



Roj: **STS 5360/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5360**

Id Cendoj: **28079140012016100923**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2016**

Nº de Recurso: **2258/2015**

Nº de Resolución: **933/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS SOUTO PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 3670/2015,**
STS 5360/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 8 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a María Marcela Pérez Crespo en nombre y representación de Telefónica de España S.A.U. y de Telefónica Móviles España, S.A.U. frente a la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (A Coruña) de fecha 23 de abril de 2015 dictada en el recurso de suplicación número 63/2015 formulado por Telefónica Móviles España, S.A.U. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Vigo de fecha 4 de marzo de 2014 dictada en virtud de demanda formulada por D. Pelayo , D^a Enma y D^a Milagros contra la empresa Guadatelefon, S.L., Comunicaciones Eurotrónica, S.L., Blucom Redes y Comunicaciones, S.L., Telemareting Galicia, S.L., Telefonía Termatel, S.L., Silicon Val, S.L., D. Luis Pedro y Canal Telemarketing, S.L. así como Telefónica de España, S.A.U., Telefónica Móviles de España, S.A.U., Eurona Wireless Telecom, S.A., Adlanta Telecomunicaciones, S.L. y The Phone House Spain, S.L. sobre despido y reclamación de salarios pendientes. Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos D. Pelayo , D^a Enma y D^a Milagros representados por el letrado D. Jairo Ferreras Valladares.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de marzo de 2014, el Juzgado de lo Social número 3 de Vigo, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimo la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por D. Luis Pedro y DESESTIMO la demanda que en materia de DESPIDO ha sido presentada por D. Pelayo , Da . Enma y Da . Milagros , contra las entidades GUADATELEFON, SL, COMUNICACIONES EUROTRÓNICA, SL, BLUCOM REDERS Y COMUNICACIONES, SL, TELEMARKEING GALICIA, SL, TELEFONÍA TERMATEL, SL, SILICON VAL, SL, CANAL TELEMARKEING, SL, D. Luis Pedro , las entidades TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU, y TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, SA, y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, por lo que debo declarar y declaro procedente el despido de que fueron objeto los actores por Guadaltelefon, SL, los días 22 de marzo de 2013 los dos primeros y 8 de abril de 2013 la última y declaro extinguida la relación laboral que une a las partes sin derecho para los trabajadores a indemnización ni salarios de tramitación, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

ESTIMO la demanda que en materia de CANTIDADES ha sido presentada por D. Pelayo , Da . Enma y Da . Milagros y debo condenar y condeno a GUADATELEFON, SL, COMUNICACIONES EUROTRÓNICA, SL, BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES, SL, TELEMARKEING GALICIA, SL, TELEFONÍA TERMATEL, SL, SILICON VAL, SL, CANAL TELEMARKEING, SL, a abonar las siguientes cantidades brutas en concepto de salarios y liquidación por vacaciones: a D. Pelayo y a Da. Enma 443,27 euros en concepto de salario y parte proporcional



de pagas extraordinarias por los 22 días trabajados en marzo de 2013, más 112,78 euros en concepto de liquidación de la parte proporcional de las vacaciones no disfrutadas; a D^a Milagros 765,67 euros por la mensualidad trabajada en marzo y los 8 días de abril de 2013 y 137,47 euros por liquidación de la parte proporcional de vacaciones no disfrutadas, cantidades todas ellas brutas a las que han de practicarse los descuentos correspondientes para obtener la cantidad neta a abonar, más el interés por mora correspondiente, condenando asimismo a las entidades TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU, y TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, SA, a abonar solidariamente con las anteriores las cantidades correspondientes a salarios debidos, excluyendo la liquidación por vacaciones, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad, en su caso, del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.»

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación: «PRIMERO: D. Pelayo , con DNI NUM000 , Da. Enma , con DNI NUM001 y Da. Milagros , con DNI NUM002 , todos ellos mayores de edad, venían prestando servicios por cuenta de la entidad Guadatelefon, SL, desde el día 17-12-2013, con la categoría profesional de teleoperador a tiempo parcial, 21:30 horas semanales, y un salario mensual de 604,48 euros, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias.

SEGUNDO. - La empresa notificó a los demandantes la extinción de la relación laboral mediante carta entregada en fecha 22 de marzo de 2013 a D. Pelayo y Da . Enma y mediante carta entregada en fecha 8 de abril de 2013 a Da . Milagros , cuyo contenido es el siguiente: "De conformidad con lo establecido en la cláusula 5a de su contrato de trabajo, le comunicamos que el mismo quedará extinguido con efecto del día de hoy (...) al no haber superado el umbral mínimo de ventas a que se refiere el expresado precepto, en los meses que a continuación se indican: Enero 2013: 0 €; Febrero 2013: 0 €; Marzo 2013: 0 € (salvo Milagros : 49 €) .

En consecuencia, queda Vd. desvinculado de esta empresa a todos los efectos desde este momento, significándole que tiene a su disposición la liquidación finiquito y la documentación necesaria para solicitar, en su caso, la prestación por desempleo." La cláusula 5a de los contratos de trabajo suscritos entre las partes establece: "Umbral mínimo de ventas general.- El trabajador se compromete a superar el umbral mínimo de ventas general (U.M.V.G.) de 1.154,00 euros mensuales en cualquier mes del año, excluyéndose los períodos de vacaciones y de suspensión legal del contrato de trabajo. La no superación del U.M.V.G. durante dos meses consecutivos o tres alternos, dentro de los doce últimos meses, será causa de resolución y extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización. El umbral al que se refiere esta cláusula será objeto de actualización cada año en función del incremento de coste laboral. Además, las partes comparecientes consideran dicho umbral perfectamente alcanzable por el trabajador en virtud del área geográfica y de la experiencia comercial acreditada. El U.M.V.G.se ha establecido para un trabajador a tiempo parcial con una jornada semanal de 20 horas. En el supuesto de que dicha jornada sea inferior o superior, el parámetro de ventas se reducirá o ampliará en la porción correspondiente."No consta que los actores hayan realizado ventas superiores o distintas a las que constan en la comunicación transcrita de extinción del contrato de trabajo, alcanzando el umbral mínimo de ventas para los mismos la cantidad de 1.240 euros en proporción a su jornada laboral de 21:30 horas semanales.

TERCERO.- La empresa adeuda a los actores las siguientes cantidades brutas en concepto de salarios y liquidación por vacaciones, sin perjuicio de las deducciones correspondientes: a D. Pelayo y a Da. Enma 443,27 euros en concepto de salario y parte proporcional de pagas extraordinarias por los 22 días trabajados en marzo de 2013, más 112,78 euros en concepto de liquidación de la parte proporcional de las vacaciones no disfrutadas; a Da. Milagros 765,67 euros por la mensualidad trabajada en marzo y los 8 días de abril de 2013 y 137,47 euros por liquidación de la parte proporcional de vacaciones no disfrutadas.

La empresa comunicó y reconoció a los trabajadores dicha deuda en fecha 22 de abril de 2013 mediante escrito en el que se hacía constar que debido a graves dificultades de tesorería no ha sido posible abonarle puntualmente la liquidación finiquito del mes de marzo, por importe de 509,33 euros netos en el caso de D. Pelayo y Da . Enma , y por importe de 553,46 euros por el mes de marzo y 273,57 euros por los días trabajados en abril respecto a Da. Milagros .

CUARTO.- Los actores no ostentan ni han ostentado en el año anterior a la fecha de la extinción del contrato de trabajo la cualidad de representantes legales o sindicales de los trabajadores.

QUINTO.- En fecha 24-4-2013 se presentó, en tiempo y forma, por la parte demandante papeleta de conciliación por despido y salarios pendientes contra la entidad demandada ante el S.M.A.C., celebrándose el acto sin efecto.

SEXTO.- Las empresas Guadatelefon, SL, Comunicaciones Eurotrónica, SL, Blucom Redes y Comunicaciones, SL, Telemarketing Galicia, SL, Telefonía Termatel, SL, Silicon Val, SL, Canal Telemarketing, SL, forman un grupo



de empresas declarado judicialmente con efectos de cosa juzgada positiva por Sentencias del Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo de fechas 15 de octubre y 5 de diciembre de 2013 y del Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo de fecha 24 de octubre de 2013 .

SÉPTIMO.- D. Luis Pedro es o ha sido socio único y/o administrador de todas las empresas que conforman el anteriormente citado grupo empresarial, además de ser titular como autónomo de un negocio denominado "Aula Telemarketing" dedicado a formación de trabajadores y mantenimiento informático que prestaba tales servicios a dichas empresas del grupo además de a otras sociedades ajenas al mismo, facturando dichos servicios.

OCTAVO.- Por parte de Telefónica Móviles España, SA, se suscribió acuerdo de colaboración con Guadaltelefon, SL, en fecha 1-7-2010 y con Telemarketing Galicia, SL en fecha 1-2-2011, por el que éstas se obligaban a mediar, formalizar y promover la venta y/o contratación de los productos y servicios relativos a telefonía móvil digital, transmisión móvil de datos y portabilidades en nombre y por cuenta de la primera en todo el territorio nacional.

Por parte de Telefónica de España, SAU, se suscribió contrato de agencia comercial en fecha 1-1-2005 con la entidad Blucom Redes y Comunicaciones, SL, por medio del cual ésta debía promover y mediar en la contratación entre los clientes de Telefónica de España, SAU, y esta empresa de los productos de la misma, suscribiéndose un anexo entre las mismas en fecha 26-10-2009 en relación con la utilización de las bases de datos de Telefónica y de las del propio agente; además se suscribió otro contrato de agencia comercial del mismo tipo por Telefónica de España, SAU, con Telemarketing Galicia, SL, representada por D. Luis Pedro en fecha 20-1-2011.

Asimismo, se suscribió por parte de Blucom Redes y Comunicaciones, SL, contrato de distribución con relación de exclusividad con Telefónica Móviles España, SA, en fecha 1-11-2002 para la promoción y comercialización de servicios de Telefonía Móvil Digital y otros productos y servicios que se acuerden.

NOVENO.- El personal de la empresa Guadaltelefon, SL, tramitaba en la página web de Telefónica los contratos que conseguían realizar con los clientes accediendo a su base de datos mediante claves facilitadas por Telefónica, dando ésta instrucciones de cómo realizar las ventas, realizando un control de calidad y penalizando a la empresa y a los trabajadores en su caso.»

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la empresa Telefónica Móviles España, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia - A Coruña - sentencia con fecha 23 de abril de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por la letrada Dña. María Marcela Pérez Crespo, en la representación que tiene acreditada de las empresas Telefónica Móviles España, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número tres de los de Vigo, en fecha cuatro de marzo de dos mil catorce , en autos seguidos a instancia de D. Pelayo , Dña. Enma y Dña. Milagros frente a las recurrentes y las empresas Canal Telemárketing, S.L., Silicón Val, S.L., Comunicaciones Eurotrónica S.L., Blucom Redes y Comunicaciones S.L. y Guadatelefon, S.L. y D. Luis Pedro , sobre despido, en los que ha sido parte el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, imponiendo a las recurrentes las costas de los recursos, que incluyen para cada una de ellas la cantidad de quinientos cincuenta euros (550 euros), en concepto de honorarios del letrado impugnante de los recursos.»

CUARTO.- La letrada Dña. María Marcela Pérez Crespo, en nombre y representación de Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles España, S.A.U. mediante escrito presentado el 16 de junio de 2015 formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida, la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de fecha 3 de junio de 1998 (R. 1243/1998). SEGUNDO.- Se alega indebidamente aplicado el art. 42 del E.T ., la infracción por inaplicación del art. 1 y 2.2. de la Ley del Contrato de Agencia , así como la infracción por inaplicación del art. 3 del Código Civil .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la improcedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de noviembre de 2016, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión controvertida consiste en determinar si el contrato de agencia concluido entre dos entidades mercantiles -en este caso, entre Telefónica Móviles España, S.A.U. (TME) por un lado, y Guadatelefon, S.L. por otro; entre Telefónica de España, S.A.U. (TE) y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L., o con Telemarketing Galicia S.L., por otro- 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 .

Conforme a los Hechos Probados, son diversos los contratos suscritos entre las sociedades codemandadas, entre los que cabe destacar los siguientes: "Control de colaboración" suscrito entre Telefónica Móviles España, S.A.U. y Guadatelefon, S.L. el día 1/7/2010 por el que la segunda se obligaba, mediante precio, a *"mediar, formalizar y promover la venta y/o contratación de los productos y servicios (telefonía móvil digital) en nombre y por cuenta de TME "* en todo el territorio nacional, sin exclusividad; "Control de Agencia Comercial" suscrito el día 1/1/2005 entre Telefónica de España, S.A.U. y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. por el que esta 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, suscribiéndose un anexo el 26/10/2009 en relación con la utilización de las bases de datos de Telefónica y de las del agente. Igual contrato que el anterior se suscribió entre Telefónica de España SAU y Telemarketing Galicia SL el 20/1/2011. Finalmente, el 1/11/2012 se suscribió por Blucom Redes y Comunicaciones SL y Telefónica de España SAU Contrato de distribución para la promoción y comercialización de servicios de Telefonía Móvil digital y otros productos y servicios. El personal de las diversas empresas, vendían productos y servicios de Telefónica Móviles de España, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. y el de Guadatelefon, S.L. y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L., operadores como la demandante, tramitaba con Telefónica los contratos con los clientes conseguidos por dichos comerciales, a cuyo efecto accedía a la base de Telefónica mediante claves facilitadas por esta. El personal informático gestionaba el software de todas las empresas codemandadas.

Los demandantes, trabajadores de Guadatelefon, S.L., impugnan el despido objetivo de que fueron objeto, y reclaman, además, el abono de determinadas cantidades que dicen adeudarle, pidiendo la dondona solidaria de los codemandados.

La sentencia de instancia desestimó la demanda interpuesta por los trabajadores declarando procedente el despido y estimando parcialmente la acumulada reclamación de cantidad, condenando a la empleadora y solidariamente con ella a Canal Telemarketing, S.L., Telefonía Termatel, S.L., Blucom Redes y Comunicaciones, Comunicaciones Eurotrónica, S.L., Telemarketing Galicia, S.L. y Silicom Val, S.L., al abono de los salarios en los periodos y cuantía que se señala, respondiendo del pago de las mismas las empresas Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles de España, S.A.U. de forma solidaria.

La sentencia recurrida , del TSJ de Galicia de 23 de abril de 2015 , confirmó la de instancia, que desestimó la demanda de despido y estimó la demanda de reclamación de cantidad, condenando a las empresas codemandadas y a Telefónica de España, S.A.U., Telefónica Móviles de España, S.A.U. de forma solidaria, en aplicación del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores .

Argumenta la sentencia recurrida que, 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. Afirmando 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, y que atendiendo a las circunstancias en que se desarrolla el mercado de la telefonía, que la actividad de comercialización es inherente a la realización de la actividad de telefonía.

SEGUNDO.- Se alzan las condenadas Telefonía de España SAU y Telefónica-Móviles de España SA, interponiendo sendos recursos de casación para unificación de doctrina, de texto idéntico, con articulación de tres motivos en cada caso y propuesta de la misma sentencia de contraste para sustentar la supuesta contradicción y fundamentar las infracciones que se denuncian a través de los referidos tres motivos.

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., Los actores han venido trabajando para la empresa DIARPHONE SA. 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. Con fecha 3/11/1.995 Diarphone y Telefónica Servicios Móviles S.A. -T-M- suscribieron un contrato para la promoción y comercialización de MOVIESTAR 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 Moviestar por si misma o a través de empresas a ellas vinculadas. 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.

Puede afirmarse concurrente el presupuesto de la contradicción exigido por el art. 219.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (LRJS) pues 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".

Procede, pues, entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- La censura jurídica del primer motivo se concreta en la infracción por aplicación indebida del Artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores .

La cuestión que accede a nuestro conocimiento consiste en determinar si el contrato de agencia concluido entre dos entidades mercantiles para la comercialización de los productos de la principal excluye la subcontratación de obras y servicios correspondientes a su propia actividad. El debate se suscita en orden a la eventual aplicación de las responsabilidades que artículo 42.2 ET asigna a "los empresarios que contraten o subcontraten con otros obras o servicios correspondientes a la propia actividad".

La cuestión ha sido resuelta por esta Sala en la sentencia del Pleno de 21 de julio de 2016 (rcud. 2147/14), 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 se si 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.»

Se desestima el motivo.

CUARTO.- En los motivos segundo y tercero se denuncia la infracción de los arts. 1 y 2.2 de la Ley del Contrato de Agencias porque no se han aplicado, siendo así que, a su juicio, presuponen la incompatibilidad entre las previsiones del art. 42 ET y los de la referida Ley.

Para rechazar estos motivos basta con remitirse a lo razonado en el anterior fundamento. Pero, en cualquier caso, la fundamentación de la parte recurrente a este respecto ya fue rechazada en la misma sentencia del Pleno, de 21 de julio de 2016 (punto 4 del FJ Tercero). Esencialmente, dice así:

«B) No existe la infracción denunciada por los recursos. Más arriba se ha explicado que la existencia de un contrato sometido a las prescripciones de la Ley 12/1992, por sí sola, resulta neutra a los efectos de determinar si se activa o no el régimen de responsabilidades previsto por el artículo 42 ET .

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.

C) Como hemos expuesto, la relación entre Ley del Estatuto de los Trabajadores y Ley sobre contrato de Agencia en modo alguno es conflictiva. Pero si se entendiese que entre ambas normas existe un conflicto, el principio de modernidad (art. 2.2 Código Civil) operaría en contra de lo sostenido en los recursos pues la Ley 12/1992 habría sido afectada por el posterior Real Decreto Legislativo 1/1995, arrumbando ese modo de razonar.

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 (SSTs 10 y 27 julio 2000 , rec. 923/1999 y 693/1999).

Se trata de incorporar una responsabilidad solidaria a cargo del empresario principal. Recordemos ahora que "del tenor literal del precepto se desprende que ... la empresa comitente o principal ... responde solidariamente de tales obligaciones salariales ... no porque ostente la posición de empleadora respecto de los trabajadores contratados por aquéllas, sino porque el legislador le ha atribuido el papel de avalista o garante legal del pago de dichas obligaciones salariales" (STS 20 septiembre 2007, rec. 3539/2005).

D) Concluyendo: 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.

Como expone el Ministerio Fiscal en su atinado informe, lo verdaderamente relevante a dichos efectos, es determinar si la empresa contratista, con independencia de la modalidad contractual suscrita con la empresa principal, presta servicios correspondientes a la propia actividad de dicha principal, que es el requisito exigido por el mencionado precepto.



E) En el caso examinado hay que recordar el tipo de actividad que, mediante agencia mercantil, TE y TME encomiendan a empresas auxiliares: tramitación de los servicios de comercialización de los equipos, sistemas, aparatos y servicios de telefonía móvil; mediación en la contratación entre TE y sus clientes de los servicios y equipos de telecomunicaciones y la promoción y fomento del uso y consumo de los mismos equipos y servicios.; mediar, formalizar y promover la venta y contratación de los productos y servicios (telefonía móvil digital) por cuenta de TME; etc.

Todo ese tipo de actividades prestadas por terceros a favor de TE y TME puede subsumirse en un contrato como el de agencia; el agente (Guadatelefon SL o alguna otra empresa del grupo) puede contratar empleados (como la demandante); las reglas del artículo 42 ET entrarán en juego si se entiende que las tareas encomendadas al agente se corresponden con la "propia actividad" del empresario principal. Esa es la cuestión que ahora toca despejar.»

Y, en relación con lo que se entiende por "propia actividad", concluye nuestra sentencia (FJ Cuarto), diciendo:

«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.

Podría pensarse que únicamente se integran en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán "propia actividad" de ella. Eso comporta que las labores no "nucleares" quedan excluidas del concepto.

Si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial. Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 ET que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente y, por ello, "ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente".

Son las "obras o **servicios** que pertenecen al ciclo productivo de la empresa, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa"; "nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial".»

Y contestando a la línea argumental de la recurrente, al rechazar que las funciones de descentralización sean inherentes al ciclo productivo de la Telefonía señala:

« E) Sometida nuevamente la cuestión a debate, y tras amplia deliberación, entendemos que la solución ha de ser la contraria, en línea con el criterio y los razonamientos acogidos por la sentencia recurrida y que reproducimos seguidamente, pues contiene la doctrina que consideramos ajustada a Derecho:

Partiendo de que "propia actividad" solo es la inherente y absolutamente indispensable para la realización del objeto de la empresa principal, la actividad de comercialización del servicio de telefonía es, atendiendo al servicio de que se trata y a las circunstancias en las cuales se desarrolla el mercado de ese servicio, inherente y absolutamente indispensable para la realización de la actividad de la empresa de telefonía.

Valorando el criterio de la inherencia de la actividad subcontratada atendiendo a las propias características de la actividad de telefonía, no es como la actividad de fabricación de productos acabados que se pueden fabricar aún no existiendo compradores en el momento de la fabricación -sin perjuicio de iniciar su comercialización cuando este fabricado, o incluso de poder acumular stocks-, sino que la actividad depende de la existencia de un número suficiente de clientes que mantengan la operativa necesaria para la prestación del servicio, de ahí la corrección del argumento utilizado por el juzgador de instancia de que "de no llevar a cabo dicha actividad la empresa subcontratadas deberían hacerlo aquellas (las empresas principales ahora recurrentes) con su propio personal".



Valorando el criterio de la inherencia de la actividad subcontratada atendiendo a las circunstancias en las cuales se desarrolla el mercado del servicio de telefonía, no es como el mercado de determinados productos donde la empresa comercializadora puede actuar como intermediaria entre la fabricación y el consumidor. Cuando se trata del servicio de telefonía, la empresa comercializadora actúa directamente en nombre de la empresa de telefonía. Las circunstancias del mercado del servicio de telefonía son distintas a las circunstancias del mercado de productos.

Resumiendo, 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 del Estatuto de los Trabajadores* .»

QUINTO.- Las anteriores consideraciones conducen, de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal, a desestimar los recursos planteados, imponiendo las costas a los recurrentes (art. 235.1 LRJS).

FALLO

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

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Telefónica de España S.A.U. y de Telefónica Móviles España, S.A.U. frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (A Coruña) de fecha 23 de abril de 2015 dictada en el recurso de suplicación número 63/2015 que queda firme. Se imponen las costas. Dese a los depósitos que se hubiesen consignado para recurrir, así como a las consignaciones que se hubiesen efectuado 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. Jesus Souto Prieto 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.