

¿Es la empresa agente comercial un subcontratista de la empresa principal?: consecuencias laborales

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Las garantías laborales para la subcontratación establecen que el empresario principal deberá responder solidariamente de las obligaciones de la Seguridad Social contraídas por contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata en los tres años siguientes a la terminación de su encargo. Cuando entre las partes se negocia un contrato de agencia en virtud del cual una empresa se compromete a promover la venta o contratación de los productos y servicios en nombre de la principal, se hace para subrayar la independencia de actuación entre una y otra; sin embargo, la norma laboral en materia de subcontratación puede imponerse.

1. En virtud de lo dispuesto en la Ley 12/1992, de 27 de mayo (BOE de 29 de mayo) sobre Contrato de Agencia, cuando el agente es una persona física, deberá examinarse si se trata de una contratación laboral o mercantil, siendo la nota característica diferenciadora la dependencia del trabajador. Pero cuando el contrato de agencia se celebra entre dos empresas, la relación entablada por ellas afecta, por extensión, a sus trabajadores, por lo que en la práctica se cuestiona la debida aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

La premisa de partida no puede ser otra que el hecho de que contrato de agencia y contrata laboral responden a dos figuras distintas y, *a priori*, la contrata no puede absorber el contrato de agencia. La esencia del contrato de agencia es la mediación en la colocación del producto. Ésta fue la solución adoptada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de diciembre del 2015 (Ar. 6223) en relación con un supuesto de similar factura (comercialización

de telefonía móvil) que ahora analiza de nuevo, modificando su criterio, en su Sentencia de 21 de julio del 2016 (Ar. 4510). Allí el Tribunal concluyó que «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» (FJ 2). O, como apuntara la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio del 2005 (Ar. 5595), al diferenciar las actividades de promoción y construcción, «aunque pueda existir una conexión o dependencia funcional[,] la actividad de construcción no es una actividad inherente al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria» (FJ 3).

Ahora, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio del 2016 (Ar. 4510), incide en esta relación y modifica su tesis anterior

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

para subrayar que el hecho de 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 del Estatuto de los Trabajadores. Si el contrato de agencia sirve para descentralizar la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, deberán operar las garantías laborales. El dato formal que suministra el tipo de negocio jurídico que discurre entre las empresas no basta para excluir el juego del mencionado artículo 42. De hecho, la norma laboral 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 podría ser de Derecho público o de Derecho privado, temporal o permanente, a título oneroso o gratuito, que abarcara obras o servicios, tipificado o típico, referido a un aspecto nuclear o a una cuestión colateral del proceso productivo, comunicado a la clientela o mantenido en reserva, etcétera. «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» (FJ 3).

El Tribunal Supremo considera que la citada 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 en lo que respecta a los derechos de los eventuales empleados al servicio del agente. Lo relevante a efectos de aplicar el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores no es el contrato que vincula al principal con el contratista, el cual puede ser perfectamente un contrato de agencia con la nota de la independencia en el ejercicio de la actividad que lo caracteriza. Pero eso no significa necesariamente abandonar las garantías

laborales pues, de ser así, «bastaría para zafarse de la aplicación del art. 42 ET que las empresas principales instrumentasen sus relaciones con los contratistas acudiendo a la Ley del Contrato de Agencia» (FJ 3).

2. En el supuesto que analiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio del 2016 (Ar. 4510), dos empresas de telefonía (Telefónica Móviles España, S. A. U., y Telefónica de España, S. A. U.) encomiendan a diferentes y numerosas empresas auxiliares mediante agencia mercantil la tramitación de los servicios de comercialización de los equipos, sistemas, aparatos y servicios de telefonía móvil, la mediación en la contratación de los servicios y equipos de telecomunicaciones y la promoción y fomento del uso y consumo de los mismos equipos y servicios. Ante la reclamación por despido de una trabajadora de una de las empresas auxiliares, se suscita el debate sobre la responsabilidad solidaria de todas las empresas y la condena de las principales.

Pues bien, para que se aplique la norma laboral deberá determinarse 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 la norma laboral («los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios a la propia actividad de aquéllos...»). Como señala la sentencia en cuestión, 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, etcétera. Pero lo que determina que una actividad sea «propia» de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo, lo 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. Eso significa que, «de no haberse concertado la contrata, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial» [SSTS de 22 de

noviembre del 2002 (Ar. 510/2003) y de 11 de mayo del 2005 (Ar. 6026, FJ 6)].

En esta línea y partiendo de la consideración de que «propia actividad» sólo es la inherente y absolutamente indispensable para la realización del objeto de la empresa principal, ahora la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio del 2016 (Ar. 4510) entiende que la actividad de comercialización del servicio de telefonía es, atendiendo al servicio prestado 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. No se trata de una actividad semejante a la de fabricación de productos acabados que se pueden fabricar aun no existiendo compradores en el momento de la fabricación —sin perjuicio de empezar su comercialización cuando esté fabricado o, incluso, de poder acumular *stocks*—, sino que, en este caso, la actividad depende de la existencia de un número suficiente de clientes que mantengan la operativa necesaria para la prestación del servicio. De tal forma que, de no llevar a cabo dicha actividad la empresa subcontratada, debería hacerlo la empresa principal con su propio personal.

Por esta razón, la sentencia concluye que ni atendiendo a las propias características de la actividad de telefonía ni a las circunstancias en las cuales se desarrolla el mercado del servicio de telefonía podría admitirse que la actividad de comercialización no es inherente para la realización de la actividad de telefonía, con la consiguiente aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Tanto es así que las empresas principales también efectúan directamente y por sí mismas esta actividad (comercialización de sus productos), aunque en este caso concreto se confiara a otra mercantil mediante contrato de agencia. Los empleados de la contratista actúan en nombre de las empresas principales, fidelizan al público como clientes de estas últimas, entran en sus sistemas operativos, resuelven dudas planteadas en relación con los servicios ofertados por las empresas principales, actúan en su nombre. Por lo que, en conclusión, «no cabe duda, pues, de que se trata de actividad inherente al ciclo productivo de una empresa

de telefonía que suministra servicios a clientes finales» (FJ 4).

3. Aunque constituye ésta una solución no pacífica, a juzgar por el voto particular que la acompaña y aun cuando el pronunciamiento admite que se modifica el criterio respecto de sentencias anteriores únicamente «a partir de los hechos probados en el procedimiento» y no en todo caso, lo cierto es que se trata de un pronunciamiento decisivo y nada circunstancial. Que empresas con actividad independiente se encuentren afectadas por la cadena de responsabilidades que establece el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores es el objeto propio del precepto. En el orden social se ha considerado que el empresario principal es responsable de lo que ocurra en toda la cadena de descentralización porque, siguiendo una máxima propia del Derecho privado, quien está en condiciones de obtener un beneficio también ha de responder de los perjuicios que puedan derivar de él. Pero, con esta decisión, el alcance del precepto se sobredimensiona al responder el empresario principal de los trabajadores de las empresas que no producen, sino que comercializan sus productos.

Es cierto que aquí la actuación de la contratista se hace en nombre de las comitentes, pero considerar la comercialización «propia actividad» de quien produce —y admitiendo y subrayando la cautela que introduce esta sentencia sobre la necesidad de articular esta solución para este concreto supuesto de hecho— supone extrapolar potencialmente el alcance del precepto a todas las actividades productivas que requieren ser comercializadas por la empresa que fabrica o por un tercero. Tan sólo la indicación de que la comercialización constituya elemento «nuclear» de la propia actividad de la empresa principal permitiría introducir un límite a tan amplio espectro de actuación. Cuando es «interés» de la principal colocar sus productos en el mercado, pero no es su «actividad», entonces se entenderá que existe distinción entre agencia mercantil y subcontratación laboral. Mas si —como se expone en el pronunciamiento analizado en relación con la telefonía móvil— la comercialización del servicio se estima inherente y absolutamente indispensable para la realización de la actividad de la empresa de telefonía, en

ese caso, la descentralización de una actividad «propia» de la empresa conllevará necesariamente la aplicación de la norma laboral. Una

línea de diferenciación sumamente tenue en un mercado globalizado, tecnológico, de servicios y complejo como el actual.