

LA CONDICION JURIDICO LABORAL DE LOS REPRESENTANTES DE COMERCIO

SUMARIO :

Previa. I. Presupuestos de la condición laboral de los representantes: 1. La progresiva ampliación del ámbito regulado por el Derecho del trabajo. 2. La evolución del Derecho mercantil. 3. Situación de los «mandatarios» del comercio en la evolución de los Derechos mercantil y del trabajo. Progresión legislativa.—II. *Evolución de los "mandatarios" mercantiles en el Derecho español:* 1. Referencia a la nomenclatura. 2. La terminología en el Derecho español. 3. La masa de sujetos que colaboran en la empresa mercantil. 4. La distinta situación jurídico personal de los «mandatarios». 5. Fases de la progresión laboral de los «mandatarios» comerciales; A) Dependientes y mancebos; B) Viajantes; C) Corredores de plazas; D) Jefes de ventas. 6. Resumen.—III. *La jurisprudencia española y la condición jurídica de los representantes de comercio:* 1. Contrato de trabajo y contratos mercantiles. 2. Criterios de distinción; A) La dependencia; B) Dependencia y actividad simultánea; C) Dependencia, actividad simultánea y forma de retribución. 3. Conclusiones respecto del análisis jurisprudencial.—IV. *Bases que fundamentan la condición jurídico laboral de los viajantes-representantes y corredores en plaza:* 1. Naturaleza de las gestiones de representantes. Mandato y contrato de trabajo. 2. La ajenidad del resultado en el trabajo de los agentes comerciales. 3. Representación, dependencia y subordinación. 4. La actividad simultánea. 5. La retribución.

P R E V I A

EL presente estudio tiene por finalidad contribuir a razonar la incorporación de un cuantioso número de profesionales de la representación mercantil al sistema de la legislación española de trabajo; en concreto, dicha incorporación se postula respecto de «los profesionales que ofrezcan o realicen ventas de mercaderías por cuenta

ajena con carácter permanente a la comisión», a quienes en el orden sindical español y por normativa del art. 1.º del Reglamento de la Agrupación Sindical de Representantes de Comercio, de 1.º de abril de 1956 (1), así son laboralmente definidos. Con todo, la referencia está hecha a un conjunto relativamente uniforme de sujetos diversamente denominados en la práctica mercantil (2) que ejercen como actividad profesional la mediación en la transferencia de bienes, mediación que se cualifica, en lo objetivo, por la naturaleza comercial del tráfico; subjetivamente, por la profesionalidad del agente, y en lo funcional, por la situación de subordinación jurídica y dependencia económica en que tal agente se halla respecto de la persona que produce y comercia, o comercia el bien traficada (3).

A tales fines se ha tenido presente:

1.º La evolución, siquiera muy sumariamente aludida, de las disciplinas jurídicas en que inciden las relaciones cuestionadas.

2.º El contraste acusado entre la realidad doctrinal sobre la materia con la realidad legislativa y jurisprudencial que ofrece el panorama jurídico patrio; y

3.º Los fundamentos de orden jurídico que, de cara a esas realidades, abonan la regulación jurídico laboral del trabajo de los representantes de comercio.

(1) La Orden conjunta del Ministerio de Comercio y Secretaría General del Movimiento, de 27 de diciembre de 1955, establece, sin perjuicio de la obligatoria inscripción de los Agentes Comerciales en los Colegios oficiales impuesta por el Decreto de 21 de febrero de 1942, la integración, igualmente obligatoria de dichos agentes en la Organización Sindical. A tal efecto determina que la Delegación Nacional de Sindicatos dictará las disposiciones oportunas para regular el encuadramiento sindical de los profesionales a que se refiere la mencionada Orden.

(2) Vid. infra, II, 1, *Referencia a la nomenclatura*.

(3) Vid. nuestras observaciones sobre «Los conceptos de subordinación y dependencia; notas para su discriminación jurídico laboral», en *Anales de la Universidad de Murcia*, 1955, v. XIII, núm. 1.

I. PRESUPUESTOS DE LA CONDICIÓN LABORAL
DE LOS REPRESENTANTES

1. *La progresiva ampliación del ámbito regulado por el Derecho del Trabajo*

Hoy no es sólo patrimonio de iniciados saber que el ámbito de aplicación de la denominada legislación laboral se amplía y progresa incesantemente en el sentido de incorporar nuevos y diversos modos de prestación de trabajo para otro; al Derecho del Trabajo se viene afectando últimamente el denominado trabajo «libre y voluntario» (4), trabajo éste que para la persona que lo presta constituye actividad lucrativa fundamental. Desde las primeras *leyes protectoras de obreros*, referidas a trabajos relativamente triviales en la industria, a los actuales sistemas de regulación de cualesquiera actividades humanas de carácter profesional, corre todo un período evolutivo del Derecho, cuyo último y problemático dique —por cierto, en período revisorio— viene siendo fijado por un peculiar entendimiento de la situación de subordinación de quien trabaja respecto de aquella persona que de la prestación se lucra.

Con todo, es un hecho generalizado el intento de incorporar al sistema del Derecho del Trabajo al denominado —y no con mucha precisión— *trabajador independiente*, cuya situación profesional requiere otro tratamiento jurídico diverso del hasta ahora ofrecido; en este sentido han destacado Bayón y Pérez Botija, al considerar la situación de dependencia como una serie de trabajos —los llamados a domicilio, los remunerados con comisiones, etc.— forman el contenido de relaciones jurídicas primitivamente concebidas como vínculos de carácter civil o mercantil, que paulatinamente van ingresando en el Derecho del Trabajo (5). Ciertamente que, como ha

(4) BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1957; t. I, vol. 1, pág. 13.

(5) Cfr. *Manual... cit.*, t. y v. I, pág. 26.

señalado el máximo laboralista francés de la hora presente, el profesor Durand, las fronteras del Derecho del Trabajo han sido muy inciertas durante bastante tiempo y, aun en el presente, se enfrentan dos tendencias antagónicas al respecto; mas la tesis favorable a la aplicación amplia inicialmente fundamentada en la idea de extender lo más posible las instituciones que protegen la salud, la moralidad y la vida material de los trabajadores es reforzada a influjos de la expansión del dirigismo económico: «En la medida que el Derecho del Trabajo toma al trabajo como factor de producción, todas las formas de actividad pueden ser reguladas por él» (6), lo que explica que en la evolución del Derecho del Trabajo éste rebaje el contrato de trabajo clásico como única forma de obligación jurídica laboral voluntaria alcanzando relaciones cual la deducida del denominado trabajo independiente; al menos —observa Amiaud— a los que trabajan *habitualmente* para empresas comerciales o industriales (7).

En resumen, cabe aceptar como hecho constatado que la estructura económica del presente «toma todas las formas del trabajo y sólo da una importancia secundaria a la calificación de la relación jurídica», por lo que «una relación de trabajo puede resultar de contratos distintos del de trabajo» (8).

A la luz de la evolución doctrinal del momento, el Derecho del Trabajo se muestra como un derecho regulador de la actividad profesional, posición ésta a la que con mayor o menor prontitud van respondiendo las legislaciones nacionales, según revela el Derecho comparado. A ello no ha sido extraña la progresiva acción sindical; baste al respecto invocar el fenómeno de la sindicalización de las profesiones libres, como significativo exponente de la tendencia a encontrar un resquicio por donde, no ya el trabajo independiente, sino la misma profesión liberal penetre en la órbita reguladora del orden jurídico del trabajo. Minvielle ha destacado el problema

(6) DURAND: *Traité de Droit du Travail*, París, 1950; v. I, págs. 219-20.

(7) AMIAUD: *Cours de Droit du Travail*, París, 1954; págs. 156. En sentido similar, loc. cit., pág. 194.

(8) DURAND, op. y vol. cit., pág. 819.

y su complejidad, poniendo de relieve la actual tendencia sindical de profesiones tradicionalmente apartadas de este influjo, como el notariado o la abogacía (9). Y en Italia, Carlo Lega, estudiando jurídicamente la ordenación de la profesión libre, se ha pronunciado por la necesidad de admitir para ella, junto con la existencia de los Colegios profesionales, a los Sindicatos, justificando el hecho «por la necesidad cada vez más sentida de atender con organismos propios, a la tutela de intereses profesionales particulares que escapan a la competencia de los Colegios» (10). España, en este orden de cosas, sitúase en la línea de evolución sindical reseñada; lo muestra así el que, creados los Colegios oficiales de Agentes profesionales por Decreto de 21 de febrero de 1942, y «sin perjuicio de lo previsto» en dicha disposición —según advierte el art. 1.º de la Orden Ministerial de 27 de diciembre de 1955— se consagra la «integración» sindical de los colegiados por la Orden citada.

En definitiva, la adopción de formas sindicales por los profesionales libres o trabajadores «independientes» responde a la idea de situar jurídicamente sus intereses —en cuanto trabajadores— mediante el instrumento de los convenios colectivos, fuente ésta del más puro derecho profesional y forma por la que vienen ingresando en el Derecho del Trabajo aquellos sujetos, en defecto de normas estatales que regulen la incorporación.

2. La evolución del Derecho mercantil

Dos razones abonan esta somera referencia: a), la conformación cada vez más acusada de la empresa como entidad laboral base, y b), la obvia que se desprende de la actual legislación española respecto de la relación de los representantes con las empresas por cuenta de quienes trabajan.

(9) MINVIELLE: *Ordres et Syndicats professionnelles*, París, 1954. Registra también el hecho SAVATIER, en *Etude juridique de la profession liberale*, París, 1946; págs. 100 y sigs.

(10) LEGA: *La libera professione*, Milán, 1950; págs. 139 y sigs.

Precisamente por el segundo de los motivos recién apuntados conviene subrayar la evolución teórica del Derecho mercantil. Este, en cuanto Derecho de las empresas, lo es precisamente por la necesaria progresión a que le empujó el tráfico económico. De su inicial consideración como «Derecho del Comercio» pasa, según recuerda Garrigues, a ampliar su ámbito a la industria manufacturera y a todas las industrias que se organizan en forma mercantil (11) y que por la textura negocial de unas y otras —generalmente «serie orgánica de ventas de una empresa dedicada a esta clase de comercio» —desemboca en la concepción dogmática de Derecho que regula las empresas. Así, enseña Garrigues: «Si la realización de actos en masa exige una organización adecuada y esta organización se llama empresa, el Derecho mercantil, sin dejar de ser el Derecho que regula los actos jurídicos realizados en masa, será en definitiva el Derecho que regula las empresas» (12). Necesariamente pareja a esta evolución del Derecho mercantil es la ofrecida por el concepto mismo de empresa, cuya idea de organización económica y humana —o sociedad de convivencia— hace coincidir a mercantilistas como Mossa, Wieland y, entre nosotros, Garrigues, Polo, etc., con los teóricos del Derecho del Trabajo —recuérdese la tendencia *comunitaria* germánica defendida por Siebert y Potthoff, entre otros, o la institucional latina con calificados representantes como Pérez Botija, Durand o Napoletano.

La evolución aludida hace pensar que el Derecho mercantil queda como ordenador de la actividad económico-negocial de la empresa; en definitiva, como derecho regulador de actividades lucrativas inherentes al tráfico de bienes empresariales. Viene de ello inducido el principio de que los elementos personales que contribuyen —*colaboran* diría la técnica laboral italiana— desde la empresa a la realización de sus fines, en tanto que ajenos a la titularidad de aquélla escapan al denominado por Garrigues «acotamiento del Derecho mercantil en torno a la empresa». Las relaciones de actividad entre quienes sirven a los fines de la empresa y ésta quedan por razón de

(11) *Tratado de Derecho mercantil*, Madrid, 1947; t. I, v. I, pág. 11.

(12) *Idem*, págs. 25-6.

principio marginales al Derecho mercantil. Sólo meras supervivencias circunstanciales —tal la actual situación en España de los legalmente denominados *comisionistas*, con la excepcional salvedad que requiere la forma de ejercicio prevista en el primer supuesto del artículo 245 del Código de Comercio— impiden a veces la efectiva consolidación de la tendencia apuntada.

3. *Situación de los "mandatarios" del comercio en la evolución de los Derechos mercantil y del Trabajo. Progresión legislativa*

La actividad lucrativa empresaria se manifiesta a través de dos fases claramente diferenciadas: producción y distribución o, si se prefiere, manufactura de obra y enajenación de la misma. A una y otra contribuyen sujetos vinculados a la empresa por prestación de trabajo personal también nítidamente diferenciado. Si respecto de la fase de producción el ligamen del personal con la empresa no plantea por lo común problema de adscripción jurídica, las personas que trabajan en la distribución de lo producido —aquellos a quienes el Código de Comercio español ha venido denominando *comisionistas*, *factores*, *dependientes* y *mancebos*, acusaron —en cuanto a su situación contractual— los procesos evolutivos de las dos disciplinas jurídicas mencionadas.

La progresión del Derecho del Trabajo ha afectado a los sujetos que intervienen en la fase comercial de la empresa; a la protección del trabajador «industrial» siguió la del trabajador «mercantil», reducida en un primer momento al «manual» o mancebo. Con posterioridad el Derecho del Trabajo inició, con cierta cautela, la regulación del vínculo de aquellos sujetos que por cuenta empresarial realizaban gestiones de venta, afectando entonces a quienes operaban bajo la «dependencia inmediata» del empresario. Ultimamente el Derecho laboral regula la actividad de quienes por cuenta de una o varias empresas actúan el tráfico de bienes vendibles.

Bien es cierto que las fórmulas legales arbitradas no son uniformes, entre otras razones porque diversa es en cada país la realidad de la producción industrial y su tráfico, más con todo, aquéllas re-

velan, unánimes, la real progresión. En unos supuestos se ha partido de una concepción unitaria del trabajo, cual acaece en el Derecho italiano, cuyo Código civil dedica el Libro V a la regulación «de la empresa y del trabajo», sistema calificado por Pérez Botija de «extenso maridaje del Derecho laboral con el mercantil, y no sólo con el clásico Código de Comercio, sino también con la legislación industrial» (13). La regulación del trabajo del agente mediador en Italia viene encomendada, por remisión del Código civil, a las normas del Real Decreto-ley de empleo privado, de 13 de noviembre de 1924, que considera «empleado» al representante pagado con sueldo fijo «o» el que, mediante comisión, ejerce actividad «no exclusivamente por su cuenta», previsión ésta, por demás, repetida en la legislación comparada que excluye razonadamente al comisionista *nomine proprio*, esto es, al comerciante a comisión. En el régimen laboral italiano, si bien domina el criterio de la *subordinación* como tipificante de la naturaleza laboral de la relación jurídica de que se trate, su valoración es harto flexible; una vez incorporado el trabajador a la empresa, la relación —observa Napoletano— será siempre de trabajo subordinado aunque, en concreto, algún elemento característico de la subordinación se haga difícilmente individualizable, o se muestre atenuado o se determinase por las partes o, en fin, la colaboración se concrete respecto de un determinado resultado (14). Por lo demás, el régimen de convenios colectivos viene puntualizando, desde antiguo, el régimen jurídico de los representantes protegidos (15).

(13) Enciclopedia Seix, voz «Código de Trabajo».

(14) Cfr. Domenico NAPOLETANO: *Il lavoro subordinato*, Milán, 1955; página 226. Es tesis de este autor que la característica esencial y determinante del trabajo subordinado reside en la *inserzione nell'azienda*, que no es tanto referida a la prestación efectiva en el lugar donde la empresa radica, y bajo la dependencia inmediata de los directivos de la misma, como la inserción del trabajo pactado entre los elementos que son propios de la empresa, a los fines de contribuir a que ésta pueda realizar su finalidad económica y productiva; vid. al respecto el cap. II de la citada obra.

(15) En la actualidad, están en vigor el contrato colectivo de 15 de mayo de 1928 para los viajeros y agentes de plaza de empresas comerciales, sólo parcialmente modificado por disposiciones posteriores, y el convenio de

Suiza, si bien con cronología inversa sigue, en cierto modo, tendencia similar. El Código helvético de Obligaciones, de 1911, dedica un título y 44 artículos a la regulación del contrato de trabajo. Con posterioridad —13 de junio de 1941— se promulgaba la ley federal sobre condiciones de trabajo de los viajantes de comercio, y en 1949 otra ley reguladora del contrato de agencia (16). La ley de 1941 establece que es aplicable a los viajantes de comercio que por cuenta de *uno o varios* empresarios son encargados de tratar o concluir negocios de cualquier naturaleza (17). Con la sola y natural excepción de los viajantes que realicen negocios por cuenta propia, todos los contratos de viajantes, según el art. 2.º de la citada ley, «están regidos por el Código de obligaciones, en particular por las prescripciones relativas al contrato de trabajo». A esta modalidad suiza dió realce Pérez Botija en comentario al sistema de comisiones o participaciones en beneficios que regulan los artículos 42, 43 y 44 de nuestra ley de Contratos de trabajo: «Caso particular lo constituyen también los representantes o agentes comerciales que trabajan para una o varias empresas. Parece que en este último caso se sale del marco de aplicación del contrato laboral; sin embargo, no falta ejemplo en la legislación extranjera que prevé la prestación de servicios de un representante a diferentes empresas, quedando engarzado por una relación de trabajo con cada una de ellas» (18).

El Derecho positivo francés —al igual que la elaboración de la doctrina laboral gala— es ejemplar al respecto, sobre todo si se tiene en cuenta la atención dedicada a la regulación positiva de la

10 de junio de 1951, para los representantes de empresas industriales; este último ha sustituido al acordado en 1.º de diciembre de 1937. Ha de citarse también el *acuerdo económico colectivo* estipulado en 20 de junio de 1956 para los agentes y representantes de la industria y que afecta a la Confederación General de la Industria Italiana (*Cofindustria*).

Sobre la materia, vid. DE LITALA: *Contratti speciali di lavoro*, 2.ª ed. Turín, 1958; págs. 355 y sigs.

(16) Sobre el carácter laboral de ambas, véase SCHWEINGRUBER: «Le droit de travail en Suisse», en *Rivista di Diritto internazionale e comparato del Lavoro*, 1953, primer cuatrimestre, pág. 284.

(17) Artículo 1.º

(18) Vid. *El Contrato de Trabajo*. Madrid, 2.ª ed., págs. 24-5.

materia y aún la copiosa literatura jurídica a ella dedicada. Antes que Suiza, incorporaba Francia al sistema de la legislación de trabajo a los *Voyageurs, representants et placiers du commerce et de l'industrie*. Primeramente, la ley de 18 de julio de 1937 promulgó el *estatuto legal* de estos profesionales, afectándolos a las normas de trabajo cuando actúan para una o varias casas, con remuneración bien mediante porcentajes proporcionales o sueldo fijo. El texto legal quedó incorporado al Código de trabajo, y lo contiene el art. 29, k), del libro I, título II, capítulo II. Posteriormente, la ley de 7 de marzo de 1957 ha modificado las prescripciones del *estatuto* precisamente en aras de su máxima extensión de personal (19), soslayando así restricciones jurisprudenciales hasta entonces virtuales. También el legislador francés ha precisado, en fecha reciente, la situación de los *agents commerciaux*, figura intermedia, en el Derecho francés, entre los mediadores amparados por el Código de trabajo y los «comisionistas» y «corredores» afectados por el de comercio; según el Decreto de 23 de diciembre de 1958, «es agente comercial el mandatario que, a título de profesión habitual e independiente, sin estar vinculado por un contrato de arrendamiento de servicios, negocia y eventualmente concluye adquisiciones, ventas, arrendamientos o prestaciones de servicios, en nombre y por cuenta de productores, industriales o comerciantes» (20). El estatuto de los agentes comerciales (21) ha sido completado por la Ordenanza de 3 de enero de 1959 que extiende a esta actividad las protecciones que en el aspecto profesional y colegial tienen vigencia en Francia, para las comerciales, desde la ley de 30 de agosto de 1947. En síntesis, cabe decir que, siguiendo el principio normativo reconocible en otras legislaciones, la legislación laboral francesa protege a los mediadores del comercio, aun sin el límite de no realizar operaciones por cuenta propia (22).

(19) Vid. sobre esta importante modificación, FRIEDEL: «Les conditions d'application du statut des représentants de commerce, en *Droit Social*, diciembre 1958, págs. 589 y sigs.

(20) Artículo 1.º (*Journal Offic.*, 28 diciembre 1958).

(21) Vid. su estudio en Jean HEMARD: «Le nouveau statut des agents commerciaux», en *Droit Social*, abril 1959, págs. 198 y sigs.

(22) Si bien la ley de 1937 prohibió los negocios *in nomine proprio*, la

pues los condicionamientos establecidos en orden a la «exclusividad» y constancia en el ejercicio de la profesión, no pueden tomarse tanto como trabas sino por notas que perfilan y definen la profesión misma del mediador. Por lo demás, la regulación del contrato incorporada al Código de trabajo es minuciosa, ya que se determinan las condiciones de validez del pacto (trabajo afectado, necesidad de ejercicio exclusivo y constante de la profesión, prohibición de negociar por cuenta propia, especificación de mercancías a vender y ámbito geográfico de la actividad y determinación del modo de remuneración; forma y duración del contrato; indicaciones no esenciales y supuestos especiales —vendedores ocasionales, indicaciones facultativas—; período de prueba; carácter impositivo de las normas codificadas; obligaciones del representante, y del empresario; normas sobre la comisión (lugar y períodos de pago, prescripción y privilegios); extinción del contrato; indemnizaciones debidas, en especial la interesante indemnización de clientela y régimen procesal laboral. Otras normas ofrece el Derecho positivo francés sobre la materia, de entre las que destacan el Decreto de 7 de abril de 1938 sobre vacaciones; sendas circulares de 1941 y 1942, sobre incorporación de los precios de fábrica a los gastos de comisión; la ley de 30 de octubre de 1946, que sitúa entre los beneficiarios del régimen de accidentes del trabajo a los representantes, etc. (23).

En Bélgica, la situación jurídica de los mediadores del comercio, aunque no regulada y resuelta con el detalle que ofrece, por ejemplo, la legislación francesa, ha sido objeto de preocupación tanto doctrinal como por parte de los tribunales de justicia (24). Distínguese

modificación introducida por la ley de 7 de marzo de 1958 ha hecho desaparecer aquella traba. En este mismo sentido, el Estatuto de los agentes comerciales con la única restricción de no hacer concurrencia a los mandantes.

(23) Por lo que al Estatuto de los agentes comerciales se refiere, el Decreto de 23 de diciembre de 1958 regula la forma del contrato —escrita—; la duración del mismo, cláusulas pactadas, condiciones de ejercicio de la actividad profesional, incluso la contratación de subagentes, rescisión del contrato e indemnizaciones.

(24) Cf. VAN GOETHEM y GEYSEN: *Droit Social*, Bruselas, 1950. GEYSEN: «Les contrats de travail», en *Les Nouvelles. Corpus Juris belgici, Droit Social*,

entre viajante de comercio, representante, corredor o agente de comercio (*courtier*) y comisionista; estas dos últimas categorías tienen condición de comerciantes y su estatuto legal está contenido en el Código de Comercio. Por lo que al viajante se refiere, su situación legal está prevista en la ley de empleo privado de 7 de agosto de 1922 (25) cuya aplicación respecto del trabajo de los viajeros está remitida, en último término, a la interpretación jurisprudencial (26) en lo que se refiere a la situación de subordinación, pues, la norma de exclusión e inclusión primaria radica en el monto de la remuneración global anual —72.000 francos por año—. Por lo que hace a los representantes, el fundamento legal de su contrato con los comitentes está contenido en el Código civil, si bien son de tener en cuenta prescripciones del Código de Comercio; pero, en todo caso, la regulación jurisprudencial de la actividad del representante viene puntualizando con cierto detalle el régimen de esta modalidad de mediación comercial (27), como lo prueba la consideración salarial de las comisiones y, sobre todo, la admisión de la figura del abuso de derecho respecto de rupturas de contrato por parte de la casa representada.

Algunas legislaciones sudamericanas adoptaron el régimen jurídico laboral de los agentes comerciales —en general, mediadores—. Destaca Argentina que en 24 de septiembre de 1940 promulga la ley núm. 12.651 sobre el trabajo de los viajeros al servicio de una o varias empresas, salvo la excepción del negocio comercial por cuenta propia. A los viajeros se les aplica también el régimen de previsión social «para trabajadores independientes» instaurado por la ley núm. 14.397 y reglamentado por Decreto núm. 1.644, de 15 de febrero de 1957. En Colombia, el Código de Trabajo reputa laboral al contrato de representantes, agentes vendedores y agentes

tomo I, Bruselas, 1953. Camile DE BISEAU DE HAUTEVILLE: *Voyageurs et représentants de commerce*, Bruselas, 1950.

(25) Modificado por las leyes de 28 de septiembre de 1932, 22 de julio de 1952 y 11 de marzo de 1954.

(26) Cf. BISEAU DE HAUTEVILLE: *Contrat d'emploi*, Bruselas, 1954; páginas 34 y sigs.; del mismo autor, *Voyageurs...*, cit., págs. 14 y sigs.

(27) Vid. BISEAU: *Voyageurs...*, págs. 67 y sigs.

viajeros, y aun cuando alude a la situación de continuada dependencia (28) para que tal calificación sea posible, el control no es nota fundamental para la configuración del contrato: al respecto, viene admitiendo la doctrina que la subordinación jurídica no desaparece por la circunstancia de que el control y la fiscalización del patrono no aparezcan en forma directa, tomando para ello como ejemplo el caso del «trabajador viajante» (29). En fin, la *Consolidación de las Leyes de Trabajo*, del Brasil, alcanza, a efectos sindicales, a los «agentes autónomos del comercio» enumerados en el art. 577 de la *Consolidação* (Corredores de mercaderías, marítimos, de inmuebles, despachantes y rematadores, representantes comerciales, comisionistas y consignatarios).

Cuantos testimonios quedan anteriormente invocados permiten concluir al respecto:

— La constatación del movimiento legislativo de incorporación al sistema de legislación de trabajo de los representantes de comercio, *in genere*.

— La admisión en el régimen protector de los supuestos de actividad de representación simultánea de varias empresas.

— La valoración amplia de la nota de subordinación jurídica, discriminándola respecto de una dependencia inmediata, innocua a efectos de protección jurídico laboral.

— La sola y relativa exclusión del comisionista *nomine proprio* por reputarlo auténtico comerciante y no mediador.

Es, pues, hecho constatado —dígase con palabras de Héctor Maravall— que «para los viajeros de comercio, los comisionistas y representantes de empresas, existe hoy una tendencia a incluirlos dentro del campo del Derecho laboral, sustrayéndoles a la aplicación de las normas mercantiles» (30). Y esta aseveración, avalada

(28) Art. 28 del citado Código.

(29) Cf. Carlos Mario LONDOÑO: *Derecho individual del Trabajo*, Madrid, 1959; págs. 280-1.

(30) *El salario mínimo*, Madrid, ediciones del I. N. P., págs. 67 y sigs.

por el consenso del estado de las legislaciones foráneas, muestra con nitidez la anómala situación que al respecto se mantiene en el Derecho español.

II. EVOLUCIÓN DE LOS «MANDATARIOS» MERCANTILES EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Referencia a la nomenclatura

Precisar la figura del mediador comercial en tanto que representante de comercio requiere un previo esclarecimiento de la propia denominación; ello evita confusiones a que fácilmente aboca una terminología difusa.

La consideración de *agentes* la hallamos en Derecho alemán, que distingue entre agentes de negocios (*Handlungsgenten*) —actúan para otros con plena independencia— y comisionistas (*Handlungsgelhilfen*) —literalmente, agente comercial y dependiente—. El sistema francés, como es visto, utiliza expresiones diferenciadas alusivas más al modo material de la prestación que a su alcance jurídico, y el belga aísla las cuatro categorías ya mencionadas de viajante, representante, corredor y comisionista, aquí con diverso significado jurídico. En Italia, sin que ello implique diferenciación sustancial, alúdese a «agentes y representantes de comercio» (31), si bien desde antiguo no es extraña la expresión comisionista —*comesso*— como especie de la genérica «dependiente de comercio» (32).

(31) Tal la rotulación de *Enti nazionale di assistenza per gli agenti e rappresentanti di commercio*, reconocido por R. D. de 6 de junio de 1939. La obligación de afiliación a los seguros sociales viene impuesta en Italia a las empresas respecto de sus agentes y representantes dentro de los seis meses siguientes a la formalización de la relación de agencia. Cf. este régimen en P. CORSO: «Disposizioni particolare per alcune categorie di lavoratori», en el *Trattato di diritto del lavoro*, de BORSI y PERGOLESÌ, vol. IV, 2.ª parte; vid. 2.ª ed., Padua, 1954, págs. 290-1.

(32) Así aparece en el proyecto de ley de 1912, sobre el contrato de trabajo de los empleados de empresa privada y dependientes de comercio.

A evitar confusiones derivadas de denominación única, parece tender el Derecho sudamericano. Recuérdese la legislación brasileña citada distinguiendo hasta siete especies. En la doctrina argentina se ha pretendido salvar la confusión terminológica aludiéndose por Deveali al *viajante-empleado*, como antípoda del *agente de comercio*, quien también es denominado *agente-viajante* o, simplemente, *viajante* (33). Krotoschin, por su parte, señala como «auxiliares del comercio» a tres categorías que van desde quienes actúan con plena independencia personal y económica frente a sus mandantes, a los *viajantes de comercio* que se encuadran en la ley 12.651 (34). En el Derecho mexicano distingue Mario de la Cueva al «agente de comercio» —«que no es empleado»— del *comisionista* (35). En la doctrina brasileña, en fin, Carvalho de Mendoça separa al «representante comercial» del «vendedor» y del «comisionista». Se observa en el Derecho de la América del Sur una tendencia a individualizar la figura del agente afectado por la legislación mediante la alusión a su situación de *empleado*.

2. La terminología en el Derecho español

Es tal vez nuestro Derecho donde el problema del apelativo repercute mayormente sobre el fondo de la cuestión. Bueno será advertir que la confusión de denominación y aún de funciones ya se hubo de plantear al propio Derecho mercantil respecto de las diversas figuras de «agentes mediadores del comercio» reguladas por el título VI del libro I del Código de Comercio, y los «comisionistas» a que hacen mención los arts. 244 y sigs. del citado texto legal. Al respecto advierte Garrigues que «la función estricta de la mediación no se ve clara en ningún precepto del Código de Comercio», pues, advierte, ni todos son agentes ni todos son mediadores en sentido

(33) Vid. *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, 2.^a ed. Buenos Aires, 1953; págs. 369 y sigs.

(34) Vid. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, 1956; vol. I, página 132.

(35) *Derecho del Trabajo*. México, 1950.

estricto; son comisionistas o son notarios mercantiles si media el requisito de la colegiación, o son ambas cosas a la vez (36). Nada extraño será que, además, el título III del libro II del Código, al tratar «De la comisión mercantil» y referir su sección primera a la regulación «de los comisionistas», y la segunda a «Otras formas del mandato mercantil», comprendiendo a factores, dependientes y mancebos, amplíe al máximo la confusión con repercusiones de importancia.

Partiendo del concepto unitario de empresa y de actividad mercantil, las personas que sin titularidad en el dominio de la empresa prestan su actividad al tráfico comercial, constituyen desde nuestro Derecho positivo el amplio grupo de los «agentes mediadores», los «comisionistas», los «factores», «dependientes y mancebos», y respecto del Derecho marítimo, los comúnmente denominados «auxiliares» y «agentes del naviero». El conjunto de «agentes mediadores» ofrece entonces una calificación jurídica caracterizada, más que por la mediación, por la fedatación mercantil, función ésta que por su propia naturaleza excluye a sus titulares de cualquier consideración laboral (37). Queda entonces un segundo conglomerado de sujetos de actividad mercantil —«comisionistas» y «otros mandatarios»—. Respecto de los primeros distingue el Código la operación comisoria realizada en nombre del propio comisionista o del comitente —artículo 245— lo que ha llevado a Núñez Lagos a considerar que en la comisión *nomine proprio* se da un mandato (o comisión) sin poder, y en la contratación a nombre del comitente, un mandato o comisión unido a un poder; mandato o comisión, insiste, con representación directa (38). Con esto los genéricos contratos de comisión se diversifican ofreciendo para el caso del comisionista con poder la figura del comisionista-representante.

(36) *Tratado...*, cit., I-3, pág. 1.443.

(37) Sin embargo no faltan precedentes de propósitos de incorporación por lo que se refiere a la historia de nuestro Derecho del Trabajo; cuando fué expuesto a información pública el Proyecto Ruiz Jiménez sobre contrato de trabajo, las asociaciones de dependientes pidieron la extensión de su ámbito a los viajantes y corredores de comercio.

(38) «Mandatario sin poder», en *Rev. de Dcho. Priv.*, 1946, pág. 610.

Pese a todo, el uso jurídico patrio no es propicio a discriminar, y aún emplea diversos apelativos respecto de la actividad de los agentes mercantiles (39); más la expresión referida se simultanea con la de representante, llegándose a identificarla, a veces, con la de viajante, la que, a su vez, ha penetrado en la legislación laboral con significación propia; similarmente se generalizan las de agente comercial como sinónimo de representante y aun las de vendedor y vendedor o corredor en plaza.

Una mayor precisión de los supuestos jurídicos a que aluden las expresiones examinadas requieren advertir:

— Que la expresión *comisionista* debe reservarse para los supuestos de contratación en nombre propio. Y

— que la expresión *comisionista - representante* o —abreviada— *representante*, alude a quienes contratan en nombre de un mandante. De consecuencia lo serán tanto los agentes que gestionan ventas en una sola plaza —corredores de plaza, vendedores, etc.— como quienes actúen a lo largo de un itinerario por cuenta de una sola empresa —*viajantes*— o de varias simultáneamente —*representantes*—.

3. La masa de sujetos que colaboran en la empresa mercantil

Siguiendo el sistema y espíritu del Código de Comercio español han de entenderse por colaboradores de la empresa mercantil —excluidos por las razones dadas los *agentes mediadores*— los siguientes grupos de sujetos:

- 1.º Comisionistas.
- 2.º Comisionistas-representantes.
- 3.º Factores (apoderados o mandatarios generales).

(39) Verbigracia, en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, sentencias de 13 de octubre 1898, 30 de abril 1929, 31 de mayo 1928, etc.; en la social acaece otro tanto, vid sentencias de 5 y 9 de abril 1948 y 22 de marzo 1957, entre otras.

- 4.º Dependientes (o mandatarios singulares).
- 5.º Mancebos (encargados de vender al por menor o por mayor, o de recibir mercancías).

Los denominados «auxiliares del comerciante» (números 3.º, 4.º y 5.º) cuyas actividades revisten otras tantas formas de mandato mercantil, ostentan además la representación empresaria; para nuestro legislador, observa Garrigues, el auxiliar no es sólo un mandatario; es un mandatario dotado de un poder de representación. He aquí, pues, una primera nota que les es común con la figura del comisionista-representante.

Mas una segunda genérica a las cuatro últimas categorías es la del carácter jurídico de su gestión. El auxiliar, indica el profesor Garrigues, «es un colaborador en operaciones jurídico-mercantiles». Y, desde luego, jurídica es la actividad del representante. ¿Qué nota, pues, habrá de ser utilizada para diferenciar entre sí estas cuatro últimas figuras? Se ha aludido a la dependencia y precisamente por venir referenciada en el propio Código de Comercio. Con todo, la expresión queda referida a los mandatarios singulares —artículo 239, párr. 2.º— excluyendo así, en un sentido formal, a factores y mancebos —por otra parte unidos al regular el Código las indemnizaciones que les son debidas en caso de despido —art. 302, párr. 2.º—.

Todas estas últimas variedades de «mandatarios mercantiles», cuyas postreras diferencias entre sí no pueden buscarse con categorías jurídicas rigurosas, sino a través de verificaciones de grado son objeto de distinta y aun contrapuesta normativa.

4. *La distinta situación jurídico personal de los mandatarios*

El panorama del Derecho positivo español ha venido mostrando:

1. Que la situación de los comisionistas viene dada por la existencia de un contrato de comisión mercantil.
2. Que la de los comisionistas-representantes tiene su regulación, igualmente, en el contrato comisorio.

3. Que los factores

— o por la amplitud de la actividad encomendada —en cuanto poderes generales— inciden en el régimen de exclusiones del art. 7.º de la ley de Contrato de trabajo,

— o que de no darse tal calidad de funciones, aun cuando gerentes, son sujetos de relación laboral.

4. Que la situación de dependientes y mancebos ha sido tipificada de laboral por el art. 6.º de la ley de Contrato de trabajo y, como tal, puntualizada en la Reglamentación Nacional del Trabajo en el Comercio, de 10 de febrero de 1948.

Y aún cabe señalar a unos peculiares mandatarios cuya actividad fué hasta tiempo reciente regulada por el contrato de comisión mercantil y hoy son sujetos del contrato de trabajo; tales los viajantes, corredores de plaza y jefes de ventas, expresamente incorporados a las clasificaciones de personal de bastantes reglamentaciones laborales, según se señala más adelante.

5. *Fases de la progresión laboral de los mandatarios comerciales*

Se hace necesario marcarlas porque su realidad contribuye casi gráficamente a remarcar lo anómalo de la exclusión, al presente, de los comisionistas -representantes, quienes junto con el comisionista *nomine proprio* y altos cargos de empresa —categorías una y otra que ni jurídica ni por modalidad material de trabajo guardan con la primera la más leve similitud— son sujetos de contrato mercantil.

A) *Dependientes y mancebos.*—La primera referencia de legislación laboral positiva vino contenida en la ley de Accidentes del trabajo de 30 de enero de 1900 y su Reglamento de 28 de junio del mismo año; comprendíase como «operarios» a los aprendices y dependientes de comercio.

En las dos primeras décadas del siglo los varios proyectos de regulación del contrato de trabajo tienen presente a los dependientes.

Ampliamente comprendidos quedaban en las Bases para un proyecto de ley de Contrato de Trabajo presentadas al Instituto de Reformas Sociales en 1904, e igualmente en el proyecto efectivamente redactado al año siguiente. Igual alusión contuvo el proyecto Dávila, de 1906 (idéntico, es sabido, al anterior). La referencia al trabajo mercantil desapareció, sin embargo, del proyecto Cierva, de 1908, aunque cabía considerarlo implícito en la fórmula «prestación retribuida de servicios manuales de carácter económico» —art. 1.º—; al menos así lo manifestaba el *Informe* emitido —en la información pública abierta por el Senado— por la Unión Industrial de Asturias al pedir que, en vez de referirse a «trabajos económicos» se dijera «de carácter industrial y mercantil» (40). El proyecto Merino, de 1910, fué repetición del preparado por el Instituto, e igualmente los presentados por Sánchez Guerra y Ruiz Jiménez, respectivamente. La información pública abierta a la presentación del proyecto Ruiz Jiménez fué contradictoria al respecto, pues el Círculo de la Unión Mercantil, de Madrid, se pronunció por la exclusión del «contrato de prestación de servicios mercantiles y las relaciones entre dependientes o empleados y sus jefes», y por el mantenimiento del Código de Comercio sobre tal materia; en sentido similar expresóse la Asociación General de Dependientes de Comercio, de Madrid, en tanto que el Centro Autonomista de Dependientes de Comercio y de la Industria, de Barcelona opinó que el proyecto debía ampliarse a «viajantes y corredores». Otras entidades adoptaron el criterio de exclusión, con éxito, pues en la propuesta de dictamen de la Comisión del Senado desapareció la referencia a los «servicios de carácter industrial, mercantil, agrícola o doméstico». El proyecto Burgos y Mazo, que sólo muy parcialmente aprovechó materiales de los precedentes, entraba ya decididamente en la regulación unitaria de toda relación mercantil desde el punto de vista del personal; «por arte y virtudes de esta nueva concepción del Derecho civil —decía el Preámbulo— el contrato de trabajo se eleva de la casuística legal

(40) Vid. *Información legislativa española y extranjera sobre contrato de trabajo*, publicada por el Instituto de Reformas Sociales. Madrid, 1921; página 70.

en remoto apartado del actual Código... a cuestión central del Derecho de obligaciones en el punto donde —un día— han de cruzar; el Derecho patrimonial (responsabilidad civil), el Derecho de las personas (capacidad para contratar), el Derecho mercantil (comisión de comercio) y el Derecho penal (sanciones)». Consecuente con el ímpetu doctrinal flameante en el Preámbulo, el proyecto Burgos y Mazo sistematizaba tanto los «servicios de prestación» comprendidos por el contrato de trabajo —directa, en cooperación o comisión; accidental o de servicio suelto; de obra por ajuste o precio alzado— como los servicios objeto de contrato de trabajo —industriales, mercantiles o burocráticos, navieros, agrícolas, mineros y domésticos» (artículo 3.º). Más adelante, al regular el contrato de empleo —como «prestación de trabajo intelectual»— fijaba entre las funciones mercantiles, el «despacho comercial» (art. 43), y tras definir las comprendía entre ellas a las de los dependientes o mandatarios singulares y a los mancebos de comercio autorizados para regir una operación mercantil o alguna parte del giro o tráfico de su principal (artículo 57):

En tanto, la ley de Accidentes del trabajo de 10 de enero de 1922 acogió ampliamente a los mandatarios mercantiles casi en su totalidad al extender su ámbito a «los establecimientos mercantiles respecto de sus dependientes, mancebos y viajantes» (art. 2.º, par. 13). La incorporación plenaria de los dependientes al contrato de trabajo fué obra del Código laboral de 1926 al reseñar como *obreros*, en el art. 427, a los efectos de los Tribunales industriales, a los dependientes de comercio «propriadamente dichos» y cuantos desempeñasen trabajos manuales en establecimientos mercantiles. La ley de Contrato de trabajo de 1931 consideró trabajadores a los «empleados ocupados en comercios» (art. 6.º).

B) *Viajantes*.—El Código de Comercio no alude a los viajantes como categoría específica —«silencio inexplicable sobre esta importantísima institución», apuntaba Alarcón Horcas (41)— pero la doctrina los ha venido considerando como sinónimo de comisionista o, dicho con mayor precisión, comisionista-representante. Todavía el

(41) *Código de Trabajo*. Madrid, 1927; v. I, pág. 239.

Tribunal Supremo insiste en la indiscriminación (42). Con todo, la configuración laboral del viajante inicia su proceso en torno a algunos proyectos de legislación sobre el contrato de trabajo (43), para ser expresamente incluida en el proyecto Burgos y Mazo al regular el contrato de empleo.

La ley de Accidentes de 1922 es el primer texto legal que comprende a los viajantes de comercio (44). El libro I del Código de trabajo de 1926 no los reseña, mas el libro III al regular la materia de accidentes, sigue a la ley de 1922 y señala, entre las industrias o trabajos que darán lugar a responsabilidad del patrono los establecimientos mercantiles respecto de sus dependientes, mancebos y viajantes (45). Sin embargo, el libro IV excluye del fuero laboral a los viajantes al no reseñarlos en el art. 427.

Alarcón Horcas al comentar el libro III del Código de 1926, realizó una valiosa exégesis sobre el texto del art. 146. Tras reiterar su sorpresa de que el Código de Comercio olvidase al viajante, laguna, dice, de sorprendente magnitud, perfila la figura omitida, del siguiente modo: «A semejanza del factor y del dependiente participa de la cualidad de mandatario y arrendatario de trabajo en cuanto su misión fundamental es la de contratar en nombre y por cuenta de su principal, conservando constantemente cierta autonomía e iniciativa en la formación de los contratos, dada la dificultad de obtener instrucciones concretas para cada caso... Necesario es no olvidar que los viajantes de comercio son de dos clases: unos que realizan sus funciones por cuenta y bajo dirección de su principal...» (46). Distingue después Alarcón a los representantes de varias casas, a quienes denomina «comisionistas ambulantes», por oposición a los «comisionistas sedentarios» o corredores de plaza, excluidos del ámbito del artículo que comenta. La versión que el citado autor ofrece de la figura del viajante es acertada, al menos casi a

(42) Véase sentencia de 22 de marzo de 1957.

(43) Recuérdese la petición de las asociaciones de dependientes en la información del Proyecto Ruiz Jiménez.

(44) Art. 3.º, párrafo 12; Reglamento, art. 2.º, párrafo 4.

(45) Art. 146, párrafo 12.

(46) Op. cit., p1g. 244.

la letra de esta noción ha entrado dicha figura en el ámbito de nuestra legislación positiva.

En efecto, pese a que ya el Tribunal Supremo en sentencias de 22 de junio de 1940 y 25 de marzo de 1942 había considerado a los viajantes de comercio y vendedores a domicilio como trabajadores, la jurisprudencia —copiosa sobre situaciones similares— se sucedió en la negativa. Sólo la legislación de Accidentes —ley para la Industria, de 1932— consideró «operarios» a los viajeros de establecimientos mercantiles (47), estimación reiterada a iguales efectos por la Orden ministerial de 4 de agosto de 1934 y remachada y aún clarificada por la de 22 de noviembre de 1935, al preceptuar que la condición «operaria» «la mantienen lo mismo si cobran sueldo que si cobran sueldo y comisión o sólo comisión» (48).

Ultimamente la oscilación jurisprudencial respecto de los viajeros quedó superada al registrarlos como trabajadores diversas Reglamentaciones de trabajo. Ya con anterioridad a la promulgación del texto refundido de la vigente ley de Contrato de trabajo, la Reglamentación nacional de trabajo del sector Lana, de la industria textil (49) incorporó en su clasificación del personal afectado, a los viajeros, definiéndolos como «aquellas personas que al servicio único de la empresa a cuya plantilla pertenecen, y en posesión de conocimientos suficientes para la misión que se les encomienda, ofrecen el artículo, toman nota de los pedidos, informan de los mismos, transmiten los encargos recibidos, cuidando de su cumplimiento, y cuando no realizan viaje actúan en el almacén a las órdenes del jefe ventas (50). Esta noción ha sido reproducida a la letra por las Reglamentaciones de los varios sectores de la industria textil (fibras artificiales, seda, algodón, fibras diversas y sector manual del esparto) (51), y por las de fabricación de galletas (52), industria de

(47) Art. 3.º

(48) Art. 2.º

(49) Aprobada por O. M. de 28 de marzo de 1943.

(50) Art. 15.

(51) Fibras artificiales, O. M. 20 marzo 1946; seda, O. M. 31 enero 1946; algodón, O. M. 1.º abril 1943; fibras diversas, O. M. 11 abril 1947; sector manual del esparto, O. M. 19 diciembre 1947.

(52) O. M. 27 noviembre 1947.

chocolate (53), industria del calzado (54), derivados del cemento (55), industria alpargatera (56), comercio (57) e industria cinematográfica (58).

Más evolucionadas son aquellas Reglamentaciones que atribuyen al viajante capacidad de venta y adquisición por cuenta de la empresa; en este sentido, la de la industria del Curtido (59) que, además, reconoce que «realiza funciones más de carácter mercantil que administrativo» (60), la de la industria de guantes de piel (61) y, sobre todo, la Reglamentación de conservas vegetales (62).

He aquí que la comisión mercantil en su especie representativa, si bien referida a representación exclusiva, ha entrado en el ámbito del Derecho español del trabajo. Aun evidente la falta de criterio

(53) O. M. 28 octubre 1947.

(54) O. M. 25 abril 1946.

(55) O. M. 16 julio 1946.

(56) O. M. 18 marzo 1947.

(57) O. M. 10 febrero 1948.

(58) O. M. 31 diciembre 1948.

(59) O. M. 12 diciembre 1946.

(60) Art. 22; «... Se consideran también como empleados administrativos aquellos otros que, como los jefes de compras, ventas y viajeros, realizan funciones de carácter más mercantil que administrativo.» Y más adelante, —apartado d) de este artículo— define a los viajeros como «aquellos empleados que, al servicio únicamente de la empresa a cuya plantilla pertenece encomendada, realizan las compras de materias primas ordenadas por cen, y en posesión de conocimientos suficientes para la misión que se les la Dirección, para lo cual deben conocer las distintas clases de pieles y materias curtientes, o bien en viaje de ruta previamente señalado ofrecen el artículo, toman nota de los pedidos, informan de los mismos y transmiten los encargos recibidos cuidando de su cumplimiento».

(61) O. M. 22 enero 1947.

(62) O. M. 20 septiembre 1947: «Viajantes. Son aquellos empleados que al servicio únicamente de la Empresa a cuya plantilla pertenecen, realizan personalmente y por medio de viajes operaciones de compra de materias primas o venta de productos fabricados obedeciendo las órdenes y consignas de la Dirección en cuanto a rutas, precios, etc., tomando notas de los pedidos, informandos los mismos, cuida la organización de ventas, transmite o encargos, etcétera, y realizando todas las operaciones por cuenta de la empresa. Durante su estancia en la localidad de la empresa realizarán funciones administrativas o técnicas.»

que presidiera su incorporación, la figura del viajante puede configurarse mediante el siguiente esquema :

1. Es un empleado por cuenta ajena.
2. Que figura en la plantilla de la empresa.
3. Está al servicio exclusivo de ésta.
4. Viaja itinerarios previamente señalados por aquélla.
5. Tiene por misión :
 - a) Ofrecer artículos.
 - b) Tomar nota de pedidos.
 - c) Informar sobre los mismos.
 - d) Cuidar la organización de ventas.
 - e) Realizar operaciones de compra de materias primas o venta de productos de la empresa.
6. Estas misiones las cumple obedeciendo órdenes de la empresa.
7. Y cuando no viaja puede ser utilizado por la empresa en funciones administrativas o técnicas, dentro de aquélla.
8. Su retribución se integra de un sueldo mínimo, fijo, con independencia de los resultados de sus gestiones.

Si esta categoría profesional elaborada por nuestras Reglamentaciones queremos individualizarla respecto de otras conexas con la gestión mercantil, basta con señalar :

- La relación de servicio exclusivo con una sola empresa.
- La situación de dependencia funcional, pero no de gestión.
 - a) Dependencia respecto de itinerarios y tiempo fijado para ellos.
 - b) Independencia respecto de las ofertas a realizar, ventas o compras a concertar, sólo limitada por órdenes empresariales de venta o adquisición, dadas por lo común *in genere*, no en concreto respecto de personas, productos y precios.

Reflexionando, por último, sobre el Código de Comercio, éste revelará, en orden a la situación del comisionista-representante respecto del comitente :

— Que el representante que contrate en nombre del comitente deberá manifestarlo así (63).

— Que el comisionista en ningún caso podrá proceder contra disposición expresa del comitente (64), desempeñando su cargo con sujeción a las instrucciones recibidas de éste (65).

— Que en lo no previsto y prescrito expresamente por el comitente deberá el comisionista consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio (66).

¿Qué descubre este último análisis? Una evidente relación de dependencia funcional que, de acuerdo con la usual técnica del comercio matiza la comisión del representante, acercando su actividad profesional, en cuanto al modo de producirse, a la normativa laboral examinada respecto del viajante que las Reglamentaciones regulan.

C) *Corredores de plaza*.—El uso comercial ha generalizado peligrosamente la expresión *comisionista* respecto de quienes median en el tráfico de comercio como agentes del mismo, dentro de una localidad, reduciendo a su perímetro el ámbito del trabajo profesional; más propiamente deben ser denominados *corredores de plaza*, con expresión ya utilizada en algunas Reglamentaciones de trabajo.

El corredor de plaza es —según los casos— un comisionista o comisionista-representante cuyo campo de acción se reduce a una localidad tan sólo. Individualizada así la figura, el régimen de su actividad queda diversificado según que el corretaje en plaza sea realizado exclusivamente para una entidad o simultaneado respecto de varias. Ya Alarcón Horcas consideró a éstos por él denominados «comisionistas sedentarios», si bien sólo en su aspecto de representantes múltiples.

(63) Art. 247, párrafo primero.

(64) Art. 256.

(65) Art. 254.

(66) Art. 254.

La evolución legislativa laboral española también ha afectado a esta figura. Algunas Reglamentaciones la consideran, haciendo del corredor sujeto del contrato de trabajo cuando actúe por cuenta de una sola empresa. La Reglamentación de industrias de chocolates, bombones y caramelos lo define como «la persona que, dentro de la plaza o localidad en que radique la industria, realiza las funciones asignadas al viajante» (67). Similar es la figura en la Reglamentación de fábricas de galletas (68) y más perfeccionada en las del Cemento y Comercio (69).

He aquí otro mandatario mercantil transvasado desde el contrato de comisión al de trabajo. Con todo, ha de observarse, además, una mayor relajación de la nota de dependencia funcional respecto del viajante, pues las Reglamentaciones omiten para el primero la sujeción a «ruta o itinerario», siquiera dentro de la localidad, de lo que es obligado deducir la amplitud de movimientos de que está dotado el vendedor en plaza respecto de su actividad profesional.

D) *Jefes de ventas*.—Actividad desgajada de las «otras formas de mandato mercantil» aludidas y reguladas por el Código de Comercio es el jefe de ventas o «persona que a las órdenes directas de la empresa cuida de la distribución y colocación del producto elaborado, bien personalmente a los mayoristas, bien dando para ello las correspondientes instrucciones a los viajantes o auxiliares de

(67) Art. 13, B), c).

(68) «Corredor de plaza. Es la persona que dentro de la plaza o localidad en que radica la industria realiza las funciones asignadas al viajante. Los salarios que se fijan en el artículo correspondiente para el viajante y el corredor de plaza se entiende que lo son como ingreso mínimo señalado entre sueldo y comisión» —art. 13, B), c) —.

(69) Según la Reglamentación de Cemento, «corredores de plaza son los empleados que al servicio de una sola empresa y de modo habitual realizan las mismas funciones atribuidas al viajante en establecimientos de la misma plaza en la que radique la empresa, a cuyo servicio está, o en plaza en que ésta tenga sucursales» (art. 15).

La Reglamentación de trabajo en el Comercio contiene figura similar con la agregación de que las funciones a realizar lo serán «en establecimientos y en casas particulares, y la reducción, sin embargo, de la actividad, «a la misma plaza en que radica el establecimiento a cuyo servicio está» (artículo 16, g).

ventas»; esta es la figura que la Reglamentación del sector lanero incorpora a su normativa (70). A ellos igualmente alude la Reglamentación de la Industria del curtido (71).

La actividad jurídica de estos empleados es típica del factor mercantil que negocia y trata —«distribuye y coloca productos»— a nombre de su principal (72). Aunque a la vista del art. 292 del texto mercantil (73) pudiera cuestionarse su calidad de «dependiente», la amplitud de cometido que se atribuye en la Reglamentación del sector lanero parece alcanzar más cumplidamente al concepto de factor contenido en el art. 283 del Código (74), puesto que el jefe de ventas administra, dirige y contrata «con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario». En este supuesto, deducido de la Reglamentación, el jefe de ventas puede actuar directamente con los mayoristas —o clientes— e inclusive dar instrucciones a viajantes.

Hace años que la doctrina jurisprudencial española intuyó la característica laboral del jefe de ventas, siquiera lo hiciese fugazmente al resolver el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de mayo de 1919 cierta figura híbrida de corretaje y factoría; quien presta servicios a una sociedad, razonaba la resolución, «como agente corredor para la inspección, distribución y organización de los servicios de la sociedad», es considerado como dependiente, vinculado por contratos de servicios, siendo competente para conocer de las cuestiones que con tal motivo se susciten el Tribunal Industrial, con arreglo a los artículos 1.º y 7.º de la ley de 22 de julio de 1912.

(70) Art. 15.

(71) Considera como «empleados administrativos» a ella sometidos, junto con los viajantes, a los «jefes de compras y ventas», aunque realicen funciones «de carácter mercantil más que administrativo» (art. 22).

(72) Art. 284 del Código de Comercio.

(73) «Los comerciantes podrán encomendar a otras personas, además de los factores, el desempeño constante, en su nombre y por su cuenta, de alguna o algunas gestiones propias del tráfico a que se dediquen...»

(74) «El gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratarlo sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, tendrá el concepto legal de factor y le serán aplicables las disposiciones contenidas en esta sección.»

Pero este incipiente criterio no fué con posterioridad compartido, ni en el caso del «delegado comercial» por prestar «servicios exclusivamente técnicos», no confundibles con los de «carácter manual», a los que subordina el ejercicio de la jurisdicción de los Tribunales industriales el núm. 1 del art. 7.º de la ley de 1912 (75), ni en el de «director de ventas» de una sociedad, porque la labor de éste, «si bien concurrente en la producción», obedecía a su libre iniciativa, libertad ésta que, en el sentir jurisprudencial, priva al contrato «de la modalidad que le da cabida en el régimen del Derecho social» y al actor «de la condición de obrero» (76).

6. Resumen

A estas alturas de nuestra pesquisa pueden señalarse, en lo que hace a la evolución del Derecho español:

1.º La progresión laboral de los mandatarios del comercio que actúan con representación patentizada.

a) Por la incorporación al contrato de trabajo de
— dependientes de comercio y mancebos;
— viajantes al servicio exclusivo de una empresa.

— corredores de plaza con idéntico servicio exclusivo;

— jefes de ventas.

b) Por una mayor tecnificación y funcionalización de estos mandatarios, revelada por la tipificación *ex-novo* de

— viajantes-empleados;

— corredores de plaza, y

— jefes de ventas.

La delimitación jurídica de estas figuras se ha operado en España merced a la legislación laboral.

(75) T. S., sentencia 22 noviembre 1927.

(76) T. S., sentencia 27 diciembre 1944.

2.º La paralización evolutiva, sin embargo, respecto de los viajantes-representantes y corredores en plaza que actúan para varias empresas. Forzoso es confesar que, ausente una normativa específica al respecto, la doctrina jurisprudencial no se ha hecho eco sin que pueda alcanzarse esta pasividad doctrinal de la realidad que muestra ese haz de figuras antaño mercantiles, y hoy, por obra de la actividad laboral reglamentaria principalmente —sin desdeñar precedentes legislativos— teñidas de inequívoco perfil laboral.

III. LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS REPRESENTANTES DE COMERCIO

1. *Contrato de trabajo y contratos mercantiles*

No puede decirse que haya sido muy preciso el Tribunal Supremo al fijar la distinción entre los contratos de trabajo y mercantiles. Para buscarla ha esgrimido nuestra jurisprudencia el criterio de la dependencia, pero forzoso es reconocerlo, dejando a un lado el flexible y necesario entendimiento de la dependencia-colaboración para insistir en la idea de dependencia-sumisión que, en la realidad laboral de la empresa, responde a un clima de *obediencia pasiva* en todo punto insuficiente tanto para el desenvolvimiento óptimo de la actividad técnica de la instalación como para reforzar el principio social de colaboración necesaria que la idea misma de empresa postula. Los ya generalizados movimientos científicos en pro de la ampliación y flexibilización del concepto de dependencia no han tenido eco en la actividad jurisdiccional de nuestro más Alto Tribunal. La idea de *dependencia de fin*, sagazmente apuntada por Hernáiz para ensanchar la noción de dependencia, «en cuanto que el objeto que se persigue con el trabajo sea el querido y al efecto retribuido por la empresa» (77) es en absoluto extraña al rígido criterio del Tribunal Supremo.

(77) *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*, 7.ª ed., pág. 245.

Podría aducirse el testimonio de múltiples sentencias en las que, precisamente para discernir la naturaleza mercantil o laboral de relaciones dadas, se incide en titubeos insuficientes a los fines de una convicción teórica clara y perdurable. Baste, por vía de ejemplo, la resolución de 29 de enero de 1940 donde apuntase que «quizá la principal característica distintiva» entre el contrato de trabajo y los de prestación de servicios civiles o mercantiles «con análogo significado», sea la «dependencia del trabajador»; esta sentencia, sobre no trazar las líneas maestras de este último concepto, la admite como posible en los contratos civiles o mercantiles que mediante él trata de identificar, siquiera con ligera salvedad: «Si existe [la dependencia] en los otros módulos no se manifiesta ni destaca».

Ciertamente que mayor precisión contienen sentencias como la de 10 de mayo de 1950. Establece la distinción entre contrato de trabajo y comisión mercantil, partiendo de la previa entre aquél y el mandato que regula el Código civil en sus artículos 1.709 y siguientes. El mandato, señala, se supone gratuito; el mandatario puede nombrar sustituto «si el mandante no lo prohíbe, situación no admisible en el contrato de trabajo»; el mandato «puede acabarse unilateralmente por voluntad del mandante», y, en fin, «en el mandato el mandante observa al mandatario, y en el Derecho laboral están en un plano de igualdad ambas partes contratantes». Precaria es la distinción, por de pronto, respecto del mandato. Pero es que la sentencia sigue diciendo: «Y en cuanto a la comisión mercantil que no es esencialmente más que el mandato aplicado a las operaciones comerciales, constituye también una de sus características la cualidad unilateral del contrato a voluntad de comitente, conforme al art. 279 del Código de Comercio, sin necesidad de invocar causa alguna de resolución». Con independencia del fuerte reparo que mana de la existencia en las Reglamentaciones laborales de diversos «mandatarios» mercantiles —tal los viajantes— en cuya situación jurídica no se revela elemento alguno de los configuradores del mandato civil, la doctrina sentada por la sentencia que se comenta resulta poco convincente porque:

— La comisión mercantil presupone siempre una actividad con ánimo lucrativo. Pero hay más; el propio contrato de

mandato civil se presume retribuido precisamente «si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato» (78). Y, en fin, el carácter lucrativo del contrato de comisión mercantil resplandece a la luz del propio Código de Comercio cuyo art. 277 determina, en su párrafo primero, que «El comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de comisión, salvo pacto en contrario».

— En cuanto a la sustitución del mandatario, prevista efectivamente por el Código civil, está condicionada, sin embargo, a la previa autorización del mandante. Y sin entrar en esta posibilidad respecto de la comisión mercantil, cabe decir, sin embargo, y en función del contrato de trabajo, que si ciertamente la prestación de trabajo es personalísima, tal exigencia queda muy paliada en los propios textos de la ley laboral; invoquemos al respecto el caso expresamente previsto en la ley de contrato de trabajo respecto del contrato de grupo (79): «Cuando un trabajador dejare el grupo, éste deberá sustituirle con otro, proponiendo inmediatamente el designado a la aceptación del empresario.»

— Respecto de la rescisión unilateral del mandato es, desde luego, nota distintiva de éste, extensiva en cierto modo a la comisión (80). Mas en el contrato de trabajo, al menos en el estado actual de la ley laboral española, la rescisión unilateral si no es nota distintiva es, desde luego, acción de eficacia liberatoria del vínculo desde el punto de vista del empresario, siquiera éste quede «a las resultas», cabe decir, de las indemnizaciones debidas a virtud tanto del art. 81 de la ley de Contrato como del juego indemnizatorio previsto por el Decreto de 26 de octubre de 1956 (81).

(78) Art. 1.711, párrafo segundo del Código civil.

(79) Art. 18, párrafo segundo.

(80) El art. 279 del Código de Comercio hace pender las resultas de la gestión realizada por el comisionista, y la obligación del comitente al respecto.

(81) El art. 7.º de este Decreto prevé el supuesto de que la empresa

Doctrina más armónica ofrece la sentencia de 18 de octubre de 1946 que al dilucidar el posible carácter de factor mercantil y resolver en sentido negativo, lo hace invocando como fundamento «o situación propiamente de Derecho laboral», «la participación productora con dependencia y para otro».

2. Criterios de distinción

A) *La dependencia*.—Debe darse aquí por reproducido cuanto se razona en el epígrafe 1.º de esta última parte. Sólo resta advertir la opinión singular de la sentencia de 15 de junio de 1950 que estima contrato de comisión mercantil al regulador de la actividad de un agente de venta de helados, retribuido a sueldo y comisión, con demarcación de zona; pese a la presumible naturaleza laboral de la que es indicio la retribución con sueldo fijo no puede —dice la sentencia— apreciarse el requisito de la dependencia.

B) *Dependencia y actividad simultánea*.—En otros casos, a la ausencia de la nota de dependencia añade el Tribunal Supremo la existencia de actividades simultáneas en el comisionista. Tal la sentencia de 31 de marzo de 1950, arguyendo lo improbadado de la dependencia y *subordinación directa* y, «ni mucho menos la prohibición alguna, por parte de la empresa, del empleo de otros cometidos, de las actividades del demandante».

C) *Dependencia, actividad simultánea y forma de retribución*.—Ha manejado otras veces el Tribunal Supremo estos tres elementos como básicos para la exclusión. Véase una muestra: «El que tiene una función retribuida por comisiones, aunque también se le indemnizan dietas y gastos de viaje y libertad de movimientos o indepen-

se niegue a la readmisión del trabajador, una vez así determinado por ejercicio del derecho de opción en caso de despido improcedente; y el artículo 8.º que regula el trámite del incidente de ejecución de sentencia denominado «de indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión» (art. 7.º), establece la condena empresarial al abono al trabajador de una indemnización cuya cuantía, en sus límites mínimo y máximo, especifica el citado artículo 8.º

dencia de gestión, compatibles con otras actividades personales, le constituyen en un agente con amparo en el aspecto mercantil de comisionista y sin nexo laboral» (82).

Al someter a examen crítico la validez distintiva de dichas tres notas a la luz del Derecho laboral español, destaca su entidad fragmentaria y aún equivocidad. Veámoslo:

— El concepto de dependencia es diversamente significado por el propio Tribunal Supremo; unas veces lo refiere a aspectos económicos de la relación (83); otras, al margen de libertad en la realización del cometido (84); otras, en fin, al modo de realización del trabajo (85). La investigación jurídico laboral española ha ofrecido, sin embargo, una construcción distinta de tan contradictoria apreciación. Para Pérez Botija la idea de dependencia, en sentido técnico, equivale a estar bajo la dirección de otra persona y obedecer sus órdenes, y en sentido económico significa realizar el trabajo por cuenta de otros (86). Años antes había enseñado Gallart que la dependencia no implica vigilancia directa del patrono o de sus apoderados o delegados (87), aclarando que la dependencia es aceptación, en el trabajo propio, de las órdenes del superior. Y Menéndez Pidal, refiriéndose al trabajo «subordinado y dependiente», señala una subordinación técnica por la que el trabajador ha de obedecer las órdenes que se le dan en la ejecución de su trabajo, añadiendo que esta subordinación no es de forma absoluta, sino racional (88).

— En cuanto a la actividad simultánea, no puede reputarse por decisiva para descalificar la naturaleza laboral de una re-

(82) Sentencia 17 enero 1947.

(83) Sentencias 15 enero 1941, 30 marzo 1944, 10 febrero y 11 diciembre 1942.

(84) Sentencia 23 abril 1954.

(85) Sentencia 30 noviembre 1953.

(86) *El contrato...* cit., pág. 47.

(87) *Derecho español del trabajo*. Barcelona, 1936; pág. 10.

(88) *Derecho social español*. Madrid, 1952; v. I, pág. 228.

lación, porque si la legislación española de trabajo sienta el principio de la no concurrencia —art. 73 de la ley de Contrato de trabajo— ni alude a la exclusividad profesional ni prohíbe simultanear diversos quehaceres de distinto rango y especie. En efecto, el artículo citado establece:

- a) Obligación de no concurrir el trabajador frente al empresario, o sea, trabajar al margen de éste en actividad similar.
- b) No colaborar con quienes concurren.
- c) No realizar obra o trabajo complementario del concertado, salvo consentimiento empresarial.

Observa al respecto Pérez Botija que ya el Derecho mercantil desde tiempos primitivos había regulado esta prohibición, y también que el vigente Código de Comercio, en sus artículos 288 y 300 estatuye reglas más draconianas de las que prevé la ley de Contrato de trabajo (89). Pero es sobremano interesante recordar que el art. 73 no prohíbe al trabajador la libre disposición del tiempo no contratado en menesteres extraños a los empresariales. El autor últimamente citado, comentando este supuesto de «trabajos distintos» que sean objeto de contrato, advierte que para éstos nada limita la ley «y, por tanto, el trabajador podrá dedicarse libremente a tales labores complementarias, siempre, claro es, que no infrinja lo previsto en los artículos 60 y 64» (90).

Respecto a la forma de retribución a la que acude la jurisprudencia para fundamentar las exclusiones, quizá por apego a un criterio de política laboral más que jurídico estricto, habrá de recordarse que los artículos 42 y 43 de la ley del Contrato prevén la remuneración por comisiones de forma expresa, lo que permitió a Pérez Botija apreciar: «Las comisiones previstas por la ley de Contrato de trabajo parecen atribuir implícitamente la condición de trabajadores a los

(89) *El contrato...*, pág. 231.

(90) *Op. cit.*, pág. 232.

agentes de ventas y a los representantes que obran a comisión, amparándose con ello en dicho texto legal a los llamados negocios eventuales de mediación» (91).

3. Conclusiones respecto del análisis jurisprudencial

Tal vez que nuestro Tribunal Supremo, por noble apego y defensa de las instituciones estatuidas, extrema su prudencia respecto de la evolución necesaria que sobre las mismas presiona y de la que a veces es causa indirecta el propio Derecho legislado, como acaba de comprobarse. Hemos de convenir, con todo, que en ocasiones la jurisprudencia española, fuerza la letra y aun el espíritu de la norma para seguir excluyendo a los mandatarios mercantiles del contrato de trabajo, ello, sin duda en aras de un peculiar sentido de la seguridad jurídica digno de respeto.

IV. BASES QUE FUNDAMENTAN LA CONDICIÓN JURÍDICO LABORAL DE LOS VIAJANTES-REPRESENTANTES Y CORREDORES EN PLAZA

1. Naturaleza de las gestiones de representantes. *Mandato y contrato de trabajo*

El mandatario mercantil tiene como misión más característica la gestión de venta de productos de su principal. Esta actividad personal se matiza jurídicamente por dos notas:

- a) Encargo de vender.
- b) Incertidumbre respecto de la posibilidad efectiva de venta.

Por las notas dichas el mandatario mercantil, en tanto que mandatario, no confunde su personalidad y patrimonio con el del man-

(91) Vid. PÉREZ BOTIJA: *Salarios*. Madrid, 1944; pág. 119.

dante o principal. Ahora bien, como el art. 245 del Código de Comercio prevé la comisión realizada en nombre propio o en el del comitente, resultará que, como observa Núñez Lagos, en el primer caso se estará en presencia de un mandato sin poder, y en el segundo, de un mandato o comisión con representación directa (92). De aquí que el mandatario mercantil cualificado —esto es, el *no comerciante*— será el mandatario apoderado, y de él podrán predicarse con rigurosa exactitud las notas antedichas. De consecuencia, no se cuestiona la situación del mandatario sin poder, pues éste, de acuerdo con la ley, es comerciante. La distinción, a efectos laborales, es importante, y así lo ha ratificado la jurisprudencia francesa al considerar que los comisionistas inscritos en el Registro de comercio se presumen comerciantes (93), de acuerdo con el Código de trabajo del vecino país que impone al representante la prohibición de realizar negocios por cuenta propia para ser beneficiario del estatuto profesional.

La incorporación al ámbito jurídico laboral del representante vendrá, pues, dada a virtud del apoderamiento que le confiera el principal, lo que ya implica, ahora meridianamente, la existencia de una situación de subordinación del primero respecto del segundo, y que se muestra en la práctica, como observa Durand, por la no asunción de rasgos de empresa, carácter éste que domina la distinción entre contrato de trabajo y contrato de empresa (94), ya que la asunción de cualquier riesgo excluye, generalmente, la calidad de trabajador dependiente (95). Si el empresario o principal que se reserva la dirección de sus negocios asume los riesgos inherentes a los mismos (96), el agente de que se vale para realizar el lucro de empresa, en cuanto representante, es ajeno al soporte de pérdidas y aun gravámenes deducidos del tráfico mercantil.

Se trata de una colaboración *de empresa*, siguiendo el criterio

(92) «Mandatario sin poder», en *Rev. Der. Priv.*, 1946, pág. 110.

(93) Vid. ROUSSEL: *Manuel de Droit prud'homal*. París, 1953; pág. 176.

(94) *Traité...*, cit., v. II, pág. 256.

(95) KROTOSCHIN: *Instituciones...*, cit., v. I, pág. 74.

(96) BARASSI: *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, 1953; volumen I, págs. 409-10.

de la doctrina laboral italiana para distinguir al empleado respecto del obrero, que ofrece una colaboración *en la* empresa (97). Esta colaboración de empresa ha señalado la jurisprudencia italiana, se revela por el destino de la propia actividad del representante en favor del dador de trabajo (98), mediante la forma de gestión de ventas en nombre de aquélla, con independencia de que se produzcan efectivamente en ciertos casos. De aquí la premonición legislativa que contiene nuestra ley del Contrato —art. 6.º— al considerar como trabajadores a los empleados ocupados «en gestión»; ésta tiene el signo de la colaboración, incertidumbre de resultado y ausencia del gestor respecto de presunta participación en los riesgos. Y de aquí, igualmente, la luminosa anticipación de Pérez Botija al discernir, precisamente estudiando el citado artículo 6.º «cómo la figura del comisionista se dibuja unas veces como empresario independiente o empresa satélite, y otras veces el titular de negocios a comisión es un agente mediador que trabaja bajo la dependencia profesional y económica de un patrono, y tiene por tanto, condición de trabajador» (99).

La nota decisiva para distinguir al comisionista *nomine proprio* —comerciante— respecto del comisionista —representante— —trabajador— radica sin duda en la participación de riesgos. De aquí que la doctrina alemana, al considerar al comisionista, y ante la imposibilidad de remitir esta figura al mandato, pues el Código germano lo configura como gratuito en todo caso, inserte aquel en el arrendamiento de servicios —posición de Schmidt, Rimpler, Stub y algún otro— o en el arrendamiento de obra —tesis más generalizada compartida de Otto v. Gierke, Julius v. Gierke, Crome, Dernburg, Hueck, Hübner, Lehmann, etc. (100); tal atribución de naturaleza locataria es coincidente con la legislación francesa que, como se indicó, determina que «las convenciones entre industriales y comerciantes,

(97) PIERRO: *Corso di diritto del lavoro*. Turín, 1948; v. I, pág. 249.

(98) Cass. sentencia 23 noviembre 1953, en *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1954, núm. 1-2, pág. 186.

(99) *El contrato...*, cit.

(100) Vid al respecto, PALA VERDEJO: «Naturaleza jurídica de la comisión», en *Rev. Der. Priv.*, 1951, pág. 920.

de una parte, y los viajantes representantes y corredores en plaza, de otra, son contratos de arrendamientos de servicios siempre que trabajen por cuenta de una o varias casas, remunerados mediante porcentajes proporcionales o sueldo fijo, ejerciendo de una manera exclusiva y constante la profesión, sin realizar ninguna obligación por cuenta propia» (101).

Por otra parte, ha de advertirse que no se trata de forzar los esquemas de la actividad del representante para encajarla en el contrato de trabajo; la singularidad de aquélla y éste fué suficientemente destacada por la doctrina. Ahora bien, el Derecho del trabajo precisa —y quizá sea esta la hora española para acometer ciertas delimitaciones jurídicas— de peculiares modalidades de contrato laboral que permitan, una vez superado el estadio inicial del contrato de trabajo genérico, acomodar, en ordenamientos concretos de naturaleza laboral, actividades profesionales necesitadas de protección específica. Emergen así trabajos que no hallan fácil acomodación en el contrato genérico que contiene el libro I de nuestra ley; variedades del denominado «trabajo independiente», o supuestos de «trabajos a la parte», el propio trabajo a domicilio, deficientemente regulado, y, desde luego, actividades que junto a la acción material de la prestación entrañan cierta específica actividad jurídica muy privativa; verbigracia, el contrato de enseñanza asalariada y, por supuesto, el trabajo de los representantes.

Parece fuera de duda que, en lo que a la situación española se refiere, la *extensión* del contrato de trabajo a que, como acontecer necesario aluden Rivero y Savatier (102), ha de comenzar por la adecuación laboral del trabajo de los representantes comerciales, con núcleo de Derecho positivo en el trabajo de «gestión» implícitamente compendiado en el art. 6.º de la ley de Contrato de trabajo.

(101) Art. 29, k), del libro I *Code du Travail*.

(102) *Droit du Travail*. París, 1956; pág. 157.

2. *La ajenidad del resultado en el trabajo de los agentes comerciales*

La actividad del agente comercial es producto de la gestión para la que se le contrata; en esta línea se desenvuelve su trabajo y matizado precisamente por la representación ostentada, las derivaciones jurídicas de tal actividad alcanzan, en todo caso, el comitente, salvada la responsabilidad personal del agente, siquiera parcialmente prevista en el art. 63 de la ley del Contrato.

En todo caso, la ajenidad de la labor del representante es adecuada a los términos utilizados por la ley de Contrato de trabajo para determinar el contenido de éste (103), máxime si en la relación de trabajos exceptuados que contiene el precitado artículo —al igual que al relacionar las personas exceptuadas de consideración de sujetos de contrato laboral, del art. 7.º— ni se concreta ni siquiera se infiere referencia al trabajo de gestión mercantil.

3. *Representación, dependencia y subordinación*

Circunscrita la incorporación al agente representante, la nota de representatividad no repugna al Derecho del trabajo, basta invocar, por lo que al régimen positivo español se refiere, la previa incorporación de factores, mancebos, etc., y desde luego, de los viajeros-empleados.

La dependencia se da, en los términos anteriormente especificados para una adecuada y actual comprensión de esta nota, en el trabajo del representante. Contrapuesto al trabajador *independiente*, entendiéndose por tal al que produce obra y la trafica, o realiza un servicio a usuario directo, y con plena autonomía (104), el agente comercial

(103) «El objeto del contrato a que se refiere esta ley es otro trabajo u obra que se realice por cuenta y bajo dependencia ajenas, o todo servicio que se preste en iguales condiciones» (art. 2.º, párrafo primero).

(104) Sobre el concepto de trabajador independiente, desde el Derecho del Trabajo, vid., entre otros, AMIAUD: *Cours*, cit., pág. 194; GOETHEM y GEISEM: *Op. cit.*, págs. 25 y sigs.; LA LOGGIA: *Lineamenti di Diritto del*

realiza su actividad en función de dependencia respecto de su principal en lo que se refiere al *quantum* de bienes vendibles, al genérico modo de producir las ventas, al ámbito geográfico de actuación, al peculiar trato observable respecto de determinados presuntos o efectivos clientes, etc. La dependencia, como la subordinación, tienden, como acertadamente advirtiera Maravall, a atenuar sus rasgos al desaparecer la idea de debilidad económica como característica sociológica del trabajador (105). Y, sin duda, que esta observación tanto sirve para explicar el peculiar entendimiento del ligamen en momentos iniciales de la regulación legal del contrato de trabajo, como para comprender, con criterio de interpretación de la ley laboral, la capacidad de extensión de la misma según normales exigencias de la evolución y aun tecnificación del trabajo por cuenta ajena.

En cuanto a la subordinación, aparece en la relación entre agente y comitente como el concepto técnico-jurídico que, precisamente, separa la gestión dada respecto de la que realiza el agente-comerciante o agente *nomine proprio*.

4. *La actividad simultánea*

Ha reprochado la jurisprudencia española, según quedó señalado, la pretensión laboral del representante que simultanea su profesión. Sobre cuanto en su momento quedó dicho, cabe añadir, que la actividad simultánea no invalida en cada supuesto la existencia de tantas relaciones laborales como prestaciones efectivas se produzcan. En el orden práctico, la simultaneidad de prestaciones efectivas no entorpece la actividad del agente; más aún, ella, es connatural a este tipo de trabajo sin que por lo mismo se venga resintiendo en modo alguno el tráfico mercantil. Pero, además, el trabajo simultáneo quedó previsto en el artículo 1 de la ley de Contrato de trabajo al considerar pacto laboral el caso de ejecución de obra a uno o varios patronos o

lavoro, Padua, 1954, pág. 38; RIVA SANSEVERINO: *Diritto del lavoro*, 6.^a edición, Padua, 1952, págs. 30 y sigs.

(105) Op. cit., pág. 27.

empresarios, y sí ciertamente cabe entender que el precepto alude a una pluralidad de personas circunstancialmente unidas, el entendimiento presupondría aceptar que el legislador descendió a una pragmatidad poco acorde con la técnica de confección de las leyes. Piénsese como supuesto normal en el trabajo a domicilio, que permite prestaciones simultáneas y ello hasta el punto de que en alguna regulación particular de trabajo a domicilio, la Administración ha partido, a efectos de determinación de la obligación de la empresa en orden a dar ocupación efectiva del hecho tal vez exageradamente presuntivo, de la simultaneidad usual del trabajador a domicilio (106). Piénsese, igualmente, en la prestación de trabajo de enseñanza al servicio de empresas dedicadas a este menester, cuya protección laboral tiene inicial y específicamente en cuenta, la simultaneidad, a efectos retributivos (107). Atendiendo a estas cuestiones, Durand ha escrito que «La hipótesis de actividades concurrentes es simple cuando los trabajos son ejecutados por cuenta de empresarios diferentes. Basta aplicar distributivamente a cada contrato las reglas del contrato de trabajo (108).

Respecto de los representantes la simultaneidad de prestaciones ha sido tomada como espécimen para argüir la existencia de plurales y simultáneos contratos de trabajo. Krotoschin abunda en este criterio al afirmar que para la aplicación de los principios de la contratación laboral, apenas constituye un caso particular el del representante o

(106) En la Reglamentación Nacional del Trabajo de la industria alparagatera (O. M. 18 marzo 1947), al regular el contrato de trabajo a domicilio se establece que «el límite mínimo de tarea o labor que podrá concertarse entre una Empresa y un trabajador a domicilio no será inferior a aquella que represente el importe de *veinticuatro jornales al trimestre*, calculados sobre la base del jornal medio que perciben los obreros de igual categoría profesional que trabajan en el interior de las fábricas o talleres» (art. 56, f).

(107) El profesorado de enseñanza superior, media y técnica tiene fijadas su remuneraciones por «mes y hora diaria», o por «hora y año» o, en fin, por «hora de clase, anual» (art. 23 de la Reglamentación de Trabajo en la enseñanza no estatal, de 15 de noviembre de 1950). «A los efectos de remuneración se entiende por clase el período de tiempo no superior a sesenta minutos.» (art. 22).

(108) *Traité...*, v. I, pág. 246.

agente comercial que trabaja para varias empresas. Algunas legislaciones, sigue diciendo este tratadista, prevén expresamente la prestación de servicios de un representante a diferentes empresas. Y añade; este representante, según los casos, puede estar unido por una relación de trabajo con cada uno de los comerciantes representados, o bien sólo con alguno de ellos, realizando con respecto de los demás, negocios por cuenta propia (109).

5. La retribución

La retribución en forma exclusiva de comisión no es nota bastante para excluir el carácter laboral de la prestación de que se trate. Con la sola excepción de nuestro Tribunal Supremo, según quedó advertido en su momento, doctrina científica, tribunales y legislación positiva en los diversos sistemas, atribuyen a la comisión carácter salarial inherente al contrato de trabajo. La cuestión sólo se problematiza al momento de catalogar la comisión entre las usuales formas de salario —así, para Barassi, Greco y Sinzheimer reviste la forma de trabajo por tarea—, pero puede afirmarse, con Krotoschin, que el mero hecho de que la remuneración sólo consista en el pago de la comisión, no es decisivo para distinguir el contrato de trabajo (110). Durand, y con él la doctrina francesa, es terminante al respecto: «La comisión tiene naturaleza jurídica de salario; es la contraprestación de un trabajo realizado por el asalariado» (111). Y ello porque, como el tratadista francés indica en otro lugar, es indiferente que el representante sea remunerado por cantidades fijas o que perciba remesas proporcionales; esta solución es acorde con los principios generales del Derecho del trabajo que no tiene en cuenta el modo de remunerar para calificar el contrato de trabajo (112). Añádase que, a la posible argumentación contraria con base en el hecho de retribuir trabajo con la comisión tan sólo, cabe oponer precisamente la tendencia de política laboral, de ir asegurando

(109) *Instituciones...*, cit., v. I, pág. 74.

(110) *Ibidem*, pág. 73.

(111) *Traité...*, v. II, pág. 694.

(112) *Op. cit.*, v. II, pág. 358.

percepciones mínimas fijas o «iniciales» a aquellas actividades que, inicialmente retribuidas por regímenes de comisión o similares, obtienen la protección respecto de una garantía de retribución mínima (113).

Por lo que al estado jurídico de la situación en España se refiere, precisamente en materia de retribución por comisión de representantes, se revela una vez más la necesidad rectificadora y unitiva. El Decreto de 29 de diciembre de 1948, que da el concepto unificado de salario a efectos de los seguros sociales, considera retribuciones complementarias que por su carácter remuneratorio estarán siempre sujetas a cotización, las comisiones, aclarando que son «las satisfechas como premio de su gestión a los viajantes de comercio o industria, tanto si cobra sueldo o comisión o sólo comisión (114). Coherente con el precepto aludido, el Tribunal Supremo (115) puntualizaba el concepto de comisión indicando, tras rechazar el presunto carácter de «estímulo de producción», equiparable a la participación en beneficios, y admitir que objetivamente cabe distinguir como formas de retribución del trabajo «el sueldo, la comisión o ambas modalidades», que «tal premio de gestión tiene en el art. 2.º, b) del Decreto un concepto único, lo mismo de concurrir sueldo que de operar sólo; y no cabe diferenciarlo en función al destino que cumpla, no en la relación de productividad con el patrono, sino en la específica señalada por la norma de hallarse tales comisiones sujetas a cotización». Esta resolución muestra con entera nitidez la naturaleza salarial de la comisión —si a ello no fuera bastante el hacerla base de gravamen de seguros sociales— y, desde aquélla, la inequívoca situación jurídico-laboral de quien la devenga.

JUAN GARCÍA ABELLAN

(113) Tal las Reglamentaciones de trabajo de la industria hostelera y de peluquerías.

(114) Art. 2.º, b).

(115) Sentencia 9 de marzo de 1956.