



Roj: **STSJ GAL 8679/2015 - ECLI: ES:TSJGAL:2015:8679**

Id Cendoj: **15030340012015105798**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **09/11/2015**

Nº de Recurso: **4775/2014**

Nº de Resolución: **6060/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JUAN LUIS MARTINEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 8679/2015,**
STS 3150/2017

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO -AN-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 36057 44 4 2013 0004842

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0004775 /2014 AN

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000978 /2013

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

RECURRENTE/S D/ña TELEFONICA DE ESPAÑA SA

ABOGADO/A: MARIA MARCELA PEREZ CRESPO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: TELEMARKETING GALICIA S.L, TELEFONIA TERMATEL S.L , SILICON VAL S.L. , COMUNICACIONES EUROTRONICA S.L , BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES, S.L. , THE PHONE HOUSE SPAIN SL , GUADATELEFON S.L. , TELEFONICA MOVILES ESPAÑA,S.A. , Jose Carlos , CANAL TELEMARKETING S.L , María Teresa , Fermina , Sofía , Benigno , Debora , Patricia , Benita , Manuela , Africa , Inés

ABOGADO/A: SILVIA ISABEL HINRICHS ALVAREZ, MARIA DEL PILAR SIERRA IZQUIERDO , MARIA MARCELA PEREZ CRESPO , MARIA TERESA GARCIA INSUA , SILVIA ISABEL HINRICHS ALVAREZ , MARIA OLAYA GODOY VAZQUEZ

PROCURADOR: , , , , MARTA MARIA REY FERNANDEZ

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO.SR.D.JOSE MANUEL MARIÑO COTELO

ILMO.SR.D.JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ

**ILMO.SR.D.FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

En A CORUÑA, a nueve de Noviembre de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0004775 /2014, formalizado por el/la Letrado/a D/Dª MARIA MARCELA PEREZ CRESPO, en nombre y representación de TELEFONICA DE ESPAÑA SA, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 5 de VIGO en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000978 /2013, seguidos a instancia de María Teresa , Fermina , Sofía , Benigno , Debora , Patricia , Benita , Manuela , Africa , Inés frente a TELEFONICA DE ESPAÑA SA, TELEMARKETING GALICIA S.L, TELEFONIA TERMATEL S.L, SILICON VAL S.L., COMUNICACIONES EUROTRONICA S.L, BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES, S.L., THE PHONE HOUSE SPAIN SL, GUADATELEFON S.L., TELEFONICA MOVILES ESPAÑA,S.A., Jose Carlos ,CANAL TELEMARKETING S.L, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª María Teresa , Fermina , Sofía , Benigno , Debora , Patricia , Benita , Manuela , Africa , Inés presentó demanda contra TELEFONICA DE ESPAÑA SA, TELEMARKETING GALICIA S.L, TELEFONIA TERMATEL S.L, SILICON VAL S.L., COMUNICACIONES EUROTRONICA S.L, BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES, S.L., THE PHONE HOUSE SPAIN SL, GUADATELEFON S.L., TELEFONICA MOVILES ESPAÑA,S.A., Jose Carlos , CANAL TELEMARKETING S.L, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha treinta de Junio de dos mil catorce .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

""PRIMERO.- La actora, doña María Teresa , con DNI NUM000 , desde el año 2005 estuvo prestando servicios indistintos a tiempo completo para las empresas del grupo Blucom como responsable de área, promediando un salario mensual prorrateado por valor de 2.732,54 euros. SEGUNDO.- La actora, doña Fermina , con DNI NUM002 estuvo prestando servicios indistintos a tiempo completo para las empresas del grupo Blucom como coordinadora, con derecho a percibir un salario mensual prorrateado por valor de 1.463,60 euros. TERCERO.- La actora, doña Sofía , con DNI NUM001 , desde el año 2011 estuvo prestando servicios indistintos a tiempo completo para las empresas del grupo Blucom como coordinadora, con derecho a percibir un salario mensual prorrateado por valor de 1.463,60 euros. CUARTO.- El actor, don Benigno , con DNI NUM003 , desde el 3 de noviembre del año 2011 estuvo prestando servicios indistintos a tiempo completo las empresas del grupo Blucom como profesional de oficio-responsable de mantenimiento de equipos informáticos, con derecho a percibir un salario mensual prorrateado por valor de 1.257,36 euros. QUINTO.- La actora, doña Debora , con DNI NUM004 , desde el año 2008 estuvo prestando servicios indistintos a tiempo completo para las empresas del grupo Blucom como gestora telefónica, con derecho a percibir un salario mensual prorrateado por valor de 1.213,36 euros. SEXTO.- La actora, doña Patricia , con DNI NUM005 , desde el año 2008 estuvo prestando servicios indistintos a tiempo completo para las empresas del grupo Blucom como gestora telefónica- tramitadora de pedidos, con derecho a percibir un salario mensual prorrateado por valor de 1.213,36 euros. SÉPTIMO.- La actora, doña Benita , con DNI NUM006 , desde el año 2010 estuvo prestando servicios indistintos a tiempo completo para las empresas del grupo Blucom como gestora telefónica-tramitadora de pedidos, con derecho a percibir un salario mensual prorrateado por valor de 1.213,36 euros. OCTAVO.- La actora, doña Manuela , can DNI NUM007 , desde el año 2011 estuvo prestando servicios indistintos a tiempo completo para las empresas del grupo Blucom coma gestora telefónica- tramitadora de pedidos, con derecho a percibir un salario mensual prorrateado por valor de 1.213,36 euros. NOVENO.- La actora, doña Africa , con DNI NUM008 , desde el año 2011 estuvo prestando servicios indistintos a tiempo completo para las empresas del grupo Blucom coma gestora telefónica-tramitadora de pedidos, con derecho a percibir un



salario mensual prorrateado por valor de 1.213,36 euros. DÉCIMO.- La actora, doña Inés , con DNI NUM009 , desde el año 2008 estuvo prestando servicios indistintos a tiempo completo para las empresas del grupo Blucom como teleoperadora comercial, promediando un salario mensual prorrateado por valor de 1.269,03 euros. UNDÉCIMO.- Los actores estuvieron prestando servicios hasta el día 4 de junio de 2013, fecha en que fueron despedidos por la empresa Guadatelefon, S.L., previa tramitación de un expediente de regulación de empleo sustanciado al efecto. DUODÉCIMO.- Los actores que previamente habían interpuesto demanda sobre rescisión contractual, impugnaron asimismo el despido, acumulándose ambas acciones en una sola causa, que concluyó por Sentencia firme de este Juzgado de fecha 24 de octubre de 2013, declarando la nulidad del cese ejecutado el día 4 de junio y accediendo a la resolución del contrato al amparo en el artículo 50 del ET , haciendo partícipes de las responsabilidades preceptivas a las empresas Guadatelefon, S.L.U., Blucom Redes y Comunicaciones, S.L.U., Comunicaciones Eurotrónica, S.L.U., Telefonía Termatel, S.L.U., Telemarketing Galicia, S.L., Silicon Val, S.L.U. y Canal Telemarketing, S.L., coma integrantes de un mismo grupo empresarial. DECIMOTERCERO.- Se adeudan a los actores todas las mensualidades de salario que median entre enero y el 4 de junio de 2013, excepto doña María Teresa y doña Africa (desde el mes de febrero) y doña Inés (la mitad de febrero y desde marzo a junio) por un monto de 10.523,70 euros (doña María Teresa), 7.513,15 euros (doña Fermina), 7.513,15 euros (doña Sofía), 6.454,44 euros (don Benigno), 6.228,59 euros (doña Debora), 6.228,59 (doña Patricia), 6.228,59 (doña Benita), 6.228,59 euros (doña Manuela), 5.015,23 euros (doña Africa) y 3.897,73 euros Inés), cantidades todas ellas brutas. DECIMOCUARTO.- Entre las sociedades demandadas se suscribieron los siguientes contratos: 1º "Contrato de Agenda Comercial" suscrito el día 24 de enero de 2003 entre Telefónica de España, S.A.U. y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. por el que ésta debía mediar en la contratación entre la primera y sus clientes de los servicios y equipos de telecomunicaciones y la promoción y fomento del uso y consumo por parte del agente de los mismos equipos y servicios. Igual contrato suscrito entre las mismas partes el día 1 de enero de 2005 para que la segunda empresa promoviese y mediase en la contratación entre los clientes de la primera y ésta los productos de ésta. 2º "Contrato de colaboración" suscrito entre Telefónica Móviles España, S.A.U. (TME) y Guadatelefon, S.L. el día 1 de julio de 2010 por el que la segunda se obligaba, mediante precio, a "mediar, formalizar y promover la venta y/o contratación de los productos y servicios (alta de contrato de abono al servicio de telefonía móvil digital y al servicio de transmisión móvil de datos, así como la tramitación de las portabilidades) en nombre y por cuenta de TME" en todo el territorio nacional, sin exclusividad. E igual contrato suscrito entre la primera y Telemarketing Galicia, S.L. el día 1 de febrero de 2011. En el contrato de 1 de julio de 2010 TME se reservaba la facultad de comercializar directa o indirectamente por sí misma los productos y servicios descritos en el contrato, y asumía la obligación de facilitar la información comercial, formación, asesoramiento, documentación y herramientas necesarias tanto para la realización de la labor de comunicación, promoción y comercialización de los productos y servicios descritos, como para llevar a cabo la labor de mediación en la firma de los contratos relativos a dichos productos y servicios, indiciando que los contratos, serían grabados en el formato exigido en cada momento por TME, quedando a su arbitrio exigir su almacenamiento y custodia al distribuidor o su envío puntual o sistemático según las directrices marcadas en cada momento. En dicho pliego se imponía a la empresa contratista estar al corriente en sus obligaciones laborales o en materia de Seguridad Social, pudiendo exigir la exhibición de documentos justificativos de dichos deberes, incurriendo la contratista en caso contrario en causa expresa de resolución contractual. 3º Contratos suscritos el 22 de noviembre y el 14 de diciembre de 2012 entre Canal Telemarketing, S.L. como comercializador de servicios de conectividad a Internet, ADSL y otros del operador The Phone House y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. 4º Contrato de colaboración suscrito el 2 de enero de 2009 entre Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. y Comunicaciones Eurotrónica, S.L. Y entre aquella Y Guadatelefon que tenían por objeto la prestación de servicios a que Blucom se había obligado con Telefónica de España, S.A.U. e igual contrato suscrito entre Blucom y Termatel, S.L. para la tramitación de los servicios de comercialización de los equipos, sistemas, aparatos y servicios de telefonía móvil que Blucom había contratado de Telefónica Móviles España, S.A. 5º Contrato de colaboración entre Telefónica Móviles de España, S.A.U. y Telemarketing Galicia de 1 de febrero de 2011 para la promoción y mediación en la venta de productos y servicios cuyo tenor se da por reproducido (folios 790 y siguientes) 6º Contrato de agencia comercial entre Telefónica de España, S. A. y Telemarketing Galicia de 20 de enero de 2011 para labores de promoción y mediación en la venta de productos y servicios cuyo tenor se da por reproducido (folios 808 y siguientes) 7º Contrato de agencia comercial entre Telefónica de España, S. A. y Blucom Redes y Comunicaciones de 1 de enero de 2005 para labores de promoción y mediación en la venta de productos y servicios cuyo tenor se da por reproducido (folios 808 y siguientes) ECIMOQUINTO.- El personal de las empresas Comunicaciones Eurotrónica, S.L., Telefonía Termatel, S.L., Telemarketing Galicia, S.L. y Silicon Val, S.L. vendían productos y servicios de Telefónica Móviles de España, S.A. y de Telefónica de España, S.A.U., mientras que el personal de Blucom y de Guadatelefon tramitaba con telefónica los contratos con los clientes conseguidos por los comerciales, a cuyo efecto accedía a la base de Telefónica mediante claves facilitadas por ésta. DECIMOSEXTO.- El Juzgado de lo Social N° 2 de Vigo ha dictado decreto de insolvencia de la empresa Guadatelefon. DECIMOSÉPTIMO.- Los actores dedujeron papeleta de conciliación previa el día 15 de julio de



2013, que tuvo lugar el día 7 de agosto con el resultado de tenerse por intentada sin avenencia y sin efecto. La demanda se ha interpuesto el día 5 de septiembre del pasado año 2013."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Tener por desistidos a los demandantes respecto a la reclamación formulada frente a D. Jose Carlos . Estimar parcialmente la demanda interpuesta por DOÑA María Teresa , DORA Fermina , DORA Sofía , DON Benigno , DORA Debora , DORA Patricia , DORA Benita , DORA Manuela , DORA Africa y DOÑA Inés contra GUADATELEFON, S.L.U., BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES, S.L.U., COMUNICACIONES EUROTRÓNICA, S.L.U., TELEFON-IA TERMATEL, S.L.U., TELEMARKETING GALICIA, S.L., SILICON VAL, S.L.U., CANAL TELEMARKETING, S.L., TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA MOVILES DE ESPARA, S.A.U. y THE PHONE HOUSE, S.L.U. y con arreglo a este pronunciamiento: 1º Condeno solidariamente a GUADATELEFON, S.L.U., BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES, S.L.U., COMUNICACIONES EUROTRONICA, S.L.U., TELEFONIA TERMATEL, S.L.U., TELEMARKETING GALICIA, S. L., SILICON VAL, S.L.U. y CANAL TELEMARKETING, S. L. a abonar a los actores las siguientes sumas SALARIALES junto con los intereses legales del artículo 29.3 del ET :

- a)A DORA María Teresa - 10.523,70 EUROS
- b)A DORA Fermina 7.513,15 EUROS
- c)A DORA Sofía - 7.513,15 EUROS
- d)A DON Benigno : 6.454,44 EUROS
- e)A DORA Debora . 6.228,59 EUROS
- f)A DORA Patricia 6.228,59 EUROS
- g)A DORA Benita . 6.228,59 EUROS
- h)A DORA Manuela . 6.228,59 EUROS
- i)A DORA Africa 5.015,23
- j)A DORA Inés : 3.897,73 EUROS.

2º Las empresas TELEFÓNICA DE ESPARA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. responderán solidariamente de esas sumas en concepto de principal. 3º Se absuelve a THE PHONE HOUSE de la reclamación dineraria entablada en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por TELEFONICA DE ESPAÑA SA formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por las partes demandantes.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 10 de noviembre de 2014.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 5 de noviembre de 2015 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia de instancia estima la demanda formulada sobre reclamación de cantidad, y condena solidariamente a GUADATELEFON, S.L.U., BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES, S.L.U., COMUNICACIONES EUROTRONICA, S.L.U., TELEFONIA TERMATEL, S.L.U., TELEMARKETING GALICIA, S. L., SILICON VAL, S.L.U. y CANAL TELEMARKETING, S. L. a abonar a los actores las siguientes sumas SALARIALES junto con los intereses legales del artículo 29.3 del ET :

- a)A DORA María Teresa - 10.523,70 EUROS
- b)A DORA Fermina 7 513,15 EUROS
- c)A DORA Sofía - 7 513,15 EUROS
- d)A DON Benigno : 6 454,44 EUROS
- e)A DORA Debora . 6 228,59 EUROS
- f)A DORA Patricia - 6 228,59 EUROS
- g)A DORA Benita . 6 228,59 EUROS



h)A DORA Manuela . 6 228,59 EUROS

i)A DORA Africa - 5 015,23

j)A DORA Inés : 3.897,73 EUROS.

2º Las empresas TELEFÓNICA DE ESPARA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. responderán solidariamente de esas sumas en concepto de principal.

3º Se absuelve a THE PHONE HOUSE de la reclamación dineraria entablada en su contra.

Contra dicha resolución interponen recurso de suplicación la letrada de TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U., quien al amparo del apartado c) del artículo 193 de la L.R.J.S ., denuncia, en ambos recursos, la infracción por inaplicación de la Ley del Contrato de Agencia,, artículos 1 , 2 , 9 , 10 y concordantes, alegando, en apretada esencia, que ni en el plano contractual ni en su desarrollo práctico existió una relación entre TME y Guadatelefon S.L., que excediera o en modo alguno infringiera el contrato de agencia. También denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores , argumentando, en síntesis, que las operadoras de telefonía requieren sine qua non que se comercialice adecuadamente su producto, pero esta necesidad de promoción y comercialización no es diferente o especial en el caso de las recurrentes frente a la de cualquier otro fabricante, pudiendo hacerlo por sus propios medios, pero también la Ley del Contrato de Agencia les faculta para contratar tales tareas a otro empresario, intermediador comercial, citando, en amparo de sus pretensiones las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de junio de 1998 y por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005 .

Esta misma Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de las infracciones denunciadas, en sentencias de fecha 6 de junio de 2014 (Rec. 983/2014), 23 de junio de 2014 (Rec. 1292/2014) y de de 23 de abril de 2015 (Rec. 63/2015). En todas ellas se desestimaron los recursos de suplicación formulados, en la primera de ellas, las siguientes abundaron en los mismos argumentos, se declaró:

"En cuanto a la infracción por inaplicación de la Ley del Contrato de Agencia (RCL 1992, 1216), citando en concreto sus artículos 1, 2.2, 9 y 10, se argumenta en que "esta Ley prevé y ampara la existencia de relaciones comerciales entre empresas configurándose tal relación, de carácter mercantil, de manera autónoma y diferente de la subcontratación", de manera que "la figura de la agencia solo se convertiría en subcontratación cuando existiese dependencia de una empresa respecto de otra", y, después de examinar el clausulado de los contratos suscritos entre la empresa codemandada -que es la empleadora de la trabajadora demandante ahora recurrida- y Telefónica Móviles de España, se alcanza la conclusión de que "son en un todo concordantes con las previsiones de la Ley del Contrato de Agencia", rematando la argumentación afirmando al respecto que "si el contrato examinado no es un contrato de agencia y sí una subcontratación laboral, es que el contrato de agencia no existe en España más que en el plano teórico, como una obligatoria transposición del contenido de la correspondiente Directiva europea, pero vacía de contenido por mor de la anuladora aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores ".

Tal denuncia no se acoge. El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores regula, según su propia denominación, la "subcontratación de obras y servicios", con la finalidad de establecer determinadas garantías a favor de los trabajadores/as implicados en la contrata o subcontrata de una obra o servicio. Pero ahí no se regula, en modo alguno, la naturaleza jurídica de la relación existente entre la empresa principal y la empresa contratista o, en su caso, entre la empresa principal, la empresa contratista y la empresa subcontratista, que se habrá de dilucidar a través de las normas de derecho civil o mercantil aplicables. O sea, la "subcontratación de obras y servicios" de la que se habla en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores es una institución laboral dirigida a establecer ciertas garantías a favor de los trabajadores/as, pero no se corresponde con un concreto negocio jurídico civil o mercantil, aunque el más usualmente utilizado sea el contrato de carácter civil de arrendamiento de obra.

De donde se colige, ya inmediatamente, la irrelevancia, a los efectos de la aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores , de las relaciones civiles o mercantiles existentes entre la empresa principal y la empresa contratista -o, en su caso, subcontratista-, que pueden válidamente canalizarse a través de las normas propias del contrato de agencia. No es inoportuno añadir -a la vista de las argumentaciones del recurso de suplicación- que el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores no exige ninguna situación de dependencia entre la empresa principal y la empresa contratista -o, en su caso, subcontratista-. Precisamente, el arrendamiento de obra que habitualmente canaliza una subcontratación de obra o servicio es un contrato de carácter civil que garantiza la autonomía en la ejecución de la obra de la empresa contratista -o, en su caso, subcontratista-. Esto es, que haya o no haya dependencia de las relaciones entre la empresa principal y la empresa contratista - o, en su caso, subcontratista- es irrelevante a los efectos de la aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores porque, como hemos dicho, es irrelevante cuál sea esa relación.



Por todo ello, la Sala no comparte el hilo argumental del recurso de Telefónica Móviles de España pues de la circunstancia de que el contrato de agencia excluya la dependencia, no se deduce la inaplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores , y menos aún si se consideramos que el arrendamiento de obra, que es el contrato subyacente en la mayoría de las ocasiones a una "subcontratación de obras y servicios", tampoco la excluye. Y, dicho sea para rematar dando respuesta a la argumentación con la que asimismo remata la recurrente su denuncia jurídica, eso no supone que el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores derogue la Ley del Contrato de Agencia, pues aquel tiene un ámbito de aplicación que no abarca a todos los contratos de agencia -solo a aquellos en que el agente contrate personal y su actividad sea la propia de la empresa principal-. Más bien, la interpretación de la recurrente permitiría a las empresas principales zafarse del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores con el simple expediente de instrumentar la relación contractual con las empresas contratistas acudiendo a la Ley del Contrato de Agencia.

En cuanto a la infracción por aplicación indebida del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores , se argumenta en que "cualquier producto que se fabrique o invente, requiere sine qua non que se comercialice adecuadamente, pero esta necesidad de promoción y comercialización no es diferente o especial en el caso de Telefónica Móviles de España frente a la de cualquier otro fabricante: evidentemente podría hacerlo por sus propios medios, pero también evidentemente la Ley del Contrato de Agencia (RCL 1992, 1216) le faculta para contratar tales tareas a otro empresario intermediador comercial - esta posibilidad es fraudulenta o inútil en el caso de que Telefónica Móviles España se impusiera en la organización interna del agente, en cuyo caso sí existiría subcontratación que en el caso ni siquiera indiciariamente se ha demostrado".

Tal denuncia no se acoge. Vuelve la recurrente a desenfocar la cuestión pues no se trata de determinar si la Ley del Contrato de Agencia desplaza o no la aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores , que no la desplaza, y menos aún justificar ese supuesto desplazamiento en base a la autonomía del agente, cuando no solo es una cuestión irrelevante a los efectos de esa aplicación, además es usual que la empresa contratista tenga autonomía respecto a la empresa principal sin que ello impida esa aplicación. Contrasta ese desenfoco con el correcto enfoque del juzgador de instancia que, más allá de analizar las relaciones subyacentes, se para a determinar si se dan, en el caso de autos, las exigencias aplicativas del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores .

No solo enfoca bien la cuestión, sino que también, a juicio de la Sala, la resuelve bien, pues, si para la aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores lo relevante es determinar si la empresa contratista -o, en su caso, subcontratista- es de la misma actividad que la empresa principal, debemos concluir que, en el caso de autos, sí lo es, porque, aún entendiendo restrictivamente -según se establece en la jurisprudencia imperante- el concepto de propia actividad en el sentido de que solo es tal la inherente y absolutamente indispensable para la realización del objeto de la empresa principal, la actividad de comercialización del servicio de telefonía es, atendiendo al servicio de que se trata y a las circunstancias en las cuales se desarrolla el mercado de ese servicio, inherente y absolutamente indispensable para la realización de la actividad de la empresa de telefonía -criterio de la inherencia de la actividad subcontratada-.

Valorando el criterio de la inherencia de la actividad subcontratada atendiendo a las propias características de la actividad de telefonía, no es como la actividad de fabricación de productos acabados que se pueden fabricar aún no existiendo compradores en el momento de la fabricación -sin perjuicio de iniciar su comercialización cuando este fabricado, o incluso de poder acumular stocks-, sino que la actividad depende de la existencia de un número suficiente de clientes que mantengan la operativa necesaria para la prestación del servicio, de ahí la corrección del argumento utilizado por el juzgador de instancia de que "de no llevar a cabo dicha actividad la empresa subcontratadas deberían hacerlo aquellas (las empresas principales ahora recurrentes) con su propio personal".

Valorando el criterio de la inherencia de la actividad subcontratada atendiendo a las circunstancias en las cuales se desarrolla el mercado del servicio de telefonía, no es como el mercado de determinados productos donde lo usual es que la empresa dedicada a la comercialización adquiera el producto de la empresa dedicada a su fabricación, asumiendo los beneficios y el riesgo de la operación y buscando la venta del producto al consumidor, o, dicho de una manera simple, actúe como intermediaria entre la fabricación y el consumidor. Cuando se trata del servicio de telefonía, lo usual es precisamente lo contrario porque la empresa dedicada a la comercialización no adquiere el servicio actuando como intermediario frente al consumidor, sino que el beneficio lo percibe de la propia empresa de telefonía. Las circunstancias del mercado del servicio de telefonía son distintas a las circunstancias del mercado de productos.

Resumiendo, ni atendiendo a las propias características de la actividad de telefonía, ni atendiendo a las circunstancias en las cuales se desarrolla el mercado del servicio de telefonía, podemos llegar a la conclusión de que la actividad de comercialización no es inherente para la realización de la actividad de telefonía, siendo así aplicable el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores ".



En consecuencia,

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos los recursos de suplicación formulados por la letrada Dña. María Marcela Pérez Crespo, en nombre y representación de TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U., contra la sentencia de fecha treinta de junio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social cinco de Vigo, en el procedimiento 978/13, seguido a instancias de Dña. María Teresa y otros, confirmando la expresada resolución.

Se condena a las recurrentes TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. a que abonen cada una, la suma de 601 € (seiscientos un euros) en concepto de honorarios del letrado a la parte impugnante del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.