



Roj: **STSJ GAL 9553/2015 - ECLI: ES:TSJGAL:2015:9553**

Id Cendoj: **15030340012015106480**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2015**

Nº de Recurso: **5097/2014**

Nº de Resolución: **6619/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 9553/2015,**
STS 586/2018

T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 36057 44 4 2013 0005733

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0005097 /2014 -MJC

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001152 /2013

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

RECURRENTE/S D/ña TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SAU

ABOGADO/A: MARIA MARCELA PEREZ CRESPO

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, TELEMARKEING GALICIA S.L, TELEFONIA TERMATEL S.L , SILICON VAL S.L. , COMUNICACIONES EUROTRONICA S.L , BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES, S.L. , GUADATELEFON S.L. , CANAL TELEMARKEING S.L , Dolores

ABOGADO/A: SILVIA ISABEL HINRICHS ALVAREZ, LOURDES ALVAREZ ALVERTE

ILMA SRª D. ROSA Mª RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ILMA SRª Dª PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

ILMA SRª Dª RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a treinta 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 NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 5097/2014, formalizado por la abogada D^a María Marcela Pérez Crespo, en nombre y representación de las entidades TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SAU, contra la sentencia número 555/2014, dictada por el XDO. DO SOCIAL N. 5 de VIGO en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1152/2013, seguidos a instancia de D^a Dolores frente al FOGASA, TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEMARKETING GALICIA S.L, TELEFONIA TERMATEL S.L, SILICON VAL S.L., COMUNICACIONES EUROTRONICA S.L, BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES, S.L., GUADATELEFON S.L., CANAL TELEMARKETING S.L, TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SAU, siendo Magistrada- Ponente la Ilma. Sra. D^a ROSA M^a RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a Dolores presentó demanda contra FOGASA, TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEMARKETING GALICIA S.L, TELEFONIA TERMATEL S.L, SILICON VAL S.L., COMUNICACIONES EUROTRONICA S.L, BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES, S.L. GUADATELEFON S.L., CANAL TELEMARKETING S.L, TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SAU, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 555 /2014, de fecha veintiocho de Julio de dos mil catorce

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: PRIMERO.- La actora, doña Dolores , con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios indistintos a tiempo completo para las sociedades demandadas como tramitadora, promediando un salario mensual de 1.257,36 euros prorrateados. En concreto, entre el 27 de octubre de 2008 y el 9 de abril de 2010 la actora encadenó tres contratos por obra o servicio determinado figurando como empleadora formal la empresa Comunicaciones Eurotrónica, S.L., causando baja voluntaria. Tras figurar trabajando a tiempo parcial para la empresa Donas Peixe Sociedade Cooperativa Galega entre el 12 de abril y el 5 de mayo de 2010, la actora recalca en la empresa Guadatelefon, S.L. el 10 de mayo de 2010 permaneciendo en nómina de esa empresa hasta el 29 de febrero de 2012, momento en que es transferida a la originaria empresa en la que figura de alta desde el 1 de marzo hasta el 19 de agosto de 2012, para ser cedida a la entidad Telefonía Termatel, S.L.U. entre el día 20 de agosto y el día 30 de noviembre de 2011, retornando a la empresa Guadatelefon, S.L. el 1 de diciembre hasta que causa baja con efectos del día 4 de junio de 2013. SEGUNDO.- La actora estuvo prestando servicios hasta el día 4 de junio de 2013, fecha en que fue despedida por la empresa Guadatelefon, S.L., previa tramitación de un expediente de regulación de empleo sustanciado al efecto. TERCERO.- La actora impugnó el despido por medio de demanda, que concluyó por Sentencia firme de este Juzgado de fecha 16 de enero de 2014, declarando la nulidad del cese ejecutado el día 4 de junio y accediendo a la resolución del contrato al amparo del artículo 50 del ET , haciendo partícipes de las responsabilidades preceptivas a las empresas Guadatelefon, S.L.U., Elucom 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., como integrantes de un mismo grupo empresarial. CUARTO.- Se adeuda a la actora todas las mensualidades de salario que median entre enero y el 4 de junio de 2013, por un monto de 6.454,45 euros brutos, que una vez descontada las cotizaciones a la Seguridad Social hacen un total de 6.521,78 euros, Durante toda ese intervalo, el grupo empresarial Elucom llevó a cabo la comercialización de productos y servicios de Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles de España, S.A.U. QUINTO.- Entre las sociedades demandadas se suscribieron los siguientes contratos: 1º "Contrato de Agencia 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 exclusiva. 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 Contrato de colaboración suscrito el 2 de enero de 2009 entre Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. y Comunicaciones Eurotrónica, S.L. y entre aquélla y Guadatelefon que tenían por objeto la prestación de servicios a que Elucom 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. 4º 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) 5º 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) 6º 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)//SEXTO.- 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.//SÉPTIMO. - El Juzgado de lo Social N° 2 de Vigo ha dictado decreto de insolvencia de la empresa Guadatelefon.//OCTAVO.- La actora dedujo papeleta de conciliación previa el día 19 de agosto de 2013, que tuvo lugar el día 6 de septiembre con el resultado de tenerse por intentada sin avenencia y sin efecto. La demanda se ha interpuesto el día 30 de octubre del pasado año 2013.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Estimar la demanda interpuesta por DOÑA Dolores contra 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., CANAL TELEMARKETING, S.L., TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y con arreglo a este pronunciamiento, condeno solidariamente a 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. a abonar a la actora la suma de seis mil cuatrocientos cincuenta y cuatro con cuarenta y cinco céntimos de euro (6.454,45€) junto con los intereses legales del artículo 29.3 del ET . A su vez, las empresas TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. responderán solidariamente de esa suma en concepto de principal.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por las entidades TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SAU formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

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 02/12/2014.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 30 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

PRIMERO: La sentencia de instancia estima la demanda y condena solidariamente a las demandadas al abono de la cantidad de 6.454,45 € por los salarios adeudados, con los intereses legales del artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores .

Frente a ella Telefónica de España Sociedad Anónima Unipersonal y Telefónica Móviles España SAU, condenadas, interponen recurso de suplicación y al amparo de art. 193 c) de la Ley de la Jurisdicción Social denuncian igualmente la infracción por inaplicación de la Ley del Contrato de Agencia, citando en concreto sus artículos 1, 2.2, 9 y 10, y alega 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- y Telefónica de España, se alcanza la conclusión de que son concordantes con las previsiones de la Ley del Contrato de Agencia.

La denuncia no se admite, manteniendo el criterio de esta Sala recogido en sentencia de 23-4-2015 , 6-6-2014 o 11-4-2014 , en las que se hace constar que...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.

Por ello, las relaciones civiles o mercantiles existentes entre la empresa principal y la contratista o, en su caso, subcontratista, que pueden válidamente canalizarse a través de las normas propias del contrato de agencia, no tienen relevancia alguna a los efectos de la aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores .

No es inoportuno añadir 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- no tiene trascendencia alguna a los efectos de la aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores porque, como hemos dicho, es irrelevante cuál sea esa relación.

SEGUNDO: En segundo lugar y con el mismo amparo procesal, denuncian las empresas recurrentes, la infracción por aplicación indebida del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores , argumentando 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 y sólo devendría fraudulenta o inútil dicha posibilidad en el caso de que se hubiera reservado o se impusieran en la organización interna del agente, en cuyo caso existiría la subcontratación que, en el presente caso, ni siquiera indiciariamente se ha demostrado, 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 .

... no se trata, mantienen la sentencias de este Tribunal, 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, siendo usual que la empresa contratista tenga autonomía respecto a la empresa principal sin que ello impida esa aplicación.

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, lo que lleva a concluir que, de no llevar a cabo la actividad que llevaba a cargo la contratista, por encargo realizado por las recurrentes, deberían éstas aquellas 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.

Por ello, 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 .

Desprendiéndose de todo ello que la sentencia recurrida es plenamente acorde con el ordenamiento jurídico y en consecuencia no vulnera la normativa que por la parte recurrente se invoca, por lo que procede previa desestimación del recurso dictar un pronunciamiento confirmatorio del impugnado; en consecuencia,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por las EMPRESAS TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de los de Vigo, en fecha 28-7-2014 en autos seguidos a instancia de Dña. Dolores frente a las RECURRENTEs y las EMPRESAS CANAL TELEMARKETING S.L., TELEMARKETING GALICIA S.L., TELEFONÍA TERMATEL S.L., SILICÓN VAL S.L., COMUNICACIONES EUROTRONICA S.L., BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES S.L y GUADATELEFON S.L. sobre cantidades, en la que ha sido parte el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, imponiendo a las recurrentes las costas de los recursos, que incluyen para cada una de ellas la cantidad de quinientos cincuenta euros (550 euros), en concepto de honorarios del Letrado impugnante de los recursos. Y procede acordar la pérdida de los depósitos.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

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 35 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 35 **** ++**).

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

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