



Roj: **STS 2193/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2193**

Id Cendoj: **28079140012017100370**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/04/2017**

Nº de Recurso: **110/2016**

Nº de Resolución: **366/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 8806/2015,**
STS 2193/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Telefónica de España SAU y Telefónica Móviles España SAU, representados y asistidos por la letrada D^a. María Marcela Pérez Crespo, contra la sentencia dictada el 13 de noviembre de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 3506/2014, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo, de fecha 27 de marzo de 2014, recaída en autos núm. 971/2013, seguidos a instancia de D^a. Tatiana, contra Blucum Redes y Comunicaciones SLU; Silicon Val SLU; Guadatelefon SLU; Comunicaciones Eurotrónica SLU; Telefonía Termatel SLU; Telemarketing Galicia SL; Canal Telemarketing SL; Telefónica de España SAU y Telefónica Móviles de España SAU, sobre reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida D^a. Tatiana, representada por la procuradora D^a. Pilar Hidalgo López y bajo la dirección letrada de D^a. Pilar Chamadoira Betanzos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de marzo de 2014 el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- La demandante Doña Tatiana ha prestado servicios para las empresas demandadas desde el 10 de diciembre de 2002, con la categoría profesional de auxiliar administrativo, con un salario de 1.224'03 € incluido el prorrateo de pagas extraordinarias.

La demandante comenzó la prestación de servicios en la fecha reseñada, pasando de una empresa a otra del grupo.

SEGUNDO.- El 22 de mayo de 2013 le fue comunicada la extinción de su contrato de trabajo, con efectos del 31 de mayo, por causas económicas.

TERCERO.- Las empresas demandadas adeudan a la demandante la cantidad de 7.432'15 € brutos, por salarios devengados en febrero, marzo, abril y mayo de 2013.

CUARTO.- Las empresas BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES SLU, SILICON VAL SLU, GUADATELEFON SLU, COMUNICACIONES EUROTRÓNICA SLU, TELEFONÍA TERMATEL SLU, TELEMARKETING GALICIA SL y CANAL TELEMARKETING SL, forman un grupo de empresas a efectos laborales, como ya ha sido declarado por medio de Sentencia firme.



QUINTO.- Las empresas demandadas se dedican a la comercialización, de productos y servicios de telefonía y comunicaciones mediante telemarketing. Las empresas del grupo prestaban servicios para las empresas TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAU a través de varios contratos. Uno de agencia con BLUCOM de enero de 2005, con varios anexos; un contrato de colaboración entre TELEFÓNICA MÓVILES y TELEMARKEETING GALICIA de febrero de 2011; un contrato de agencia comercial entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA y TELEMARKEETING GALICIA y un acuerdo de colaboración entre TELEFÓNICA MÓVILES y GUADALTELEFON. El objeto de todos ellos era el de mediar, formalizar y promover la venta y contratación de los productos de telefonía y equipos de telecomunicaciones, fomentar su consumo y también, conexiones a internet.

SEXTO.- Se han interpuesto en tiempo y forma las papeletas de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Vigo».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda interpuesta por Doña Tatiana , debo condenar y condeno solidariamente a las empresas BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES SLU, SILICON VAL SLU, GUADATELEFON SLU, COMUNICACIONES EUROTRÓNICA SLU, TELEFONÍA TERMATEL SLU, TELEMARKEETING GALICIA SL y CANAL TELEMARKEETING SL y TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU y TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU a que abonen a la trabajadora la cantidad de 7.432'15 €, más los intereses correspondientes».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Telefónica de España SAU y Telefónica Móviles España SAU ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 13 de noviembre de 2015 , en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Que con desestimación del recurso interpuesto por la empresa «TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU», confirmamos la sentencia que con fecha 27/03/14 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Vigo , a instancia de Doña Violeta y por la que se acogió la demanda formulada.

Asimismo condenamos a la parte recurrente a que por el concepto de honorarios satisfaga 601 € al Sr. Letrado de la parte recurrida. E igualmente acordamos, en su caso, la pérdida del depósito constituido y el destino legal para la consignación efectuada (aval presentado)».

TERCERO.- Por la representación de Telefónica de España SAU y Telefónica Móviles España SAU se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 23 de diciembre de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 3 de junio de 1998 .

CUARTO.- Con fecha 19 de mayo de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión controvertida en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si el contrato de agencia concluido entre dos entidades mercantiles para la comercialización de los productos de la principal excluye o no la subcontratación de obras y servicios correspondientes a la misma actividad y en consecuencia la responsabilidad de la principal ex artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores .

2.- La representación legal de Telefónica de España SAU y Telefónica Móviles España SAU recurre en casación para la unificación de la doctrina la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de noviembre de 2015, rec. 3506/2014 , que desestimó el recurso de suplicación formulado por las referidas mercantiles contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo que había estimado la demanda sobre reclamación de cantidad efectuada por D^a Tatiana contra varias empresas.

Las circunstancias relevantes que, afectos de verificar la contradicción, se derivan de la sentencia recurrida son las siguientes: 1) Las empresas BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES SLU, SILICON VAL SLU, GUADATELEFON SLU, COMUNICACIONES EUROTRÓNICA SLU, TELEFONÍA TERMATEL SLU, TELEMARKEETING GALICIA SL y CANAL TELEMARKEETING SL, forman un grupo de empresas a efectos laborales y se dedican a la comercialización, de productos y servicios de telefonía y comunicaciones mediante telemarketing. 2) Tales

empresas prestaban servicios para las empresas TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAU a través de varios contratos. Uno de agencia con BLUCOM de enero de 2005, con varios anexos; un contrato de colaboración entre TELEFÓNICA MÓVILES y TELEMARKETING GALICIA de febrero de 2011; un contrato de agencia comercial entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA y TELEMARKETING GALICIA y un acuerdo de colaboración entre TELEFÓNICA MÓVILES y GUADALTELEFON. El objeto de todos ellos era el de mediar, formalizar y promover la venta y contratación de los productos de telefonía y equipos de telecomunicaciones, fomentar su consumo y también, conexiones a internet. 3) demandante Doña Tatiana ha prestado servicios para las empresas demandadas desde el 10 de diciembre de 2002, con la categoría profesional de auxiliar administrativo, con un salario de 1.224'03 € incluido el prorrateo de pagas extraordinarias. La demandante comenzó la prestación de servicios en la fecha reseñada, pasando de una empresa a otra del grupo. 4) A la fecha de terminación de su contrato, las demandadas adeudaban a la demandante la cantidad de 7.432'15 € brutos, por salarios devengados en febrero, marzo, abril y mayo de 2013.

Con estos hechos, la sentencia recurrida condena solidariamente a las recurrentes porque, con independencia del contrato de agencia suscrito entre las mercantiles, existe la subcontratación cuanto la actividad de la subcontrata es inherente al ciclo productivo de la principal. Afirma que el *artículo 42 ET* es una institución laboral dirigida a establecer ciertas garantías a favor de los trabajadores, pero no se corresponde con un concreto negocio jurídico civil o mercantil, por lo que son irrelevantes a efectos de aplicar dicho precepto, las relaciones civiles o mercantiles existentes entre las empresas, sin que el mismo quede desplazado por el contrato de agencia ni tampoco por la autonomía con la que actúa el agente. Concluye que procede la aplicación del *art. 42 ET*, dado que la empresa contratista o subcontratista es de la misma actividad que la empresa principal según la teoría del ciclo productivo porque las actividades realizadas por la empresa contratista se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, justificando así la responsabilidad patrimonial de esta última.

3.- Proponen como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de junio de 1998 (Rec 1243/98) que con revocación de la de instancia, estima el recurso de suplicación interpuesto por TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES, SA, en reclamación de derecho y cantidad, declarando la falta de legitimación pasiva de TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES, SA.

En dicha sentencia figuran como circunstancias relevantes las siguientes: 1) Los actores han venido trabajando para la empresa DIARPHONE SA. 2) Como consecuencia de su relación laboral los demandantes no han, percibido los salarios y diferencias salariales que, para cada uno de ellos y hasta febrero de 1997 se especifican. 3) Con fecha 3/11/1.995 Diarphone y Telefónica Servicios Móviles S.A. -TM- suscribieron un contrato para la promoción y comercialización de MOVISTAR explotación de la telefonía móvil automática en su modalidad GSM. Tal contrata de distribución se pactó en exclusividad y que Diarphone en ningún caso realizaría el cobro de servicio a los usuarios finales y que TM se reserva el derecho a realizar la comercialización de Movistar por si misma o a través de empresas a ellas vinculadas. 4) Ese mismo día Diarphone y Telefónica Servicios Móviles S. A firmaron otra contrata de distribución para la promoción y comercialización de MOVILINE- telefonía móvil automática en modalidad analógica-

La sentencia considera que se trata de dos empresas diferenciadas entre las que se concierta un concreto contrato de agencia. Y tras declarar la falta de legitimación pasiva de Telefónica, señala la inaplicabilidad del *art 42 ET* por faltar el requisito de la propia actividad.

SEGUNDO.- 1.- A juicio de la Sala, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, concurre el presupuesto de la contradicción entre las sentencias comparadas. En efecto, ambas contemplan el supuesto de mercantiles pertenecientes al sector de la telefonía, hallándose vinculadas por contratos de agencia para la comercialización de los productos de la principal. Y en tanto que para la sentencia recurrida esta actividad de comercialización es inherente a la actividad de telefonía y por lo tanto forma parte de la "propia actividad" de la principal, siendo por ello de aplicación el *artículo 42 del ET*, para la sentencia referencial los trabajos de intermediación realizados en virtud del contrato de agencia no son calificables de "propia actividad, ni la relación que une a las mercantiles es incardinable en la subcontrata".

2.- Las recurrentes formulan dos motivos de casación, al amparo del artículo 207-e) de la Ley Reguladora de la jurisdicción Social en el que denuncia infracción de normas sustantivas y, en concreto, en el primero de ellos, aplicación indebida del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores; y, en el segundo, inaplicación de los artículos 1 y 2.2 de la Ley del Contrato de Agencia. En síntesis, sostienen que, por un lado, al no estar en presencia de "propia actividad", las labores de la empresa contratada para la comercialización de productos no se sitúan en el ámbito de aplicación del artículo 42 ET. Por otro lado, sostienen que el contrato de agencia da cobertura suficiente al objeto de la relación mercantil entre las empresas y que se trata de un supuesto negocial diferente de la subcontratación recogida en el citado artículo 42 ET.



TERCERO.- 1.- La cuestión ha sido resuelta por esta Sala en la sentencia del Pleno de 21 de julio de 2016 (rcud. 2147/14) - y reiterada en la de 8 de noviembre de 2016, (rcud. 2258/2015)-, en el sentido de que la existencia de un contrato de Agencia entre la empresa principal y la auxiliar no excluye que, a efectos laborales, estemos ante una contrata, ni por tanto la aplicación, en su caso, del art. 42.c ET . Dicha sentencia, a cuyos argumentos "in extenso" nos remitimos, rectifica expresamente la doctrina seguida anteriormente por la Sala, concretamente en las sentencias de 15 de diciembre de 2015 (rcuds. 2614/14 y 2653/14), en las que se sostenía que la relación de la empleadora Guadatelefon, S.L. con Telefónica Móviles, S.A. es la propia del contrato de Agencia y no la de una contrata o subcontrata, excluyendo, por tanto, la aplicación del art. 42.2 ET .

La mencionada rectificación de la doctrina anterior, llevada a cabo en la citada sentencia del Pleno, se plasma literalmente así:

«La relación entre el artículo 42 ET y la Ley reguladora del Contrato de Agencia no debe plantearse en términos conflictivos o excluyentes. Se trata de previsiones autónomas y obedientes a ópticas diversas.

Que exista un contrato de Agencia no comporta, de manera automática y necesaria, la imposibilidad de que entren en juego las previsiones del artículo 42 ET .

Si el contrato de Agencia sirve para descentralizar la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad deben operar las garantías del ET, y viceversa.

Hay que examinar el tenor de la colaboración entre las empresas, aunque se haya canalizado a través del contrato de Agencia, para comprobar si se está ante una contratación de obras o servicios correspondientes a la propia actividad.

El dato formal que suministra el tipo de negocio jurídico que discurre entre las empresas, en suma, no basta para excluir el juego del artículo 42 ET .

La conclusión a la que accedemos ahora está en línea con lo dicho en otros supuestos. Así, cuando hemos explicado que la responsabilidad solidaria que el art. 42 ET extiende al empresario principal procede también en los supuestos de concesiones administrativas que adjudican a terceros la realización de un servicio público, sin que sea desplazada por la entrada en juego de la legislación sobre contratos públicos (por todas, STS 3 marzo 1997, rec. 1002/1996 y 12 diciembre 2007, rec. 3275/2006).

El precepto del ET establece garantías a favor de los trabajadores implicados en ciertos procesos de colaboración interempresarial, pero no está limitando o precisando la naturaleza del vínculo existente entre la empresa principal y la auxiliar. Ese negocio jurídico entre la empresa principal y la auxiliar no aparece tipificado o restringido desde la perspectiva de la norma laboral: podría ser de Derecho Público o de Derecho Privado; temporal o permanente; a título oneroso o gratuito; abarcando obras o servicios; tipificado o atípico; referido a un aspecto nuclear o a una cuestión colateral del proceso productivo; comunicado a la clientela o mantenido en reserva; etc. En contra de lo que apuntan los recursos, no existe una correspondencia entre la "subcontratación de obras y servicios" contemplada por el legislador laboral y los contratos iusprivados de arrendamiento de obra.

En suma: ha de estarse al tipo de actividad asumida por la empresa auxiliar en beneficio de la principal para determinar si existe el fenómeno descrito por el artículo 42 ET cuando habla de "empresarios que contraten con otros la realización de obras o servicios". Que se haya celebrado un contrato de agencia, por más que el mismo resulte ajustado a las prescripciones de la Ley de 1992, no basta para descartarlo. En este sentido rectificamos la doctrina contraria que pudieran contener nuestras anteriores y citadas sentencias de diciembre de 2015».

2.- En la mencionada sentencia del Pleno, se rechazaron explícitamente las infracciones denunciadas que se referían a los artículos 1 y 2.2 de la Ley del Contrato de Agencia , tal como ocurre en el presente caso. Entones dijimos que no existía la infracción denunciada por las recurrentes. Y expresamente lo ratificamos ahora con los mismos argumentos. Y es que las recurrentes sitúan las relaciones entre ambos cuerpos normativos (Estatuto de los Trabajadores, Ley de Agencia) en un plano de concurrencia excluyente. Esa óptica es válida a la hora de precisar que las relaciones entre empresario y agente han de venir sometidas a la legislación mercantil. Pero en modo alguno de ello deriva la imposibilidad de que los empleados (trabajadores) del agente vean garantizados sus derechos como consecuencia de previsiones de la legislación laboral. La Ley 12/1992 no vino a restringir la operatividad de las garantías que los trabajadores del empresario auxiliar tienen reconocidas, ni a restringir el campo aplicativo de las contratas y subcontratas a efectos laborales. Su virtualidad se centra en el vínculo que discurre entre empresario y agente, siendo neutra por cuanto respecta a los derechos de los eventuales empleados al servicio del agente, única cuestión abordada en el pleito que dio origen a los presentes autos. Para la norma laboral resulta indiferente el alcance de la dependencia que exista entre empresario principal y agente cuando éste no sea persona física. Siendo imposible la existencia de un contrato de trabajo en tal supuesto (cf. el artículo 1.1 ET), su única preocupación es garantizar los derechos de los trabajadores



que pueda haber contratado el agente y ello lo lleva a cabo a partir de otros presupuestos (contratación de obras o servicios, propia actividad). La responsabilidad estudiada opera con la doble condición de que se trate de obras o servicios de su propia actividad y que proceda de deudas de naturaleza salarial.

Lo relevante a efectos de aplicar el *artículo 42 ET* no es la concreta clase de contrato que vincule a la principal y la contratista, que puede perfectamente ser un contrato de agencia con la nota de independencia en el ejercicio de la actividad que caracteriza al mismo, pues de ser así bastaría para zafarse de la aplicación del *art. 42 ET* que las empresas principales instrumentasen sus relaciones con las contratistas acudiendo a la Ley del Contrato de Agencia.

3.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto que examinamos debe conducir, oído el Ministerio Fiscal, a la desestimación del recurso, pues 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 ET .

De conformidad con el artículo 235.1 LRJS procede la imposición de las costas a las recurrentes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

: 1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Telefónica de España SAU y Telefónica Móviles España SAU, representados y asistidos por la letrada D^a. María Marcela Pérez Crespo. 2.- Confirmar la sentencia dictada el 13 de noviembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 3506/2014 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo, de fecha 27 de marzo de 2014 , recaída en autos núm. 971/2013, seguidos a instancia de D^a. Tatiana , contra Blucum Redes y Comunicaciones SLU; Silicon Val SLU; Guadatelefon SLU; Comunicaciones Eurotrónica SLU; Telefonía Termatel SLU; Telemarketing Galicia SL; Canal Telemarketing SL; Telefónica de España SAU y Telefónica Móviles de España SAU, sobre reclamación de cantidad. 3.- Imponer las costas a las entidades recurrentes. 4.- Ordenar la pérdida de los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir a los que se les dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Angel Blasco Pellicer hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.