

Roj: STS 3996/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3996  
Id Cendoj: 28079149912016100026

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 991

Nº de Recurso: 2147/2014

Nº de Resolución: 707/2016

Procedimiento: Auto de aclaración

Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En Madrid, a 21 de julio de 2016

Esta sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., representadas y defendidas por la Letrada Sra. Pérez Crespo, contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 11 de abril de 2014, en el recurso de suplicación nº 393/2014, interpuesto frente a la sentencia dictada el 15 de octubre de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo, en los autos nº 548/2013, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Raquel contra D. Genaro, D<sup>a</sup> Visitación, la empresa CANAL TELEMARKETING, S.L., GUADALETEFON, S.L., TELEFONÍA TERMATEL, S.L., BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES, S.L., COMUNICACIONES EUROTRÓNICA, S.L., TELEMARKETING GALICIA, S.L., SILICOM VAL, S.L., TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y MOBILE MESSAGE SYSTEMS, S.A., sobre despido. Ha comparecido D<sup>a</sup> Raquel, representada y defendida por el Letrado Sr. Movilla García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 15 de octubre de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimando la demanda de despido interpuesta por D<sup>a</sup> Raquel, debo declarar y declaro nulo el despido de que fue objeto la misma con fecha 4 de junio de este año por parte de la empresa Guadatelefon, S.L. y, debiendo ser readmitida la trabajadora pero estimando como estimo su demanda acumulada de rescisión, debo declarar y declaro rescindida en la fecha de la presente resolución la relación laboral que la une con dicha sociedad, a la que condeno, 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., a que le abonen a la referida actora una indemnización de 3.725'73 euros, así como 5.265'48 de salarios de tramitación desde el día 4 de junio hasta el día de hoy y 6.228'59 euros de salarios adeudados del 1 de enero al 4 de junio de este año, cantidad ésta última que devengará un interés anual del 10%, a cuyo pago condeno a dichas sociedades, respondiendo del pago de dicha suma, 6.228'59 euros, las empresas Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles de España, S.A.U. de forma solidaria, en cuyo sentido las condeno, desestimando las demandas de la actora frente a D. Maximiliano, D. Catalina y la sociedad Mobile Message Systems, S.A., a los que absuelvo."

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

1º.- La demandante D<sup>a</sup> Raquel, mayor de edad y con D. N. I. número NUM000, vino prestando servicios para la empresa Guadatelefon, S.L. desde el día 7 de abril de 2011, con la categoría profesional de gestora telefónica y un salario mensual de 1.213'36 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias.

2º.- La actora inició su relación laboral con Guadatelefon, S.L. el día 7 de abril de 2011, siendo subrogada por Telefonía Termatel, S.L. el día 1 de marzo de 2012 y de nuevo por la primera el día 1 de diciembre.

3º.- Solicita la actora la rescisión de su contrato de trabajo alegando que la empresa le viene abonando el salario con retraso y que en la fecha de presentación de la demanda de rescisión le adeudaba las

mensualidades de enero a abril de este año por un total de 5.006'28 euros: 1.251'57 cada mes, cantidad que asimismo reclama en dicha demanda.

4º.- La empresa le abonó a la demandante las mensualidades de 2012 en las siguientes fechas: 9 de febrero, 9 de marzo, 3 de abril, 9 de mayo, 11 de junio, 11 de julio, 31 de agosto, 11 de septiembre, 17 de octubre, 22 de enero de este año, parte en metálico el 16 de febrero y el resto el 21 de febrero, parte el 11 de marzo y el resto el 22 de marzo, habiendo efectuado los últimos 3 pagos reseñados "Aula Marketing", nombre comercial del negocio que como autónomo gestiona D. Genaro , aportaciones que se hicieron constar en el libro mayor de Guadatelefon, S.L. como aportaciones de socios. No se le abonaron las mensualidades desde enero de este año.

5º.- La demandante estuvo de vacaciones del 15 de abril al 9 de mayo de este año y el 23 de abril se celebró una reunión entre D. Genaro y los trabajadores para comunicarles que se iba a iniciar en Guadatelefon, S.L. un expediente de regulación de empleo, habiéndose efectuado una llamada telefónica por parte de la empresa al teléfono facilitado por la trabajadora el día 22 de abril, llamada de la que no consta el contenido ni la persona que la haya atendido.

El día 3 de mayo la empresa le comunicó a la comisión designada por los trabajadores la apertura del periodo de consultas, consultas que tuvieron lugar los días 8, 15 y 20 de mayo y en las que la empresa solamente planteó como opción su cierre y la extinción de los contratos de trabajo de toda la plantilla y, requerida por la comisión negociadora, aportó en la segunda y tercera reuniones documentación de todas las demandadas en esta litis salvo de Canal Telemarketing, S.L. y de Mobile Message Systems, S.A., negándose a valorar cualquier opción de recolocación del personal.

Concluido el período de consultas sin avenencia, Guadatelefon, S.L. le notificó a la actora el día 21 de mayo carta de igual fecha comunicándole la extinción de su contrato de trabajo por causas económicas con efectos desde el día 4 de junio y con base en que " *De la documentación aportada en la fase de consultas se infiere que la situación empresarial es crítica desde el punto de vista económico-financiero y, además, no existe posibilidad alguna de reflotar la actividad económica debido, esencialmente, a las deudas salariales y de Seguridad Social y a la imposibilidad acreditada de continuar la gestión comercial para el principal cliente de la Empresa (Telefónica de España SA) por su permanente y persistente actitud negativa en la fijación de los criterios de evaluación de calidad, régimen de penalizaciones, obligaciones de inversión, etc. Por otra parte, no es posible ofrecer, como así ha sido solicitado por sus representantes, un Plan alternativo de Empleo para la recolocación de los trabajadores si quiera de forma parcial*" .

Fijaba la indemnización en 1.752'62 euros que decía no poder abonar por las causas económicas invocadas para la extinción contractual. En la demanda impugnando el despido, la trabajadora reclama los salarios de mayo y 4 días de junio: 1.213'36 y 161'79 euros respectivamente.

6º.- La empresa Guadatelefon, S.L. tuvo en el ejercicio 2012 unas pérdidas de 354.242'75 euros antes de impuestos. Dicha sociedad fue constituida mediante escritura pública otorgada el día 24 de agosto de 2006 por D. Jose Miguel y su esposa D<sup>a</sup> Magdalena con un capital de 2.006 euros suscrito a partes iguales. El domicilio se fijó en Guadarrama, Madrid, calle General estaban Infantes, número 1- 10 izquierda; su objeto era el comercio y reparación de telefonía móvil y fija, servicios informáticos y de sonido e imagen y se designó administrador único al demandado D. Genaro . Por medio de escrituras públicas de fechas 12 de junio de 2007 y 22 de diciembre de 2011 el citado D. Genaro adquirió el total del capital social.

7º.- El citado D. Genaro es desde fecha que no consta socio único de Silicon Val, S.L., entidad domiciliada en Nigrán, A Ramallosa, centro comercial La Romana, local 22. Su objeto es el mismo que el de Guadatelefon, S.L. y además el comercio de muebles, máquinas y equipos de oficina. Esta sociedad tuvo en el 2012 unas pérdidas de 82.194'06 euros.

8º.- La sociedad Telemarketing Galicia, S.L. tiene desde el 10 de junio de 2011 como único socio y administrador al demandado D. Genaro , que fijó el domicilio social en la calle Eidos, 20-22 bajo, en Redondela. Dicha sociedad tiene como objeto la telefonía y otros como organizar eventos deportivos, construcción de edificios, etc. y tuvo en el ejercicio 2012 unos beneficios de 459'24 euros.

9º.- El citado D. Genaro es socio único y administrador de Telefonía Termatel, S.L., sociedad dedicada a telecomunicaciones y cuyo domicilio está en Vigo, calle Sanjurjo Badía, 109, bajo. Dicha sociedad tuvo en el ejercicio 2012 unas pérdidas de 60.394'79 euros.

10º.- Comunicaciones Eurotrónica, S.L. tiene como socio único y administrador desde el 22 de diciembre de 2011 al demandado D. Genaro . Su objeto es el mismo que el de Guadatelefon, S.L., tiene su domicilio

social en el número 148, bajo, de la calle Sanjurjo Badía, en Vigo y en el 2012 tuvo unas pérdidas de 5.215'96 euros.

11º.- Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. tiene como único socio y administrador desde el 22 de diciembre de 2011 al demandado D. Genaro . Su objeto es el mismo que el de Guadatelefon, S.L., tiene su domicilio social en el número 109 bis, bajo, de la calle Sanjurjo Badía, en Vigo y en el 2012 tuvo unas pérdidas de 263.091'20 euros.

12º.- Canal Telemarketing, S.L. fue constituida inicialmente como Telemarketing Redondela, S.L., sociedad de la que luego llegó a ser socio único mediante escrituras de compraventa de participaciones de fechas 30 de noviembre de 2010 y 2 de febrero de 2011 el demandado D. Genaro que en febrero de 2011 fue designado administrador fijando el domicilio social en el número 20-22 de la calle Eidos, en Redondela. Su objeto social es la comercialización de productos relacionados con la telefonía móvil. Dicha sociedad declaró en el ejercicio de 2012 unas pérdidas de 89.644'23 euros. El citado D. Genaro vendió las participaciones de dicha sociedad a sus hijas D<sup>a</sup> Inocencia y D<sup>a</sup> Milagrosa mediante escritura pública de fecha 31 de octubre de 2012, escritura a través de la cual se fijó el domicilio social en Vigo, calle Sanjurjo Badía, número 109, bajo, y se nombró administradora única a la demandada D<sup>a</sup> Visitacion , esposa de D. Genaro , con el que pacto régimen de separación de bienes, sustituyendo al de gananciales, en fecha 11 de junio de 2010.

13º.- D. Genaro era titular de un negocio dedicado a formación de trabajadores y mantenimiento informático que prestaba tales servicios a las sociedades demandadas de las que era socio y alguna sociedad ajena, servicios que les facturaba.

14º.- Entre las sociedades demandadas se suscribieron los siguientes contratos:

"Control de colaboración" suscrito entre Telefónica Móviles España, S.A.U. 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 (telefonía móvil digital) en nombre y por cuenta de TME" en todo el territorio nacional, sin exclusiva. E igual contrato suscrito entre la primera y Telemarketing Galicia, S.L. el día 1 de febrero de 2011.

"Control 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 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. 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 esta los productos de esta.

E igual contrato que los dos anteriores suscrito el día 18 de diciembre de 2012 entre Silicon Val, S.L.U. como comercializador de servicios de conectividad a internet del operador EURONA y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. Y similares contratos suscrito los días 22 de noviembre y 14 de diciembre de 2012 entre Canal Telemarketing, S.L. como comercializador de servicios de conectividad a internet, ADSL y otros del operador The Phone House y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L.

"Contratos de colaboración" suscritos el día 2 de enero de 2009 entre Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. y Comunicaciones Eurotrónica, S.L. y entre aquella y Guadatelefon, S.L., representada la primera por D. Genaro y la segunda por la Responsable de Área de las otras sociedades contratantes, contratos que tenían por objeto colaborar en la prestación de servicios a que la primera se había obligado con Telefónica de España, S.A.U., cediéndole la primera a Guadatelefon, S.L. el local para desarrollar la actividad y asumiendo las segundas los gastos de mobiliario e instrumentos de trabajo así como del personal. E igual contrato suscrito entre la primera y Telefonía Termatel, S.L. para la tramitación de los servicios de comercialización de los equipos, sistemas, aparatos y servicios de telefonía móvil que la primera había contratado de Telefónica Móviles España, S.A.

Contratos de arrendamiento de local suscritos entre Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. y Guadatelefon, S.L. y Telefonía Termatel, S.L., el segundo arrendando aquella a ésta el bajo sito en el número 109 de la calle Sanjurjo Badía, en Vigo. Todos los servicios y arrendamientos eran facturados.

15º.- Guadatelefon, S.L., Telefonía Termatel, S.L., Blucom Redes y Comunicaciones, S.L., Comunicaciones Eurotrónica, S.L. y Silicon Val, S.L. tienen o tuvieron el mismo centro de trabajo sito en el bajo del número 109 de la calle Sanjurjo Badía, en Vigo.

Blucom Redes y Comunicaciones, S.L. tiene y tuvo una sola trabajadora. Varios trabajadores prestaron servicios sucesivamente para una o más de las sociedades citadas en este hecho declarado probado. El personal de de las empresas Comunicaciones Eurotrónica, S.L., Telefonía Termatel, S.L., Telemarketing Galicia, S.L. y Silicom Val, S.L., comerciales, 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 que se acaban de citar, empresas cuyas oficinas estuvieron al principio en Telefonía Termatel, S.L. y luego en Guadatelefon, S.L.

Todas las empresas salvo Telemarketing Galicia, S.L. y Mobile Message Systems, S.A. tienen la misma asesoría laboral y contable. Personal de estas empresas estuvo enseñando el trabajo a las hijas de D. Genaro , actuales titulares de la sociedad Canal Telemarketing, S.L.

16º.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. por rescisión el día 25 de abril, la misma tuvo lugar el día 14 de mayo con el resultado de sin avenencia.

Presentada por despido el día 13 de junio, se celebró con igual resultado el día 3 de julio respecto a las sociedades Guadatelefon, S.L., Telefónica Móviles de España, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. y sin efecto respecto al resto de demandadas.

17º.- La demandante no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores."

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia con fecha 11 de abril de 2014 , en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"Desestimando totalmente el recurso de suplicación interpuesto por la Telefónica de España Sociedad Anónima Unipersonal, y desestimando totalmente el recurso de suplicación interpuesto por Telefónica Móviles de España Sociedad Anónima Unipersonal, contra la sentencia de 15 de octubre de 2013 del Juzgado de lo Social número 1 de Vigo , dictada en juicio seguido a instancia de D<sup>a</sup> Raquel contra, además de las recurrentes, D. Genaro , D<sup>a</sup> Visitacion , la Entidad Mercantil Canal Telemarketing Sociedad Limitada, la Entidad Mercantil Guadatelefon Sociedad Limitada, la Entidad Mercantil Telefonía Termatel Sociedad Limitada, la Entidad Mercantil Bluecom Redes y Comunicaciones Sociedad Limitada, la Entidad Mercantil Comunicaciones Eurotrónica Sociedad Limitada, la Entidad Mercantil Telemarketing Galicia Sociedad Limitada, la Entidad Mercantil Silicom Val Sociedad Limitada, y la Entidad Mercantil Mobile Message Systems Sociedad Anónima, la Sala la confirma íntegramente, y, en legal consecuencia, condenamos a las recurrentes a la pérdida de depósitos, consignaciones y aseguramientos, y a las costas de la suplicación, cuantificando en 600 euros los honorarios del letrado de la trabajadora impugnante, a abonar por mitad por cada una de las recurrentes".

**TERCERO .-** Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Pérez Crespo en representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., mediante escritos de 29 de mayo de 2014, formuló recursos 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 Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 3 de junio de 1998 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 42 del ET , art. 1 y 2.2 de la Ley de Contrato de Agencia .

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 27 de noviembre de 2014 se admitieron a trámite los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO .-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedentes los recursos.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 11 de febrero actual. Por providencia de 9 de febrero de 2016 y ante la solicitud de incorporación de nuevos documentos que formula la parte recurrente, se suspende el señalamiento para votación y fallo señalado para el 11 de febrero. Procédase a la tramitación de dicha solicitud en la forma que prevé el art. 233 de la LRJS , dándose traslado a la parte recurrida en el plazo de tres días.

**SÉPTIMO. -** Tramitadas las alegaciones se dictó auto en el que se rechazaba la incorporación a los autos de dichos documentos y por providencia de 7 de junio y dadas las características de la cuestión jurídica

planteada y su trascendencia, se procede su debate por la Sala en Pleno. A tal efecto, se señaló para el 13 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar con asistencia de todos los Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Términos del debate casacional.

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".

#### 1. Hechos litigiosos .

En el apartado de Antecedentes han quedado reproducidos íntegramente los hechos declarados probados por el Juzgado de lo Social y que no fueron combatidos en suplicación. Ahora interesa destacar los más trascendentes para centrar el debate.

En el HP 13 se da cuenta de los diversos contratos suscritos entre las sociedades codemandadas, así como de que empleados de determinadas empresas (Comunicaciones Eurotrónica, S.L., Telefonía Termatel, S.L., Telemarketing Galicia, S.L. y Silicom Val, S.L.) vendía productos o servicios de Telefónica Móviles de España, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U.

También se narra que los empleados de otras mercantiles (Guadatelefon, S.L. y Blucom Redes y Comunicaciones, S.L.) tramitaban ante Telefónica los contratos con los clientes conseguidos por los comerciales, a cuyo efecto accedían a su base de datos mediante claves facilitadas por la propia empresa.

El personal informático gestionaba el software de todas las empresas que se acaban de citar, empresas cuyas oficinas estuvieron al principio en Telefonía Termatel, S.L. y luego en Guadatelefon, S.L.

Todas las empresas salvo Telemarketing Galicia, S.L. y Mobile Message Systems, S.A. tienen la misma asesoría laboral y contable. Personal de estas empresas estuvo enseñando el trabajo a las actuales titulares de la sociedad, Canal Telemarketing, S.L.-

Con ese trasfondo de colaboración entre diversas mercantiles, se aborda el problema suscitado por la trabajadora demandante. Vino prestando servicios para la empresa Guadatelefon, S.L. desde el día 7/4/2011, con la categoría profesional de gestora telefónica.

En su demanda la trabajadora impugna el despido por causas económica, pero también solicita la rescisión de su contrato de trabajo, alegando que la empresa le viene abonando el salario con retraso y que se le debían determinadas cantidades que también reclama.

#### 2. Sentencia de instancia.

La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo con fecha 15 de octubre de 2013 (proc. 548/2013) estima la pretensión y:

Declara nulo el despido comunicado a la trabajadora el 4 de junio de 2013 por parte de la empresa Guadatelefon, S.L., debiendo ser readmitida.

Estima la demanda acumulada de rescisión, declarando rescindida la relación laboral.

Condena 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., a que abonen a la actora una indemnización de 3.725'73 euros, así como 5.265'48 de salarios de tramitación desde el día 4 de junio hasta el día de la fecha.

Condena a las anteriores sociedades a que le abonen 6.228'59 euros de salarios adeudados del 1 de enero al 4 de junio, cantidad ésta última que devengará un interés anual del 10%.

Condena a responder del pago de dichos salarios adeudados (6.228'59 euros) a las empresas Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles de España, S.A.U. de forma solidaria.

Desestima las demandas de la actora frente a dos personas físicas y la sociedad Mobile Message Systems, S.A.

En relación con la cuestión ahora debatida sobre responsabilidad de la empresa principal (Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles de España, S.A.U.), la sentencia del Juzgado alude a diversas resoluciones del TSJ de Madrid (entre ellas la invocada de contraste) que niegan la existencia de "propia actividad". Sin embargo, señala que las Salas de lo Social del TSJ del País Vasco y de Cataluña consideran que sí existe subcontrata y que, por consiguiente, las ahora recurrentes responden como empresas principales, solución que abraza.

### 3. Sentencia de suplicación.

La sentencia 2054/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 11 de abril de 2014 (rec. 393/14 ), examina los recursos de suplicación presentados por Telefónica de España Sociedad Anónima Unipersonal (TE) y Telefónica Móviles de España Sociedad Anónima Unipersonal (TME), empresas condenadas junto a otras por la sentencia de instancia. De su extensa exposición, conducente a confirmar la sentencia del Juzgado, destacan los siguientes núcleos argumentales:

a) Respecto de la aplicación de la figura del grupo de empresas expone que Telefónica de España tiene un contrato de agencia comercial con una mercantil que se integra en un grupo de empresas con funcionamiento unitario, trasiego de trabajadores y confusión patrimonial, siendo especialmente relevante la confusión de plantillas en relación con la prestación de los servicios contratados por la empleadora con Telefónica de España.

b) En cuanto a la infracción por inaplicación de la Ley del Contrato de Agencia, citando en concreto sus artículos 1 , 2.2 , 9 y 10 , sostiene que la "subcontratación de obras y servicios" de la que se habla en 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, aunque el más usualmente utilizado sea el contrato de carácter civil de arrendamiento de obra.

c) En cuanto a la infracción por aplicación indebida del artículo 42 ET concluye que 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.

d) Respecto de la inaplicación del artículo 3 de Código Civil , se insiste en que no hay incompatibilidad entre la Ley del Contrato de Agencia y el *artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores* .

### 4. Recursos de casación unificadora.

Acuden las empresas Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles de España, S.A.U., en casación para la unificación de doctrina, de forma independiente pero con recursos idénticos y con selección de la misma sentencia de contraste por lo que el análisis se va a realizar de forma conjunta.

Los recursos, fechados el 26 de mayo de 2014, se articulan en tres motivos, aunque en realidad todos ellos se reconducen a un mismo objetivo: censurar la interpretación normativa de lo acaecido. Entienden que no hay responsabilidad solidaria del artículo 42 ET puesto que se había suscrito un contrato de agencia (excluyente de la figura contemplada por la norma laboral) y, además, tampoco se está externalizando una parcela identificable con la "propia actividad" que es el presupuesto para que opere la responsabilidad solidaria.

### 5. Impugnación del recurso e Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha de 29 de diciembre de 2014, a través de su Abogado, la demandante procedió a impugnar el recurso. Cuestiona que las sentencias contrastadas cumplan con los requisitos del artículo 219.1 LRJS . Asimismo, en el tema de fondo, abunda en los argumentos acogidos por la sentencia recurrida, invocando el similar criterio acogido por otras resoluciones de suplicación, procedentes de diversos Tribunales Superiores.

En concordancia con las previsiones del artículo 226.3 LRJS , la representante del Ministerio Fiscal emitió su Informe con fecha 5 de febrero de 2015. Considera que el recurso ha de desestimarse pues no existe la incompatibilidad que denuncia entre los preceptos del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de Agencia; además, la actividad prestada a favor de TE y TME debe identificarse como correspondiente a la propia de las segundas, por las razones expuestas en la sentencia recurrida.

### 6. Estructura de nuestra sentencia.

Habiéndose cuestionado por la trabajadora recurrida la existencia de contradicción entre las resoluciones judiciales contrastadas por los recursos, habremos de comprobar prioritariamente la concurrencia de tal presupuesto procesal (Fundamento Segundo).

Como ha quedado expuesto, la sentencia del Juzgado de lo Social hubo de abordar cuestiones relacionadas con el despido de la trabajadora, los salarios adeudados, la identidad grupal de las empresas demandadas, la suficiencia del incumplimiento empresarial a efectos de la resolución causal instada, la virtualidad de los contratos de colaboración entre diversas empresas o la aplicabilidad del sistema de responsabilidades propio de las contratadas o subcontratadas de propia actividad. En el debate de suplicación, sin embargo, tales cuestiones quedaron notablemente reducidas pues tan solo recurrieron TE y TME; por tanto, ni el despido, ni la extinción causal acceden al mismo; solo los temas de identificación como grupo empresarial, de la incidencia del contrato de colaboración entre mercantiles o de la consideración como "propia actividad" son los que aparecen.

A su vez, los recursos de casación unificadora interpuestos abordan de manera prioritaria la identificación del tipo de "colaboración" existente entre las recurrentes y las diversas empresas condenadas. Se cuestiona si basta un contrato de Agencia para desplazar la aplicación del artículo 42 ET, lo que deberá despejarse (Fundamento Tercero).

Asimismo los recursos interpuestos cuestionan que la colaboración de las Compañías recurrentes y la de sus auxiliares o colaboradoras refiera a una actividad subsumible en la categoría de la "propia"; por tanto, nuestra reflexión ulterior habrá de dirigirse hacia la clarificación de tal concepto (Fundamento Cuarto).

## **SEGUNDO.- Contradicción entre las sentencias comparadas.**

### **1. Las exigencias legales ( art. 219.1 LRJS ).**

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

Puesto que no basta con la existencia de doctrinas opuestas entre las sentencias comparadas por cada motivo del recurso, hemos de examinar si las diferencias entre ambas son relevantes hasta el extremo de impedir la oposición y contraste que este recurso unificador exige.

### **2. La STSJ Galicia 11 abril 2014 (rec. 393/2014), recurrida.**

Recordemos que la empleadora de la trabajadora había suscrito un contrato con TME obligándose 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. Otras empresas del mismo grupo tenían suscritos contratos con TE de igual o similar contenido, así como contratos entre sí para colaborar en la prestación de servicios concertados por alguna o varias de ellas con TE.

El personal de las diversas empresas vendía productos y servicios de TME y T de E. Los empleados (incluyendo la demandante) de dos empresas tramitaban con Telefónica los contratos conseguidos por sus comerciales con los clientes, a cuyo efecto accedían a la base de Telefónica mediante claves facilitadas por ésta.

Como queda dicho, la sentencia recurrida rechaza los recursos de suplicación, expone que el art 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 es irrelevante para la aplicación de dicho precepto las relaciones civiles o mercantiles existentes entre las empresas por lo que no queda

desplazado por el contrato de agencia y menos aún justifica ese supuesto desplazamiento en base a la autonomía del agente.

Estima correcta la aplicación art 42 ET dado que la empresa contratista -o, en su caso, subcontratista- es de la misma actividad que la empresa principal. Considera 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.

### **3. La STSJ Madrid 3 junio 1998 (rec. 1243/1998 ), referencial.**

Los recursos invocan como contradictoria la sentencia 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 TELEFONICA SERVICIOS MÓVILES, SA., en reclamación de derecho y cantidad, declarando la falta de legitimación pasiva de TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES, SA.

Repasemos los hechos principales allí enjuiciados. 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.

La sentencia consideró, con remisión a anterior y plural doctrina de la propia Sala, que, en síntesis, se trataba de dos empresas diferenciadas vinculadas por un concreto contrato de agencia sin que resulte de aplicación el art. 42 ET pues "simple y sencillamente las empresas no se dedican a trabajos calificables de propia actividad ni la relación que las une es incardinable en la subcontrata".

### **4. Existencia de identidad y contradicción.**

Por lo que se refiere al análisis de la contradicción, son evidentes las similitudes entre las sentencias comparadas pues en ambos casos las mercantiles pertenecen al sector de la telefonía estando vinculadas por concretos contratos de agencia para la comercialización de los productos de la principal - que son parcialmente coincidentes-.

Lo que se trata de determinar es si este contrato de agencia excluye o no la subcontratación de obras y servicios correspondientes a la misma actividad y en consecuencia la responsabilidad de la principal, ex art 42.2 ET . Y a esta cuestión se dan respuestas diferentes. La de contraste sostiene que los únicos lazos jurídicos que existen son los propios del contrato de agencia, y por tanto se trata de un operador de intermediación en el mercado o agente independiente dedicado a promover y/o concertar actos y/u operaciones de comercio por cuenta de otro u otros, por tiempo determinado o indefinido, de manera remunerada y previo acuerdo. En el caso, la empresa Diarphone lleva a cabo las siguientes funciones: formalización de los contratos del servicio Moviline y Moviestar, remisión de los mismos a TM, atención al público y a las observaciones, reclamaciones y dudas presentadas por los abonados y transmitir a TM cualquier circunstancia que afecte a sus intereses, tales como competencia desleal u otras, cualquiera que sea su autor. Respecto a los puntos de venta, Diarphone debe seguir las instrucciones de TM sobre ubicación, decoración. y asistir gratuitamente en ellos las solicitudes de los abonados En ellos vende teléfonos y accesorios audiovisuales de diversas marcas.. Concluye la sentencia que "*las empresas citadas tan repetidamente no se decidan a trabajos calificables de "propia actividad" ni la relación que les une es incardinable en la subcontrata .*"

En la sentencia recurrida se alcanza solución contraria sobre supuestos fácticos prácticamente coincidentes pudiendo deducirse que las actividades realizadas por las "contratistas" son en ambos casos coincidentes. Así, consta un contrato de "Control de colaboración" suscrito entre Telefónica Móviles España, S.A.U. y Guadatelefon, S.L. por el que ésta 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. También colabora en la prestación de servicios de Telefónica mediando en la contratación entre ésta 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. Y en la que se señala " *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* ". En definitiva, la actividad de comercialización de los productos de la empresa principal se entiende en un caso que forman parte de la "propia actividad" y en el otro no.

Como ha expuesto el Ministerio Fiscal, parece innegable la contradicción ante la similitud fáctica de las sentencias enfrentadas, 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". Se trata pues de dos respuestas jurídicas diferentes dadas por las sentencias a igual supuesto fáctico, por lo que resulta procedente entrar en el análisis de los motivos articulados en el recurso; todos ellos deducidos al amparo del artículo 207 e) de la LRJS.

Nótese que la identidad relevante es la reseñada. Queda al margen del debate casacional el fondo del asunto planteado en cada caso (reclamación de salarios, despido, acción resolutoria) o incluso el entramado de sociedades que interacciona con las empresas principales. Aquí se discute únicamente el alcance de la responsabilidad de las grandes empresas de telefonía respecto de salarios no abonados por las mercantiles que colaboran con ellas en la comercialización de sus productos. Quiere decirse que el triunfo del recurso no conduciría a revocar la sentencia condenatoria en sus extremos sustantivos (despido nulo, extinción causal justificada, abono de salarios pendientes) sino tan solo a eliminar la condena solidaria de las mercantiles recurrentes.

### **TERCERO.- Las contrata y el contrato de agencia.**

#### **1. Formulación legal.**

Se discute sobre la eventual responsabilidad solidaria de las empresas principales sobre salarios devengados durante el primer semestre del año 2013. En esas fechas el artículo 42 ET ("Subcontratación de obras y servicios"), al igual que sucede en la vigente versión de 2015, alude a "los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos" como presupuesto fáctico para que operen las garantías que contiene. Entre ellas, el primer párrafo del apartado 2 alberga la que ahora interesa: " *El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata* .

El estudio de nuestra doctrina indica claramente que, pese a las diversas reformas experimentadas por el precepto, el artículo 42 ET plantea importantes dudas interpretativas. Huelga resaltar que en un sistema productivo cada vez con mayores interacciones entre las empresas, la relevancia del precepto aumenta a medida que la realidad socioeconómica evidencia sus múltiples insuficiencias. Queda al margen de nuestra competencia, por descontento, aventurar el modo en que hayan de afrontarse esas carencias.

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

#### **2. La contratación o subcontratación contemplada.**

Los siete apartados del artículo 42 ET se aplican a los empresarios que " *contraten o subcontraten* ", pese a que la rúbrica alude sólo a la "subcontratación de obras o servicios". En realidad, lo que se está

abordando es el fenómeno de la descentralización productiva consistente en que una empresa principal solicita colaboración a otra(s) auxiliar(es). El empresario auxiliar puede ser, a su vez, principal de otro subcontratista y así sucesivamente, encadenándose unos con otros a efectos laborales; en estos casos el empresario principal también queda comprometido respecto de lo que suceda (en términos laborales) al final de la cadena. Esta consecuencia viene amparada en la finalidad del precepto: conseguir que quien está en condiciones de obtener un beneficio también responda de los perjuicios que puedan derivar del mismo. Consideramos de suma utilidad reiterar las consideraciones que venimos haciendo desde tiempo atrás; la STS 9 julio 2002, rec. 2175/2001, de la que se destacaremos algún pasaje, expone lo siguiente:

*"La Sala, en interpretación directa de lo dispuesto en el art. 42.2 ET, estima que dicho precepto, al establecer con terminología tan imprecisa y genérica la responsabilidad solidaria del «empresario principal» por las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los «subcontratistas» con sus trabajadores, sólo puede interpretarse en el sentido ya apuntado por nuestras sentencias anteriores, o sea, en el de entender que en la modalidad de descentralización productiva en que consiste la contratación o subcontratación del todo o parte de una misma obra, lo que realmente se patentiza es la existencia de **una realidad fáctica** que es la obra en sí misma considerada en la que concurren varias empresas con un interés compartido y común y en el que las unas actúan como auxiliares de las otras en cadena descendente, pero bajo el control económico y técnico prevalente del dueño de la misma o, en su caso, del contratista principal.*

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

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

El negocio jurídico a cuyo través entra en juego la contrata no viene tasado por la norma laboral. La ambigüedad de los conceptos induce a pensar que las expresiones "contratas o subcontratas", por su generalidad, no cabe entenderlas referidas, en exclusiva, a contratos de obra o servicio de naturaleza privada, ya que abarcan negocios jurídicos que tuvieran tal objeto, aún correspondientes a la esfera pública, siempre que generaran cesiones indirectas y cumplieran los demás requisitos exigidos para la actuación del mencionado precepto. " *La realización de obras o servicios* " es el objeto de la contratación entre las empresas, pero la expresión ha de entenderse en sentido amplio. Lo importante, entonces, no es que medie un contrato de empresa entre las dos organizaciones productivas vinculadas, sino que entre ambas exista un negocio jurídico que sirva de cobertura al auxilio que para su propia actividad consigue el comitente.

### 3. El contrato de Agencia y la descentralización productiva.

A) Las empresas recurrentes comparan el producto de un servicio de telefonía con el de fabricante que produce elementos materiales, los almacena y luego los vende. De ahí extraen la conclusión de que tan absurdo es almacenar para luego no vender lo almacenado como tener el servicio de telefonía para después no tener a quien suministrarlo. Lo cierto es que la existencia de comerciales no es una novedad introducida por mor de la telefonía y sus específicas proyecciones en el mercado, internet, etc., si bien al final todo revierte en conceptos tradicionales, originar el producto hasta que se halle en condiciones de ser disfrutado por un usuario tan solo a falta de que éste acepte adquirirlo.

B) El artículo 1º de la Ley 12/1992 de 27 de mayo, dispone que " *por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones* " .

Como consta en los hechos probados, entre las empresas recurrentes y la empleadora de la trabajadora despedida discurría un "Contrato de colaboración" o "de Agencia comercial" con la finalidad de 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. En el debate habido tanto en suplicación cuanto ante esta Sala se reconducen los negocios jurídicos en cuestión al Contrato de Agencia de la Ley 12/1992; la sentencia recurrida considera que ello no es óbice para aplicar el artículo 42 ET y los recursos sostienen lo contrario.

C) En alguna ocasión hemos debido ocuparnos de diferenciar la contratación laboral de la contemplada en la Ley 12/1992. Cuando el agente es una persona física debe examinarse si estamos ante contratación laboral o mercantil; la nota o característica profesional que distingue la relación laboral especial del art. 2.1.f) del ET, frente al contrato de agencia mercantil, es la dependencia del trabajador ( SSTS 2 julio y 21 octubre 1996, rec. 454/1996 y 4053/1995 ). Pero si el operador mercantil no disfruta de una mínima autonomía funcional, compatible con la nota de dependencia, su relación laboral no será especial, sino de naturaleza común ( STS 13 mayo 1998, rec. 4523/1997 ).

Sin embargo, ese no es el enfoque que ahora nos ocupa. Aquí se trata de determinar si la celebración de un contrato de agencia entre dos empresas implica que se está fuera del esquema de colaboración interempresarial contemplado en el artículo 42 ET .

D) En fecha reciente esta Sala ha conocido de dos asuntos idénticos al presente, habiendo sido resueltos mediante nuestras sentencias de 15 de diciembre de 2015 (rec. 2614/2014 y 2653/2014 ) y en sentido favorable a la tesis de las recurrentes. Interesa ahora recordar los términos de nuestro razonamiento:

*"Dado el contenido de las obligaciones contraídas por Guadaltelefon S.L. y no constando que a los mismos se le añadan otros, el contrato sin duda debe ser calificado de Agencia. Una vez establecida esta conclusión el siguiente punto a definir es el de sus límites con la contrata o subcontrata. La sentencia recurrida pone el acento en un aspecto relevante del artículo 42 del E.T., la realización de la "propia actividad" de la empresa principal para definir en que casos la relación con otros sujetos es de contrata o subcontrata. Partiendo de que considera al contrato de Agencia como actividad susceptible de ser embebida en la contrata, hasta el punto de identificarse entre sí, llega a la conclusión de que este es un ejemplo de esa incardinación, la Agencia en la contrata y definiendo la vinculación por la propia actividad como la necesidad e quien produce un bien de suministrarlo.*

*Como premisa esencial, sin embargo, hay que partir de que Agencia y contrata son dos figuras plenamente diferenciadas de forma que la contrata no puede absorber a la Agencia. La esencia del contrato de Agencia es la mediación en la colocación del producto. En una empresa productora la contrata solo puede existir a largo del ciclo de producción, pues todo él es propia actividad. Por el contrario no lo es la mediación. En el caso de que una empresa, dedicada a la Agencia concertara con otra la asunción de una parte de su negocio, nos hallaríamos en presencia de una contrata al desempeñar "la propia actividad" y estar mediando no para transmitir un producto de la Agencia que la contrató sino un producto de la Principal ya que no negocia una mediación "de la mediación".*

*En el caso que nos ocupa la separación entre actividad productiva y mediación es nítida y no cabe confundir actividad con interés. Es interés de la principal colocar sus productos en el mercado pero no es su actividad existiendo empresas ya sea en exclusiva o sin ella, dedicadas a una actividad de mediación que les es propia y característica.*

*A la inversa, cabe traer a colación la S.T.S. de 20-7-2005 (R. 2160/2004 ) citada por la recurrente en la que se razona, al diferenciar las actividades de promoción y construcción y calificarlas de insertar en el mismo sector, lo que ni siquiera ocurre en las presentes actuaciones, distingue entre ambas actividades y concluye que aunque pueda existir una conexión o dependencia funcional la actividad de construcción no es una actividad inherente al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria, conclusión a la que se accede como resultado de aplicar la doctrina que refleja el segundo de sus fundamentos de Derecho".*

E) Tras nueva reflexión y amplio debate acerca de esas premisas doctrinales, consideramos que las mismas deben ser complementadas y matizadas de manera importante a fin de evitar confusiones, puesto que:

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.

#### **4. Infracción de los artículos 1 y 2.2 de la Ley de Agencia (motivos 2º y 3º de los recursos).**

A) De manera escueta y frontal, el motivo segundo de los recursos ahora examinados denuncia la infracción del artículo 1º de la Ley reguladora del Contrato de Agencia. Más arriba ha quedado expuesto su tenor.

Igualmente, en el tercer motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 2.2 de la misma Ley reguladora del Contrato de Agencia. Tras haber dispuesto el número 1 de dicho artículo 2º que no se considerarán agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes ni, en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan, el apartado en cuestión establece lo siguiente:

*" Se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios ".*

Consideran los recurrentes que la sentencia de suplicación infringe esos preceptos de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, porque no se han aplicado. Presuponen la incompatibilidad entre las previsiones del artículo 42 ET y las de la referida Ley. Conforme a su tesis, esta Ley ampara la existencia de relaciones comerciales entre empresas, configurándose de manera autónoma y diferente a la de la subcontratación. Es decir: la figura de la agencia solo se convertiría en subcontratación cuando existiese dependencia de una empresa respecto de otra. Puesto que los contratos suscritos por TE y TME se ajustan a las previsiones de la Agencia, no cabe aplicar las normas de la contrata; se está ante instituciones excluyentes de modo que "o hay dependencia, subcontratación, o hay independencia, agencia".

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.

#### **CUARTO.- Descentralización de la "propia actividad".**

##### **1. La "propia actividad".**

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

Hay que reiterar, una vez más, los trazos fundamentales que hemos expuesto en ocasiones precedentes y que aparecen compendiados, por ejemplo, en SSTs de 18 de enero de 1995 ( rec. 150/1994 ) , 24 de noviembre de 1998 (rec. 517/1998 ) , 22 de noviembre de 2002 ( rec. 3904/2001 ) , 11 mayo 2005 (rec. 2291/2004 ) y otras muchas posteriores:

Lo que determina que una actividad sea "propia" de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo.

Podría entenderse como propia actividad la "indispensable", de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo. Ello abarca las tareas complementarias.

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".

## 2. Tipología aplicativa.

Los notables los esfuerzos desplegados por las sentencias citadas y otras muchas para definir el concepto de "propia actividad" configuran la atalaya desde la cual ha de abordarse la resolución final del caso. Antes, consideramos asimismo útil recordar algunos criterios aplicativos de tal doctrina.

La celebración de convenios de colaboración entre el INEM y las empresas para la impartición de cursos de formación profesional ocupacional no constituye una relación de descentralización productiva o subcontratación sobre la propia actividad ( STS 29 octubre 1998, rec. 1213/1998 ).

Las tareas de vigilancia no forman parte de la propia actividad de una compañía eléctrica ( STS 10 julio 2000, rec. 923/1999 ) o de una Administración Pública ( STS 18 enero 1995, rec. 150/1994 ).

La construcción de inmuebles por parte de empresa constructora no constituye *actividad propia* de una empresa de promoción inmobiliaria, siendo inaplicables las responsabilidades del art. 42 ET respecto de trabajadores de empresa auxiliar ( SSTs 20 julio 2005, 2160/2004 y 2 octubre 2006 , rec. 1212/2005 ).

Responde solidariamente como empresario principal el Colegio Mayor que tiene descentralizado el servicio de comedor y cafetería ( STS 24 noviembre 1998, rec. rec. 517/1998 ).

El transporte sanitario se considera "actividad propia" de un Servicio Público de Salud por tratarse de una actividad indispensable para prestar una atención sanitaria correcta ( STS 29 octubre 2013 rec. 2558/2012 ).

La instalación de postes y tendido aéreo de cables telefónicos constituye *actividad propia* de Compañía Telefónica, entrando en juego las responsabilidades del art. 42 ET respecto de trabajadores de empresa auxiliar ( STS 22 noviembre 2002, rec. 3904/2001 ).

El servicio de atención a personas mayores en Centros de Día constituye una propia actividad del Ayuntamiento que éste ha asumido y para la que es competente, con independencia de que su prestación le sea legalmente exigible; en consecuencia, el Ayuntamiento que gestiona dicho servicio de forma indirecta asume la responsabilidad solidaria como empresa principal por la deudas salariales de la concesionaria ( STS 5 diciembre 2011, rec. 4197/2010 ).

## 3. Actividad auxiliar de telefonía (Motivo 1º del recurso) .

A) El motivo primero de los recursos denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 42 ET . Considera que no estamos ante una encomienda a terceros para que realicen tareas de la "propia actividad".

Su primer bloque argumental se centra en exponer que la comercialización "no es inherente solo al ciclo productivo de las empresas de telefonía, sino que lo es a cualquier actividad empresarial".

B) Que las empresas de telefonía demandante hayan podido descentralizar la misma actividad que otras muchas empresas en modo alguno constituye argumento contrario a que la misma sea inherente al ciclo productivo.

El artículo 42 ET no parte de una consideración ilegal o patológica de la descentralización productiva (como si lo hace el artículo 43 ET) sino de su licitud; su finalidad y perspectiva, como queda expuesto, se dirige hacia el afianzamiento de ciertos derechos de quienes prestan su actividad al servicio de empresas contratistas o subcontratistas. Por lo tanto, en abstracto, nada de extraño hay en que ese refuerzo actúe en cualquier sector de actividad, incluso en todos. La clave radica, como queda dicho, en si las funciones encomendadas por TE y TME a Guadatelefon corresponden a la "propia" actividad en el sentido expuesto.

C) Entrando frontalmente en el decisivo tema de si los contratos de agencia o de colaboración celebrados afectan a la "propia" actividad de las empresas recurrentes, su segunda línea argumental rechaza que las funciones descentralizadas sean inherentes al ciclo productivo de la telefonía. Y aquí se enlaza con los motivos de recurso 2º y 3º: no concurre ese presupuesto porque todo se ha canalizado a través del contrato de Agencia, excluyente de la contrata.

D) En línea con lo pretendido por TME y TE, nuestras SSTS de 15 diciembre 2015 (rec. 2614/2014 y 2653/2014) han expuesto lo siguiente:

*En una empresa productora la contrata solo puede existir a largo del ciclo de producción, pues todo él es propia actividad. Por el contrario no lo es la mediación. En el caso de que una empresa, dedicada a la Agencia concertara con otra la asunción de una parte de su negocio, nos hallaríamos en presencia de una contrata al desempeñar "la propia actividad" y estar mediando no para transmitir un producto de la Agencia que la contrató sino un producto de la Principal ya que no negocia una mediación "de la mediación".*

*En el caso que nos ocupa la separación entre actividad productiva y mediación es nítida y no cabe confundir actividad con interés. Es interés de la principal colocar sus productos en el mercado pero no es su actividad existiendo empresas ya sea en exclusiva o sin ella, dedicadas a una actividad de mediación que les es propia y característica.*

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 .

F) En el mismo sentido, el Ministerio Fiscal ha subrayado la peculiaridad del proceso productivo de la empresa principal, tanto en razón de las propias características de la actividad, -que exige la existencia de un número suficiente de clientes que mantengan la operativa necesaria para la prestación del servicio- como en razón de las peculiares circunstancias concurrentes en el desarrollo del mercado del servicio de telefonía, donde lo normal no es la adquisición del servicio asumiendo el riesgo de la operación-.

Tanto es así que las empresas principales (TDE y TM) también llevan a cabo directamente y por sí mismas esta actividad (comercialización de sus productos) que en el caso presente se confió a otra mercantil mediante el oportuno contrato de agencia.

G) Hemos de subrayar que estamos sentando un criterio interpretativo a partir de los hechos probados en el procedimiento. Por ejemplo, si las Compañías telefónicas principales no vendieran sus productos a clientes minoristas o finales, sino que se limitaran a permitir el transporte de datos a través de sus redes (cobrando por ello a los empresarios que explotaran el servicio) la respuesta podría ser distinta a la ahora dada. Lo mismo cabe decir se tratase de vender terminales telefónicos elaborados por una fábrica, por ejemplificar cuanto deseamos decir.

H) En la STS 20 julio 2005 (rec. 2160/2004 ), aunque examinando la colaboración entre una promotora inmobiliaria y una empresa constructora, realizamos una reflexión de interés para el caso presente: *el supuesto de hecho del artículo 42 del ET parte de una conexión intensa entre las actividades del principal y del contratista, de manera que se produzca una cierta implicación de las organizaciones de trabajo de los empresarios, como se pone de relieve en el debate sobre el denominado "elemento locativo de la contrata" ya en gran medida superado por las nuevas tecnologías que permiten establecer una implicación entre organizaciones de trabajo por encima de la presencia en el mismo lugar de trabajo .*

Esa conexión intensa se produce en nuestro caso: los empleados de las contratistas actúan en nombre de la principal, fidelizan al público como clientes de la principal, entran en el sistema operativo de la principal, resuelven dudas planteadas en relación con los servicios ofertados por la principal, actúan en nombre de la principal, etc. No cabe duda de que se trata de actividad inherente al ciclo productivo de una empresa de telefonía que suministra servicios a clientes finales.

H) A la vista de todo ello, de conformidad con el Informe del Ministerio Fiscal, los recursos deben ser desestimados e impuestas las costas a las recurrentes, por mandato del artículo 235.1 LRJS .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLO

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

1) Desestimar los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., representadas y defendidas por la Letrada Sra. Pérez Crespo, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 11 de abril de 2014, en el recurso de suplicación nº 393/2014 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 15 de octubre de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo , en los autos nº 548/2013, seguidos a instancia de Dª Raquel contra D. Genaro , Dª Visitacion , la empresa CANAL TELEMARKETING, S.L., GUADALETEFON, S.L., TELEFONÍA TERMATEL, S.L., BLUCOM REDES Y COMUNICACIONES, S.L., COMUNICACIONES EUROTRÓNICA, S.L., TELEMARKETING GALICIA, S.L., SILICOM VAL, S.L., TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y MOBILE MESSAGE SYSTEMS, S.A., sobre despido. 2) Declarar la firmeza de la sentencia recurrida. 3) Imponer a las recurrentes vencidas las costas derivadas de su respectivo recurso de casación para la unificación de doctrina.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina Dª Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez Dª Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Dª Rosa Maria Viroles Piñol Dª Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan D.



Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D. Jesus Souto Prieto D. Jordi Agusti Julia

## VOTO PARTICULAR

### **VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA EXCMA. MAGISTRADO SRA. D<sup>a</sup> Maria Milagros Calvo Ibarlucea DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ART. 260.2 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EL 21 DE JULIO DE 2016 EN EL RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Nº 2147/2014.**

La existencia del contrato de agencia con entidad propia figura así desde la L. 12 de 27 de mayo de 1992 y no se ha visto alterada por la redacción dada al artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, de seguir la tesis mayoritaria debía derogar al menos en parte la citada Ley a fin de subsumirla en sus previsiones como una modalidad de contrata.

No cabe confundir el contrato de Agencia con un negocio jurídico fraudulento que en realidad fuera una contrata.

La llamada conexión intensa tampoco sirve para declarar la existencia de fraude o para declarar que un contrato de Agencia válido, es un contrato de Agencia débil, cuya debilidad aun manteniendo la licitud de la figura la traslada desde su propio ámbito al de la contrata.

Ni siquiera el hecho de que quien suministra el producto o el servicio pudiera comercializarlo por sí en vez de encomendarlo a la empresa comisionista sirve para impedir que se reconozca la figura del contrato de Agencia.

Como ya se razonó en anteriores sentencias de esta Sala de 15 de diciembre de 2014 (R.C.U.D. 2653/2014) y (R.C.U.D. 2614/2014).

«Lo cierto es que la existencia de comerciales no es una novedad introducida por mor de la telefonía y sus específicas proyecciones en el mercado, internet, etc., si bien al final todo revierte en conceptos tradicionales, originar el producto hasta que se halle en condiciones de ser disfrutado por un usuario tan solo a falta de que éste acepte adquirirlo. En un mercado tan característico como es el del aseguramiento la única controversia a propósito del carácter de los comerciales se produce entre el contrato de Agencia y el de relación laboral en función del modo en que las funciones son desempeñadas pero sin que se cuestione que una vez realizadas con plena autonomía, el contrato es de Agencia.

Establecida como base la separación entre el contrato de Agencia y la contrata o subcontrata resta por determinar si la actividad llevada a cabo por Guadaltelefon, S.L. y Telemartel, S.L., sucesivamente son incardinables en una u otra figura jurídica.

El artículo 1º de la Ley 12/1992 de 27 de Mayo califica como contrato de agencia obligarse a "promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlas y concluir las por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones".

Deberá examinarse el contenido del ordinal primero de los hechos declarados probados en busca de la descripción del contrato existente entre Telefónica Móviles de España S.A. y las empresas Guadaltelefon, S.L. y Telefonía Telemartel S.L., y así consta como objeto el contrato celebrado el 1-7-2010 "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 exclusiva".

Dado el contenido de las obligaciones contraídas por Guadaltelefon S.L. y no constando que a los mismos se le añadan otros, el contrato sin duda debe ser calificado de Agencia. Una vez establecida esta conclusión el siguiente punto a definir es el de sus límites con la contrata o subcontrata. La sentencia recurrida pone el acento en un aspecto relevante del artículo 42 del E.T., la realización de la "propia actividad" de la empresa principal para definir en que casos la relación con otros sujetos es de contrata o subcontrata. Partiendo de que considera al contrato de Agencia como actividad susceptible de ser embebida en la contrata, hasta el punto de identificarse entre sí, llega a la conclusión de que este es un ejemplo de esa incardinación, la Agencia en la contrata y definiendo la vinculación por la propia actividad como la necesidad de quien produce un bien de suministrarlo.

Como premisa esencial, sin embargo, hay que partir de que Agencia y contrata son dos figuras plenamente diferenciadas de forma que la contrata no puede absorber a la Agencia. La esencia del contrato

de Agencia es la mediación en la colocación del producto. En una empresa productora la contrata solo puede existir a largo del ciclo de producción, pues todo el es propia actividad. Por el contrario no lo es la mediación. En el caso de que una empresa, dedicada a la Agencia concertara con otra la asunción de una parte de su negocio, nos hallaríamos en presencia de una contrata al desempeñar "la propia actividad" y estar mediando no para transmitir un producto de la Agencia que la contrató sino un producto de la Principal ya que no negocia una mediación "de la mediación".

En el caso que nos ocupa la separación entre actividad productiva y mediación es nítida y no cabe confundir actividad con interés. Es interés de la principal colocar sus productos en el mercado pero no es su actividad existiendo empresas ya sea en exclusiva o sin ella, dedicadas a una actividad de mediación que les es propia y característica.

A la inversa, cabe traer a colación la S.T.S. de 20-7-2005 (R. 2160/2004 ) citada por la recurrente en la que se razona, al diferenciar las actividades de promoción y construcción y calificarlas de insertar en el mismo sector, lo que ni siquiera ocurre en las presentes actuaciones, distingue entre ambas actividades y concluye que aunque pueda existir una conexión o dependencia funcional la actividad de construcción no es una actividad inherente al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria, conclusión a la que se accede como resultado de aplicar la doctrina que refleja el segundo de sus fundamentos de Derecho: "*SEGUNDO.- La noción de "propia actividad" ha sido ya precisada por la doctrina de la Sala en las sentencias de 18 de enero de 1995 , 24 de noviembre de 1998 y 22 de noviembre de 2002 en el sentido de que lo que determina que una actividad sea «propia» de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo. En este sentido la sentencia de 24 de noviembre de 1998 señala que en principio caben dos interpretaciones de este concepto: a) la que entiende que propia actividad es la "actividad 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; y b) la que únicamente integra 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. En el primer caso, se incluyen como propias las tareas complementarias. En el segundo, estas labores no «nucleares» quedan excluidas del concepto y, en consecuencia de la regulación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores . Pero, como precisa la sentencia citada, recogiendo la doctrina de la sentencia de 18 enero 1995 , «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 del Estatuto de los Trabajadores que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente y, por ello, se concluye que "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" .*

De su aplicación resulta que la comercialización del producto o bien se gestiona a través del contrato de Agencia o bien se asume como propia aun sin corresponder al ciclo productivo a través de la relación laboral de carácter especial en cuyo caso la disyuntiva se plantearía entre esas dos figuras jurídicas y en ningún caso entre el contrato de Agencia del artículo 1º de la L. 12/1992 de 27 de mayo y la contrata o subcontrata del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores .».

Existe una variedad extensa de comercialización de productos, Agencias inmobiliarias, Correduría de Seguros, y también otras posibilidades de Agencia menos conocidas y tradicionales sin que por ello se desvirtúe su naturaleza.

No se aprecia en la sentencia suficiente claridad a propósito de si nos hallamos ante una contrata fraudulenta o ante una Agencia «debilitada» por la conexión intensa. Al parecer esa conexión intensa consiste en el acceso de los trabajadores de la comisionista al sistema operativo de la comitente.

En definitiva, la sentencia ha venido a mantener la licitud del contrato de Agencia pero atribuyendo los efectos de una contrata, con lo cual el estado de inseguridad creado es notable.

Así concluye que 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.

A eso añadiría el voto particular que hasta podría prescindirse de un carácter restrictivo del concepto de «propia actividad» como se advierte en supuesto tan característico como son los servicios de restauración



ofrecidos en centros sanitarios y de enseñanza. Es innegable que las actividades son absolutamente dispares, pero la figura de la Contrata se halla presente. Son supuestos en los que la principal incluye en su esfera de actividad, sin ser su actividad una cartera de servicios que afecta a una mayor valoración de su producto o servicio y es por ese conducto que la actividad, ajena a la suya por naturaleza pasa a ser propia, asumida como tal sin serlo y encomendada a una contratista.

Remite la sentencia al informe del Ministerio Fiscal, haya que suponer que incluye la mención de que bastaría con denominar el contrato como Agencia para zafarse de la aplicación del artículo 42 el que las empresas acudiesen al recurso de instrumentar sus relaciones contractuales con las empresas contratistas acudiendo al contrato de Agencia, por ser la terminología que la propia sentencia reproduce.

Con ello se vendría a significar que un Contrato de Agencia lo sería solo de nombre pero encubriendo una contrata. Desde luego que el voto particular compartiría esa afirmación si el contrato tiene de Agencia tan solo el nombre y encubre una contrata porque en tal caso nos hallaríamos ante un fraude debiendo prevalecer la figura de la contrata. Pero no es ese el eje central de la sentencia mayoritaria sino la carencia de una entidad propia por parte del contrato de Agencia que le erige en una «actividad propia» no del Agente. Ello no impide, a juicio del voto particular que, al revés de lo que sucede en la contrata sea el comitente el que, en función de su propio interés, decide asumir por sí la búsqueda de clientes y conclusión de operaciones, sin que con ello se vea incrementado el valor de su producto.

Madrid, a 21 de julio de 2016.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro y el voto particular que formula la Excmo. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> María Milagros Calvo Ibarlucea 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.