

Roj: **STS 3152/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3152**Id Cendoj: **28079140012017100559**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/07/2017**Nº de Recurso: **322/2016**Nº de Resolución: **601/2017**Procedimiento: **Social**Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ GAL 8830/2015,**
STS 3152/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 6 de julio 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 el letrado 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. 3459/2014, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo, de fecha 25 de abril de 2014, recaída en autos núm. 1246/2013, seguidos a instancia de D. Estanislao, contra Guadatelefon, SLU; Blucom Redes y Comunicaciones, SLU; Comunicaciones Eurotrónica, SLU; Telefonía Termatel, SLU; Telemarketing, SL; Telefónica de España, SAU; y Telefónica Móviles de España, SAU, sobre Cantidad. Ha sido parte recurrida D. Estanislao, representado y asistido por la letrada D^a. M^a. Olaya Godoy Vázquez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25 de abril de 2014 el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El actor, don Estanislao, con DNI NUM000, con antigüedad de 4 de abril del 2011 estuvo prestando servicios indistintos a tiempo completo como ayudante de sistemas, promediando un salario mensual prorrateado por valor de 1.357,36 euros.

El actor, integrado en el Departamento de Informática, velaba por el mantenimiento del programa de gestión de plataformas imprescindible para la realización de llamadas y tramitación de pedidos, encargándose de introducir modificaciones para adecuarlo a los requisitos de calidad indicados por las empresas de telefonía demandadas, quienes le facilitaban un código de usuario y una clave de acceso para poder entrar en los portales tanto de telefonía fija como móvil.

SEGUNDO.- El actor estuvo prestando servicios hasta el día 4 de junio de 2013, fecha en que fue despedido por la empresa Guadatelefon, S.L., previa tramitación de un expediente de regulación de empleo sustanciado al efecto.

TERCERO.- El actor que previamente había interpuesto demanda sobre rescisión contractual, impugnó asimismo el despido, acumulándose ambas acciones en una sola causa, que concluyó por Sentencia firme de este Juzgado de fecha 13 de diciembre de 2013, declarando la nulidad del cese ejecutado el día 4 de junio y accediendo a la resolución del contrato con amparo en el artículo 50 del ET, haciendo partícipes de las



responsabilidades preceptivas a las empresas Guadatelefon, S.L.U., Blucom Redes y Comunicaciones, S.L.U., Comunicaciones Eurotrónica, S.L.U., Telefonía Termatel, S.L.U., Telemarketing Galicia, S.L., Silicon Val, S.L.U. y Canal Telemarketing, S.L., como integrantes de un mismo grupo empresarial.

CUARTO.- Se adeuda al actor todas las mensualidades de salario que median entre enero y el 4 de junio de 2013, por un monto de 6.967,77 euros brutos, que una vez descontada las cotizaciones a la Seguridad Social hacen un total de 6.521,78 euros. Durante toda ese intervalo, el grupo empresarial Blucom llevó a cabo la comercialización de productos y servicios de Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles de España, S.A.U.

QUINTO.- Entre las sociedades demandadas se suscribieron los siguientes contratos:

1º "Contrato de Agencia Comercial" suscrito el día 24 de enero de 2003 entre Telefónica de España, S.A.U. y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. por el que ésta debía mediar en la contratación entre la primera y sus clientes de los servicios y equipos de telecomunicaciones y la promoción y fomento del uso y consumo por parte del agente de los mismos equipos y servicios. Igual contrato suscrito entre las mismas partes el día 1 de enero de 2005 para que la segunda empresa promoviese y mediase en la contratación entre los clientes de la primera y ésta los productos de ésta.

2º "Contrato de colaboración" suscrito entre Telefónica Móviles España, S.A.U. (TME) y Guadatelefon, S.L. el día 1 de julio de 2010 por el que la segunda se obligaba, mediante precio, a "mediar, formalizar y promover la venta y/o contratación de los productos y servicios (alta de contrato de abono al servicio de telefonía móvil digital y al servicio de transmisión móvil de datos, así como la tramitación de las portabilidades) en nombre y por cuenta de TME" en todo el territorio nacional, sin exclusividad. E igual contrato suscrito entre la primera y Telemarketing Galicia, S.L. el día 1 de febrero de 2011.

En el contrato de 1 de julio de 2010 TME se reservaba la facultad de comercializar directa o indirectamente por sí misma los productos y servicios descritos en el contrato, y asumía la obligación de facilitar la información comercial, formación, asesoramiento, documentación y herramientas necesarias tanto para la realización de la labor de comunicación, promoción y comercialización de los productos y servicios descritos, como para llevar a cabo la labor de mediación en la firma de los contratos relativos a dichos productos y servicios, indicando que los contratos, serían grabados en el formato exigido en cada momento por TME, quedando a su arbitrio exigir su almacenamiento y custodia al distribuidor o su envío puntual o sistemático según las directrices marcadas en cada momento. En dicho pliego se imponía a la empresa contratista estar al corriente en sus obligaciones laborales o en materia de Seguridad Social, pudiendo exigir la exhibición de documentos justificativos de dichos deberes, incurriendo la contratista en caso contrario en causa expresa de resolución contractual

SEXTO.- El Juzgado de lo Social N° 2 de Vigo ha dictado decreto de insolvencia de la empresa Guadatelefon.

SÉPTIMO.- El actor dedujo papeleta de conciliación previa el día 8 de noviembre de 2013, que tuvo lugar el día 25 con el resultado de tenerse por intentada sin avenencia. La demanda se ha interpuesto el día 28 de noviembre del pasado año 2013».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Estimar la demanda interpuesta por DON Estanislao contra GUADATELEFON, S.L.U., BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES, S.L.U., COMUNICACIONES EUROTRÓNICA, S.L.U., TELEFONÍA TERMATEL, S.L.U., TELEMARKETING GALICIA, S.L., SILICON VAL, S.L.U., CANAL TELEMARKETING, S.L., TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y con arreglo a este pronunciamiento:

1º Condeno solidariamente a GUADATELEFON, S.L.U., BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES, S.L.U., COMUNICACIONES EUROTRÓNICA, S.L.U., TELEFONÍA TERMATEL, S.L.U., TELEMARKETING GALICIA, S.L., SILICON VAL, S.L.U. y CANAL TELEMARKETING, S.L. a abonar a DON Estanislao la suma total de 6.967,77? (6.521,78 euros, descontadas las cotizaciones sociales), junto con los intereses legales del artículo 29.3 del ET .

2º Las empresas TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. responderán solidariamente de esa suma en concepto de principal».

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 9 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 TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU, confirmamos la sentencia que con fecha 25 de abril de 2014 ha sido dictada en autos nº 1246/2013 tramitados por el Juzgado de lo



Social nº Cinco de los de Vigo , a instancia de don Estanislao y por la que se acogió la demanda formulada. Asimismo condenamos a la parte recurrente a que por el concepto de honorarios satisfaga 601 ? a la letrada del trabajador impugnante».

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 12 de enero de 2016. 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 (R. Supli. 1243/1998).

CUARTO.- Con fecha 19 de octubre 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 improcedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de julio 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 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. 3459/2014 , que desestimó el recurso de suplicación formulado por las referidas mercantiles contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo que había estimado la demanda sobre reclamación de cantidad efectuada por D. Estanislao contra varias empresas.

Las circunstancias relevantes que, afectos de verificar la contradicción, se derivan de la sentencia recurrida son las siguientes: 1) El actor estuvo prestando servicios hasta el día 4 de junio de 2013, fecha en que fue despedido por la empresa Guadatelefon, S.L., previa tramitación de un expediente de regulación de empleo sustanciado al efecto. 2) El actor previamente había interpuesto demanda sobre rescisión contractual, impugnó asimismo el despido, acumulándose ambas acciones en una sola causa, que concluyó por Sentencia firme declarando la nulidad del cese ejecutado el día 4 de junio y accediendo a la resolución del contrato al amparo en el artículo 50 del ET , haciendo partícipes de las responsabilidades preceptivas a las empresas Guadatelefon, S.L.U., Blucom Redes y Comunicaciones, S.L.U., Comunicaciones Eurotrónica, S.L.U., Telefonía Termatel, S.L.U., Telemarketing Galicia, S.L., Silicon Val, S.L.U. y Canal Telemarketing, S.L., coma integrantes de un mismo grupo empresarial. 3) Se adeudaba al actor por salarios pendientes de pago la cantidad neta de 6,521,78 euros. 4) Entre las sociedades demandadas se suscribieron diversos contratos de agencia comercial y de colaboración con Telefónica Móviles de España, S.A.U y Telefónica de España, S.A.U.

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 artículo 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.- Las empresas recurrentes 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.- Tal como informa el Ministerio Fiscal, concurre, a juicio de la Sala 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, infracción por inaplicación de los artículos 1 y 2.2 de la Ley del Contrato de Agencia ; y, en el segundo, aplicación indebida del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores . 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 las SSTS de 8 de noviembre de 2016, (rcud. 2258/2015) y de 26 de abril de 2017 (rcud. 110/2016)-, 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 . Dichas sentencias, 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 contrataciones 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, de conformidad con el informe del 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 el letrado 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. 3459/2014, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo, de fecha 25 de junio de 2014, recaída en autos núm. 1246/2013, seguidos a instancia de D. Estanislao, contra las mercantiles Guadatelefon, SLU; Blucom Redes y Comunicaciones, SLU; Comunicaciones Eurotrónica, SLU; Telefonía Termatel, SLU; Telemarketing Galicia, SL; Silicon Val, SLU; Canal Telemarketing, SL; Telefónica de España, SAU; Telefónica Móviles de España, SAU; y The Phone House, sobre 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ