y no por tiempo de trabajo con lo cual pesa sobre él siempre la incertidumbre de la cuantía de su remuneración, e incluso parece en principio que cabe la posibilidad de que en alguna ocasión no reciba remuneración alguna si es que la empresa no selecciona ninguna de las fotografías que realiza. Es decir, la forma de remuneración es la que lleva el elemento del riesgo al ámbito del fotógrafo y lo aleja así de la situación de trabajador por cuenta ajena.

También puede entenderse sin embargo que no es ésta la idea de riesgo que se maneja en la definición de contrato de trabajo. Se dice que el empresario es quien asume el riesgo de la actividad empresarial porque lleva a cabo una inversión patrimonial para poner en marcha la actividad productiva (materias primas, medios de producción y normalmente también mano de obra). Después ofrece un producto en el mercado pero tiene incertidumbre en cuanto a la cantidad que va a obtener por él. Hay incertidumbre en cuanto a la cuantía del ingreso y hay con ello incertidumbre en cuanto al signo y la cantidad del beneficio. También forma parte del riesgo empresarial la posibilidad de asumir determinadas responsabilidades patrimoniales. (15).

En este sentido el fotógrafo del caso no soporta un verdadero riesgo empresarial. El riesgo que sufre es consecuencia simplemente de la forma de remuneración de su trabajo: a la pieza o a destajo. Esta modalidad retribuye al trabajador no por tiempo de trabajo sino por resultados obtenidos. Y dice el TS que aunque ésta no es la forma habitual de remuneración de los trabajadores por cuenta ajena es una de las formas de remuneración que tienen cabida en el artículo 26 del ET. (Fundamento Jurídico Séptimo).

Por otra parte la forma de remuneración del trabajo es tanto un rasgo definitorio (un presupuesto) como una consecuencia del contrato de trabajo, por ello si se llega a la conclusión del carácter laboral de la relación sería preciso afirmar que en todo caso el fotógrafo tendría derecho a una remuneración mínima garantizada.

De nuevo aparecen dos interpretaciones distintas de los hechos y de nuevo puede afirmarse que la opinión del TS que considera que el fotógrafo no asume un verdadero riesgo empresarial, es cuando menos, razonable.

VI. LA DEPENDENCIA COMO FACTOR DETERMINANTE

La dependencia implica una falta de autonomía y libertad del trabajador para decidir la forma de ejecución de la prestación laboral. Es el empresario quien lleva a cabo esa determinación. Los poderes de organización y dirección que le atribuyen las normas laborales le permiten crear una organización dentro de la cual se inserta el trabajador por cuenta ajena. Tiene además el empresario la facultad de controlar que el trabajo se ejecuta conforme a las normas de su programación, y de sancionar al trabajador si verifica que no se ha producido tal observancia. (16). En esa programación del trabajo el empresario le indica al trabajador qué trabajo concreto tiene que hacer, como ha de hacerlo e incluso dónde y cuando ha de hacerlo. Por eso son indicios de dependencia: la sujeción

(15) Para profundizar en este concepto y en el de ajenidad en la utilidad patrimonial ver ALBIOL MONTESINOS: loc. cit. y MONTOYA MELGAR: loc. cit.

(16) Para el estudio más profundizado de este concepto ver RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo». *Revista de Política Social*, nº 71, 1966. pág. 147 - 168.

a jornada, horario, el realizar el trabajo en un lugar determinado indicado por el empresario, seguir sus instrucciones y someterse a su poder disciplinario que se pone en marcha cuando el poder de control verifica que se ha producido un incumplimiento de esas instrucciones relativas a cómo ha de realizarse el trabajo y también relativas a qué no ha de hacerse. Por eso la dependencia ha sido definida como «*inserción del trabajo en una programación ajena*» (17) o como «*la puesta a disposición de la fuerza de trabajo al poder de organización y dirección del empresario*» (18).

Para trasladar estos criterios al supuesto de hecho de la sentencia hay que volver sobre la clasificación de los hechos llevada a cabo en el apartado II de este Comentario. Tras su análisis se observa que la mayoría de los hechos que han sido calificados como indicios de laboralidad denotan precisamente la presencia de dependencia y subordinación:

1) En primer lugar el fotógrafo recibía indicaciones precisas sobre el tipo de fotografías a realizar. Carecía de libertad para seleccionar los temas y las imágenes, ya que, por el contrario, estaba sujeto a la directrices empresariales en este punto. Esto supone un alto grado de integración en la organización productiva del periódico. Parece que la publicación tiene efectivamente una determinada programación de la actividad, una organización. Existe algún órgano de gestión o decisión que es el que selecciona los tipos de noticias que debe reflejar el periódico, en que extensión y cuáles deben ir acompañadas de fotografías. Por eso el periódico cuenta con ellas. Probablemente tiene concertados con otros fotógrafos otros contratos y a ellos les encarga otras fotografías distintas. A través de esta planificación el periódico se garantiza que todos los eventos de interés estarán cubiertos mediante imágenes, por eso los fotógrafos han de ceñirse a esas indicaciones. Si cada uno eligiese las situaciones de interés puede que hubiese solapamientos, fotografías repetidas y vacíos de información. El periódico necesita cubrirlo todo por eso encarga a cada reportero unas fotografías específicas. Esto es síntoma claro: 1) de la existencia de una organización. Y 2) de la inserción del reportero en la misma.

1.2) Refuerza la conclusión anterior el hecho de que el fotógrafo tuviese que realizar su trabajo en una circunscripción territorial determinada. Ésta es una limitación no ya temática sino geográfica del campo de actuación que probablemente obedece a que en otras provincias existen otros reporteros encargados de realizar allí los reportajes correspondientes. El periódico se organiza, intenta cubrir todos los espacios. No espera que los fotógrafos independientes que realizan por su cuenta la actividad les ofrezcan fotografías. No deja esa incertidumbre. Programa previamente la cobertura temática y geográfica para obtener una producción ordenada.

(17) MARTÍN VALVERDE, A. Y OTROS.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 170 y ss y 459 y ss.

(18) SALA FRANCO, T. Y OTROS.: *Derecho del Trabajo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 210 y ss.

Además hay que tener en cuenta el tipo de trabajo que se está analizando. Se trata de la actividad de un fotógrafo, la cual requiere un saber, unos conocimientos técnicos, un «arte en el oficio», que sólo puede aportar el propio fotógrafo y que no puede ser sustituido nunca por las indicaciones de la empresa. Realmente estas precisiones en cuanto al tipo de fotografías a realizar es lo más que puede hacer una empresa en este tipo de trabajo, es el máximo alcance que puede tener la dependencia. En el caso de un fotógrafo de plantilla en el sentido menos discutible posiblemente las indicaciones empresariales tampoco llegarían mucho más allá. La empresa sólo puede indicar el tipo de fotografías que quiere pero nada más.

2) En segundo lugar de los hechos se desprende la existencia de una cierta ordenación del tiempo de trabajo. La sujeción a jornada y horario es síntoma claro de dependencia. De los hechos del caso es cierto que no se deduce la existencia de una auténtica jornada ya que no existen horas concretas de entrada y salida. Pero lo que sí es un hecho probado es que el fotógrafo acudía diariamente a la Delegación Provincial del Periódico con objeto de recibir instrucciones sobre las fotografías a realizar y de mostrar al mismo tiempo las que había realizado en días anteriores. Esto supone una regularidad en la asistencia no demasiado propia de un trabajador autónomo. Además este grado de asistencia quizá es el máximo exigible en un trabajo como éste, porque el grueso de la actividad de un fotógrafo no se realiza nunca en el centro de trabajo sino en la calle o en otros lugares en los que sucedan los acontecimientos a captar. No es la actividad productiva típica y tradicional que pueda desarrollarse en el lugar concreto indicado por el empresario. Éste sí que puede delimitar un ámbito geográfico, como es en este caso la provincia. Pero en ésta no puede haber un centro de la empresa al que el fotógrafo acuda diariamente a realizar su prestación. Es más, cuando acude a la Delegación (con la regularidad indicada) lo hace no tanto para ejecutar la prestación como para recibir instrucciones y rendir cuentas del trabajo.

Y esto no puede ser de otra manera (en un fotógrafo de plantilla ocurriría lo mismo). Por eso la no sujeción a una jornada estricta o la no realización de la actividad en un lugar concreto no elimina la laboralidad de la relación, puesto que de lo contrario nunca la actividad de un fotógrafo podría recibir tal calificación.

2.2) También manifiesta cierta ordenación del tiempo de trabajo el que el fotógrafo fuese llamado en horas intempestivas para cubrir reportajes imprevistos. Esto indica una fuerte disponibilidad ya que esas asistencias pueden ser calificadas, incluso, como una suerte de horas extraordinarias. Lo que no se hace constar en los hechos probados es si tenía realmente una obligación de acudir a esas llamadas, o si tenía la facultad de negarse. Parece que en todos los casos en que fue llamado acudió. Pero la existencia de una verdadera obligación de asistir a estas llamadas es algo que no aclara totalmente el supuesto.

3) La posesión de llaves de acceso a los locales de la empresa manifiesta también una inserción en la organización ajena. Esto no es propio de un mero cliente civil o mercantil sino de una persona en la que se deposita una confianza (derivada de la continuidad en el trato). Lo otorga una capacidad de acudir en cualquier momento a los locales a revelar fotografías u otras actividades.

4) Por otra parte tampoco es irrelevante que el fotógrafo mantuviese su relación de servicios con la empresa durante tres años y medio. Ello demuestra que la empresa no podía prescindir de sus servicios puesto que él era una pieza más de la organización productiva: el periódico contaba con sus fotografías. Es lo que se indicaba en el primer argumento de este apartado. El periódico encarga un tipo de fotografías a cada fotógrafo para tener una cobertura total de todas las noticias. Y esto lo necesita de forma continuada, todos los días (es una publicación diaria), de ahí que vínculo entre ambos se prolongue durante tres años. Éste es otro signo de la integración en la organización empresarial.

El Tribunal Supremo afirma expresamente en su Fundamento Jurídico Sexto la existencia de dependencia en esta prestación de servicios. (19). Los argumentos anteriores demuestran que se trata de una opinión fundamentada, porque la dependencia no presenta aquí todos y cada uno de los rasgos que le son propios en una relación por cuenta ajena tradicional, pero es fundamental no olvidar el tipo de trabajo que se analiza. No puede haber una intervención mayor de la empresa en la forma de realización del trabajo. (20). Parece que existe dependencia y subordinación, al menos la máxima que puede haber en una relación de estas características.

VII. DERECHOS DE AUTOR

Aún queda un aspecto por contemplar: las peculiaridades que esta calificación adquiere cuando el objeto del trabajo es una creación protegida por la legislación sobre propiedad intelectual, en la medida en que esta peculiaridad puede tener repercusiones importantes sobre la propia calificación del vínculo. Así fue entendido por el recurso de la empresa y es por eso por lo que el TS

- (19) Dice así: «no se trata de un colaborador libre, que presta servicios esporádicamente o por actos o acontecimientos singulares, sino ante un reportero... incorporado plenamente y con continuidad a la organización del trabajo de la empresa informativa, que programa diariamente el trabajo a realizar y que encarga incluso en ocasiones trabajos o reportajes imprevistos.
- (20) Dice MARTÍN VALVERDE, A. en « El discreto retorno al arrendamiento de servicios» en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo, Madrid, 1990 pág. 211 y ss, que los trabajos de reporteros y colaboradores de prensa que se articulan mediante contratos de arrendamiento de servicios se caracterizan porque no están sometidos a instrucciones o programas de trabajo, pueden elegir libremente los temas y pueden elegir entre remitir la colaboración o no. pág. 227 y 228.

dedica una parte importante de su Sentencia al análisis de esta cuestión. (Fundamento Jurídico Cuarto).

La Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual) otorga a todo autor de una obra de naturaleza artística, científica o literaria un conjunto de derechos. Sin embargo no todos los derechos atribuidos son de la misma naturaleza ni están sujetos al mismo régimen jurídico. Hay que distinguir entre los derechos de naturaleza económica denominados derechos de explotación y los derechos de naturaleza personal, entre los cuales se encuentra en una posición destacada, el derecho moral de autor.

Los derechos de explotación pueden ser objeto de enajenaciones en el tráfico jurídico. Por el contrario los derechos de la personalidad son derechos irrenunciables e inalienables y por tanto no pueden ser objeto de intercambio económico.

Los derechos de explotación económica de la obra puede transmitirlos su autor a terceras personas a través de contratos civiles o mercantiles pero también como expresamente reconoce el artículo 51 de la LPI a través del contrato de trabajo. En este sentido nuestra legislación ha acogido de entre las diversas corrientes del Derecho Comparado la denominada como corriente anglosajona. (21). A su vez en este caso se abren dos posibilidades: que el trabajador haya sido específicamente contratado para la realización de obras de carácter intelectual, o bien que el trabajador haya sido contratado para realizar una prestación distinta pero que sin embargo con ocasión de la realización de su trabajo obtenga algún tipo de creación artística, científica o literaria de las protegidas por la Ley.

En el primer caso los derechos de explotación económica de la obra pasarán automáticamente al empresario por virtud del propio contrato de trabajo. En el segundo sin embargo esta transmisión no es automática sino que para que tenga lugar será necesario un negocio jurídico posterior de transmisión de los mismos, si bien el empresario tendrá derecho a una indemnización por su colaboración material, aunque involuntaria, a la creación intelectual.

Por tanto es perfectamente posible que exista un contrato de trabajo entre dos sujetos aún cuando el objeto del mismo sea la creación de una obra de carácter intelectual. El contrato de trabajo es un instrumento jurídico idóneo para la transmisión de los derechos de propiedad intelectual. Ahora bien, en todo caso lo único que puede transmitir son los derechos de contenido económico. Y esta limitación existe tanto en los contratos de naturaleza civil como en el contrato de trabajo. Los derechos de naturaleza personal son intransmisibles, no pueden enajenarse no por la vía del contrato de trabajo ni por ningún otro negocio jurídico. (22).

Todo lo anterior, aplicado al supuesto de hecho que se examina tiene las siguientes consecuencias:

- (21) BONDÍA ROMÁN, F.: «Los autores asalariados» *REDT* nº 19, 1984 pág. 419 y ss.
- (22) Por todos, MARTÍN VALVERDE, A. y OTROS: *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid 1997, pág. 650 y ss.

1) Que aun cuando el objeto del trabajo es una creación de carácter intelectual protegida por la LPI (fotografías) es posible estar en presencia de una auténtica relación laboral.

2) Que para adoptar esta decisión habrá que estudiar la concurrencia o no de los requisitos del artículo 1.1 del ET. La existencia de derechos de propiedad intelectual en el supuesto ni determina ni excluye la laboralidad.

3) Que dado que los derechos de naturaleza personal son intransmisibles el carácter laboral de la relación no se elimina por el hecho de que el fotógrafo apareciese como autor de las fotografías mediante la indicación de su nombre en la parte inferior de las mismas. Éste es sólo un derecho de naturaleza personal inherente a la condición de autor del trabajador y al que éste ni puede renunciar ni puede transmitir mediante contrato alguno. Mayores problemas suscita por el contrario la conservación de la propiedad de los negativos. Ésta es una facultad que puede entrañar consecuencias patrimoniales y por tanto no se corresponde exactamente con la naturaleza estrictamente personal o moral que deben tener los derechos inalienables e intrasmisibles. Efectivamente, con dicha conservación es posible que el fotógrafo haga más copias y las venda a otras empresas. Estaríamos en presencia de facultades de reproducción y distribución que la LPI considera como derechos de carácter patrimonial perfectamente transmisibles. El TS no aborda con detenimiento la cuestión, simplemente se remite al artículo 56 de la Ley que dice que la propiedad del soporte de la obra no comporta por ello ningún derecho de explotación sobre la misma. Con ello quiere significar que la conservación de la propiedad de los negativos por parte del fotógrafo no supone que conserve por ello derechos de explotación de las fotografías. Lo que ocurre es que no se había pactado nada, pero puede presumirse que efectivamente aún conservando la propiedad de los negativos el fotógrafo no estaba facultado para explotarlo económicamente obteniendo nuevas copias sino que en todo caso podría hacer de las fotografías un uso meramente personal, vinculado a la reafirmación de su condición de autor pero no podría obtener un rendimiento económico. Pero nada se dice en los hechos probados al respecto. En todo caso el TS considera que dicha conservación no elimina el carácter laboral de la relación que vincula al fotógrafo con la editora. Y se puede decir, en base a la argumentación anterior (referencia al artículo 56 de la LPI) que esta conclusión es, si no indiscutible, sí aceptable.

4) Este fotógrafo había sido contratado específicamente para la realización de fotografías, es decir, había sido contratado específicamente para la realización de obras de carácter intelectual. Como se ha visto la titularidad de las fotografías encargadas pasa entonces automáticamente a la empresa, si bien lo único que se ceden son los derechos de explotación económica y no los derechos de carácter personal, entre ellos el derecho moral de autor.

El Tribunal Supremo aborda el tema en el Fundamento Jurídico Cuarto. Pone de manifiesto que la transmisión de los derechos sobre creaciones de carácter intelectual puede hacerse a través de un contrato de trabajo, según el artículo 51 de la LPI. Pero no será posible transmitir la totalidad de los derechos sobre el objeto del trabajo, solo los de naturaleza económica, nunca los de

carácter personal. El que el fotógrafo constase como autor de las fotografías y conservase la propiedad de los negativos son manifestaciones de esos derechos de carácter personal e intransmisibles. Pero en tanto en cuanto los demás derechos de explotación económica se hayan transmitido se puede estar en presencia de una relación laboral. Según se desprende de los argumentos anteriores parece que ciertamente esta argumentación es correcta.

VIII. CONCLUSIÓN

Del examen de todos los requisitos anteriores es posible llegar a la conclusión de que la decisión del Tribunal Supremo de calificar como laboral esta relación no es un absoluto arbitraria sino que por el contrato cuenta con importantes dosis de razonabilidad y fundamentación jurídica. Se trata de un fallo que se separa de los pronunciamientos habituales del TS en el análisis de la naturaleza de las relaciones de los reporteros gráficos y sus empresas, así como de otros supuestos semejantes. (23). De ahí su importancia y la justificación de este comentario.

- (23) Es significativa al respecto la STS de 12 de noviembre de 1987 (RA 2071) en donde en un supuesto muy semejante al estudiado la Sala Cuarta se declara incompetente para conocer por considerar que la relación no tiene un carácter laboral (el fotógrafo era remunerado por fotografía publicada, no estaba obligado a acudir a las oficinas de la empresa y no existía un pacto de exclusividad). También niega el carácter laboral de la relación de un fotógrafo con una editorial la STS de 18 de marzo de 1987 (RA 546), si bien en este caso existen importantes diferencias respecto al de este comentario como son el que el fotógrafo tuviese su propio establecimiento y tuviese además un empleado a su cargo. Al margen ya del caso de los fotógrafos el TS también ha venido negando la laboralidad de las relaciones de cualquier tipo de colaborador de prensa con sus agencias respectivas, es el caso por ejemplo de la STS de 15 de febrero de 1991 (RA 1611) relativa a un colaborador literario de prensa; o el caso de la STS de 30 de noviembre de 1987 (RA 8876) relativa a un corresponsal con libertad en la elección de los temas y remuneración por crónica o reportaje.; también en el caso de la STS de 25 de marzo de 1987 (RA 2410) en torno a un redactor que percibe retribución por cada colaboración y no está sujeto a horario; o el caso de la STS de 31 de marzo de 1987 (RA 2586) (cronista-Agencia de noticias); o la STS de 31 de mayo de 1991 (RA 5750); o la STS de 3 de marzo de 1994 (RA 1962). En cambio en sede de TSJ sí que es posible encontrar sentencias anteriores a esta del TS de 31 de marzo de 1997 que se decantan por la laboralidad de las relaciones de los fotógrafos y otros colaboradores con sus empresas: es el caso en primer lugar de la STSJ de Andalucía de 10 de mayo de 1993 (RA 2370) que es precisamente la sentencia que sirve de contraste en este recurso de casación para la unificación de doctrina; también la STSJ de Andalucía de 10 de diciembre de 1996 (RA 4935) en un supuesto prácticamente idéntico y en el que se aplica el 8.1 del ET; también la STSJ de Asturias de 4/11/94 (RA 10648) o la STSJ de Murcia de 6/10/95 (RA 10790) en relación a un colaborador informático, entre otras. Pero en sede del TS hasta ahora lo más frecuente sin duda ha sido calificar como extralaboral la relación de los reporteros gráficos con sus empresas editoras.

Puede admitirse la existencia de dependencia y subordinación, tal y como se ha argumentado en el apartado VI de este Comentario. Las indicaciones de las fotografías concretas a realizar, la adscripción a una circunscripción territorial determinada, la llamada para reportajes imprevistos, la posesión de llaves de acceso al local, la asistencia diaria a la Delegación Provincial del periódico y la relación del trabajo de forma continuada son signos inequívocos de dependencia, quizá de la máxima posible en una relación de este tipo.

La presencia de ajenidad plantea muchas más dudas, en especial la ajenidad en los frutos. Parece que la empresa periodística no adquiere la titularidad de las fotografías de forma originaria, sino sólo posteriormente, cuando las selecciona y paga el precio correspondiente. No es por el contrario aventurado admitir la existencia de ajenidad en el mercado, en los riesgos y en la titularidad de los medios de producción de mayor cuantía económica. De todas formas la presencia de estos elementos puede discutirse, como también se ha expuesto mediante argumentaciones dotadas a su vez de todo sentido. Pero realmente si se observa bien este supuesto el dato que en mayor medida hace poner en duda la laboralidad de la relación es precisamente la forma de remuneración. Este pago a la pieza y no por tiempo de trabajo es el que desestabiliza todos los rasgos propios de la ajenidad en las relaciones laborales. Si la forma de remuneración fuese simplemente por tiempo de trabajo ya no podría ponerse en duda la existencia de ajenidad en los frutos, en el mercado o en el riesgo. Por eso resulta excesivo que esta forma de contraprestación del trabajo tenga entidad suficiente para eliminar la laboralidad más aún cuando se llega a la conclusión de la existencia de dependencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo». *Revista Española de Derecho del Trabajo* 1986 n° 28 p. 495 y ss.
- ALBIOL MONTESINOS, Y.: «En torno a la polémica ajenidad - dependencia». En *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*. n° 1, Valencia, 1971, p. 39-41.
- ALONSO OLEA, M.: «Introducción al Derecho del Trabajo». Edersa, Madrid, 1994, 5ª edic. p. 50-52.
- BAYÓN CHACÓN, G. PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Vol I, Madrid, 1978, p. 14-18.
- BONDÍA ROMÁN, F.: «Los autores asalariados». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1984 n° 19 p. 419 y ss.
- GONZÁLEZ ORTEGAS, S.: «La presunción de la existencia de contrato de trabajo» en *Cuestiones Actuales de Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo, Madrid, 1990 p. 787 y ss.
- IGLESIAS CABERO, M.: «La relación de servicios en los medios de comunicación». *Actualidad Laboral*, 1990 n° 26 p. XXIX.
- MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. Y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 1997, p. 170 y ss, 459 y ss, y 650 y ss.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo, Madrid, 1990, p. 212 y ss.
- MONTOYA MELGAR.: *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*. Escuela Social de Murcia, Murcia, 1972, p. 5 y ss.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «La huida del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992, p. 147-168.
- SALA FRANCO, T. Y OTROS: *Derecho del Trabajo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 210 y ss y p. 403.