



Roj: **STS 5855/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5855**

Id Cendoj: **28079140012015100814**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2015**

Nº de Recurso: **2653/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 4411/2014,**  
**STS 5855/2015**

## **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., contra de la sentencia dictada el 6 de junio de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 983/2014 interpuesto contra la sentencia de fecha 6 de junio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo, en autos núm. 596/2013, seguidos a instancias de D<sup>a</sup> Belinda frente a FOGASA, TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A., TELEMARKEETING GALICIA S.L., TELEFONÍA TERMATEL S.L., SILICON VAL S.L., COMUNICACIONES EUROTRÓNICA S.L., BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES, S.L. GUADATELEFON S.L., Luis Angel, y CANAL TELEMRKETING S.L., sobre DESPIDO.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. 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<sup>a</sup> Belinda, 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 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., a que le abonen a la referida actora una indemnización de 4.471'73 euros, así como 7.299'87 euros de salarios de tramitación desde el día 4 de junio hasta el día de hoy y 6.228'59 euros de salarios adeudados del 1 de enero 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, 6.228'59 euros, la empresa Telefónica Móviles de España, S.A. de forma solidaria, en cuyo sentido la condeno, desestimando las demandas de la actora frente a D. Luis Angel, al que absuelvo."

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: "Primero.- La demandante D<sup>a</sup>. Belinda, mayor de edad y con D.N.I. número NUM000, vino prestando servicios para la empresa Guadatelefon, S.L. desde el día 22 de noviembre de 2010, con la categoría profesional de gestora telefónica y un salario mensual de 1.213'36 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias. Segundo.- La actora inició su relación laboral con Guadatelefon, S.L. el día 22 de noviembre de 2010, siendo subrogada por Telefonía Termatel, S.L. el día 1 de marzo de 2012 y de nuevo por la primera el día 1 de diciembre. 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 enero a mayo de este año por un total de 6.066'80 euros: 1.213'36 cada mes, cantidad que asimismo reclama en dicha demanda, además de 161'79 que por los 4 días de junio (hasta su despido) reclama en la demanda de despido. Cuarto.- Desde enero de 2012 la empresa vino abonándoles las retribuciones con retraso a todos los trabajadores. A la demandante le abonó las mensualidades de 2012 en las siguientes fechas: 9 de febrero, 9 de marzo, 3 de abril, 9 de mayo, 11 de junio, 11 de julio, 31 de agosto, 11 de septiembre, 17 de octubre, 22 de enero de este año, parte en metálico el 16 de febrero y el resto el 21 de febrero, parte el 11 de marzo y el resto el 22 de marzo, habiendo efectuado los últimos 3 pagos reseñados "Aula Marketing", nombre comercial del negocio que como autónomo gestiona D. Luis Angel , aportaciones que se hicieron constar en el libro mayor de Guadatelefon, S.L. como aportaciones de socios. No se le abonaron las mensualidades desde enero 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 2.089'66 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. Diego y su esposa Nicolasa 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. Luis Angel . Por medio de escrituras públicas de fechas 12 de junio de 2007 y 22 de diciembre de 2011 el citado 1).- Luis Angel adquirió el total del capital social. Séptimo.- El citado D. Luis Angel 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. Luis Angel , 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 1 ejercicio 2012 unos beneficios de 459'24 euros. Noveno.- El citado D. Luis Angel 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. Luis Angel . 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 e12012 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. Luis Angel . 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. Luis Angel 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. Luis Angel vendió las participaciones de dicha sociedad a sus hijas Da. Joaquina y D. Luisa mediante escritura pública de fecha 31 de octubre de 2012, escritura a través de la cuál se fijó el domicilio social en Vigo, calle Sanjurjo Badía, número 109, bajo, y se nombró administradora única a la demandada Da. Otilia , esposa de D. Luis Angel , con el que pactó régimen de separación de bienes, sustituyendo al de gananciales, en fecha 11 de junio de 2010. Decimotercero.- D. Luis Angel era titular de un negocio dedicado a formación de trabajadores y mantenimiento



informático que prestaba tales 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. Luis Angel 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.- 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 exclusiva. E igual contrato suscrito entre la primera y Telemarketing Galicia, S.L. el día 1 de febrero de 2011. 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 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 conectividad a internet, ADSL y otros del operador The hone House y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. "Contratos de colaboración" suscritos el día 2 de enero de 2009 entre Blucom Redés y Comunicaciones, S.L. y Comunicaciones Eurotrónica, S.L. y entre aquélla y Guadatelefon, S.L., representada la primera por D. Luis Angel y la segunda por la Responsable de Arca 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. Decimoquinto.- 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 citar, empresas cuyas oficinas estuvieron al principio en Telefonía Termatel, S.L. y luego 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. Luis Angel , actuales titulares de la sociedad Canal Telemarketing, S.L. Decimosexto.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. por rescisión y cantidades el día 16 de mayo, la misma tuvo lugar el día 31 con el resultado de sin avenencia. Presentada por despido el día 4 de junio, se celebró con igual resultado el día 19 de julio respecto a la sociedad Guadatelefon, S.L. y sin efecto respecto al resto de demandadas. Decimoséptimo.- La demandante no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores. Decimooctavo.- Este juzgado dictó sentencia el día 15 de octubre pasado en el procedimiento número 548/2013 condenando de forma solidaria a las empresas Guadatelefon, .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."

**TERCERO.**- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de TELEFÓNICA MOVILES ESPAÑA, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 6 de junio de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: "Desestimando totalmente el recurso de suplicación interpuesto por la Telefónica Móviles de España Sociedad Anónima Unipersonal, contra la Sentencia de 5 de diciembre de 2013 del Juzgado de lo Social número 1 de Vigo , dictada en juicio seguido a instancia de Doña Belinda contra, además de la recurrentes, Don Luis Angel , la Entidad Mercantil Guadatelefon Sociedad Limitada, la Entidad Mercantil Canal Telemárketing Sociedad Limitada, la Entidad Mercantil Telefonía Termatel Sociedad Limitada, la Entidad Mercantil Bluecom Redes y Comunicaciones Sociedad Limitada, la Entidad Mercantil Comunicaciones Eurotrónica Sociedad Limitada, la Entidad Mercantil Telemárketing Galicia Sociedad Limitada, y la Entidad Mercantil Silicom Val Sociedad Limitada, habiendo sido citado el Fondo de Garantía Salarial, la Sala la confirma íntegramente,y, en legal consecuencia condenamos



a la recurrente a la pérdida de depósitos, consignaciones y aseguramientos, y a las costas de suplicación, cuantificando en la cifra de 600 euros los honorarios del letrado de la trabajadora impugnante."

**CUARTO.-** Por la representación de TELEFÓNICA MÓVILES 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 Tribunal Superior de Justicia de Galicia 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 no 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.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La trabajadora ha venido prestando servicios para Guadaltelefon S.L., desde el 22-11-2010 hasta el 1-3-2012 y desde el 1-12-2012 nuevamente para Guadaltelefon S.L., hasta la fecha de su despido el 3-5-2013 por Guadaltelefon S.L. Con anterioridad al despido había formulado demanda de extinción del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial debido al retraso en el pago de salarios.

Acumuladas ambas demandas, el Juzgado de lo Social estimó la pretensión actora declarando la nulidad del despido acordado por Guadaltelefon S.L., condenando a la readmisión de la trabajadora si bien al estimar también la demanda de rescisión que la unía a dicha sociedad condena a ésta solidariamente con Canal Telemarketing S.L., Telefonía Termatel S.L., Blucom Redes y Comunicaciones S.L., Comunicaciones Electrónica S.L., Telemarketing Galicia S.L. y Silicom Val, S.L. al pago de las cantidades que reseña, 4.471,73 euros en concepto de indemnización, 7.299,87 euros en el de salarios de tramitación desde el 4 de junio hasta la fecha de la sentencia 5-12-2013 y 6.228,59 euros en el de salarios adeudados desde el 4 de junio de 2013, por ser la fecha de la sentencia, devengando ésta última cantidad el 10% de interés. Se condena al pago de las cantidades a dichas sociedades y respecto del último importe se hace responsable Telefónica Móviles de España, S.A. en forma solidaria.

En suplicación la Sala desestima el recurso de Telefónica Móviles de España S.A. al amparo del artículo 297 de la L.J.S. sin cita de apartado concreto si bien se deduce que se trata del apartado e) al venir referidos todos los motivos a la censura del Derecho aplicado.

**SEGUNDO.-** En el primero de los motivos del recurso se alega la infracción del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores proponiendo como sentencia de contraste la dictada el 3-6-1998 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid , la misma con la que se articula la contradicción en los dos restantes motivos.

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., 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.



**TERCERO.**- 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 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, 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 insertar 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., contra de la sentencia dictada el 6 de junio de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 983/2014 interpuesto contra la sentencia de fecha 6 de junio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo , en autos núm. 596/2013, seguidos a instancias de Dª Belinda frente a FOGASA, TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A., TELEMARKETING GALICIA S.L., TELEFONÍA TERMATEL S.L., SILICON VAL S.L., COMUNICACIONES EUROTRÓNICA S.L., BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES, S.L. GUADATELEFON S.L., Luis Angel , y CANAL TELEMARKEETING S.L, sobre DESPIDO. 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.