



Roj: **STSJ M 7444/1998 - ECLI: ES:TSJM:1998:7444**

Id Cendoj: **28079340051998100019**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **03/06/1998**

Nº de Recurso: **1243/1998**

Nº de Resolución: **417/1998**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE JOAQUIN EVARISTO JIMENEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sentencia nº 417/9 VA.

Ilmo. Sr. D. José Malpartida Morano.

Presidente.

Ilmo. Sr. D. José Hersilio Ruiz Lanzuela.

Ilmo. Sr. D. José Joaquín Jiménez Sánchez.

En Madrid, a tres de junio de mil novecientos noventa y ocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación nº 1.243/98, 5ª ,interpuesto por TELEFONICA SERVICIOS MOVILES; SA., representada por el Letrado D. Aquilino Sanz Martin, contra Sentencia dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL NUMERO VEINTIUNO DE LOS DE MADRID, en autos nº 133/97, siendo recurridos Dª. Beatriz y otros. Ha actuado como Ponente el Ilmo Sr. D. José Joaquín Jiménez Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En EL Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por Dª. Beatriz y otros contra TELEFÓNICA SERVICIOS MOVILES; SA. y otros, en reclamación sobre derecho y cantidad, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia con fecha 10 de octubre de 1.997, en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declararon los siguientes:

PRIMERO.- Los doce actores que constan en el encabezamiento de esta sentencia han venido trabajando para la empresa DIARPHONE S. A. con la antigüedad, categoría profesional y salario mensual que para cada uno de ellos consta en el anexo de la demanda cuyo contenido aquí se da por reproducido.

SEGUNDO. Como consecuencia de su relación laboral los demandantes no han, percibido los salarios y diferencias salariales que, para cada uno de ellos y hasta febrero de 1997 se desglosan en el referido anexo - folios 3 a 10 de las actuaciones y "se aclaran en el acto del juicio, cuyo contenido también aquí se reitera.

TERCERO. - Doña María Virtudes , don, Juan Ignacio y- doña María Cristina han cesado en la empresa, respectivamente, el 14 de enero, el 29 de enero y el 19 de febrero del año en curso.



CUARTO. - La deuda total reclamada por cada actor resulta la siguiente:

- Doña Leticia : 6500000 pts
- Doña Beatriz : 620804 pts
- Doña Daniela : 784250 pts
- Doña María Cristina : 702998 pts
- Doña Amanda : 759750 pts
- Doña Paloma : 876950 pts
- Doña Elsa : 795284 pts
- Don Baltasar : 515000 pts
- Don Pedro Francisco : 662433 pts
- Doña Antonia : 291626
- Don Juan Ignacio : 512268 pts
- y don Cornelio : 856164 pts.

QUINTO.- Con fecha 3 de noviembre de 1.995 Diarphone y Telefónica Servicios Móviles S.A. -T-M- suscribieron un contrato para la promoción y comercialización de MOVIESTAR explotación de la telefonía móvil automática en su modalidad GSM. Tal contata de distribución se pactó en exclusividad y por ello Diarphone no podía promover la venta de servicios de Telefonía Móvil de otros titulares distintos a TM a sus filiales. Consta además que Diarphone en ningún caso realizaría el cobro de servicio a los usuarios finales y que TM se reserva el derecho a realizar la comercialización de Moviestar por si misma o a través de empresas a ellas vinculadas.

El contenido de dicho contrato se da aquí por reproducido.

SEXTO.- El mismo 3.11.1.995 Diarphone y Telefónica Servicios Móviles S. A firmaron otra contrata de distribución para la promoción y comercialización de MOVILINE- telefonía móvil automática en modalidad analógica-.

El contenido de dicho contrato, que no se concertó en exclusividad se da aquí por reproducido.

SEPTIMO.- Conforme a dichos contratos Diarphone lleva a cabo las siguientes funciones: formalización de los contratos del servicio Moviline y Moviestar, remisión de los mismos a TM, atención al público y a las observaciones, reclamaciones y dudas presentadas por los abonados y transmitir a TM cualquier circunstancia que afecte a sus intereses, tales como competencia desleal u otras, cualquiera que sea su autor.

Respecto a los puntos de venta, Diarphone debe seguir las instrucciones de TM sobre ubicación, decoración... y asistir gratuitamente en ellos las solicitudes de los abonados En ellos vende teléfonos y accesorios audiovisuales de diversas marcas.

OCTAVO. - Telefónica Servicios Móviles tiene un local en el P° Independencia 6 en el que comercializa sus servicios.

NOVENO.- Con fecha 29 de enero de 1.997 Telefónica Servicios Móviles rescindió a Diarphone los aludios contratos de distribución, por incumplimiento de las obligaciones de tal distribuidor y los perjuicios originados'

DECIMO.- Diarphone se encuentra en situación de suspensión de pagos de la que son sus interventores judiciales Dña. Frida , D. Eugenio , y D. Bruno

DECÍMO PRIMERO.- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC con el resultado de SIN EFECTO respecto a Diaphone y SIN AVENENCIA respecto a Telefónica Servicios Móviles.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la demandada TELEFÓNICA SERVICIOS MOVILES, SA., siendo impugnado por la parte demandante. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos a Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Esta Sala ha tenido variadas ocasiones de pronunciarse en litigios sumamente similares, por no decir que idénticos, al presente, siendo de mencionar, sin necesidad de ir más atrás en el tiempo, las sentencias de 16 y de 19 de febrero de 1.998.



Apoyada esta última en otra anterior dictada en el recurso de suplicación numerada 5.381/97, la de 16 de febrero precitada termina estimando el recurso de suplicación interpuesto por Telefónica Servicios Móviles SA. por apreciar su falta de legitimación pasiva, si bien también toca la temática referente a la aplicabilidad o no del artículo 42 estatutario, por lo que su doctrina ha de ser traída aquí a fin de resolver el recurso que ahora importa., es decir, el propuesto por la parte codemandada mencionada en la presente litis.

Y así, tal sentencia de 16 de febrero de 1.998, en su primer fundamento de derecho (el segundo se limita a dirimir la cuestión accesoria de las costas, por lo que su reproducción es innecesaria), dice lo siguiente: "La aparentemente complicada temática a la que se ciñe el recurso de la empresa codemandada Telefónica de Servicios Móviles SA, es, en realidad, como tal recurso pone paladinamente de manifiesto, muy sencilla, pues, aún sin necesidad de variar el "factum" de la sentencia de instancia como se pide, se evidencia que entre dicha mercantil y la codemandada Día R. Phone SA. los únicos lazos jurídicos que existen son los propios, en sus esencias y accidentes, del contrato de agencia, el cual, después de estar regulado solo sectorialmente en España, por influjo de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre, ha sido regulado por la Ley de 27 de mayo de 1.992, cuyo primer artículo nos señala que tal contrato existe en los supuestos en los que una persona, natural o jurídica, llamada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable y a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones, de donde se sigue que nos hallamos ante un operador de intermediación en el mercado o agente independiente dedicado a promover y/o concertar actos y/u operaciones de comercio por cuenta de otro u otros, por tiempo determinado o indefinido, de manera remunerada y previo acuerdo consensual en el que pueden establecerse pactos de muy diversa índole y contenido, cuales los de prohibición de competencia, de exclusividad, de ámbito geográfico, incluso por sectores personales o grupos de población.

De lo hasta aquí dicho se infiere que, en principio y por principio, estamos ante dos empresas diferenciadas entre las que se concierta un concreto acuerdo de agencia.

Como la empresa agente se obliga a efectuar para su principal toda una serie de actividades, es lógico que se apoye en un siempre imprescindible elemento humano: sus propios trabajadores, que lo son de ella exclusivamente y que ninguna, relación, en principio y por principio, tienen con tal empresario principal, aunque su., trabajo, lógicamente, repercute en él, pero no de manera diferente a como repercute cualquier otro servicio que se pudiera prestar, pues es característico de las empresas de servicio que los que prestan lo sean para terceras entidades mercantiles, sin que ello conlleve confusión alguna.

En el presente caso es más que obvio que Telefónica de Servicios Móviles SA, concertó un contrato de agencia con Día R. Phone SA. y que ésta, con sus propios empleados, entre los que se contaba el actor, desarrolló tal contrato. De ello se infiere que ninguna relación, ni paladina ni aparente, se produjo entre la primera de las mercantiles citadas y el actor, como, por demás, se dice en el propio ordinal primero de probados: el demandante prestó servicios para Día R. Phone SA..

Así las cosas, inexistente una relación jurídica sustantiva de carácter laboral entre Telefónica de Servicios Móviles SA. y el Sr. XV o un supuesto de unión por vía legal de crédito y responsabilidad, si que es factible hablar de la creación, por la propia interposición de la demanda del segundo contra la primera, de una relación jurídica procesal entre ambos, pero no de una legitimación pasiva de ésta, cuya falta ha de declararse sin el menor género de dudas, lo que conlleva la estimación del recurso.

Falla por completo, por tanto, la tesis de la parte actora, que es la acogida en la sentencia de instancia, a propósito del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1.995, pues, simple y sencillamente, las empresas citadas tan repetidamente no se decidan a trabajos calificables de "propia actividad" ni la relación que les une es incardinable en la subcontrata. "

SEGUNDO: Por tanto, aplicando la doctrina expuesta al caso presente, es obvia que el recurso propuesto por la parte codemandada (Telefónica Servicios Móviles SA.) en la presente litis ha de ser estimado en los aspectos jurídicos que plantea (censuras apoyadas en el artículo 42 estatutario ya citado y en la Ley de 27 de mayo de 1.992 sobre el contrato de agencia), así como en los fácticos que pretende, debiendo esta Sala revocar la sentencia de instancia en lo que respecta a dicha mercantil, respecto de la que ha de apreciarse su falta de legitimación pasiva.

TERCERO: En cuanto a las costas, visto el artículo 233 de la Ley Procesal Laboral de 7 de abril de 1.995, así como la de Asistencia Jurídica Gratuita de 10 de enero de 1.996, sustancialmente en sus artículos 2 y 36, derogadora que fue de los artículos 25 y 26 de la antedicha de 1.995, con efectos del día 12 de julio de 1.996, y atendido, en definitiva, el resultado que ha ofrecido el estudio y decisión del recurso de suplicación instado, procede no hacer especial pronunciamiento, lo que elimina cualquier decisión en esta fase de suplicación sobre los honorarios de la dirección letrada de las partes.

**FALLAMOS**

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por TELEFONICA SERVICIOS MOVILES, SA., contra Sentencia dictada por, el JUZGADO DE LO SOCIAL NUMERO VEINTIUNO DE LOS DE MADRID, de fecha diez de octubre de mil novecientos noventa y siete, a virtud de demanda deducida por D^a. Leticia, D^a. Beatriz, D^a. Daniela, D^a. María Cristina, D^a. Amanda, D^a. Paloma, D^a. Elsa, D. Baltasar, D. Pedro Francisco, D^a. María Virtudes, D. Juan Ignacio y D. Cornelio, contra TELEFONICA SERVICIOS MOVILES, SA., DIARPHONE, SA., FONDO DE GARANTIA SALARIAL, D^a. Frida (INTERV. JUD.), D. Eugenio (INTERV. JUD.) y D. Bruno (INTERV. JUD.), en reclamación sobre derecho y cantidad, y en su consecuencia debemos declarar la falta de legitimación pasiva de TELEFÓNICA SERVICIOS MOVILES, SA., a la que se absuelve de toda pretensión contra ella deducida previa revocación parcial de la sentencia de instancia en tal particular, quedando el resto de los pronunciamientos de La misma con los términos en los que fue dictada, y sin que haya lugar a hacer especial pronunciamiento en costas. Dése a Los depósitos constituidos el destino legal.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral, advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados que el depósito de las 50.000 Pts deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella en la cuenta n^o 2410 del Banco Bilbao Vizcaya de la c/ Génova n^o 13 de Madrid, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que La consignación del imparta de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en La c/c n^o 282600000124398 que esta Sección Quinta tiene abierta en el Banco Bilbao Vizcaya, Sucursal n^o 913, sita en la Glorieta de Iglesia de Madrid, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Expídase testimonio de la presente resolución para su Incorporación al rollo de esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.