



Roj: **STSJ PV 814/2017 - ECLI:ES:TSJPV:2017:814**

Id Cendoj: **48020340012017100528**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2017**

Nº de Recurso: **255/2017**

Nº de Resolución: **584/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ELENA LUMBRERAS LACARRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Bilbao, núm. 5, 13-07-2016 ,
STSJ PV 814/2017**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 255/2017

N.I.G. P.V. 48.04.4-16/000076

N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2016/0000076

SENTENCIA Nº: **584/2017**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 7 de marzo de 2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D^a. GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D^a. ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por **COMFICA S.L** contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 5 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 13 de julio de 2016 , dictada en proceso sobre RPC, y entablado por Fernando frente a **COMFICA S.L., FOGASA, TELBOX FTTH S.L. y TELEFONICA MOVISTAR .**

Es Ponente la Iltma. Sra. Magistrada Dña. ELENA LUMBRERAS LACARRA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"**PRIMERO**.- El actor D. Fernando ha venido prestando servicios por cuenta y órdenes de TELBOX FTTH entre el 9 de marzo y el 8 de mayo de 2015, con la categoría de Comercial, y el salario de 750 euros/mes más dos pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- El actor se dedicaba a la obtención del Permiso de Instalación del servicio de fibra óptica de Movistar en las comunidades de propietarios de Mungia.



TERCERO.- TELEFONICA MOVISTAR se dedica a la gestión y explotación del servicio de telefonía móvil avanzada y de otros servicios añadidos, como la televisión, a través de su red de fibra óptica.

CUARTO.- COMFICA SL se dedica a la obtención de permisos de las comunidades de propietarios para la instalación de redes de fibra óptica de Movistar.

QUINTO.- Con fecha 30 de marzo de 2015 TELEFONICA MOVISTAR y COMFICA SL suscribieron el Anexo al Contrato de Bucle Cliente suscrito en el año 2012, que obrante como Doc. 1-A Telefonica se tiene aquí por reproducido.

SEXTO.- TELBOX FITTH SL no ha abonado al actor los siguientes conceptos y cantidades:

- Mitad salarios Enero y Mayo: 375 euros + 375 euros: 750 euros.
- Salarios Febrero, Marzo y Abril: 750 euros/mes x 3 meses: 2.250 euros.
- Finiquito: 850 euros.

SÉPTIMO.- La conciliación previa instada el 24 de noviembre de 2015 resultó SIN AVENENCIA respecto a TELEFONICA MOVISTAR y a COMFICA SL y SIN EFECTO respecto a TELBOX FITTH SL el 16 de diciembre de 2015."

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que debo **ESTIMAR y ESTIMO** la demanda interpuestas por Fernando contra TELBOX FTTH SL, COMFICA SL, TELEFONICA MOVISTAR y FOGASA, condenando **solidariamente** a las empresas codemandadas a abonar al actor la cantidad de 3.850 euros, más el 10% en concepto de mora con cargo a TELBOX FTTH SL, absolviendo al FOGASA sin perjuicio de su responsabilidad legal."

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-La mercantil COMFICA, SA recurre en suplicación la sentencia de instancia que estima la demanda interpuesta por D. Fernando frente a TELBOX FITTH SL, COMFICA SL Y TELEFONICA MOVISTAR y las condena solidariamente a abonar al actor la cantidad de 3.850 euros, más el interés del 10% en concepto de mora con cargo a TELBOX Fitth SL.

Basa su recurso en los motivos previstos en las letras b) y c) del artículo 193 de la LRJS .

El trabajador demandante ha impugnado el recurso interpuesto solicitando su desestimación.

SEGUNDO.- En primer lugar la empresa solicita la revisión del relato de hechos probados de la sentencia de instancia con base en el artículo 193 b) de la LRJS .

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, pese a la expresión contenida en la Base 31-1 de la Ley de Bases 7/1989 , y construyendo el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero).

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

- a.-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;
- b.-) Que el error sea evidente;
- c.-) Que los errores denunciados tengan transcendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;



d.-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,

e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige -como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "concluyente poder de convicción" o "decisivo valor probatorio" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente, pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

Solicita la empresa recurrente la revisión del hecho probado cuarto para que quede redactado del modo siguiente: "la empresa COMFICA SL como matriz de un conjunto de empresas, se dedica a diversos sectores, entre ellos el de las telecomunicaciones, energía e iluminación, seguridad y construcción. Se desestima tal pretensión revisora por innecesaria. Y ello porque con independencia de que el objeto social de la empresa sea más amplio, en este caso concreto consta que Telefónica contrató a Comfica para la obtención de los permisos de las comunidades de propietarios para la instalación del servicio de fibra óptica de Movistar, y ello entra dentro del sector que desarrolla relacionado con las telecomunicaciones.

TERCERO.- En el siguiente motivo del recurso la empresa denuncia la infracción de la normativa de aplicación con base en el artículo 193 c) de la LRJS, que prevé, como motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, el examen de las normas sustantivas o de la Jurisprudencia, debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen de autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas", en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 de la ley procesal laboral, lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcarse también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación Jurídica, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo conculcado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, salvo error evidente, ya que su objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

CUARTO.- La empresa entiende que la sentencia infringe el artículo 217 de la LEC en cuanto a la falta de carga de la prueba del actor. En el siguiente motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 24 de la Constitución.

Sostiene la recurrente que nada se ha probado sobre la concreta relación del actor y la empresa COMFICA. Y además que las labores complementarias no integran el concepto de "propia actividad" del artículo 42 del ET.

Podemos traer a colación lo argumentado por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2016 (recurso 2147/2014): "El artículo 42 ET ("Subcontratación de obras y servicios") alude a "los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos" como presupuesto fáctico para que operen las garantías que contiene. Entre ellas, el primer párrafo del apartado 2 alberga la que ahora interesa: "El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata.

El estudio de nuestra doctrina indica claramente que, pese a las diversas reformas experimentadas por el precepto, el artículo 42 ET plantea importantes dudas interpretativas. Huelga resaltar que en un sistema



productivo cada vez con mayores interacciones entre las empresas, la relevancia del precepto aumenta a medida que la realidad socioeconómica evidencia sus múltiples insuficiencias. Queda al margen de nuestra competencia, por descontado, aventurar el modo en que hayan de afrontarse esas carencias.

Por lo pronto, interesa resaltar que la Ley está limitando el alcance de la responsabilidad solidariamente asignada a la empresa principal. Su entrada en juego no convierte a la empresa principal en garante de todas las obligaciones laborales de la empleadora directa pues " el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores limita la responsabilidad a las obligaciones de naturaleza salarial, descargando al empresario principal de cualquier incumplimiento por parte del contratista de obligaciones de carácter distinto, como pueden ser las de readmisión o indemnización del trabajador despedido, las que no pueden ser transferidas al empresario que encarga la obra o el servicio pues este no responde del inadecuado ejercicio del poder disciplinario del contratista " (STS 7 julio 1994, rec. 93/1994 , entre otras muchas). Por eso las mercantiles recurrentes han visto limitada la condena al importe de los salarios adeudados, estrictamente, y ese el objeto del recurso que plantean.

Los siete apartados del artículo 42 ET se aplican a los empresarios que " contraten o subcontraten pese a que la rúbrica alude sólo a la "subcontratación de obras o servicios". En realidad, lo que se está abordando es el fenómeno de la descentralización productiva consistente en que una empresa principal solicita colaboración a otra(s) auxiliar(es). El empresario auxiliar puede ser, a su vez, principal de otro subcontratista y así sucesivamente, encadenándose unos con otros a efectos laborales; en estos casos el empresario principal también queda comprometido respecto de lo que suceda (en términos laborales) al final de la cadena. Esta consecuencia viene amparada en la finalidad del precepto: conseguir que quien está en condiciones de obtener un beneficio también responda de los perjuicios que puedan derivar del mismo. Consideramos de suma utilidad reiterar las consideraciones que venimos haciendo desde tiempo atrás; la STS 9 julio 2002, rec. 2175/2001 , de la que se destacaremos algún pasaje, expone lo siguiente: "La Sala, en interpretación directa de lo dispuesto en el art. 42.2 ET , estima que dicho precepto, al establecer con terminología tan imprecisa y genérica la responsabilidad solidaria del «empresario principal» por las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los «subcontratistas» con sus trabajadores, sólo puede interpretarse en el sentido ya apuntado por nuestras sentencias anteriores, o sea, en el de entender que en la modalidad de descentralización productiva en que consiste la contratación o subcontratación del todo o parte de una misma obra, lo que realmente se patentiza es la existencia de una realidad fáctica que es la obra en sí misma considerada en la que concurren varias empresas con un interés compartido y común y en el que las unas actúan como auxiliares de las otras en cadena descendente, pero bajo el control económico y técnico prevalente del dueño de la misma o en su caso del contratista principal.

En estos términos lo que el precepto quiere evitar es que quien se halla mejor situado en esa cadena de contratación (comitente, dueño de la obra o contratista principal), que es quien controla realmente su ejecución y quien en definitiva asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros en todo o en parte, quede inmune ante las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores ante su posible situación de insolvencia, por lo que deviene razonable que desde el legislador, que no le niega los beneficios, le exija también responder de las posibles deudas salariales o de seguridad social que puedan haber generado aquellos subcontratistas situados en el final de cadena.

Se entiende, en definitiva, que el art. 42 ET constituye un reflejo, mal traducido para el caso que contempla, del principio de Derecho según el cual quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo, y que fue ésta en definitiva la intención del legislador aunque éste, a la hora de redactar el precepto, no tuviera realmente en cuenta más que la figura del empresario principal y la de los «subcontratistas», dentro de cuya último plural es donde deben entenderse incluidos todos los situados en la cadena de contratación".

"Correspondientes a la propia actividad " han de ser las obras o servicios requeridos de un tercero para que juegue la responsabilidad cuestionada. El sistema de garantías instrumentado por el art. 42 ET pende de que la colaboración entre empresas concierna a "la propia actividad " del empresario principal. La utilización de un concepto delicuescente y circunstancial como el de propia actividad ha propiciado que se intente su aprehensión desde múltiples parámetros: el carácter imprescindible de las actividades, su habitualidad, la complementariedad, la marginalidad, la inclusión en el ciclo productivo ordinario, etc.

Hay que reiterar, una vez más, los trazos fundamentales que hemos expuesto en ocasiones precedentes y que aparecen compendiados, por ejemplo, en SSTS de 18 de enero de 1995 (rec. 150/1994) , 24 de noviembre de 1998 (rec. 517/1998) , 22 de noviembre de 2002 (rec. 3904/2001) , 11 mayo 2005 (rec. 2291/2004) y otras muchas posteriores: Lo que determina que una actividad sea "propia" de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo.



Podría entenderse como propia actividad la "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. Ello abarca las tareas complementarias".

En el caso que nos ocupa consta que Telefónica contrató con Comfica para la obtención de los permisos de comunidades de propietarios para la instalación del servicio de fibra óptica de Movistar encargándose Comfica, según el contrato, de las visitas al terreno y entrevistas necesarias con los propietarios para solicitar los permisos para la firma de la autorización. Y es conocido que Telefónica se dedica a la gestión y explotación del servicio de telefonía, incluida la fibra óptica. Y a su vez consta aportado contrato mercantil suscrito entre Comfica y Telbox Fitth, prestando servicios el actor para esta última en la obtención de permiso de instalación del servicio de fibra óptica de Movistar en las comunidades de propietarios de Mungía.

De ahí que entre en juego claramente la responsabilidad solidaria del artículo 42 del ET, en cuanto la actividad desplegada por Comfica corresponde a su propia actividad, siquiera sea complementaria y necesaria para el resultado final que es la instalación de la fibra óptica por parte del empresario principal.

Por todo lo expuesto procede la desestimación del recurso de suplicación.

QUINTO.- La desestimación del recurso de suplicación supone la imposición de las costas a la empresa recurrente (artículo 235 LRJS) incluidos los honorarios del letrado de la parte impugnante en cuantía de 500 euros, así como la pérdida del depósito necesario para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.

FALLAMOS

Que desestimamos los Recursos de Suplicación interpuesto por COMFICA SL frente a la Sentencia de 13 de julio de 2016 del Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao, dictada en autos nº 6/2016 seguidos a instancia de D. Fernando, confirmando la misma en su integridad.

Procede la imposición de las costas a la empresa recurrente incluidos los honorarios del letrado de la parte impugnante en cuantía de 500 euros, así como la pérdida del depósito necesario para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilustre Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0255/17.



B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000- 66-0255/17.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ