

## **Existe libertad de pacto para elegir el Convenio Colectivo aplicable si la actividad preponderante de la empresa no se subsume en ningún convenio**

**Confirma el TS la sentencia que desestimó la demanda presentada contra The Phone House en la que se pretendía por la trabajadora recurrente la aplicación del Convenio General de Comercio de Málaga a la actividad desarrollada por la empleadora, habiéndose pactado en el contrato el sometimiento de las partes al Convenio Colectivo de Comercio de Madrid.**

En aplicación de la doctrina establecida por la Sala y, estando acreditado que la actividad preponderante de la empresa consiste en la comercialización e intermediación como agente distribuidor entre los diferentes operadores de telecomunicaciones y los clientes finales de los mismos para la realización de ofertas y tramitaciones de altas entre dichos operadores y clientes, dicha actividad no se subsume ni en el convenio colectivo para el Comercio Vario de la Comunidad de Madrid, ni en el convenio colectivo para el Comercio en General de Málaga y su provincia. Consecuentemente, si no hay convenio de aplicación, nada impide que las partes acuerden libremente la aplicación de uno de esos convenios.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia 1232/2023, de 21 de diciembre de 2023**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 2900/2021

Ponente Excmo. Sr. SEBASTIAN MORALO GALLEGO

En Madrid, a 21 de diciembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Manuel F. Ponce Cabezas, en nombre y representación de D.ª Emma, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga núm. 923/2021, de 26 de mayo, dictada en el recurso de suplicación núm. 202/2021, que resolvió el formulado contra la sentencia núm. 254/2020, de 23 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga, recaída en autos núm. 1107/2019, seguidos a instancia de D.ª. Emma frente a The Phone House Spain, S.L.U., en materia de reconocimiento de derecho y cantidad.

Ha sido parte recurrida The Phone House Spain, S.L., representado y defendido por la letrada D.ª María del Pilar Sierra Izquierdo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 23 de octubre de 2020 el Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- D.ª Emma presta servicios por cuenta de The Phone House Spain, S.L.U, en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial de 15-6-15, conversión en indefinido de contrato temporal de 15-6- 15, con la categoría de dependiente. En dicho contrato se pacta el sometimiento de

las partes al convenio colectivo de comercio de Madrid. ". Actividad económica de la empresa, intermediarios del comercio de productos diversos.

SEGUNDO.- El 23-11-17 se firmo anexo al contrato, por el que ambas partes acuerdan modificar la jornada del contrato, siendo el nuevo horario de 40 horas semanales, de lunes a domingo con dos días de descanso semanal, folio 183.

TERCERO.- Las nominas de la actora del periodo reclamado de septiembre a diciembre de 2018, enero y febrero de 2019, marzo a Junio de 2019, julio a diciembre de 2019, enero y febrero de 2020, 13 días de marzo de 2020, de 2 de junio de 2020 a 30 de junio de 2020, julio a septiembre de 2020, obra a los folios 100 a 120.

CUARTO.- En nomina se recoge la categoría profesional de dependiente y puesto de trabajo asesor del cliente.

QUINTO.- En nómina se abona salario base, plus transporte, pp extra beneficios, pp extra julio, pp extra Navidad, incentivos y comisiones.

SEXTO.- La empresa está dada de alta en el epígrafe de actividad 631 y código CNAE 4619 "intermediarios de comercio". Folio 204. Su domicilio social está en Vía de las dos Castillas, 33. Pozuelo de Alarcón (Madrid). En la escritura de fusión de sociedades The Phone House Spain SLU de 28- 03-2012 se establece que la empresa Tiene como objeto social: "Como actividad real y preponderante: 1.- La mediación, como agente o distribuidor, entre los diferentes operadores de telecomunicaciones y los clientes finales de los mismos para la realización de ofertas y tramitaciones de altas entre dichos operadores y los clientes. Como actividades secundarias: 2.- La compra, venta, alquiler, distribución y reparación de toda clase de aparatos de telefonía móvil, informática, centralitas telefónicas y ocio audiovisual, así como equipos electrónicos y de telecomunicaciones y de cualquier producto accesorio y/o complementario de los anteriormente mencionados, así como la realización de actividades y/o prestación de servicios de publicidad y marketing relacionadas con las mencionadas actividades....". Folios 213 a 247. En nota del Registro Mercantil expedida el día 18/12/2019 se establece como objeto social de la demandada: la mediación como atente o distribuidor entre los diferentes operadores de telecomunicaciones y los clientes finales de los mismos para la realización de ofertas y tramitaciones de altas entre dichos operadores y los clientes. Folios 321 a 322.

SÉPTIMO.- En fecha 31/12/2019 por la entidad Global Dominión Accese se emite informe de auditoria de cuentas anuales de la demandada, cuyo contenido se da por reproducido, folios 251 a 320.

OCTAVO.- El 20 de abril de 2012, por Forestpartners se emitió informe pericial en relación a la actividad de la empresa cuyo contenido se da por reproducido, folio 324 a 342.

NOVENO.- La empresa demandada fija anualmente objetivos de consecución y en el periodo reclamado no consta que se fijasen objetivos de ventas en terminales libres, folio 391, 395.

DÉCIMO.- En la pagina web de la empresa demandada se realizan ofertas de móviles gratis concertando contratos con las distintas operadoras.

UNDÉCIMO.- En el mes de enero de 2019 la entidad demandada edita catalogo de producto y ofertas de planes de servicios de fibra, adsl, llamadas con las distintas entidades de telefonía, cuyo contenido se da por reproducido, folios 38 a 69

DECIMOSEGUNDO.- La actora el 14-3-20 entro en suspensión del contrato de trabajo por ERTE incorporándose el 2-6-20 a tiempo parcial.

DECIMOTERCERO.- La actora ha prestado servicios en centro de trabajo de Larios Málaga y Plaza Mayor.

DECIMOCUARTO.- Se presento papeleta de conciliación ante el CMAC el 27-9-19 estando previsto el acto de conciliación para el 22-4-20.

DECIMOQUINTO.- La demanda es de fecha 15-11-19."

En la sentencia de instancia consta como parte dispositiva:

"Desestimar la demanda interpuesta por D.ª Emma, contra la empresa The Phone House Spain, S.L.U, sobre reclamación de cantidad, absolviendo a la demandada de la demanda formulada de contrario."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la parte demandante ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga, cuya sentencia de 26 de mayo de 2021, contiene la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por Emma, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº NUEVE de MÁLAGA de fecha 23/10/2020., recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por Emma contra THE PHONE HOUSE SPAIN S.L.U. sobre CANTIDAD, y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, sin costas."

TERCERO.- El Letrado de la parte actora formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Invoca como sentencia de contraste la STSJ Andalucía/Málaga num. 1671/2012, de 25 de octubre, rec. 1221/2012, y denuncia la infracción de los artículos 1 y 2 del Convenio Colectivo del Comercio en General para Málaga y su provincia, así como lo establecido en los artículos 37.1 CE, 82 y 85.1 y 2 del E.T, en cuanto al valor normativo de los convenios colectivos.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de desestimar el presente recurso. El recurso ha sido impugnado por The Phone House Spain, S.L., que pide su inadmisión por falta de contradicción, y subsidiariamente su desestimación, por ser la sentencia recurrida la que contiene la doctrina correcta.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de diciembre de 2023, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. - La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en decidir si el convenio colectivo aplicable a la relación que vincula a las partes es el General del comercio de Málaga como pretende la demandante o el Convenio Colectivo del Comercio de Madrid que es el que se venía aplicando.

La actora viene prestando servicios para The Phone House Spain SL, con la categoría profesional de dependiente y puesto de trabajo asesora del cliente, habiéndose pactado en el contrato el sometimiento de las partes al convenio colectivo de comercio de Madrid. La actividad económica de la empresa es la de intermediarios del comercio de productos diversos. Figura en el HP 6.º el objeto social de la demandada según la nota del Registro Mercantil y la escritura de fusión de sociedades.

2.- La sentencia de instancia desestima la demanda, en síntesis, porque no estando incluida la actividad preponderante de la empresa The Phone House Spain S.L.U. en convenio colectivo alguno, sin ser de aplicación el de comercio por ser la actividad de venta de terminales una actividad secundaria, las partes pueden someterse libremente al convenio colectivo de su elección, como así hicieron al del Comercio de Madrid y su provincia y no resulta de aplicación el Convenio General de Málaga, como pretendía la ahora recurrente.

La Sala de suplicación, con remisión a sus precedentes (Rec 1677/19), sostiene que la actividad preponderante de la empresa The Phone House Spain S.L.U., es la comercializar e intermediar, como agente o distribuidor, entre los diferentes operadores de telecomunicaciones y los clientes finales de

los mismo para la realización de ofertas y tramitaciones de altas entre dichos operadores y clientes, siendo actividad secundaria la venta de terminales móviles. Argumenta que al no estar incluida la actividad preponderante en convenio alguno y no ser de aplicación el del comercio por ser la venta de terminales secundaria hay que estar al pacto entre los sujetos de la relación laboral que despliega toda su fuerza vinculante. Por tanto, no es de aplicación el Convenio Colectivo del Comercio de Málaga y su provincia, al haber lícitamente optado las partes por aplicar el de Madrid, y en consecuencia, es éste, el que rije sus relaciones laborales.

3. - El recurso de casación unificadora la parte actora plantea que la doctrina correcta se halla en la sentencia de contraste, en el sentido de que la actividad de la empresa estaría incluida en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo General del Comercio para Málaga y su provincia. Denuncia, por ello, la infracción de los arts. 1 y 2 del CCOL General de Málaga y su provincia, así como los arts. 37.1 CE, arts. 82, 85.1 y 2 ET.

4.- El Ministerio Fiscal informa a favor de la desestimación del recurso, con remisión a nuestra STS núm. 65/2022, de 25 de enero, RCU 1565/2020, de la que resultaría que el convenio colectivo aplicable es del Comercio de Madrid.

La empresa demandada impugna el recurso, pidiendo que se inadmita por inexistencia de contradicción o, subsidiariamente, que se desestime, por ser plenamente correcta y ajustada a derecho la doctrina contenida en la Sentencia recurrida, confirmándola totalmente.

5.- Debemos resolver en primer lugar, si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1.º LRJS, que impone que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

Del examen de la sentencia recurrida y la de contraste resulta que, al contrario de lo que sostiene la impugnante, existe contradicción, concurriendo hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. En efecto, la sentencia recurrida entiende que la actividad de venta de terminales es una actividad secundaria, por lo que no es aplicable el convenio de comercio, siendo el aplicable el convenio al que libremente se ha sometido las partes en el contrato, el Convenio de Comercio de Madrid. La sentencia referencial, por el contrario, en atención a lo dispuesto en sentencias anteriores de la misma Sala, aplicando el principio de cosa juzgada material, declara que es aplicable el Convenio Colectivo de Comercio en General de la provincia de Málaga. Por el contrario, la recurrida, aun reconociendo la existencia de sentencias previas que determinaron que era de aplicación el Convenio de Málaga, razona que lo hicieron en base a debates distintos al actual, puesto que en aquel caso se entro a analizar el ámbito de aplicación territorial del convenio y ahora se cuestiona la actividad preponderante de la empresa.

SEGUNDO.- 1.- La Sala ya ha tenido ocasión de resolver la cuestión controvertida en el recurso, concretamente en la STS núm. 65/2022, de 25 de enero, -rcud. 1565/2020-, en la que fijamos el siguiente criterio:

"4. La Sala considera, al igual que el Ministerio Fiscal, que la doctrina correcta corresponde a la sentencia recurrida, toda vez que, acreditado que la actividad preponderante de la empresa consiste en la comercialización e intermediación como agente distribuidor entre los diferentes operadores de telecomunicaciones y los clientes finales de los mismos para la realización de ofertas y tramitaciones de altas entre dichos operadores y clientes, es claro que dicha actividad no se subsume ni en el convenio colectivo para el Comercio Vario de la Comunidad de Madrid, ni en el convenio colectivo para el Comercio en General de Málaga y su provincia.

Consecuentemente, si no hay convenio de aplicación, nada impide que las partes acuerden libremente la aplicación de uno de esos convenios, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.1.c ET, en relación

con los arts. 1089, 1091 y 1255 CC, no vulnerándose, por tanto, lo dispuesto en el art. 37.1 CE, ni los arts. 82 y 85.1 y 2 ET, toda vez que, el pacto antes dicho tuvo un objeto lícito, al no ser aplicable ningún convenio, lo que impide por sí mismo, que en el mismo se estableciera condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos."

No concurriendo en el presente caso circunstancias fácticas o jurídicas distintas a las que entonces valoramos, elementales criterios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley ( arts. 9.3 y 14 CE), nos conducen a reiterar dicho criterio.

TERCERO.- 1.- Partiendo de cuanto queda expuesto, conforme al Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte actora contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga núm. 923/2021, de 26 de mayo, dictada en el recurso de suplicación núm. 202/2021, que debe ser confirmada, declarando su firmeza.

Todo ello, sin costas, conforme al art. 235 LRJS.

### **FALLO**

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

1. Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D.<sup>ª</sup> Emma, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga núm. 923/2021, de 26 de mayo, dictada en el recurso de suplicación núm. 202/2021, que resolvió el formulado contra la sentencia núm. 254/2020, de 23 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga, recaída en autos núm. 1107/2019, seguidos a instancia de D.<sup>ª</sup> Emma frente a The Phone House Spain, S.L.U.
2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida.
3. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.