

## TRIBUNA



# Contrato de agencia y artículo 42 ET. En camino hacia la plena responsabilidad

Luis SÁNCHEZ QUIÑONES

*Abogado Senior Ontier*

## Resumen

Poco antes del verano, el Tribunal Supremo nos sorprendió con una modificación de su propia doctrina en su Sentencia de fecha 21 de julio de 2016 (Recurso de Casación 2147/2014). La citada resolución, la cual ha quedado eclipsada por otros pronunciamientos más mediáticos, plantea una nueva, pero no por ello menos preocupante, línea interpretativa sobre el alcance de la contrata de la propia actividad.

En esencia, los hechos resultan ciertamente simples: empresa dedicada a la prestación de servicios de telecomunicaciones la cual suscribe Contrato de Agencia al amparo de lo dispuesto en la Ley 12/1992, de 27 de mayo (en adelante, «Ley 12/1992»), cuyo objeto era la mediación, formalización y promoción de la venta y contratación de servicios de los productos y servicios por nombre y cuenta de la operadora.

Finalizada la relación laboral de los empleados del agente, estos reclamaron a su empleador en materia de despido y extinción del contrato de trabajo ex art. 50 ET así como los salarios adeudados, solicitando a su vez, que se declarara la responsabilidad solidaria de la empresa de telecomunicaciones que había suscrito el contrato de agencia con su empleador.

Tanto la Sentencia de instancia como en sede de Recurso de Suplicación, habían dado la razón a los trabajadores, estimando que dicha responsabilidad era procedente, por cuanto la empresa de

telecomunicaciones había descentralizado su actividad comercial, mediando una confusión en la actividad con los servicios que podían ser directamente contratados por medio de su agente.

Partiendo de dicho razonamiento se plantea por la empresa de telecomunicaciones Recurso de Casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el que se expuso que la actividad de la mercantil dedicada a las telecomunicaciones era netamente diferenciada de la agente, por no ser la actividad de ésta última incardinable en el concepto de propia actividad, al existir una actividad propia de servicios de telecomunicaciones separada del ejercicio de la actividad meramente comercial que realizaba el agente.

La Sala procede a examinar tal afirmación, sentando una serie de presupuestos que son los siguientes: i) el negocio jurídico por el que se puede afirmar la responsabilidad fundada en el art. 42 ET no viene tasado por la expresión «contrata o subcontrata», puesto que la ejecución de obras y servicios debe ser entendida en sentido amplio; ii) en el caso de que el Contrato de Agencia se emplee para descentralizar obras y servicios correspondientes a la propia actividad deben operar las garantías del ET; iii) no existe colisión alguna entre lo previsto en la Ley 12/1992 y el ET, puesto que la aplicación de una norma no excluye las garantías propias que contempla la otra.

**El TS se plantea que la actividad es inejecutable si no existen clientes que «consuman» servicios telefónicos**

Tomando como referencia tales condiciones, el Alto Tribunal analiza el caso concreto y concluye que la actividad de telefonía exige que concurren clientes suficientes que mantengan la operativa necesaria para la prestación del servicio. Es decir, se plantea que la actividad es inejecutable si no existen clientes que «consuman» servicios telefónicos. Dicha exigencia de consumo, se traduce en una esfera eminentemente práctica de que el agente no actúa como un mero intermediario sino como una fuerza de venta intrínseca a la actividad, puesto que —independientemente de la

denominación del contrato— comparece en el mercado, actuando en nombre de la empresa de telecomunicaciones ofreciendo servicios y productos.

Afirma además la Sala de lo Social, que el caso es diametralmente opuesto al que se deriva de la mera fabricación de productos, los cuales pueden mantenerse en stock a la espera de su colocación en el mercado. Cuestión distinta, subraya la Sala, sería que la entidad de telecomunicaciones se limitará a permitir el transporte de datos a través de sus redes, cobrando un canon a los empresarios que explotaran el servicio o que se dedicasen a vender terminales elaborados por una fábrica.

La Sentencia cuenta con un Voto Particular emitido por la Magistrado D.<sup>a</sup> Milagros Calvo Ibarlucea en el que se disiente de la argumentación expuesta anteriormente. Básicamente, considera el Voto Particular que la Sentencia se limita a presentar el Contrato de Agencia como una suerte de contratación fraudulenta subsumible en una clase de contrata, pero sin negar su licitud.

Recuerda que nos hallamos ante dos figuras jurídicas claramente separadas. Por un lado, la Agencia que engloba una actividad comercial específica y por otro, la contrata que usualmente conlleva la ejecución de tareas y servicios específicos.

Señala el Voto Particular que por la propia naturaleza del Contrato de Agencia —cuyo fin es la actividad comercial en concreto, y no dudándose de la licitud del mismo— no es posible equiparar agencia con contrata de la propia actividad, puesto que el hecho de que se produzca una comercialización directa por el productor del servicio no implica necesariamente que se trate de una actividad que pueda ser recogida dentro del concepto de propia actividad ya que hay que

distinguir entre la actividad netamente productiva y la actividad de mera intermediación.

Así, en el supuesto de una empresa dedicada a la Agencia contratase con una tercera las tareas de Agencia que encargan con ella misma, podría entenderse que nos hallamos ante un supuesto de descentralización productiva, pero no en dos actividades separadas.

Por otro lado señala que no cabe confundir actividad con interés. Una empresa dedicada a fabricar productos u ofrecer servicios tiene interés en colocarlos en el mercado, pero no necesariamente debe hacerlo por sí misma, ni tampoco puede calificarse su actividad de promoción como propia.

### **Al equiparar el Contrato de Agencia con la contrata, se ha homogeneizado el concepto de descentralización productiva**

Considera por tanto que al equiparar el Contrato de Agencia con la contrata, se ha homogeneizado el concepto de descentralización productiva, asumiendo que aun siendo lícita la suscripción de la Agencia —que por su naturaleza conlleva una actividad específica de mediación y actividad comercial intrínseca— la misma es susceptible de ser calificada como una contrata de la propia actividad, cuando se trata de conceptos que cuentan con su vertiente específica.

El presente Voto Particular es un reflejo de las Sentencias de fecha 15 de diciembre de 2015 (Recurso de Casación para Unificación de Doctrina 2614/2014 y 2653/2014) de las que la

propia Magistrada fue Ponente, y que son contradichas por la decisión acaecida en el mes de julio de 2016. Curiosamente, ambas Sentencias dictadas apenas ocho meses antes de las que ahora nos ocupa, no contaron con Voto Particular alguno adoptándose la decisión de la Sala por unanimidad de los integrantes de la Sección. En ambas Resoluciones se mantiene un criterio unívoco con el que se recoge en el Voto Particular, en un supuesto claramente idéntico, con el suscitado en la Sentencia de fecha 21 de julio.

Sin embargo, la conclusión es claramente opuesta. Mientras que a finales del año pasado, la Sala de lo Social estimaba que nos hallábamos ante un supuesto que no podía ser calificado de propia actividad, en apenas poco más de medio año, modifica su propia doctrina y pasa a calificarlo como uno de los supuestos comprendidos en el art. 42 ET.

La decisión es cuando menos, preocupante. El cambio de criterio de la Sala, arroja un panorama que a futuro ocasionara no pocos problemas, ya que extiende de manera exponencial el ámbito de la responsabilidad derivada de la propia actividad. Así, aplicando en un plano estrictamente teórico las conclusiones de la Sentencia, cualquier sector de actividad —incluso los que se podrían entender excluidos por decirse únicamente productores— es convertido en garante de las deudas derivadas de su red comercial ajena.

No nos engañemos. En un mundo como el actual, con mercados hiperglobalizados, la acción comercial resulta necesaria para el devenir, futuro y desarrollo de una compañía, pero eso no significa que la actividad comercial deba ser incluida en el ciclo productivo específico de cada sociedad. Asumir dicha responsabilidad supone directamente desvirtuar el precepto, por cuanto en tal caso, la mención a «contratas o subcontratas de la propia actividad» resultaría superflua en el caso de que existiera una tarea de ofrecimiento colocación de bienes, productos o servicios al cliente final, ya que los mismos serían en cualquier caso, repercutibles en caso de impago a la entidad principal.

Resulta por otro lado, difícil imaginar qué sectores no precisan de ese ofrecimiento final. Incluso los mayores sectores públicos que precisan difundir el conocimiento de su actividad y que pueden

recorrer a entidades de promoción o comunicación para dar a conocer tales extremos, podrían verse afectados por dicha consideración.

La adopción de este criterio por parte de la Sala, evidencia un carácter maximalista y objetivado, que amparado en una bienintencionada pretensión de asegurar el cumplimiento de las obligaciones por parte de las contratadas y subcontratadas, refuerza la labor de policía del teórico o real empresario principal, obligándole a que asuma los débitos pendientes, considerando parte de su actividad, incluso actividades de comercialización que le son ajenas.

Desde una perspectiva estrictamente histórica, el presente pronunciamiento —aparte de quebrar la doctrina inmediata de la Sala— supone un paso adelante en la ampliación del concepto de propia actividad. Ya no se limita a afirmar la existencia de trabajos que queden incluidos en el marco productivo o actividades principales de la empresa, como tradicionalmente se había señalado (**Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2012**), sino que también se sublima el carácter de los trabajos no comprensivos de la propia actividad englobándolos en el concepto más amplio posible y que no es otro que la inclusión de cualquier trabajo que por extraño que resulte, pueda coadyuvar al buen fin de la actividad empresarial.

Estas conclusiones obligan a reformular necesariamente las relaciones comerciales y mercantiles que se han venido manteniendo hasta el presente. Aparte de la obligación de reforzar los mecanismos de protección ante hechos generados por aquellos terceros con los que se contraten servicios, habrá que prestar una especial importancia a los servicios estrechamente ligados a la perfección de la ejecución de las operaciones comerciales, aun cuando nunca hayan sido parte ni núcleo de los trabajos diarios de la empresa.

Todo ello, salvo que el Alto Tribunal, nos sorprenda, ésta vez gratamente, con una rectificación de su más reciente doctrina que disipe el negro porvenir que se avecina.