

Roj: **STS 5771/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5771**Id Cendoj: **28079140012015100761**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/12/2015**Nº de Recurso: **2614/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ GAL 4478/2014,**
STS 5771/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Diciembre de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., contra de la sentencia dictada el 23 de junio de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 1292/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de junio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo , en autos núm. 595/2013, seguidos a instancias de D^a Sacramento frente a FOGASA, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEMARKETING GALICIA S.L., TELEFONIA TERMATEL S.L., SILICON VAL, S.L., COMUNICACIONES EUROTERONICA S.A., BLUCOM REDES y COMUNICACIONES, S.L., EURONA WIRELESS TELECOM S.A. y THE PHONE HOUSE SPAIN SLU.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de diciembre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo dictó sentencia , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda de despido interpuesta por D^a. Sacramento , debo declarar y declaro nulo el despido de que fue objeto la misma con fecha 4 de junio de este año por parte de la empresa Guadatelefon, S.L. y, debiendo ser readmitida la trabajadora pero estimando como estimo su demanda acumulada de rescisión, debo declarar y declaro rescindida en la fecha de la presente resolución la relación laboral que la une con dicha sociedad, a la que condeno, y solidariamente con ella a D. Maximiliano , Canal Telemarketing, S.L., Telefonía Termatel, S.L., Blucom Redes y Comunicaciones, S.L., Comunicaciones Eurotrónica, S.L., a que de 9.265'09 tramitación S.L., Telemarketing Galicia, S.L. y Silicom Val, le abonen a la referida actora una indemnización euros, así como 7.606'15 euros de salarios de desde el día 4 de junio hasta el día de hoy y 248'11 euros de plus de transporte y 5.197'08 euros de salarios adeudados del 1 de febrero al 4 de junio de este año, cantidad ésta última que devengará un interés anual del 10%,a cuyo pago condeno a dichas sociedades, respondiendo del pago de la última cantidad, 5.197'08 euros las empresas Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles de España, S.A. de forma solidaria, en cuyo sentido las condeno, desestimando las demandas de la actora frente a Euron Wireless Telecom, S.A. y The Phone House Spain, S.L.U., a las que absuelvo."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: "**Primero.-** La demandante D^a Sacramento , mayor de edad y con D. N. I. número NUM000 , vino prestando servicios para la empresa Guadatelefon, S.L. con la categoría profesional de formadora y un salario mensual de 1.257'36 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias. **Segundo.-** La actora inició su relación laboral con Comunicaciones Eurotrónica, S.L. a través de una empresa de trabajo temporal el día 19 de junio de 2008 prestando servicios



para dicha sociedad hasta el 21 de agosto, de nuevo y ya directamente para dicha sociedad del 25 de agosto al 31 de octubre, del 1 al 24 de noviembre y del 25 de noviembre de 2008 al 11 de diciembre de 2009, para Guadatelefon, S.L. del 1 de abril de 2009 al 21 de junio de 2011, para D. Maximiliano del 23 de junio de 2011 al 25 de noviembre de 2012 y de nuevo para Guadatelefon, S.L. desde el día 26 de noviembre de 2012. **Tercero.-** Solicita la actora la rescisión de su contrato de trabajo alegando que la empresa le viene abonando el salario con retraso y que en la fecha de presentación de la demanda de rescisión le adeudaba las mensualidades de febrero a mayo de este año por un total de 5.268'01 euros: 1.257'36 cada mes más 238'57 de plus de transporte, cantidades que asimismo reclama en dicha demanda, además de 167'64 y 9'54 respectivamente que por los 4 días de junio (hasta su despido) reclama en la demanda de despido. **Cuarto.-** Desde hace meses la empresa vino abonándoles las retribuciones con retraso a todos los trabajadores. A la demandante le abonó las mensualidades diciembre de 2012 entre el 22 y el 23 de enero y la de enero de este año entre el 11 y el 22 de marzo, habiendo efectuado los últimos 3 pagos reseñados "Aula Marketing", nombre comercial del negocio que como autónomo gestiona D. Maximiliano , aportaciones que se hicieron constar en el libro mayor de Guadatelefon, S.L. como aportaciones de socios. No se le abonaron las mensualidades desde febrero de este año. **Quinto.-** El día 3 de mayo la empresa le comunicó a la comisión designada por los trabajadores la apertura del período de consultas, consultas que tuvieron lugar los días 8, 15 y 20 de mayo y en las que la empresa solamente planteó como opción su cierre y la extinción de los contratos de trabajo de toda la plantilla y, requerida por la comisión negociadora, aportó en la segunda y tercera reuniones documentación de todas las demandadas en esta litis salvo de Canal Telemarketing, S.L. y de Mobile Message Systems, S.A., negándose a valorar cualquier opción de recolocación del personal. Concluido el período de consultas sin avenencia, Guadatelefon, S.L. le notificó a la actora el día 21 de mayo carta de igual fecha comunicándole la extinción de su contrato de trabajo por causas económicas con efectos del día 4 de junio y con base en que *"De la documentación aportada en la fase de consultas se infiere que la situación empresarial es crítica desde el punto de vista económico-financiero y, además, no existe posibilidad alguna de reflotar la actividad económica debido, esencialmente, a las deudas salariales y de Seguridad Social y a la imposibilidad acreditada de continuar la gestión comercial para el principal cliente de la Empresa (Telefónica de España SA) por su permanente y persistente actitud negativa en la fijación de los criterios de evaluación de calidad, régimen de penalizaciones, obligaciones de inversión, etc. Por otra parte, no es posible ofrecer, como así ha sido solicitado por sus representantes, un Plan alternativo de Empleo para la recolocación de los trabajadores si quiera de forma parcial"*. Fijaba la indemnización en 1.698'80 euros que decía no poder abonar por las causas económicas invocadas para la extinción contractual. **Sexto.-** La empresa Guadatelefon, S.L. tuvo en el ejercicio 2012 unas pérdidas de 354.242'75 euros antes de impuestos. Dicha sociedad fue constituida mediante escritura pública otorgada el día 24 de agosto de 2006 por D. Jesús Luis y su esposa Da. Gloria con un capital de 2.006 euros suscrito a partes iguales. El domicilio se fijó en Guadarrama, Madrid, calle General estaban Infantes, número 1-1º izquierda; su objeto era el comercio y reparación de telefonía móvil y fija, servicios informáticos y de sonido e imagen y se designó administrador único al demandado D. Maximiliano . Por medio de escrituras públicas de fechas 12 de junio de 2007 y 22 de diciembre de 2011 el citado D. Maximiliano adquirió el total del capital social. **Séptimo.-** El citado D. Maximiliano es desde fecha que no consta socio único de Silicon Val, S.L., entidad domiciliada en Nigrán, A Ramallosa, centro comercial La Romana, local 22. Su objeto es el mismo que el de Guadatelefon, S.L. y además el comercio de muebles, máquinas y equipos de oficina. Esta sociedad tuvo en el 2012 unas pérdidas de 82.194'06 euros. **Octavo.-** La sociedad Telemarketing Galicia, S.L. tiene desde el 10 de junio de 2011 como único socio y administrador al demandado D. Maximiliano , que fijó el domicilio social en la calle Eidos, 20-22 bajo, en Redondela. Dicha sociedad tiene como objeto la telefonía y otros como organizar eventos deportivos, construcción de edificios, etc. y tuvo en el ejercicio 2012 unos beneficios de 459'24 euros. **Noveno.-** El citado D. Maximiliano es socio único y administrador de Telefonía Termatel, S.L., sociedad dedicada a telecomunicaciones y cuyo domicilio está en Vigo, calle Sanjurjo Badía, 109, bajo. Dicha sociedad tuvo en el ejercicio 2012 unas pérdidas de 60.394'79 euros. **Décimo.-** Comunicaciones Eurotrónica, S.L. tiene como socio único y administrador desde el 22 de diciembre de 2011 al demandado D. Maximiliano . Su objeto es el mismo que el de Guadatelefon, S.L., tiene su domicilio social en el número 148, bajo, de la calle Sanjurjo Badía, en Vigo y en el 2012 tuvo unas pérdidas de 5.215'96 euros. **Decimoprimer.-** Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. tiene como único socio y administrador desde el 22 de diciembre de 2011 al demandado D. Maximiliano . Su objeto es el mismo que el de Guadatelefon, S.L., tiene su domicilio social en el número 109 bis, bajo, de la calle Sanjurjo Badía, en Vigo y en el 2012 tuvo unas pérdidas de 263.091'20 euros. **Decimosegundo.-** Canal Telemarketing, S.L. fue constituida inicialmente como Telemarketing Redondela, S.L., sociedad de la que llegó a ser socio único mediante escrituras de compraventa de participaciones de fechas 30 de noviembre de 2010 y 2 de febrero de 2011 el demandado D. Maximiliano que en febrero de 2011 fue designado administrador único, fijando el domicilio social en el número 20-22 de la calle Eidos, en Redondela. Su objeto social es la comercialización de productos relacionados con la telefonía móvil. Dicha sociedad declaró en el ejercicio de 2012 unas pérdidas de 89.644'23 euros. El citado D. Maximiliano vendió las participaciones de dicha sociedad a sus hijas Da.



Filomena y Da. Patricia mediante escritura pública de fecha 31 de octubre de 2012, escritura a través de la cual se fijó el domicilio social en Vigo, calle Sanjurjo Badía, número 109, bajo, y se nombró administradora única a la demandada D^a Belen , esposa de D. Maximiliano , con el que pactó régimen de separación de bienes, sustituyendo al de gananciales, en fecha 11 de junio de 2010. **Decimotercero.-** D. Maximiliano era titular de un negocio dedicado a formación de trabajadores y mantenimiento informático que prestaba servicios a las sociedades demandadas de las que era socio y alguna sociedad ajena, servicios que les facturaba, habiendo causado baja en el censo de empresarios el día 26 de noviembre de 2012. En el ejercicio 2012 el citado D. Maximiliano como autónomo facturó a Guadatelefon, S.L., Canal Telemarketing de Redondela, S.L., Blucom Redes y Comunicaciones, S.L., Comunicaciones Eurotrónica, S.L., Telemarketing Galicia, S.L., Silicom Val, S.L., Francisco Aranda, S.L. y Medinense de Telecomunicaciones, S.L. un total de 434.698'66 euros de los que 60.681'50 corresponden a las dos últimas sociedades. **Decimocuarto.-** Eurona Wireles Telecom, S.A. y The Phone House Spain, S.L.U. son operadoras de telecomunicaciones cuya relación con las demás sociedades y con D. Maximiliano se limitó a la que se indicará en el hecho siguiente, contratos los reseñados a continuación que, a espaldas de dichas operadoras eran ejecutados por personal de Guadatelefon, S.L., personal al que el citado D. Maximiliano le ordenaba no comunicar tal circunstancia a las referidas operadoras. **Decimoquinto.-** Entre las sociedades demandadas se suscribieron los siguientes contratos: **"Contrato de colaboración"** suscrito entre Telefónica Móviles España, S.A.U. 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 (telefonía móvil digital) 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. **"Contrato de Agencia Comercial"** suscrito el día 24 de 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. E igual contrato que los dos anteriores suscrito el día 18 de diciembre de 2012 entre Silicon Val, S.L.U. como comercializador de servicios de conectividad a internet del operador Eurona Wireles Telecom, S.A. y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. Y similares contratos suscrito los días 22 de noviembre y 14 de diciembre de 2012 entre Canal .Telemarketing S.L. como comercializador de servicios de 111, conectividad a internet, ADSL y otros del operador The Phone House Spain, S.L.U. y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. Las operadoras daban a conocer al personal que creían de las citadas sociedades (Silicon Val, S.L.U. y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L.) los productos que debían vender en virtud de los referidos contratos. **"Contratos de colaboración"** suscritos el día 2 de enero de 2009 entre Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. y Comunicaciones Eurotrónica, S.L. y entre aquélla y Guadatelefon, S.L., representada la primera por D. Maximiliano y la segunda por la Responsable de Area de las otras sociedades contratantes, contratos que tenían por objeto colaborar en la prestación de servicios a que la primera se había obligado con Telefónica de España, S.A.U., cediéndole la primera a Guadatelefon, S.L. el local para desarrollar la actividad y asumiendo las segundas los gastos de mobiliario e instrumentos de trabajo así como del personal. E igual contrato suscrito entre la primera y Telefonía Termatel, S.L. para la tramitación de los servicios de comercialización de los equipos, sistemas, aparatos y servicios de telefonía móvil que la primera había contratado de Telefónica Móviles España, S.A. Contratos de arrendamiento de local suscritos entre Blucom Rdes y Comunicaciones, S.L. y Guadatelefon, S.L. y Telefonía Termatel, S.L., el segundo arrendando a aquélla a ésta el bajo sito ene 1 número 109 de la calle Sanjurjo Badía, en Vigo. Todos los servicios y arrendamientos eran facturados. **Decimosexto.-** Guadatelefon, S.L., Telefonía Termatel, S.L., Blucom Redes y Comunicaciones, S.L., Comunicaciones Eurotrónica, S.L. y Silicom Val, S.L. tienen o tuvieron el mismo centro de trabajo sito en el bajo del número 109 de la calle Sanjurjo Badía, en Vigo. Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. tiene y tuvo una sola trabajadora. Varios trabajadores prestaron servicios sucesivamente para una o más de las sociedades citadas en este hecho declarado probado. El personal de las empresas Comunicaciones Eurotrónica, S.L., Telefonía Termatel, S.L., Telemarketing Galicia, S.L. y Silicom Val, S.L., comerciales, vendían productos y servicios de Telefónica Móviles de España, S.A.U. y el de Guadatelefon, S.L. y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L., gestores como la demandante, tramitaba con Telefónica los contratos con los clientes conseguidos por dichos comerciales, a cuyo efecto accedía a la base y programa operativo de Telefónica mediante claves facilitadas por ésta. El personal informático gestionaba el software de todas las empresas que se acaban de citar, empresas cuyas oficinas estuvieron al principio en Telefonía Termatel, S.L. y luego en Guadatelefon, S.L. Todas las empresas salvo Telemarketing Galicia, S.L. tienen la misma asesoría laboral y contable. Personal de estas empresas estuvo enseñando el trabajo a las hijas de D. Maximiliano , actuales titulares de la sociedad Canal Telemarketing, S.L. **Decimoséptimo.-** Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. por rescisión y cantidades el día 14 de mayo, la misma tuvo lugar el día 31 con el resultado de sin avenencia excepto respecto a Eurona Wireles Telecom, S.A. y The Phone House Spain, S.L.U. que lo fue sin efecto. Presentada por despido el día 17 de junio, se celebró con igual resultado el día 4 de julio salvo respecto a Eurona Wireles Telecom,



S.A. y The Phone House Spain, S.L.U. frente a las que no se intentó conciliación previa. Decimooctavo.- La demandante no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores. **Decimonoveno.**- Este juzgado dictó sentencia el día 15 de octubre pasado en el procedimiento número 548/2013 condenando de forma solidaria a las empresas Guadatelefon, S.L., Canal Telemarketing, S.L., Telefonía Termatel, S.L., Blucom Redes y Comunicaciones, S.L., Comunicaciones Eurotrónica, S.L., Telemarketing Galicia, S.L. y Silicom Val, S.L. al considerar que formaban un grupo empresarial y absolviendo al Sr. Maximiliano . **Vigésimo.**- En el intento de conciliación previo al acto de juicio la actora desistió de su demanda frente a Mobile Message Systems, S.A. y a D^a. Belen .

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de Telefónica España S.A.U. y de Telefónica Móviles España S.A.U., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 23 de junio de 2014, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos los recursos de suplicación formulados por la letrada Dña. María Marcela Pérez Crespo, en nombre y representación e Telefónica España S.A.U. y de Telefónica Móviles España S.A.U., contra la sentencia de fecha seis de junio de dos mil trece, dictada por el Juzgado de lo Social Uno de Vigo, en el procedimiento 595/13, acumulados, seguidos a instancia de Dña. Sacramento, sobre despido, contra las empresas recurrentes y otras, confirmando la expresa resolución. Dése a los depósitos y consignaciones el destino legal. Se condena a las empresas recurrentes al abono de 600 euros, a cada una de ellas, en concepto de honorarios del Letrado de la parte impugnante."

CUARTO.- Por la representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid con fecha 3 de junio de 1998 en el Recurso núm. 1243/98.

QUINTO.- Por providencia de ésta Sala de procedió a admitir a trámite el citado recurso y habiendo sido impugnado el recurso, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso improcedente, se declararon conclusos los autos, señalándose para su votación y fallo el día 9 de diciembre de 2015, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante ha venido prestando servicios para Guadatelefon S.A. desde el 1 de noviembre de 2008 al 11 de diciembre de 2009 y de nuevo desde el 26 de noviembre de 2012 hasta la fecha de su despido por dicha empleadora el 4 de junio de 2013. El 1 de julio de 2010 Guadatelefon S.L. y Telefónica Móviles España S.A.U. suscribieron contrato denominado "de colaboración" por el que Guadatelefon S.L. se obligaba a mediar, formalizar y promover la venta y/o contratación de los productos y servicios (telefonía móvil digital) en nombre y por cuenta de TME, en todo el territorio nacional, sin exclusividad. La trabajadora presentó demanda de resolución de contrato por incumplimiento empresarial fundado en el reiterado retraso en el pago de salarios y así mismo por despido fechado el 4 de junio de 2013. El Juzgado de lo Social estimó ambas demandas, declarando nulo el despido si bien al estimar la pretensión resolutoria declara la rescisión de la relación laboral condenando solidariamente a las empresas que cita a abonar una indemnización de 9.265,09 €, así como 7.606,15 € de salarios de tramitación desde el día 4 de junio de 2013 hasta la fecha de la sentencia, 5 de diciembre 2013, otros 248,11 € de plus de transporte y 5.197,08 €, cantidad esta última que devengará el 10% de interés, respondiendo del pago de la cantidad de 5.197,08 € Telefónica de España S.A.U. y Telefónica Móviles de España S.A. solidariamente.

La sentencia recurrida desestimó el recurso de suplicación interpuesto Telefónica de España S.A.U. y Telefónica Móviles de España S.A.U. razonando que la venta de los productos de las compañías recurrentes es una operación que forma parte del ciclo productivo de la empresa principal lo que permite incardinar la actividad en la contrata o subcontrata del Artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

Recurren en casación para unificación de doctrina Telefónica Móviles de España S.A.U. y Telefónica de España S.A.U. ofreciendo como sentencia de contraste la dictada el 3 de junio de 1998 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En la sentencia de comparación la controversia plantea también la cuestión relativa a la aplicabilidad del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores a las relaciones entre la codemandada Telefónica Servicios Móviles, S.A., la empresa Diarphone, S.A. y la trabajadora demandante y es resuelta razonando que la existencia de un contrato de Agencia entre ambas empresas, regido por la L. 12/1992 de 27 de mayo, impide apreciar vínculo alguno entre la demandante y Telefónica.



En esencia lo que se define en la sentencia de contraste es la no realización de trabajos calificables de "productividad", en la relación entre ambas empresas ni ésta es incardinable entre las subcontratas.

En la sentencia de contradicción Telefónica Servicios Móviles S.A. figura como titular de concesiones administrativas para la explotación del servicio de telefonía Móvil Automática en la modalidad G.G.M. (bajo la marca Moviline y en la analógica (marca Movistar).

Diarphone, S.A. suscribió el 3-11-1995 dos contratos para la distribución de los servicios Movistar y Moviline, en ningún caso el distribuidor cobra el precio del servicio a los usuarios finales. Las funciones de distribución consisten en formalizar los contratos de servicio y remitirlos a Telefónica servicios Móviles S.A., también informa al público, atiende observaciones, reclamaciones y dudas y atiende gratuitamente las solicitudes de los abonados y altas, cambios de modalidad de abono, bajas, cambio de número, etc.

En la sentencia recurrida, se parte de la coincidencia del elemento "propia actividad" respecto de ambas empresas y descarta que el contrato de Agencia y la autonomía de una empresa respecto de otra excluya la aplicación del artículo 42 del estatuto de los Trabajadores a Guadaltelefon, S.L.

A la vista de los hechos comparados y de la valoración de los mismos por las sentencias enfrentadas debe declararse la existencia de contradicción entre ambas resoluciones, inclusive a fortiori habida cuenta de que DIARPHONE, S.A. incluía en las tareas de mediación las que se acaba de describir, lo que no consta en la recurrida.

SEGUNDO.- La demandada, al amparo del artículo 207 de la L.J .S., sin cita de apartado concreto alega mediante tres motivos separados, la infracción de los artículos 42 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 1 y 2.2 de la Ley del contrato de la Agencia .

El precepto estatutario contempla la celebración de contrata y subcontrata para la realización de obras o servicios correspondientes "a la propia actividad". No rechaza la licitud de tales contrata ni las remite al concepto de cesión ilegal sino que, reconociendo su validez establece una cautela de protección, con dos excepciones, por la que se impone a la empresa principal la solidaridad en las obligaciones salariales durante el año siguiente a la finalización del contrato. De las dos excepciones a las que ha hecho mención tan solo interesa en este procedimiento la segunda de las descritas, que la contratación no se realice por razón de "una actividad empresarial", se trata por lo tanto en primer lugar, así lo plantea el recurso, de descartar la aplicabilidad del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores .

La demandada realiza un esfuerzo argumental de notable interés al comparar el producto de un servicio de telefonía con el de fabricante que produce elementos materiales, los almacena y luego los vende. De ahí extrae la conclusión de que tan absurdo es almacenar para luego no vender lo almacenado como tener el servicio de telefonía para después no tener a quien suministrarlo. Lo cierto es que la existencia de comerciales no es una novedad introducida por mor de la telefonía y sus específicas proyecciones en el mercado, internet, etc., si bien al final todo revierte en conceptos tradicionales, originar el producto hasta que se halle en condiciones de ser disfrutado por un usuario tan solo a falta de que éste acepte adquirirlo. En un mercado tan característico como es el del aseguramiento, por citar un ejemplo, la única controversia a propósito del carácter de los comerciales se produce entre el contrato de Agencia y el de relación laboral en función del modo en que las funciones son desempeñadas pero sin que se cuestione que una vez realizadas con plena autonomía, el contrato es de Agencia.

Establecida como base la separación entre el contrato de Agencia y la contrata o subcontrata resta por determinar si la actividad llevada a cabo por Guadaltelefon, S.L. y Telemartel, S.L., sucesivamente son incardinables en una u otra figura jurídica.

El artículo 1º de la Ley 12/1992 de 27 de Mayo califica como contrato de agencia obligarse a "promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlas y concluir las por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones".

Deberá examinarse el contenido del ordinal primero de los hechos declarados probados en busca de la descripción del contrato existente entre Telefónica Móviles de España S.A. y las empresas Guadaltelefon, S.L. y Telefonía Telemartel S.L., y así consta como objeto el contrato celebrado el 1-7-2010 "mediar, formalizar y promover la venta y/o contratación, de los productos y servicios (telefonía móvil digital) en nombre y por cuenta de TME en todo el territorio nacional, sin exclusiva".

Dado el contenido de las obligaciones contraídas por Guadaltelefon S.L. y no constando que a los mismos se le añadan otros, el contrato sin duda debe ser calificado de Agencia. Una vez establecida esta conclusión el siguiente punto a definir es el de sus límites con la contrata o subcontrata. La sentencia recurrida pone el acento en un aspecto relevante del artículo 42 del E.T ., la realización de la "propia actividad" de la empresa



principal para definir en que casos la relación con otros sujetos es de contrata o subcontrata. Partiendo de que considera al contrato de Agencia como actividad susceptible de ser embebida en la contrata, hasta el punto de identificarse entre sí, llega a la conclusión de que este es un ejemplo de esa incardinación de la Agencia en la contrata y definiendo la vinculación por la propia actividad como la necesidad de quien produce un bien de suministrarlo.

Como premisa esencial, sin embargo, hay que partir de que Agencia y contrata son dos figuras plenamente diferenciadas de forma que la contrata no puede absorber a la Agencia. La esencia del contrato de Agencia es la mediación en la colocación del producto. En una empresa productora la contrata solo puede existir a largo del ciclo de producción, pues todo el es propia actividad. Por el contrario no lo es la mediación. En el caso de que una empresa, dedicada a la Agencia concertara con otra la asunción de una parte de su negocio, nos hallaríamos en presencia de una contrata al desempeñar "la propia actividad" y estar mediando no para transmitir un producto de la Agencia que la contrató sino un producto de la Principal ya que no negocia una mediación "de la mediación".

En el caso que nos ocupa la separación entre actividad productiva y mediación es nítida y no cabe confundir actividad con interés. Es interés de la principal colocar sus productos en el mercado pero no es su actividad existiendo empresas ya sea en exclusiva o sin ella, dedicadas a una actividad de mediación que les es propia y característica.

A la inversa, cabe traer a colación la S.T.S. de 20-7-2005 (R. 2160/2004) citada por la recurrente en la que se razona, al diferenciar las actividades de promoción y construcción y calificarlas de insertas en el mismo sector, lo que ni siquiera ocurre en las presentes actuaciones, distingue entre ambas actividades y concluye que aunque pueda existir una conexión o dependencia funcional la actividad de construcción no es una actividad inherente al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria, conclusión a la que se accede como resultado de aplicar la doctrina que refleja el segundo de sus fundamentos de Derecho: *"SEGUNDO.- La noción de "propia actividad" ha sido ya precisada por la doctrina de la Sala en las sentencias de 18 de enero de 1995 , 24 de noviembre de 1998 y 22 de noviembre de 2002 en el sentido de que lo que determina que una actividad sea «propia» de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo. En este sentido la sentencia de 24 de noviembre de 1998 señala que en principio caben dos interpretaciones de este concepto: a) la que entiende que propia actividad es la "actividad indispensable", de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y b) la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán «propia actividad» de ella. En el primer caso, se incluyen como propias las tareas complementarias. En el segundo, estas labores no «nucleares» quedan excluidas del concepto y, en consecuencia de la regulación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores . Pero, como precisa la sentencia citada, recogiendo la doctrina de la sentencia de 18 enero 1995 , «si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial». Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente y, por ello, se concluye que "ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente" .*

De su aplicación resulta que la comercialización del producto o bien se gestiona a través del contrato de Agencia o bien se asume como propia aun sin corresponder al ciclo productivo a través de la relación laboral de carácter especial en cuyo caso la disyuntiva se plantearía entre esas dos figuras jurídicas y en ningún caso entre el contrato de Agencia del artículo 1º de la L. 12/1992 de 27 de mayo y la contrata o subcontrata del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores .

Por lo expuesto y visto el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate de suplicación revocamos la sentencia con desestimación de la demanda. Sin costas y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., contra de la sentencia dictada el 23 de junio de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 1292/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de junio de 2014, dictada por el Juzgado de lo



Social nº 1 de Vigo , en autos núm. 595/2013, seguidos a instancias de D^a Sacramento frente a FOGASA, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEMARKETING GALICIA S.L., TELEFONIA TERMATEL S.L., SILICON VAL, S.L., COMUNICACIONES EUROTERONICA S.A., BLUCOM REDES y COMUNICACIONES, S.L., EURONA WIRELESS TELECOM S.A. y THE PHONE HOUSE SPAIN SLU. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate de suplicación revocamos la sentencia con desestimación de la demanda. Sin costas y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO