



Roj: **STS 5445/1993 - ECLI:ES:TS:1993:5445**

Id Cendoj: **28079140011993101497**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/1993**

Nº de Recurso: **1712/1992**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación. Unificación de doctrina**

Ponente: **LUIS GIL SUAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Julio de mil novecientos noventa y tres.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Juan Antonio García San Miguel y Orueta en nombre y representación de TELEFÓNICA de ESPAÑA S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 22 de Abril de 1992, recaída en el recurso de suplicación num. 239/92 de dicha Sala, que resolvió el entablado contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 1 de Santander de fecha 17 de Febrero de 1992, dictada en autos num. 469/91 iniciados a virtud de demanda presentada por doña Marí Luz , doña Erica , doña Sonia y doña Elena contra Telefónica de España S.A. y don Juan María sobre reclamación de relación laboral.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Las demandantes presentaron demanda ante los Juzgados de lo Social de Santander el 7 de Junio de 1991, siendo repartida el num. 1 de los mismos en base a las siguientes razones: Prestaban servicios para la empresa Juan María (Locutorio de Telefónica), con las categorías y salarios que figuran en su demanda; ellas estiman que dadas las circunstancias concurrentes, en realidad son trabajadoras de Telefónica, por lo que solicitan sean incorporadas a la plantilla de Telefónica con las antigüedades y categorías que se recogen en sus demandas, y además reclaman las diferencias salariales producidas en el último año trabajado entre lo que percibieron y lo que debieron percibir, que son las siguientes cantidades: a doña Marí Luz , doña Erica y doña Sonia 1.219.710 ptas. y a D<sup>a</sup>. Elena , 809.985 ptas.

SEGUNDO.- Se celebró el acto de juicio el día 12 de Febrero de 1992, con la participación de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a estas actuaciones.

TERCERO.- El Juzgado de lo Social num. 1 de Santander en su sentencia de 17 de Febrero de 1992 desestimó la demanda. En dicha sentencia se recogen los siguientes Hechos Probados: "1º).- Las actoras doña Marí Luz , doña Erica , doña Sonia y doña Elena , prestan sus servicios para el empresario Juan María con antigüedad categoría y salario que se detallan en el hecho primero de la demanda que aquí se da por reproducido; 2º).- D. Juan María , ha suscrito el contrato de prestación de servicios de Telecomunicación en Locutorio Público de Santander sito en la calle Hernán Cortés nº 37, aportado a los autos y que aquí se da por reproducido; 3º).- El Locutorio materiales, aparatos, enseres que en el mismo se encuentran son propiedad de Telefónica. La publicidad colocada en el establecimiento hace referencial al Servicio de la CNTE. Los pagos de usuarios por medio de tarjetas de crédito se ingresan directamente en una cuenta de la CNTE y los que se efectúan en metálico son recogidos por el Sr. Juan María y abonados a CNTE. El cobro del servicio, al ser un monopolio estatal se efectúa por el sistema de tarifas fijadas reglamentariamente; 4º).- En el contrato pactado se fija una cantidad mensual fija para el Sr. Juan María y forma parte del precio los salarios y cotización a la Seguridad Social del personal contratado; 5º).- El Sr. Juan María es quien organiza el horario y turnos y quien tiene la facultad disciplinaria sobre las demandantes; 6º).- Las actoras percibieron en 1990 las cantidades indicadas en el hecho 5º de la demanda y en comparación con los trabajadores de la CNTE resulta entre ambos salarios



una diferencia que para Marí Luz supone 1.219.710 ptas; Erica 1.219.710 ptas; Sonia 1.219.710 ptas; y para Elena 809.985 ptas; 7º).- Celebrado el preceptivo acto de Conciliación ante el UMAC el 13 de Mayo de 1991, éste finalizó sin avenencia".

CUARTO.- Contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 1 de Santander las demandantes entablaron recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Santander en su sentencia de 22 de Abril de 1992 estimó en parte el recurso, condenando a los demandados a incluir en la plantilla de Telefónica a las demandantes, pero lo desestimó en la pretensión del abono de las diferencias retributivas.

QUINTO.- Contra la anterior sentencia, Telefónica interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, formalizado ante esta Sala IV del Tribunal Supremo mediante escrito fundado en las siguientes alegaciones: 1ª).- La contradicción de la sentencia recurrida con la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 15 de Octubre de 1991; 2ª).- Aplicación indebida de la disposición final 3ª del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la disposición transitoria 2ª del mismo texto, y del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la jurisprudencia relativa a dicho precepto.

SEXTO.- Se admitió a trámite el mencionado recurso de casación para la unificación de doctrina y no habiéndose personado la parte recurrida se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente tal recurso.

SÉPTIMO.- Se señaló para la votación y fallo el día 6 de Julio de 1993, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social de Cantabria el 22 de Abril de 1992, y la de contraste alegada en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, pronunciada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, el 15 de Octubre de 1991, analizan y resuelven unos asuntos cuya sustancial igualdad es evidente. Ambos supuestos se refieren a trabajadoras que prestan servicios en locutorios o centros telefónicos de la Compañía Telefónica de España S.A., a cuyo frente se encuentra una persona vinculada a esta compañía mediante contrata de prestación de servicios de telecomunicación, siendo esta persona la que concertó con dichas trabajadoras los correspondientes contratos de trabajo que han dado lugar al nacimiento de las relaciones laborales de las mismas; siendo las condiciones y circunstancias tanto de estos contratos de trabajo como de la contrata de prestación de servicios de telecomunicación, en uno y otro caso, prácticamente coincidentes. Y en ambos supuestos los trabajadores formularon demanda ante los Tribunales laborales, solicitando que se declarase que pertenecen a la plantilla laboral de Telefónica de España S.A. y que se condenase a ésta a incorporarlas a la misma. Queda así de manifiesto la identidad de hechos, fundamentos y pretensiones que se da entre estos dos casos. Sin embargo, las soluciones adoptadas en estas sentencias confrontadas son contrapuestas, dado que mientras la sentencia referencial mencionada desestimó tal pretensión, por entender que las actrices únicamente están vinculadas laboralmente con el contratista del locutorio, la recurrida acogió favorablemente esa solicitud, entendiendo que el contratista no era el verdadero empresario, y que era la referida compañía Telefónica quien realmente ostenta tal condición con respecto a las demandantes.

No hay duda, pues, que en este caso concurre la contradicción que exige el art. 216 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- Para dar solución a los problemas y cuestiones que se plantean en esta litis, es necesario tener en cuenta que las relaciones jurídicas sobre las que se debate, presentan los siguientes caracteres y condiciones:

1).- Como se ha dicho, las demandantes prestan sus servicios en un locutorio público urbano de Telefónica de España S.A., en el que figura como encargado o dirigente, don Juan María . El vínculo existente entre este señor y la citada compañía tiene su origen en una contrata de prestación de servicios de telecomunicación, referente a ese locutorio urbano, concertada por ambos, cuyas notas y elementos esenciales se exponen seguidamente.

2).- Tanto el locutorio, como los materiales, aparatos y enseres del mismo, pertenecen en propiedad a la Telefónica; no siendo posible conectar ni utilizar otros aparatos o accesorios que no sean propiedad de la compañía.

3).- La publicidad colocada en el establecimiento hace referencia al servicio de Telefónica de España S.A..

4).- El precio que los usuarios o clientes han de abonar por el servicio, no se fija, de ningún modo por el contratista, sino que, al tratarse de un monopolio estatal, viene determinado mediante tarifa establecida reglamentariamente.



El pago de este precio efectuado por los usuarios, si se realiza mediante tarjeta se ingresa su importe directamente en la cuenta de la compañía mencionada, y cuando se hace efectivo en metálico lo recoge el contratista, pero, sin alteración ni merma alguna, lo entrega a la Telefónica.

5).- En este contexto se lleva a cabo la prestación de servicios de las actrices, las cuales fueron contratadas por el correspondiente titular de la contrata. Ahora bien, las facultades de éste en orden a la contratación de personal no son plenas ni soberanas, toda vez que: a) En virtud del vínculo que le une a la Compañía, se obligó a contratar únicamente a personas que reúnan "las condiciones de moralidad, discreción, habilidad, corrección y demás adecuadas, para conseguir el mejor cumplimiento del servicio"; b).- En la contrata que comentamos se determina el número de trabajadores que el Sr. Juan María ha de tener bajo su dependencia, estableciéndose además que la Compañía podrá "recabar del Contratista, y éste aceptará en todo caso, el aumento del número de trabajadores a su servicio, contratando para ello los precisos, cuyo número y carácter de fijos o eventuales, según las circunstancias, será apreciado exclusivamente por la Compañía"; c).- Así mismo se convino que "si la disminución del servicio prestado por el locutorio aconsejara, a juicio de la propia compañía, una reducción permanente en el número de trabajadores bajo la dependencia del contratista, éste, a solicitud de la Compañía, procederá a efectuar, como empresario, las reducciones precisas; d).- El Sr. Juan María ha de comunicar, "a la mayor brevedad", a Telefónica las altas y bajas de los trabajadores del locutorio, indicando sus circunstancias personales, así como si tienen o no la condición de familiares suyos; dicho contratista está obligado "a justificar" ante la Compañía "la identidad de las personas a su servicio"; e).- "Si, a juicio de la Compañía, alguno de los familiares o personas contratadas por el contratista para auxiliarle, en su empresa, no realiza esta labor con la debida discreción o diligencia, podrá ordenar a éste que no actúe aquél o aquéllos en el servicio, o incluso que no tengan acceso a las posiciones de operación".

6).- Si el contratista toma a su servicio a personal fijo, está obligado a pactar, en el contrato de trabajo correspondiente, que tal contrato quedará extinguido cuando él cese como contratista de Telefónica.

Y si se trata de personal eventual, se hará constar expresamente, "y así lo pactará, el carácter eventual de la prestación de los servicios y el tiempo por el que se concierta el contrato, y que se considerará extinguido éste por el transcurso de dicho tiempo sin necesidad de denuncia por ninguna de las partes".

7).- "El horario de apertura del locutorio será el que, para cada época del año, determine la Compañía". Dentro de ello, es el contratista el que organiza los turnos y el horario de trabajo de cada empleado.

8).- La Telefónica de España S.A. abona al contratista las siguientes sumas y conceptos: a) Una cantidad fija mensual (que en la contrata de 1 de Abril de 1986 se concretó en 57.200 pesetas) que recibe el propio contratista "como beneficio"; además a partir del 1 de Julio de 1989 se estableció un incentivo para el caso de que se superasen los objetivos de recaudación del locutorio, fijados para cada período, consistiendo ese incentivo en el 2 % o el 4 % de los tramos de exceso que sobrepasen el objetivo marcado; b).- El importe total de los salarios que cobran los trabajadores del locutorio; este importe lo entrega Telefónica al contratista y luego éste lo abona a cada empleado; c).- Las cuotas del Régimen General de la Seguridad Social que se tienen que hacer efectivas por dichos operarios; también en este caso Telefónica entrega al Sr. Juan María el montante de esas cuotas, y éste lo ingresa en la Tesorería General de la Seguridad Social; d).- El importe de las cuotas que el contratista ha de satisfacer por su condición de afiliado al Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos; e).- "La suma de los importes correspondientes a los conceptos enumerados constituyen el precio total de esta contrata"; este precio "será objeto de revisión y experimentará las variaciones a que haya lugar, en función del número de trabajadores necesarios para la atención de los servicios, de los salarios que correspondan a aquéllos según la edad y clasificación profesional, y de las cuotas y primas que por los mismos debe satisfacer el contratista a la Seguridad Social".

9).- Es el contratista quien ostenta facultades disciplinarias sobre los trabajadores del locutorio.

10).- Por último se destaca que el contratista está obligado a "prestar las facilidades necesarias a los empleados autorizados por la Compañía para control, inspección, reparación, sustitución o retirada de material y aparatos en el locutorio, así como para la instrucción o vigilancia de los servicios y aún para la prestación de los mismos, en caso de que dicha Compañía lo crea necesario".

TERCERO.- El concepto de empresa, en el ámbito de lo económico que es donde ésta surge, ha sido definido como "organización de capital y trabajo destinada a la producción y a la intermediación de bienes o de servicios para el mercado", y también como "organización de los factores de la producción (capital y trabajo) con el fin de obtener ganancias". La característica esencial de la empresa es ser organización, es decir ordenamiento de los factores reales y personales de la producción para la consecución de un fin. Y así uno de los elementos propios de este concepto es la asunción de un riesgo por el empresario, pues ese fin, ésto es, esas ganancias pueden lograrse o no, o incluso, por contra, la actividad empresarial puede generar pérdidas.



La realidad económica de la empresa al entrar en el mundo jurídico, da lugar a que cada rama del Derecho presente ciertas diferencias de acento o enfoque, sin perjuicio de mantener un núcleo esencial de identidad. Y así mientras que el Derecho Mercantil se centra o fija sobre todo en la finalidad lucrativa o de obtención de ganancia que la empresa persigue, en cambio al Derecho del Trabajo lo que interesa es la condición de empleadora que la misma tiene, en cuanto ocupa trabajadores que están bajo la dirección y dependencia del titular de la organización.

De lo que se expresa en los números 1 y 2 del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores, se desprende que, en el área del Derecho Laboral, es empresario toda persona, física o jurídica, o comunidad de bienes, titular de una explotación u organización dentro de cuyo ámbito prestan servicios retribuidos unos trabajadores, bajo la dirección de aquélla y por cuenta y cargo de la misma.

Cuando en una determinada explotación o negocio existen unos elementos primordiales, unos medios materiales de producción, es el empresario quien ostenta sobre ellos poderes de mando, dirección, decisión y gestión; poderes que pueden estar basados en cualquier vínculo jurídico, no siendo necesario que se trate de un derecho de dominio, pues sirve a tales fines cualquier clase de derechos, reales o personales, que otorguen a aquél esas potestades. Y en relación con los trabajadores que prestan servicio en la empresa, al empresario se le reconocen las facultades que se desprenden de lo que disponen específicamente los arts. 5 y 20 del Estatuto de los trabajadores, y genéricamente los demás preceptos de este cuerpo legal y demás normas laborales.

Por ello mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal.

CUARTO.- Poniendo en relación las precisiones y consideraciones que se exponen en los dos fundamentos de Derecho anteriores, forzosamente se llega a la conclusión de que el Sr. Juan María, que en principio aparece como empresario de las actoras, en realidad no ostenta tal condición, pues la verdadera empresa de dichas demandantes no es otra que la Compañía Telefónica de España S.A., como ponen de manifiesto las siguientes razones:

a).- Al Sr. Juan María no sólo no le pertenecen los medios materiales que integran el locutorio de autos, incluidos sus aparatos y accesorios, sino que además carece por completo de facultades de decisión y disposición sobre ellos; facultades que posee y ejerce, en cambio, la mencionada compañía.

b).- El referido contratista no asume riesgo alguno propio del carácter de empresario. Sus ingresos consisten en una cantidad fija mensual, sin estar expuesto a disminuciones o aumentos sustanciales de la misma. La actividad que se desarrolla en el locutorio difícilmente puede producir pérdidas a este contratista, pues éstas, de existir, recaerán obviamente sobre la Telefónica; ni siquiera la existencia de pérdidas en tal explotación exonera a ésta de satisfacer a aquél la referida cantidad fija mensual, pues la contrata nada dice en tal sentido. Los incentivos estipulados el 1 de Julio de 1987 no son, en absoluto, aumentos sustanciales de la suma indicada, y además constituyen un concepto retributivo que aparece con frecuencia en distintas relaciones laborales, sin que los mismos impliquen, de ningún modo, que quien los recibe adquiera la condición de empresario.

c).- La carencia de facultades del Sr. Juan María en orden a la dirección y gestión del negocio, y la inexistencia de riesgos por su parte, se hacen palpables por el hecho de que el mismo no tenga ninguna capacidad, ni tampoco posibilidad de influencia, con respecto a la fijación del precio de los servicios que se prestan en el locutorio, y por cuanto que, en realidad, no es dicho contratista quien paga los salarios ni las cotizaciones de la Seguridad Social de los empleados del locutorio, pues quien, en definitiva, los hace efectivos es la Telefónica, limitándose aquél a actuar como un simple intermediario o ejecutor material del pago; siendo incluso esta compañía quien realmente abona las cuotas que el Sr. Juan María tiene que satisfacer por estar afiliado al Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social. Tampoco este señor hace suyo el precio del servicio que abonan los usuarios, el cual precio en ningún momento pasa a formar parte ni a engrosar el haber patrimonial del mismo; como se dijo, si el abono de ese precio se hace mediante tarjeta, va a parar directamente a la cuenta de Telefónica, sin pasar ni siquiera por las manos del citado contratista, y si se paga en metálico éste se limita a recibirlo y luego a entregarlo, sin más, a tal compañía, actuando como un simple recaudador o receptor.

d).- Las facultades del Sr. Juan María relativas a la contratación de personal están sumamente constreñidas y sometidas a un fuerte control de la Telefónica. Así se evidencia por la simple lectura del punto 6) del segundo fundamento de Derecho de esta sentencia. De los datos que allí figuran reiteramos, por su especial relevancia: que dicho señor ha de tener en el locutorio el número mínimo de empleados que fije la Compañía, estando





obligado a elevar o reducir ese número cuando ésta lo ordene; y que los contratos de trabajo que concierte han de revestir las modalidades de fijeza o eventualidad que Telefónica disponga en cada caso, sin que pueda aquél estipular contrato de trabajo alguno cuya duración se extienda más allá de la fecha de terminación de su contrata de prestación de servicios de telecomunicación.

e).- También son muy acusadas las limitaciones que afectan a la capacidad de mando del referido contratista sobre el personal del locutorio, dado que: ha de acatar el horario de apertura del mismo que señale la Compañía; tiene que separar del servicio a aquél empleado o empleados que, según el criterio de ésta, no realicen su labor con la debida discreción o diligencia; y está obligado a permitir que los empleados de Telefónica no sólo realicen en el locutorio funciones de vigilancia e inspección, sino que además tiene que consentir que presten en él servicios cuando la misma lo crea necesario.

f).- Es cierto que el Sr. Juan María posee y ejerce unas determinadas atribuciones sobre las trabajadoras del centro telefónico que se comenta, pues él es quien lleva a cabo la correspondiente contratación (si bien con las fuertes restricciones antes dichas), quien dirige y organiza el trabajo de las mismas de forma directa e inmediata, y quien mantiene sobre ellas la potestad disciplinaria. Pero tales facultades no son bastantes ni suficientes para otorgarle el carácter de verdadero empleador, al no poseer otros muchos poderes y capacidades propios de todo empresario; además aquellas facultades pueden ser ejercidas por personas que no son los titulares de la empresa, en virtud de delegación o mandato llevado a cabo por tales titulares, lo cual no es infrecuente en el tráfico jurídico laboral.

QUINTO.- Todo cuanto se ha expuesto pone en evidencia que la Telefónica de España S.A. ostenta la cualidad de empresario de las demandantes. Así se deduce de lo que dispone el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores; es más aunque se pensase que no cabe aplicar este precepto por no responder exactamente el supuesto enjuiciado a las exigencias y condiciones que este artículo impone, se tendría que mantener la misma conclusión dado que, aún sin aplicar este art. 43, resulta indiscutible, por todo lo que se ha dicho, que la condición de empresario con que se presenta o aparece el Sr. Juan María es una pura ficción que carece de realidad y de virtualidad jurídica, recayendo en verdad tal condición sobre la compañía mencionada. Y siendo ésto así, las demandantes tienen derecho a que esta entidad les reconozca la cualidad de trabajadoras suyas, incorporándolas a su plantilla.

Esta conclusión no se desvirtúa, en forma alguna, por lo establecido en la Ordenanza de Trabajo para las empresas de contratas de centros, centrales y locutorios telefónicos, aprobada por Orden Ministerial de 22 de Diciembre de 1973, y en el art. 2 de la Reglamentación Nacional de Trabajo de la Compañía Telefónica Nacional de España de 10 de Noviembre de 1958, modificada por Orden Ministerial de 22 de Diciembre de 1973, habida cuenta que, en primer lugar, no puede asegurarse que el Sr. Juan María encaje exactamente en los supuestos regulados en esas normas; y en segundo lugar dado que, aún admitiendo esta hipótesis, difícilmente tales preceptos podrían prevalecer sobre lo que disponen los arts. 1 y 43 del Estatuto de los Trabajadores, máxime cuando aquéllos, en virtud de lo que ordena la Disposición Transitoria Segunda de este cuerpo legal, sólo siguen siendo aplicables como derecho dispositivo. Por consiguiente tampoco se puede mantener aquí la doctrina de antiguas sentencias de esta Sala, referentes a asuntos que surgieron antes de la publicación del Estatuto de los Trabajadores, que aplicaron las mencionadas normas reglamentarias, máxime cuando los supuestos enjuiciados en ellas difícilmente son equiparables al de autos, pues las condiciones y circunstancias no son exactamente las mismas.

SEXTO.- En virtud de lo que se expresa en los anteriores razonamientos, dado lo que dispone el art. 225 de la ley de Procedimiento Laboral y conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, se ha de desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina entablado por la Compañía Telefónica de España S.A., condenando a ésta a la pérdida de los depósitos y consignaciones constituídos por ella a fin de interponer dicho recurso, y al pago de las costas causadas en él.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Juan Antonio García San Miguel y Orueta en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 22 de Abril de 1992, recaída en el recurso de suplicación num. 239/92 de dicha Sala. Condenamos a la compañía recurrente a la pérdida de los depósitos y consignaciones constituídos por ella a fin de interponer este recurso, y al pago de las costas causadas en el mismo.

Devuélvase las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente ,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. Luis Gil Suárez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ