



A FONDO

RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES EN CONTRATOS DE AGENCIA, DE DISTRIBUCIÓN, FRANQUICIA

en breve

En el presente artículo se analizará una posible extensión de la responsabilidad a la empresa principal en aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (42 ET) en contratos de agencia, de distribución, franquicia, con especial incidencia en el sector de la telefonía.*

sumario

- ¿Qué establece el artículo 42 ET?
- ¿Qué tienen que ver los contratos de comercialización con la subcontratación de obras y servicios?
- La doctrina jurisprudencial y sus excepciones
- La sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 707/2016 de 21 de julio
- Posibles consecuencias de la consolidación de esta línea jurisprudencial
- Mención al voto particular de la STS de 707/2016 de 21 de julio

autor

Mariona Valls Mateu

Abogada – Abdón Pedrajas & Molero

¿QUÉ ESTABLECE EL ARTÍCULO 42 ET?

A grandes rasgos, el artículo 42 ET establece los supuestos de responsabilidad de la empresa principal en las deudas salariales de las contratadas y subcontratadas. Esta responsabilidad opera automáticamente cuando la principal y la contratista o subcontratista reúnen el requisito de la propia actividad.

El concepto de “propia actividad” es un concepto jurídico indeterminado que ha ido evolucionando jurisprudencialmente, siempre debatiéndose entre dos interpretaciones, la interpretación extensa del concepto, y la limitada.

Interpretación extensa: incluiría cualquier actividad tanto del ciclo productivo de la empresa, como actividades auxiliares o complementarias.

Interpretación limitada: consistiría únicamente en aquellas actividades que pertenecen al ciclo productivo, por tanto quedarían fuera del concepto de “propia actividad” las tareas complementarias.

El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, (18/1/95), determinó que la propia actividad era aquella indispensable para conseguir el fin de la empresa principal, no siendo calificados como tal los servicios y obras desconectados de la finalidad productiva de la empresa, decantándose así por la segunda opción.

De acuerdo con la jurisprudencia, la finalidad del artículo 42 ET es proteger al trabajador de los fenómenos de externalización y reducción de costes, imponiendo una obligación de supervisión y responsabilidad a la empresa principal que decide subcontratar un servicio que forma parte del núcleo esencial de su actividad

¿QUÉ TIENEN QUE VER LOS CONTRATOS DE COMERCIALIZACIÓN CON LA SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS?

Sin entrar a analizar minuciosamente los contratos de agencia, distribución y franquicia, podemos concluir que, dejando a un lado las notas específicas de cada uno, se trata de contratos mercantiles de intermediación, que permiten poner en manos de terceros la venta al público de productos o servicios propios.

El origen de estas formas de contratación consistía en facilitar a las grandes empresas multinacionales el poder comercializar sus productos en cualquier lugar sin tener que incurrir en grandes inversiones, como infraestructuras, obligaciones legales, tributación, etc; dejando en manos de terceras empresas la venta al público.

Evidentemente, es importante tener en cuenta las diferencias entre estos contratos, por ejemplo, el caso de la agencia, donde la actividad se desarrolla por cuenta ajena, o bien en la franquicia, donde el franquiciado tiene el derecho, y la obligación, de utilizar la marca y el *know how* del franquiciador.

Pero más allá de estas notas, desde el punto de vista de la protección al trabajador, estos contratos tienen en común la instrumentalización por parte de una gran empresa de otras empresas más pequeñas, con el fin de facilitar la venta y al mismo tiempo reducir costes de gestión. En este sentido, el ahorro principal suele estar relacionado con los costes de personal.

Y con esta reflexión llegaríamos al punto central del debate: ¿Debe la empresa principal asumir responsabilidad a efectos laborales en relación a los trabajadores de las empresas agente/distribuidoras/franquiciadas?

LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y SUS EXCEPCIONES

En este sentido, la jurisprudencia siempre había venido defendiendo la especificidad de estas tipologías de contratación mercantil (especialmente en el caso de la franquicia), diferenciándolas de mera subcontratación de obras y servicios, y tal y como indica la Sentencia 130/2016 del TSJ de Madrid de 29 de febrero: “Existe un criterio doctrinal claro en donde desde hace años la Sala de lo Social del Tribunal Supremo tiene establecido la inexistencia de la responsabilidad laboral de la empresa principal o franquiciadora de las deudas laborales que se originen de los trabajadores de las empresas franquiciadas.”

El razonamiento jurídico se fundamenta en entender que la principal y la agente/franquiciada son empresas con personalidad jurídica diferenciada, únicamente vinculadas por el contrato de comercialización que las une, sin que resulte de aplicación el artículo 42 ET, “*pues simple y sencillamente las empresas no se dedican a trabajos calificables*

“Desde el punto de vista de la protección al trabajador, los contratos de comercialización tienen en común la instrumentalización por parte de una gran empresa de otras empresas más pequeñas, con el fin de facilitar la venta y al mismo tiempo reducir costes de gestión”

de propia actividad ni la relación que las une es incardinable en la subcontrata” (STSJ Madrid 3 junio 1998).

“Existe un criterio doctrinal claro en donde desde hace años la Sala de lo Social del Tribunal Supremo tiene establecido la inexistencia de la responsabilidad laboral de la empresa principal o franquiciadora de las deudas laborales que originen de los trabajadores de las empresas franquiciadas.

[...] Por lo tanto, se declara la inexistencia de responsabilidad vinculada a efectos laborales entre el franquiciador y el franquiciado, ya que como criterio general, la empresa concedente de contratos tipo agencia, distribución o franquicia comercial, no se hace responsable solidario de las obligaciones laborales que se generen por el mismo a sus trabajadores”. ”. (STSJ Madrid 130/2016 de 26 de febrero).

Casos concretos de responsabilidad de la empresa principal

Como es de prever, dicha interpretación no incluye situaciones fraudulentas, no quedando excluida la responsabilidad del



A FONDO

RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES EN CONTRATOS DE AGENCIA, DE DISTRIBUCIÓN, FRANQUICIA

franquiciador per se dada su posición, sino que la responsabilidad dependerá del alcance del control que el franquiciador realice sobre la plantilla del franquiciado.

Este es el caso de la cesión ilegal, por el que doctrina de los Tribunales entiende que si el franquiciador realiza un control excesivo de manera que asume directamente la dirección del proceso de trabajo, instrucciones a los trabajadores e incluso el resultado del proceso, se entiende que asume una titularidad empresarial desplazando la figura del franquiciado.

“Si el titular de la marca o red comercial lleva su control al extremo de asumir directamente la dirección del proceso de trabajo, las instrucciones a los empleados y el resultado del proceso de trabajo, llega a asumir una titularidad empresarial y desplaza a su corresponsal mercantil franquiciado, por lo que en las relaciones con los trabajadores del negocio responderá también como tal empresario a la hora de hacer efectivos los derechos de sus empleados...” (STSJ de Cataluña 10 de noviembre de 2001).

[...] “De este modo, si bien es cierto que nuestro derecho no permite que el franquiciador sea responsable solidario con el franquiciado en el ámbito laboral, esto no es igualmente aplicable a aquellos supuestos en los que o bien se haga un uso fraudulento del contrato de franquicia o bien sin que exista ese contrato de franquicia, las empresas involucradas formen parte de un grupo “patológico” a nivel laboral”. (STSJ Madrid 130/2016 de 26 de febrero).

Interpretación alternativa de aplicación del artículo 42 ET

A pesar de la línea jurisprudencial imperante, algunas sentencias empezaron a declarar la responsabilidad de la empresa principal en aplicación del artículo 42 ET ante la existencia de propia actividad e independiente de la forma jurídica que tomara la conexión entre ambas empresas.

El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores regula, según su propia denominación, la “subcontratación de obras y servicios”, con la finalidad de establecer determinadas garantías



a favor de los trabajadores/as implicados en la contrata o subcontrata de una obra o servicio. Pero ahí no se regula, en modo alguno, la naturaleza jurídica de la relación existente entre la empresa principal y la empresa contratista o, en su caso, entre la empresa principal, la empresa contratista y la empresa subcontratista, que se habrá de dilucidar a través de las normas de derecho civil o mercantil aplicables.

O sea, la “subcontratación de obras y servicios” de la que se habla en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores es una institución laboral dirigida a establecer ciertas garantías a favor de los trabajadores/as, 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. (STSJ Galicia 2054/2014 de 11 de abril).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (STS) DE 707/2016 DE 21 DE JULIO

Esta línea jurisprudencial mayoritaria queda en entredicho con la sentencia de referencia, en unificación de doctrina, por la que se condena a la empresa principal como responsable solidaria en relación a las obligaciones de un trabajador de la empresa auxiliar o agente. Es decir, la Sala General concluye que la existencia de un contrato de agencia entre principal y auxiliar no excluye la aplicación de las garantías previstas en el artículo 42 ET, cuando se cumple el requisito de la propia actividad.

El caso de la sentencia se basa en una reclamación por despido nulo de una gestora telefónica que prestaba servicios para una empresa que comercializaba los productos y servicios de Telefónica mediante un contrato de agencia al amparo de lo dispuesto en Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre Contrato de Agencia. La trabajadora ya venía prestando servicios en dicho puesto para la anterior empresa agente, subrogándose la nueva empresa como empleadora.

“La existencia de un contrato de agencia entre principal y auxiliar no excluye la aplicación de las garantías previstas en el artículo 42 ET, cuando se cumple el requisito de la propia actividad”

En la sentencia de instancia se condena solidariamente a Telefónica al pago de los salarios debidos, en aplicación del artículo 42 ET, extremo confirmado por el TSJ de Galicia y posteriormente por la Sala General del TS en unificación de doctrina. Esta decisión se basa principalmente en la naturaleza jurídica de dicho artículo a través de una interpretación teleológica o finalista del mismo, dejando a un lado las características del contrato de agencia.

Los siete apartados del artículo 42 ET (RCL 1995, 997) 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 (RJ 2002, 10538), rec.2175/2001, de la que se destacaremos algún pasaje, expone lo siguiente:



A FONDO

RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES EN CONTRATOS DE AGENCIA, DE DISTRIBUCIÓN, FRANQUICIA

“Si el franquiciador realiza un control excesivo de manera que asume directamente la dirección del proceso de trabajo, instrucciones a los trabajadores e incluso el resultado del proceso, se entiende que asume una titularidad empresarial desplazando la figura del franquiciado”

[...]Se entiende, en definitiva, que el art. 42 ET (RCL 1995, 997) 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.”

Una vez asumida la aplicación del artículo 42 ET independientemente de la relación jurídica que una a las empresas implicadas, cabe analizar la existencia de propia actividad como requisito imprescindible para que se derive efectivamente la responsabilidad solidaria hacia la empresa principal.

POSIBLES CONSECUENCIAS DE LA CONSOLIDACIÓN DE ESTA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Extensión a otros contratos de comercialización

De acuerdo con la interpretación del art. 42 ET que se realiza en la STS de 707/2016 de 21 de julio, se podría extender la misma a otros contratos de comercialización más allá del contrato de Agencia.

Para el Alto Tribunal no parece determinante el hecho de que el contrato de Agencia celebrado sea por cuenta ajena (en nombre de la principal), característica que podría servir para limitar la aplicación de esta doctrina a los contratos de distribución o franquicia, que son por cuenta propia, asumiendo el riesgo y ventura de la actividad realizada.

De hecho algunos juzgados de lo Social ya han recurrido a esta línea jurisprudencial para extender la responsabilidad a la empresa franquiciadora, también en un **supuesto de actividad de comercialización de telefonía, en este caso a través de franquicias.**

... no se trata, mantienen las sentencias de este Tribunal (en referencia a la STSJ Galicia de 30 de noviembre de 2015), de determinar si la Ley del Contrato de Agencia desplaza o no la aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, que no desplaza, y menos aún justificar ese supuesto desplazamiento en base a la autonomía del agente, cuando no solo es una cuestión irrelevante a efectos de esa aplicación, siendo usual que la empresa contratista tenga autonomía respecto a la empresa principal sin que ello impida esa aplicación.

Si para la aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores lo relevante es determinar si la empresa contratista —o, en su caso, subcontratista— es de la misma actividad que la empresa principal, debemos concluir que, en el caso de autos, si lo es, porque, [...] 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 –criterio de la inherencia de la actividad subcontratada -. (Sentencia del Juzgado Social 20 de Barcelona de 16 de febrero de 2016).

Extensión a otras actividades ajenas al sector de la telefonía

Ya en la propia sentencia se menciona que las empresas recurrentes comparan la actividad de comercialización de servicios de telefonía con cualquier otra actividad de comercialización de productos “de ahí extraen la conclusión de que tan absurdo es almacenar para luego no vender lo almacenado como tener el servicio de telefonía para luego no tener a quien suministrarlo”.

Y curiosamente, la Sala General, en lugar de rebatir un argumento que podría ser cuanto menos dudoso, - puesto que es evidente que el caso de los servicios de telefonía se trata de una promoción a la venta, ya que el contrato final del cliente siempre es con la empresa de telefonía principal, algo que no pasa en la comercialización de productos – opta por volver a al concepto de propia actividad.

Así, concluyen que “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”. Siendo la manifestación tan genérica, que bien podría apreciarse propia actividad en cualquier tipo de comercialización, como también en cualquier tipo de contrato mercantil o civil.

MENCIÓN AL VOTO PARTICULAR DE LA STS DE 707/2016 DE 21 DE JULIO

Como se ha podido observar, la STS de 707/2016 de 21 de julio plantea muchas cuestiones, y abre la puerta a considerar la aplicación del artículo 42 ET a una gran variedad de contratos de comercialización, así como también a cualquier sector de actividad, sin que exista de momento alguna clarificación al respecto a nivel jurisprudencial.

En este sentido se manifiesta el voto particular de la propia sentencia, indicando que “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”.

Este voto particular quiere diferenciar entre los contratos de comercialización fraudulentos, que esconden una contrata bajo el título de un contrato de Agencia, franquicia, etc. con la intención de zafarse de la responsabilidad del artículo 42 ET, y aquellos contratos lícitos, que al ser dos empresas ya no solo con personalidad jurídica diferenciada, sino con negocios independientes, la actividad del agente se convierte en una actividad asimismo independiente, fuera del ámbito de la denominada “propia actividad”.

Estaremos a la espera de nuevas sentencias en la materia, para ver si se confirma esta interpretación extensiva del artículo 42 ET. Tampoco sería sorprendente si así fuera, especialmente teniendo en cuenta las propuestas de reforma de dicho artículo, que vienen a equiparar derechos entre los trabajadores de las contratistas y aquellos de la principal, y recuerdan en gran medida a la normativa aplicable a las Empresas de Trabajo Temporal. ■

*ElEconomista (2017). Abdón Pedrajas & Molero celebra que la reforma de las contratas llegue al debate político. Disponible en: <http://www.economista.es/flash-ecoley/noticias/8465452/06/17/Abdon-Pedrajas-Molero-celebra-que-la-reforma-de-las-contratas-llegue-al-debate-politico.html>

Pedrajas, A.; Gómez, T. y Lahera, A. (2017). Nota técnica: Proposición de ley de reforma de contratas art. 42 ET.

Salinas, F (2002) Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Núm. 38. Disponible en: <http://www.empleo.gob.es/es/publica/pubelectronicas/destacadas/revista/numeros/38/est07.pdf>

Sánchez, L. (2016). Contrato de agencia y artículo 42 ET. En camino hacia la plena responsabilidad: <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFICTEAAiMTA0MTY7WYIKLizPw8WYMDQzNDIyMDAFf8C64hAAAawKE>