

## PRESENTACION

En este número 75, y 30 años de la revista, se editan ensayos de Derecho Comercial, Laboral, Constitucional, Económico y Teoría General.

*El director y editor*

**BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

## CONSIDERACIONES EN TORNO AL TEMA DE ESTRUCTURACION DE LA MATERIA DE AUXILIARES DEL COMERCIANTE<sup>(\*)</sup>

*Dr. Fernando Mora Rojas*  
Profesor de Derecho Comercial  
Universidad de Costa Rica

<sup>(\*)</sup> Artículo publicado en *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Vol. II, Diritto commerciale e del lavoro, Giuffrè editore, Milano, ps. 569 a 625, 1972.

NO. 10-1958

CONSIDERACIONES EN TORNO AL TEMA  
DE ESTRUCTURACION DE LA MATERIA  
DE AUXILIARES DEL COMERCIANTE

Dr. Fernando Blazquez  
Profesor de Derecho Comercial  
Universidad de Costa Rica

I.

LOS AUXILIARES EN LA LEGISLACION  
Y LA DOCTRINA EUROPEAS<sup>(\*)</sup>

INTRODUCCION

La historia del nacimiento del derecho comercial, según los cánones que actualmente conocemos, se une estrechamente con las instituciones que, a la caída del imperio romano de occidente, empezaron a aflorar en aquella parte del imperio.

Algunas de tales instituciones encontraban sus raíces en antecedentes que, aunque con contenido diverso en algunos aspectos, ya se habían producido en el mundo romano.<sup>(1)</sup>

Y entre esas instituciones, papel importantísimo juegan las "corporaciones de maestros, compañeros y aprendices" porque, íntimamente relacionadas con su crecimiento e independización, se desarrollaban los dos fenómenos que, esencialmente, permitieron la aparición de una regulación de la conducta humana dirigida, no ya a la generalidad de los individuos sometidos a una ley territorial determinada, sino a un sector privilegiado dentro de un grupo territorial definido. Esos dos fenómenos fueron los "estatutos" de dichas

(\*) Esta publicación forma parte de una obra monográfica que el autor piensa publicar en el futuro y que recogerá otros estudios ya publicados por él sobre auxiliares.

(1) PIETRO BONFANTE, *Storia del Commercio*, Ed. Rodrigo, Roma, 1938, p. primera, pág. 150: "Capítulo XIX: La caída del mundo romano y el final del evo antiguo... También la población libre de los campos desciende a la condición semiservil del colonato, especie de servidumbre de la gleba de oscuro origen, mientras los humildes artesanos de la ciudad continúan uniéndose en colegios y corporaciones, que admiten aún esclavos, y no dictan estatutos, no imponen métodos de trabajo, no fijan precios ni mercedes, como las corporaciones medioevales, pero proveen a la tutela, al culto, a la tumba de los propios miembros y se procuran patronos influyentes y ricos, senadores decuriones, nobles y acaudaladas matronas. Algunas importantes corporaciones, como la de los agentes de cambio (argentarii) gozan de la protección imperial".

corporaciones y la existencia de los así llamados “cónsules”, con poderes en un principio administrativos y disciplinarios.

La corporación de mercaderes, entre otras cosas, se fortaleció por el hecho simple de llegar a ser económicamente de las más fuertes e intervino en la política, que las ciudades entonces desarrollaban con el fin de alcanzar a su vez la independencia, por una parte del poder feudal de los condes y por otra, del poder imperial.<sup>(2)</sup> Y en este doble juego de negocios y política, frente a un derecho heredado del mundo romano (impregnado de germanismo y canonismo), pero carente ahora de la flexibilidad que el pretor le había dado a aquél, creo por el simple uso un nuevo derecho que tomaba en cuenta, esencialmente, el carácter profesional, personal-mercantil de los sujetos cuya conducta regulaba.<sup>(3)</sup> Y dentro de este mismo proceso, el cónsul administrador, disciplinador adquirió caracteres jurisdiccionales cada vez más definidos, en la aplicación misma de tales usos, aplicación a “sine strepitu et figura iudicii”, vale decir, sin formalismos mayores.

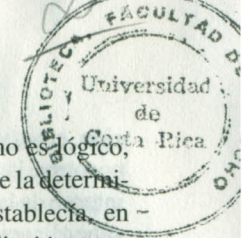
Las costumbres comerciales se consolidaban por su repetido uso y aplicación en los conflictos surgidos entre los miembros de las “curiae mercatorum” y las instituciones de derecho comercial, impuestas por la masividad y rapidez de las transacciones mismas, adquirirían confines a “subjetivos” siempre más notorios y definidos.

Nació así una regulación de la conducta de “comerciantes” aplicada por “comerciantes”: era el estatuto personal del comerciante que estampaba una clara huella a toda su conducta la que, por ser la suya, era “comercial” o se “presumía comercial”, siempre que la materia o contenido de dicha conducta también lo fuera o cuando la causa fuese comercial. Resulta difícil afirmar que el sistema era absolutamente “subjetivo”, primero porque la jurisdicción comercial de los cónsules era aplicable entre comerciantes, “mercaturae causam”, o sea que los conflictos nacidos “extra negotium mercaturae”, aunque lo fueran entre comerciantes, no caían bajo el poder jurisdiccional —de los cónsules; y

- (2) LEWINGOLDSCHMIDT, *Storia Universale del Diritto Commerciale*, U.T.E.T., Torino, 1913, III, pág. 12 y ss. especialmente pág. 79 y ss. y particularmente pág. 117 y ss.; Ya hacia finales del siglo XI la población de pequeños industriales y obreros, en sus corporaciones, comienza a organizarse también políticamente, y forma, ora sola, ora unida con la alta burguesía contra la nobleza, un Estado particular, con consejo de ancianos, y hasta con un jefe especial (capitano del popolo), ó bien obtiene en el “comune” la participación en el poder” (pág. 126).
- (3) Es la dicotomía de que habla ASCARELLI, con “...una profunda función conciliadora de la rigidez (por otra parte certeza) del derecho con su perenne exigencia de elasticidad y adecuación”, *Corso di Diritto Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1962, pág. 2.

REV 156142  
ANOTADO A OCT. 1994

(MAY/A50)  
1993



segundo, porque para aplicar la regla anterior— previamente, como es lógico, debía existir, objetivamente considerada, la naturaleza comercial de la determinada conducta que se pretendía juzgar. Tal consideración se establecía en mayor ó menor grado, por la actividad especulativa ó de intermediación y por cualquier otra actividad conexas o auxiliar a ellas.

Así, la materia relacionada con la prestación de trabajo a un comerciante, fue considerada mercantil y regulada por los estatutos mercantiles precisamente por que la comercialidad de la actividad del maestro alargaba su manto hasta comprenderla y teñirla de su propia naturaleza.

Con tal naturaleza comercialmente subjetiva, fue regulada por los estatutos comerciales, indiferenciadamente, toda prestación de mano de obra a un comerciante, en relación con su actividad comercial... Indiferenciadamente porque al lado del dependiente o del factor se legislabo acerca del “aprendiz” y del “compañero”, o sobre el “mozo” y el mandato del institor o factor y sus modificaciones o revocación.<sup>(4)</sup> Fenómeno éste, de aglutinación, impuesto por la naturaleza subjetiva del sistema que sellaba con su marca mercantil toda actividad conexas o auxiliar a aquella principal de especulación en el mercado.

Es en esta época del crecimiento del derecho comercial que se empiezan a delinear en las actividades de los “auxiliares” del mercader o comerciante los dos aspectos que el fenómeno mismo impone, uno interno y otro externo. Pero no hablamos aquí de elementos interno y externo en el mismo sentido en que lo hace Mossa quien, al referirse al primero se está refiriendo a las figuras causales que se dan entre principal y auxiliar (mandato, contrato de trabajo, participa-

- (4) A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Ed. Milano, 1882-83: explica Lattes como, a pesar de la gran cantidad de sucursales y factorías o agencias extranjeras, que los comerciantes habían establecido, los estatutos dan sobre los auxiliares “escasas y poco precisas noticias”, atribuyendo el autor este fenómeno al mayormente difundido de constituir a los auxiliares en socios corresponsables, en vista de los grandes riesgos del comercio entonces. Influirían también los lentos y deficientes medios de comunicación y por ende, de control (pág. 101, párrafo 10, “... Los auxiliares del comerciante”). Ver también págs. 102 y 103 y GOLDSCHMIDT, op. cit., pags. 194 a 198, con una amplia bibliografía sobre el tema. De esta regulación indiferenciada de todos los elementos personales del trabajo no se sustraerá el derecho francés del consulado y los autores se ocuparán conjuntamente de las “convenciones para el adiestramiento de los aprendices junto con los dependientes, los agentes, la procura, la comisión”: PARDESSUS, *Corso di Diritto Commerciale*, trad. italiana por el abogado Francesco Galiani, Stabilimento Tipográfico, Napoli, 1857.

ción, etc.), y al referirse al segundo, se está refiriendo a la representación.<sup>(5)</sup> Para nosotros la terminología interno, externo, tiene otro contenido: el elemento interno de la relación principal-auxiliar hace referencia a los nexos de fidelidad, subordinación en su caso, buena fe, sujeción a las instrucciones recibidas; el elemento externo habla de negocios jurídicos varios como la locación de obra, la gestoría, la representación directa o indirecta, el mandato, la procura.

En aquella época de génesis el aspecto interno fue el importante, inducido por la naturaleza misma de los hechos y el derecho comercial era entonces un "derecho popular".<sup>(6)</sup> Popular en cuanto derecho creado por la población comercial del mar y de la tierra firme: natural porque nacía de la "espontánea vida del tráfico" y no de las estructuras de poder.

Ese derecho nacido de la costumbre, clasista, profesional y autónomo, con su propio sistema jurisdiccional, se mantendrá hasta los finales del siglo XVIII. El liberalismo de la Revolución Francesa y el principio racionalista de la igualdad ante la ley, derriban los vestigios aún existentes del sistema económico-social del medioevo eliminando, entre otras instituciones, las corporaciones, que fueron disueltas en 1791. En adelante se entenderá que el bien público se alcanza solamente a través del libre juego de la oferta y la demanda individualmente consideradas. Y que el principio de la igualdad entre los hombres no permite ni actividades abiertas sólo a una clase, ni normas dictadas bajo consideraciones de grupo.

Pero la actividad comercial era un hecho; un hecho era la existencia de comerciantes. Y el mundo de los negocios urgía un conjunto de normas reguladoras de la conducta de sus sujetos. A esta necesidad respondió el Código de comercio francés de 1807.

Caídas las corporaciones, repudiado todo concepto de clase, desaparecidos los tribunales de comerciantes, forzoso es que la codificación del derecho comercial siga los criterios objetivos que ya habían orientado el Código Civil.<sup>(7)</sup> Será el derecho de los actos objetivos de comercio, independientemente de los sujetos que los realicen. O, al menos, eso quiso ser el Código de Comercio francés de 1807. Pero así como el sistema medioeval corporativo no fue un sistema cien por ciento subjetivo, tampoco el Código de comercio francés lo fue

(5) Lorenzo MOSSA, *Trattato del Nuovo Diritto Commerciale*, Societa Editrice Libreria, Milano, 1942. Tomo I, pág. 484 y 6S.; *Diritto Commerciale*, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1937, pág. 67 y ss., y traducción española de Felipe J. Tena, U.T.E. H.A., Buenos Aires, 1940, pág. 56 y ss.

(6) Lorenzo MOSSA, *Historia del Derecho Mercantil de los siglos XIX y XX*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pág. 115 y ss.

(7) ASCARELLI, op. cit., pág. 48.

objetivo cien por ciento. Y no lo fue quizá no tanto por culpa del legislador, sino del fenómeno mismo del comercio que abarca instituciones de las más variadas, por las más variadas razones, instituciones que carecen de un eje esencial y común a todas ellas que permita, objetivamente, considerarlas comerciales.<sup>(8)</sup>

Sin embargo, al margen de estas discusiones<sup>(9)</sup> (que no son el tema de nuestra presente labor), la difusión del así considerado "código de los actos objetivos de comercio", llevado por los campos de batalla de Europa a la par de los sables napoleónicos, operó interesantes orientaciones en la regulación de la materia correspondiente a los auxiliares del comerciante —o del comercio según una concepción objetiva— orientación que pretendemos desarrollar en las próximas páginas.

No solamente veremos el desarrollo histórico de los auxiliares en las legislaciones posteriores al Código francés de 1807, sino también la influencia que el sistema —según sea objetivo o subjetivo— ha tenido en su diversa regulación.

(8) Sin embargo, responsabilizando al legislador decía RIPERT, en la Introducción a la primera edición de su *Traité Elementaire*: "Este estudio es más difícil que el del derecho civil. No tiene apoyo de un Código: el Código de 1807, imperfecto desde su publicación, no es más que una colección de leyes de diversas épocas". (GEORGES RIPERT avec le concours de Paul DURAND et René ROBLOT, *Traité Elementaires de Droit Commercial*, 4ª ed., Ed. Pichon et Durand, Paris, 1959, VI). De la misma obra, comentado la concepción objetiva de Derecho comercial: "Si todos los actos jurídicos tuviesen una naturaleza determinada por su forma o por su objeto, la concepción objetiva tendría ciertamente un valor lógico; solamente se podría preguntar si con ello no se llega a suprimir el derecho comercial mismo. Pero existen muchos actos jurídicos y en especial los grandes contratos de uso corriente, venta, arrendamiento, deposito, mandato, transporte, que son utilizados tanto en la vida comercial como en la civil. Ni su forma, ni su objeto permiten caracterizarlos. Resulta necesario considerar con que fin se han realizado; es necesario, por ello, analizar la actividad económica de los contratantes llegándose así a decir que son comerciales porque son realizados porque son realizados por comerciantes". Prosigue Ripert su análisis para afirmar que si la exegesis ha querido ver en el código francés el sistema objetivo, métodos de interpretación jurídica más libres, permiten extraer del mismo Código un sistema subjetivo; y continúa con la afirmación natural del subjetivismo y una perifrástica recomendación de un sistema subjetivo que, en todo caso, él encuentra en el mismo *Código francés*.

(9) Son recomendables, por la clara y rápida exposición que ambos hacen, en las distintas tendencias, la obra citada de RIPERT, Tomo I, y *el Curso de Derecho Mercantil*, de Joaquín Garrigues, Ed. Aguirre, Madrid, 1969, I.

Asimismo veremos cómo, según el sistema evoluciona de un campo a otro, la doctrina, como es natural evoluciona, y también abre sus brazos o repudia, según el caso, la denominación misma de “auxiliares”. Por otra parte, aunque sin entrar en exhaustivo análisis de la doctrina de los autores, tendremos ocasión de contemplar, el paulatino avance de la estructuración, cada vez más perfecta sin duda, —especialmente en la doctrina italiana— del elemento externo.

Dedicaremos el mayor espacio a la legislación y doctrina italianas por cuanto son, la primera, una de las más prolíficas puesto que ha producido, en poco más de cien años, cuatro códigos y otros tantos proyectos importantísimos y que no alcanzaron la promulgación; y la segunda, el mejor reflejo, en consecuencia, del efecto doctrinario de una nueva legislación y viceversa. Francia también ocupará un espacio bastante amplio en cuanto nos permitirá ver hasta donde la doctrina, sobre la base de un mismo código durante siglo y medio, logra separarse de éste en vista de elementos internos connaturales al fenómeno y más fuertes que la legislación. España, que Códigos de comercio ha tenido solamente dos, —el segundo realizado deliberadamente con una orientación opuesta al primero, según la doctrina española— nos permitirá considerar cómo, un cambio de orientación, induce un cambio en nuestra materia. Alemania, aunque brevemente considerada, servirá para cerrar la demostración de la tesis principal que se sostiene a través de este desarrollo.

## 1. Legislación y doctrina italianas

### a) *Los auxiliares en el Código de comercio albertino de 1842*

Hemos dicho que con las guerras napoleónicas, fueron introducidos en Italia los códigos franceses, incluso, naturalmente, el de comercio de 1807. A la caída del imperio napoleónico en este país, los códigos franceses fueron conservados en algunas de las antiguas regiones italianas. El Piemonte restableció las “viejas leyes y costumbres, pero pronto se sintió la necesidad de una reforma, realizada con el Código de comercio albertino de 1842, inspirado en el modelo francés”.<sup>(10)</sup>

Más adelante veremos como distribuye, en su obra, la materia, Parodi, un autor de la época.<sup>(11)</sup>

(10) ASCARELLI, *op. cit.*, págs. 62-63.

(11) CESARE PARODI, *Lezioni di Diritto Commerciale*, Ed. Roma Lavagnino, Genova, 1854, I, págs. 10-11.

El Código de comercio Albertino seguía el modelo francés con extrema fidelidad enumerando, por ejemplo, los actos de comercio, no en el lugar preminente que les correspondía, como código de un sistema que quería ser objetivo y no clasista, sino a propósito de la competencia de los tribunales de comercio (arts 472, 473, 474), tribunales cuya existencia por sí sola, indicaba la debilidad del objetivismo en la estructura del Código.<sup>(12)</sup>

La materia que nos interesa se encontraba así distribuida en la obra de Parodi:

### Libro I

Título I. *Del negociante...*

Título II. *De las personas a las cuales la ley prohíbe, absoluta o relativamente, la mercatura.*

Título III. *De las obligaciones y de los privilegios que la ley concede e impone indistintamente a todos los negociantes.*

Título IV. *De los mediadores.*

Título V. *De los dependientes de comercio, institores y consignatarios.*

Título VI. *De los vetores y comisionistas de transporte.*

### Libro II.

Título IV. *Del mandato comercial.*

Sección 1ª. *Del mandato puro y simple, realizado a nombre del mandante.*

Sección 2ª. *Del mandato realizado en vía de comisión.*

A su vez, el título IV del libro I, “de los mediadores” se subdividía en cinco categorías: a) agentes y corredores (sensali) de cambio; b) mediadores de mercancías; c) aquellos de seguros marítimos; d) corredores (sensali de fletamento); y e) mediadores de transporte por tierra y por agua.

(12) A propósito de la enumeración de actos de comercio en los artículos 472, 473, 674, del Código de comercio albertino de 1842, ya Parodi afirmaba, inspirado en la abundante doctrina francesa (entonces la doctrina comercialista italiana se encontraba eclipsada y el autor cita casi sólo textos franceses), que tal enumeración no era taxativa y que los doctrinistas eludían la definición del acto de comercio objetivo, por la imposibilidad de encontrar 9U esencia, *op. cit.*, Tomo I, págs. 18 y 19; Tomo IV, págs. 306-307.

Parodi denomina las figuras de mediador, dependientes de comercio, institor, consignatario marítimo, porteador (o vector) y comisionista de transporte con la forma genérica de “intermediarios”<sup>(13)</sup> dándoles una sistematización unitaria en su obra y un mayor énfasis al aspecto “auxiliar” de su labor, sin que aquél alcance a constituir la auxiliaridad en el elemento –digámoslo así–coagulante, el que por otra parte se condensa en la actividad “intermediativa”, por imperativo mismo de la regulación legislativa del texto del Código.

Por otra parte, tanto la distribución de la materia, como el mayor énfasis que se da a la “intermediación” –en detrimento del elemento personal de auxiliaridad– obedecen a los criterios objetivos del Código; como acabamos de reafirmarlo, la auxiliaridad es un dato subjetivo según el sistema que adelante veremos, mientras que la “intermediación” constituye un criterio objetivo: la auxiliaridad implica lo que antes llamamos “aspecto interno”; la intermediación, por lo contrario, implica un a elemento externo” .

En Parodi, el elemento externo lo representa la figura del mandato. Hace siempre hincapié el autor en el mandato que él encuentra generalmente a la base, por ejemplo, de los dependientes,<sup>(14)</sup> del factor,<sup>(15)</sup> del consignatario marítimo,<sup>(16)</sup> y fundado en iguales criterios, la comisión –siguiendo siempre el modelo francés de 1807– se estudia (y regula en el Código) naturalmente tomando en consideración su aspecto externo, contractual, y siempre dentro de una sistematización bastante desarrollada de la figura general del mandato, que por otra parte no logran aún separarse netamente de la representación, la que continúa considerada como elemento esencial de aquél (mandato vero e proprio).<sup>(17)</sup> Esta distribución de la materia unida al cuadro ya transcrito del autor, nos da una imagen de las ideas estructurales de Parodi en cuanto a nuestra materia en estudio: reconoce en una serie de figuras (mediadores, vetores y comisionistas de transporte) una naturaleza común, cual es la “prestación de su labor”, “de su trabajo” pero además, al hacer énfasis sobre el “más acelerado movimiento de la especulación operada por aquellos” (Ver nota 10) está afirmando un elemento no externo de su trabajo. En general, en esta forma misma hablarán los autores casi hasta finales del siglo pasado, sujetos al sistema de los actos objetivos de comercio.

(13) PARODI, *op. cit.*, Tomo I, pág. 68.

(14) PARODI, *op. cit.*, Tomo I, pág. 86.

(15) PARODI, *op. cit.*, Tomo I, pág. 89.

(16) PARODI, *op. cit.*, Tomo I, pág. 102 y Tomo II, págs. 306, 307.

(17) PARODI, *op. cit.*, Tomo II, pág. 301. “El mandato se confiere, y se ejercita en el comercio, de dos maneras distintas: algunas veces el mandatario, desempeñando el encargo recibido de un corresponsal suyo actúa en la calidad de *verdadero* mandatario, y contrata a nombre del mandante; más a menudo por motivos que

En todo caso, y al respecto, el estudio de Parodi campea de excelentes comentarios que si bien no alcanzan el nivel orgánico de la construcción actual, sí indican ya un desarrollo intenso de la legislación y la doctrina tendientes a perfeccionar el sistema del código y ahondar en la naturaleza de las instituciones jurídicas reguladas.

#### b) *Código de comercio de 1865*

El recién constituido Reino de Italia se impuso, entre sus labores, la unificación legislativa que abarcó el Código de Comercio, promulgado con la ley de 25 de junio de 1865.

El Código de comercio de 1865 seguía muy de cerca al Código albertino de 1842 y solamente incluía algunos aspectos nuevos, como por ejemplo el del Capítulo II del título II del libro I “De los agentes de cambio y sensales” que, por otra parte provenía de una ley de 8 de agosto de 1854.<sup>(18)</sup>

De importancia primordial resulta la innovación que representó el haber sistematizado los actos de comercio a la cabeza misma del Código, puesto que se seguía considerando al Derecho comercial como el derecho de los actos objetivos de comercio. Como antes lo dijimos, el Código de comercio francés del 1807 trataba la “esencia de su ser”, los actos objetivos de comercio, solamente a propósito de la competencia de los tribunales de comercio. El Código de comercio de 1865, en el artículo 2° enumeró 17 incisos sobre actos objetivos de comercio y en el artículo 3° tres casos más sobre actos que se “reputan” –vale decir “son” – actos de comercio, dice el texto.<sup>(19)</sup>

apuntaremos adelante, obra efectivamente en interés del mandante, contrata y estipula a nombre propio. En este último caso el mandato en el lenguaje mercantil se indica con el nombre de comisión...” , o sea que, para PARODI, el *verdadero* mandato es aquel munido de representación.

(18) MATTEO Galdi, *Il Codice di Commercio del Regno d'Italia*, Relación Ministerial, Vol. I, Part I, Ed. Regina, Napoli, 1888, pág. 12; BORSARI da como fecha de la ley el 8 de julio de 1854, *Codice di Commercio annotato dal Cavaliere Luigi Borsari*, U.T.E.T., Torino, 1868.

(19) El inciso 3° del art. 3° era una generalización, que indica, una vez más, uno de los problemas de la “enumeración” taxativa de los actos objetivos de comercio; decía el inciso que se reputan acto de comercio todos los realizados por un comerciante, “si el acto mismo no demuestra que no tiene una causa comercial”. En el fondo hay un elemento subjetivo para la calificación del acto: es de comercio, salvo prueba en contrario, si lo realiza un comerciante.

Inútil pensar en encontrar en aquel Código de los actos objetivos de comercio una referencia –mucho menos una sistematización de sus elementos internos– a los “auxiliares”.

El Código de comercio de 1865 distribuye la materia en la siguiente forma.<sup>(20)</sup>

*Libro I. Del comercio in generale.*

Titolo I. *Dei commercianti.*

Titolo II. *Dei libri di commercio.*

Titolo III. *Delle borse di commercio, degli agenti di cambio e sensali.*

Capo 1. Delle borse di commercio.

Capo 2. Degli agenti di cambio e sensali.

Titolo IV. *Dei commissionari.*

Capo 1. Dei commissionari in genere.

Capo 2. Dei commissionari di trasporti per terra e per acqua.

Capo 3. Del vetturale.

Titolo V. *Dei contratti commerciali in genere.*

Titolo VI. *Della vendita.*

Titolo VII. *Delle società ed associazioni commerciali.*

Titolo VIII. *Del pegno.*

Titolo IX. *Delle lettere di cambio, dei biglietti all'ordine e della prescrizione ad essi relativa.*

*Libro II. Del commercio marittimo.*

*Libro III. Del fallimento e della bancarotta.*

*Libro IV. Della competenza e dell'arresto personale in materia commerciale.*

(20) Codice di Commercio del Regno d'Italia, Stamperia Reale, Torino, 1865.

El sistema es más o menos el del Código francés pero con algunos aspectos curiosos, además de la sistematización ab initio de los actos de comercio, como dijimos.

El libro primero “Del comercio en general”, está claramente partido en dos porciones por el título V “De los contratos comerciales en general”. Antes de este título encontramos toda la materia regulada por el Código en relación con el “comerciante” a saber: a) los actos cuyo ejercicio profesional le dan categoría; b) las limitaciones, para el ejercicio del comercio, a menores y mujeres; c) la obligación de llevar contabilidad y d) toda la actividad “auxiliar” al comerciante que a su vez comprende 1) mediadores (agentes de cambio, sensales), 2) comisionistas en general y de transporte por tierra y por agua) y 3) transportistas. Luego, con una neta separación que realiza el título V dicho “De los contratos comerciales en general”, el código de 1865, trata como lo dice el título, los contratos.

Desde un punto de vista general del Código, la materia se mantiene distribuida conforme al anterior –y por ello conforme al Código de comercio francés– pero un examen más detallado indica el traslado de los negocios asociativos, (la sociedad y la asociación comerciales), de la parte del comerciante a la parte de los contratos y en cambio –y esto sí nos interesa en este desarrollo– el tratado de la comisión fuera de los contratos, a la parte del comerciante, junto a actividades tales como la mediación, el agente de cambio, la comisión de transporte y el transportista. El sistema sigue siendo objetivo<sup>(21)</sup> y el artículo 2 del Código dirá que son actos de comercio 2) las empresas de comisión, 3) las empresas de agencia, de oficinas de negocios; 4) las operaciones de cambio y de mediación. Pero no hay duda de que, al no ubicar la “comisión entre los contratos”, sino junto a figuras de cooperación a la labor del comerciante, no escapa al legislador la importancia del elemento interno frente al externo, contractual. Es la lucha entre el sistema, que quiere ser objetivo y organizar los actos de comercio contractualmente y la realidad, que nunca siempre por sacar adelante el elemento interno, de contenido subjetivo. Y un autor como Borsari no tendrá sino que justificar la no inclusión y regulación de otras figuras de cooperadores del comerciante junto al comisionista, a los agentes de comercio y corredores, y junto al transportista.<sup>(22)</sup>

(21) *Codice di Commercio de 1865*, cit., pág. 1: “Artículo 1. –Son comerciantes aquellos que ejercitan actos de comercio haciendo de ello su profesión habitual”. “Artículo 2. –Son actos de comercio...” y el Código los enumera lo mismos que en el art. 3.

(22) Luigi BORSARI, *Codice di commercio per il Regno d'Italia, annotato per...*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1868, Tomo I, n. 229, pág. 204: “Por debajo de los comisionistas (respecto a la importancia) están los agentes de negocios y dependientes; gente menuda que hormigüea, si se admite el término, en los peristilos del edificio comercial. El código ni los nombra, porque el código (provechoso es repetirlo una vez más) no se ocupa sino de los hechos principales”

La Relación Ministerial ciertamente no trató los “auxiliares en cuanto tales, pero siempre saltan las calificaciones subjetivas de las figuras, usando la de ‘oficio’”. Oficio enfrentado a actividad –cumplimiento de actos– tiene un neto sabor de sujeto; sin gran esfuerzo nos recuerda las corporaciones medievales de “artes y oficios”, en cuyo seno nació el derecho comercial<sup>23</sup>.

Ahora bien. Estos pequeños aspectos apuntados no son más que producto del inconsciente del legislador y de la doctrina. Porque la corriente sigue el curso que el sistema le señala, organizando las figuras sobre el elemento externo: el mandato en los mediadores (aunque, propiamente, en la mediación pura no puede haber *man dato*),<sup>(24)</sup> el mandato en la comisión<sup>(25)</sup> la locación de servicio en cuanto a dependientes.<sup>(26)</sup>

### c) Código de comercio de 1882

No bien fue promulgado el Código de comercio de 1865, se empezó la labor para reformarlo en modo más amplio y meditado.<sup>(27)</sup> “La objetividad del sistema –dice Ascarelli– es acentuada a través de la misma colocación sistemá-

(23) Luigi BORSARI, *op. cit.*, Tomo I, pág. 11. La relación ministerial a su majestad, hecha por el Ministro de Gracia, Justicia y Culto en audiencia de 23 de Junio de 1865, para la aprobación y publicación del código de comercio explicando la distribución de éste y sus innovaciones, decía: “luego, en el tercer título, que discurre de las bolsas de comercio, de los agentes de cambio y de los sensales, se han coordinado con el título correspondiente del Código de comercio albertino las disposiciones de la ley de 8 de agosto de 1854 sobre mediadores y sensales, con el fin de rodear de garantías eficaces el ejercicio de aquellos, que bien pueden calificarse los oficiales públicos de comercio”. En seguida, la relación ministerial, refiriéndose a la mediación libre, sigue llamándola “oficio”; igualmente, en materia de comisionistas, la relación ministerial habla de “oficios”.

(24) BORSARI, *op. cit.*, Tomo I, n. 137. Sobre este error de considerar la mediación como mandato volveremos adelante.

(25) BORSARI, *op. cit.*, Tomo I, págs. 202 a 239.

(26) BORSARI, *op. cit.*, Tomo I, pág. 204. En general la construcción de Borsari es mucho inferior a la de Parodi para el código albertino de 1842. Bien que Borsari solamente comenta el código, mientras que Parodi intenta sistematizar la materia. Pero aún bajo ese aspecto, no penetra Borsari los problemas del mandato frente a la representación –como si lo hacia Parodi– y no considera en los dependientes, ni en el institor –lo que es peor– la representación que ejercen. Insiste Borsari en minimizar la importancia de otras figuras de auxiliares (pág. 204) probablemente porque en la época verdaderamente carecían de ella.

(27) ASCARELLI, *op. cit.*, pág. 63.

tica de la disciplina de los actos de comercio (que por otra parte en el código francés eran estructurados sólo en función de la disciplina de la competencia de los tribunales de comercio”;<sup>(28)</sup> pero, como lo hicimos notar antes, esa mayor objetivización del sistema se había obtenido ya con el Código de 1865, que en sus artículos 2 y 3 daba el elenco de los “actos” que “son” de comercio, y los que la ley “reputa” tales, respectivamente, superándose desde entonces la sistemática defectuosa del código francés para un Código de los actos objetivos de comercio.

No cabe duda que “la objetividad del sistema es acentuada” como dice Ascarelli. Y en cuanto a nuestra materia, el pecado cometido por el legislador de 1865 al quitar del capítulo de contratos toda traza de los auxiliares, regulándolos en inaceptable maridaje con la materia general del comerciante, no se cometerá de nuevo. Y para que no quepa la menor duda del carácter objetivo del sistema salvo la mediación, el resto de figuras auxiliares vuelve, como el hijo pródigo, a la casa de donde se les había sacado: ahora encuentra su sitio junto a los contratos. Ciertamente la mediación comprende en sus disposiciones casi únicamente una reglamentación de los aspectos internos de la figura (artículos 29 a 35); con un poco más de audacia el legislador habría regulado su aspecto externo y la habría enviado al cesto común de los actos objetivos de comercio, los contratos. Digamos que, por si acaso, la dejó colindando con las obligaciones comerciales en general”.<sup>(29)</sup> La parte de los contratos –elemento externo, naturalmente– se tragó el grueso del derecho comercial si se nos permite la expresión.

#### Libro Primero. Del comercio en general

##### Título I. Disposiciones generales

##### Título II. De los actos de comercio

##### Art. 3° La ley reputa actos de comercio

...21) as empresas de comisión, agencia y oficinas de negocios,

22) Las operaciones de mediación en negocios comerciales

##### Título III. De los Comerciantes

##### Título IV. De los libros de comercio

##### Título V. De los mediadores

(28) ASCARELLI, *op. cit.*, pág. 63.

(29) Código de comercio de 1882, distribución de la materia comercial:



Título VI. *De las obligaciones comerciales en general*

Título VII. *De la venta*

Título VIII. *Del reporto*

Título IX. *De las sociedades y de las asociaciones comerciales*

Título X. *De la letra de cambio y del cheque*

Título XI. *Del contrato de cuenta corriente*

Título XII. *Del mandato comercial y de la comisión*

Capítulo I. Del mandato comercial

Sección I. Del mandato comercial en general

Sección II. De los factores (institores) y representantes

Sección III. De los agentes viajeros dependientes

Sección IV. De los dependientes de negocio

Capítulo II. De la comisión

Título XIII. *Del contrato de transporte*

Título XIV. *Del contrato de seguro*

Título XV. *De la prenda*

Título XVI. *Del depósito de mercancías y víveres en los almacenes generales*

*Libro segundo.* Del comercio marítimo y de la navegación

*Libro Tercero.* De la quiebra

*Libro cuarto.* Del ejercicio de las acciones comerciales y de su duración.

Ciertamente una bella construcción digna de admiración y que permitirá en Italia el renacimiento de una doctrina cimera y orientadora, como se verá.

El Código de comercio de 1882 hace honor a la ciencia jurídica italiana, por el rigor de sistema que elevó el acto objetivo de comercio a su más alta expresión, colocando cada figura en el lugar exacto que, conforme a su naturaleza, le correspondía.

Sin embargo, el rigor del sistema engendró su propio enemigo en lo que a nuestra materia se refiere. Como veremos, la doctrina, estudiando el mandato tuvo que arribar a la representación, para poder distinguirlo netamente de otras

figuras (locación de obra por ejemplo) y de aquí nació también la separación entre mandato y representación<sup>(30)</sup> al venir a luz el hecho de que ésta no puede ser elemento diferenciador, puesto que aquél se da sin ella y viceversa. En este profundizar los temas del mandato y la representación, una vez más, fue surgiendo a la luz un elemento común a ciertas figuras como el comisionista, los dependientes de comercio, los agentes viajeros, los representantes de casas extranjeras, y otras que ya varias veces hemos enumerado a lo largo de este trabajo. Ese elemento común es la "auxiliارية". Cuando el derecho comercial italiano entre por los fueros del subjetivismo, con la noción de empresa y empresario, el elemento interno tomará nueva fuerza y la doctrina casi unánimemente, hablará de auxiliares: de auxiliares de la empresa, o del empresario; de auxiliares dependientes e independientes; de subordinados y autónomos; en fin, de estables y ocasionales.

Sin embargo, para empezar a encontrar el florecimiento del elemento natural subjetivo del Derecho comercial no necesitamos esperar a la doctrina posterior al Código civil de 1942. Ya cuando se discutía el proyecto de Código de 1882 el Ministro de Justicia aplicaba el Término de "auxiliares de comercio" a los mediadores<sup>(31)</sup> y, a través de la discusión del proyecto, vislumbran los redactores el elemento interno y común de las figuras de auxiliares,<sup>(32)</sup> dando el

(30) CESARE VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Ed. Vallardi, 3ª edición, 1906, Vol. I, pág. 384 y ss.

(31) *Il codice di commercio per il Regno d'Italia*, Ed. Gabriele Regina, Napoli, 1888, Relazione Mancini, pág. 99: "La mediación nació con el comercio y era ya su auxiliar aún antes de que se hubiese pensado en regularla".

(32) *Ibidem*, pág. 102, XXVI: hablando en este párrafo de algunas prohibiciones impuestas a los mediadores por los artículos 53 a 56 del código de comercio de 1865, expresa Mancini: "El artículo 5, prohibiendo la formación de sociedades para el ejercicio mismo de la profesión de mediador, salvo algunas excepciones o distinciones, se refería manifiesta y mayormente al ordenamiento orgánico de esta clase de auxiliares del comercio..."; op. cit., pág. 937: en la discusión del artículo 349 del Proyecto, se entro al examen, por parte de la Comisión de 1869, del proyecto de la subcomisión relativo al título "De los institores, factores, dependientes y otros subalternos de comercio", y, en esta discusión el miembro Cabella observó: "que conviene distinguir entre ellas las diversas categorías de personas que subsidian al comerciante en el ejercicio de la mercatura y apunta principalmente a los representantes de casas extranjeras, dependientes de negocio, agentes viajeros dependientes, y a aquellos institutos que sostienen en el extranjero las relaciones de las casas comerciales o las facilitan, como son las filiales, las agencias, etc.", terminando su intervención recomendando una adecuada reglamentación para cada figura, de modo que no haya confusión. Es clara la idea que ya se tiene de las labores auxiliares al comerciante.

Ministro de Justicia, en su informe, como razón de ubicarlas en los contratos, la de que de ellos “derivan su cualidad” ubicarlas en los contratos, la de que de ellos “derivan su cualidad”<sup>33</sup> pero sin ignorar aquél elemento interno.

Si el legislador no tuvo la audacia de convertir la mediación en contrato de mediación no faltó una doctrina con audacia suficiente para hacer de la mediación un mandato, y no sino mandato sino un mandato doble.<sup>(34)</sup>

En general, tanto las comisiones de estudio como las Cámaras de comercio, como la Relación Ministerial Mancini, como las Facultades de Derecho, hacen referencia a los “auxiliares”, o a las “categorías que subsidian” al comerciante en el sentido de auxiliarlo; en forma general, se entiende, pero que muestra como, ni aún cuando se discutía el que quizá fue el más perfecto código de los actos objetivos de comercio, se pudo ocultar totalmente la fuente subjetiva del derecho comercial. Por supuesto que en aquel momento lo que se encontraba en los textos de las instituciones hace poco citadas, con mayor fuerza, era el acto objetivo de comercio, el contrato como su manifestación externa: el mandato como la forma contractual típica de la actividad auxiliar. El miembro de la subcomisión citado antes, tratando las figuras de “institor, factor, dependientes y otros subalternos de comercio”, recomendó crear un sólo organismo, en vista de “la cierta afinidad”, con el contrato de comisión. Y la proposición dio por resultado el título XII “Del mandato comercial”; *op. cit.*, MANCINI y LAMPERTICO, págs. 172 y 173.

(33) Stefano CASTAGNOLA, *Nuovo Codice di Commercio Italiano*, U.T.E.T., 1883, Fuentes y motivos, vol. I, pág. 219, Relación Mancini, n. 38: “En la misma forma que el Código civil comienza tratando de las personas, el legislador comercial, después de examinar los actos de comercio, debía antes que todo determinar la condición de las personas en general de derecho comercial. Ellas SOI: el comerciante, principal actor en las operaciones del comercio, y el mediador, que como intermediario las facilita para que se concluyan. Me referí a las personas en general porque si bien otros códigos en este lugar agregan además las disposiciones referentes a los así llamados auxiliares del comercio, comprendiendo bajo esta denominación los factores (institores), los comisionistas, los agentes viajeros dependientes y similares, me parece más conveniente al orden racional de las materias, como ya fue advertido, reservar estas disposiciones a los títulos que contienen las normas de los respectivos contratos, de donde aquellos derivan su cualidad”.

(34) *Ibidem*, *op. cit.*, Parte I, “Comentarios”, U.T.E.T., 1895, pág. 295: Castagnola comenta la mediación como mandato, siguiendo una casación de Turín de 1883 y a autores como Troplong, y afirma que no sólo es un mandato, sino un mandato doble por cuanto el mediador actúa “como encargado de personas que tratan intereses opuestos”. Sin entrar a considerar la afirmación de que la mediación sea un mandato (ver MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Novena edición, Giuffré, Milano, 1958, 155, n. 3, pág. 76 y cita 18; hay

El Código de comercio de 1865 se ocupaba poco de los auxiliares de comercio con carácter de representación<sup>(35)</sup> disponiendo sobre “comisionistas” en general y de transporte por tierra y por agua y del transportista, pero sin disponer nada sobre “mandatarios comerciales, dependientes y factores”, enviando al Código Civil, “Del Mandato”, en cualquier momento en que el comisionista actuase a nombre del comitente (art. 71, C.c. de 1865). El nuevo Código de comercio de 1882, siguiendo el ejemplo del Código de Comercio universal alemán, reguló los “auxiliares” según dos categorías: “intermediarios” y “representantes”, identificando los primeros con los “mediadores”, y los segundos con “mandatarios, dependientes, factores (institores) y comisionistas”,<sup>(36)</sup> según ya antes habíamos explicado.

Al incluir el mandato como figura específica del Código, se siguió, en lo que a nuestro tema interesa, el concepto civil de mandato dictado en el artículo 1984 del Código Civil francés, por otra parte también seguido en la legislación y doctrina anteriores al Código de comercio italiano de 1884. El artículo 349 de este Código rezaba: “El mandato comercial tiene por objeto la realización de negocios comerciales por cuenta y en nombre del mandante”. La representación se hacía aparecer como elemento esencial del mandato y cuando algún hereje pretendía poner casa aparte, afirmando valientemente que hay también mandato cuando el mandatario actúa en nombre propio,<sup>(37)</sup> la inquisitoria doctrina, lo condenaba al fuego eterno,<sup>(38)</sup> no sin razón, pues quería ser coherente con sus dogmas, (constituyendo estos un lastre para el desarrollo de la ciencia, que deja de serlo cuando pierde la capacidad de poner en crítica sus principios).

Terminamos aquí el examen de trabajos preparatorios y comentarios generales al Código, para entrar al examen de la doctrina de tratadistas como Vidari, Vivante, Marghieri y otros.

traducción española) se proyecta la tendencia a sistematizar las actividades auxiliares alrededor del mandato: no se comprende bien qué naturaleza jurídica común hay en el elemento parcialmente extrajurídico “auxiliaridad” y se le quiere identificar, aún en este caso, con el mandato.

(35) *Ibidem*, *op. cit.*, Parte I, “Comentarios”, Vol. II, Cesare Pagani, pág. 335.

(36) *Op. cit.*, pág. 335.

(37) CALUCCI, *Il codice commentato*, art. 349, n. 15: citando por PACANI, *op. cit.*, pág. 337.

(38) CESARE PAGANI, *op. cit.*, pág. 337: “Y esto podría hacer suponer que pueda tenerse verdadero mandato aún cuando el mandatario actúe a nombre propio; lo que, si bien a muchos valiosos escritores no disgusta, turba, a nuestro parecer, el carácter del mandato, confundiéndolo con relaciones diversas, por ejemplo, la comisión, cuyo nombre ha sido precisamente introducido y aceptado para indicar una relación jurídica distinta de aquella que del mandato deriva”.

d) *La doctrina de los Tratadistas posteriores al Código de comercio de 1882.*

VIDARI. En el año de 1877 aparece la primera edición del “Corso di Diritto Commerciale” de Vidari,<sup>(39)</sup> fundada, naturalmente en el estudio de la materia del Código de comercio de 1865. Este Código, que como se ha revelado en las paginas anteriores, no respondía aún al sistema objetivo cerrado que luego vio la luz en el Código de 1882, y que dejaba la comisión y el transporte fuera de los contratos y el personal de la empresa fuera del Código (en cuanto sólo lo consideraba en la enumeración de los actos de comercio o de la competencia (art. 723, inciso 4), sin regularlo específicamente porque, como decía Borsari, lo forman todos aquellos que “hormigúean en los peristilos del edificio comercial”; este Código repito, con sus imperfecciones y lagunas, dejaba el campo abierto para que un doctrinista profundo se orientara hacia el elemento de “auxiliaridad” que encontraba como comun en figuras tan normales en el ejercicio del comercio como el factor y el “mandatario comercial simple”, los dependientes y el comisionista, los agentes viajeros y representantes de comercio y los mediadores o corredores.<sup>(40)</sup>

En esta primera edición, de su obra Vidari entrevé ya en cierta forma, la existencia independiente de la representación como parte del elemento externo

(39) ERCOLE VIDARI, *Corso di Diritto Commerciale*, I ed., Ed. Hoepli, Milano, 1877.

(40) VIDARI, *op. cit.*; así se divide la materia:

#### Libro I

##### Título IV. *Personas auxiliares al ejercicio del comercio*

###### Parte primera del título IV:

###### Personas sujetas al servicio de un principal

###### Capítulo I. De los factores

###### Capítulo II. De los Dependientes sedentarios o asistentes de negocio

###### Capítulo III. De los dependientes viajeros

###### Capítulo IV. De los representantes de comercio

###### Parte segunda del título IV:

###### Personas no sujetas al servicio de un principal

###### Capítulo I. De los simples mandatarios de comercio

###### Capítulo II. De los comisionistas

###### Capítulo III. De los agentes de cambio y corredores (sensali).

en los auxiliares y expresamente lo manifiesta, al realizar la sistematización alrededor de ella, pero no arriba aun a separarla del mandato.<sup>(41)</sup>

Con la promulgación del Código de comercio de 1882 el panorama cambia para el autor y éste hace cambiar el panorama de su obra. El sistema objetivo intenta ser más congruente consigo mismo y se cierra tratando de rellenar los escapes que su antecesor había dejado. Como ya vimos, el grueso del derecho comercial pasa por las fauces voraces del contrato: ahora la materia de auxiliares está casi totalmente considerada como un contrato, no más con debilidades subjetivistas sino con un profundo sabor de acto objetivo.

En consecuencia, a partir de la tercera edición de su obra, Vidari, siguiendo el orden del Código –cuya lógica debió aparecerle inmensamente fuerte como para intentar resistirla– varió la estructuración de la materia de los auxiliares, eliminando el término, que había empleado en sus dos primeras ediciones, y estudiando los mediadores bajo el título “De las personas intermediarias o sea de los mediadores” como parte “de las personas” (libro primero de la obra). Y asimismo, siguiendo siempre el orden del Código, en el Libro tercero, “de los contratos”, estudió el mandato y la comisión, comprendiendo en la primer figura, conforme al texto legislativo, los factores (institori), representantes y dependientes.

Pero el autor, en su conciencia, lucha contra el llamado del elemento interno y pretende justificarse –este sería el contenido simbólico de su explicación de motivos– manifestando que, si bien toda la materia podría estudiarse conjuntamente, el orden del Código llevaría a una duplicación. Quiere el autor

(41) VIDARI, *op. cit.*, Vol. I, n. 230, págs. 299 y 300, después de explicar la necesidad natural de que el comerciante se ayude con la cooperación de otros sujetos, puesto que no es capaz de atender la multiplicidad de sus negocios, y después de explicar el plan del título cuarto, “Personas auxiliares al ejercicio del comercio”, (ver nota n. 39), explica: “Podríamos agregar el expedicionario, el transportista, el asegurador, y, generalmente, todos aquellos de quienes puede valerse un comerciante en el ejercicio de la propia industria. Pero además de que de estas personas deberemos tratar necesariamente a propósito del contrato de transporte o del de aseguración, y así en genera], por lo que sería inútil, nos parece, tratar de ellas aquí separadamente, otro aspecto hay que advertir, y que sirve para justificar el método sostenido por nosotros en la distribución de las materias. Y es que aquí nosotros queremos tratar solamente de las personas que asumen la *representación jurídica*, estable o accidental, del comerciante al que dan el auxilio en su labor; no ya de aquellas que no asumen, como tales la representación de alguien en el ejercicio de su propia industria, sino que actúan a nombre propio y por cuenta propia, como cualquier otro comerciante”.

La importancia que asume la representación para la doctrina se ve clara en el párrafo anterior y sigue esa representación siendo elemento esencial del mandato.

decir que si trata, por ejemplo al factor como auxiliar, luego habrá que tratarlo como figura representativa del contrato de mandato según lo considera el Código.<sup>(42)</sup>

En fin un ejemplo más de como el aumento de sistematización de la materia de auxiliares en los contratos que no en las personas—como consecuencia de un mayor rigorismo del sistema objetivo— lleva a un autor concreto a renunciar a un orden que había tenido por bueno a causa, precisamente, de un cuerpo legal, si bien objetivo en su intención, de poco rigorismo en su reconstrucción: un ejemplo más de la desaparición de un término que, poseedor de un contenido subjetivo, es desplazado por un ordenamiento objetivo.

Vidari defiende la tesis de que la representación es el elemento esencial y diferenciador del mandato<sup>(43)</sup> atacando al Código Civil que había eliminado (art. 1737) de su texto la partícula “en nombre propio” en la definición del mandato; atacando, a los autores que se habían atrevido hasta a alabar la innovación del Código civil, en relación con el Código civil francés (art. 1984) porque—dice Vidari— Si desposeemos al mandato de la representación como haremos para diferenciarlo de la locación de obra, de la comisión?

VIVANTE. A la obra excelente de Vidari, sigue la luminosa visión de Cesare Vivante, la primera edición de cuyo “Tratado” aparece en 1893.<sup>(44)</sup>

(42) VIDARI, *op. cit.*, 4° y 5°, ediciones, Ed. Hoepli, Milano, 1900-1903. “Aquí está toda la dificultad. Entre las personas auxiliares (sussidiarie) precisaría necesariamente comprender al factor, los representantes, los dependientes. Los comisionistas no, porque ejercitan el comercio por sí y a propio nombre. Los mandatarios no, tampoco, porque no forman parte de la casa del comerciante; sino que, igual que el comisionista, prestan su labor de cuando en cuando, según se les solicite, sin que estén unidos con ningún vínculo estable a su mandante. Sin embargo, ahora que el nuevo código se ocupa en un título aparte (pero junto con los demás contratos) del mandato comercial y de la comisión, comprendiendo precisamente en aquél los mandatarios en general, los factores, los representantes y los dependientes, cómo podría ser ahora posible, decimos, tratar de todas estas personas en un lugar y luego en otro, de los comisionistas, cuando muchas disciplinas son comunes a cada una de aquellas: y cuando el comitente, es un verdadero y propio mandante? Comprendemos que de todas estas personas se pueda tratar aquí—quiere decir el autor en el libro de las personas— más que en cualquier otro lado; pero no entendemos que ellas se pues (la hablar separadamente”: 4° edición, 1888, págs. 331 y 335.

(43) VIDARI, *op. cit.*, 5ª edición, Milano, 1903, Vol. I, N° 3404-3405, págs. 218 a 221.

(44) Cesare VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, la edición, Ed. Fratelli Bocca, Torino, 1893, 1894, 1896, 3 vol., 1899, 1901, 1902, 6 vol.

Bajo Vivante la materia de los auxiliares cobra de nuevo importancia como veremos enseguida. Ya desde la primera edición del tratado la materia viene distribuida en el libro II “Las personas”,<sup>(45)</sup> esencialmente en dos capítulos, Cap. III, los representantes y Cap. IV, los mediadores.

Explica Vivante: “En este capítulo nos ocupamos solamente de los representantes, que prestan servicio estable al principal. De aquellos que pueden emplear en negocios singulares hablaremos a propósito de los diversos contratos que pueden dar origen a la representación, a la mediación, al mandato, al transporte y así sucesivamente; de los representantes de las sociedades hablaremos al tratar de este instituto a fin de no escindir la disciplina”.<sup>(46)</sup> Sin embargo la mediación no llega a ser tratada como contrato en el libro de los contratos y el mandato tampoco, quedando absorbido en el capítulo de la representación.

El libro IV “De los contratos”, no dirá nada de un contrato de mediación o de mandato o de comisión, a pesar de que el Código si hablaba de contratos de mandato, comisión (Título XII). Como se ve de las diversas ediciones de la obra, si bien el término auxiliares es usado esporádicamente<sup>(47)</sup> el autor perfecciona y completa la teoría de la representación, delimitándola cada vez con mayor claridad al separarla con precisión del contrato de obra y del mandato,<sup>(48)</sup> y considerándola a la par de la mediación, con un contenido marcadamente subjetivo. Baste recordar que la ubica en la parte de “las personas”.

Todo el estructurar la materia de auxiliares conjuntamente como fenómeno de “las personas” del derecho comercial, alrededor de las figuras de mediación y representación, desemboca en el Proyecto de Código de comercio de 1922, en el que ese material (mediación y representación), con inclusión de una nueva figura “los agentes de comercio”,<sup>(49)</sup> se aglutina en el título V “De los

(45) Como el mismo Vivante lo afirma, la estructuración de su obra sigue el sistema de la doctrina tedesca que, no debemos olvidar, llevó, en definitiva, al primer gran código que abandonó el sistema objetivo del Código francés de 1807 (3ª edición, Ed. Vallardi, Milano, 1906, en el Prefacio).

(46) VIVANTE, 1ª ed. cit., Tomo I, pág. 244.

(47) VIVANTE, 1ª ed. cit., Tomo I, nota 2, pág. 257, usa el término “auxiliares” para decir que el factor no es auxiliar del comerciante por cuanto muchas veces lo sustituye totalmente. Oportunamente regresaremos, en el desarrollo, a examinar esta afirmación que parece la auxiliariadad a la sustitución de voluntad en el negocio jurídico.

(48) VIVANTE, *Trattato*, cit., 5ª edición, Ed. Vallardi, Milano, 1929, Prefacio a la 5ª edición y Tomo I, pág. 270, n. 254.

(49) VIVANTE, ya en la 5ª edición del Tratado, incluyó un capítulo para los “agentes de comercio”, Tomo I, n. 30, pág. 309, de los que ya había tratado con anterioridad: *Riv. Diritto Comm.*, 1921, I, 614.

auxiliares de comercio”, título explicado por el mismo Vivante<sup>(50)</sup> quien insistiendo en la “representación de las figuras, mantiene sin crítica especial la denominación y la da expresamente a los mediadores.<sup>51</sup>

Se trataba en el caso de un abandono en la sistemática del Código del “objetivismo” y si bien éste se mantenía en el tipo, en aquella sufría ya la influencia del Código de comercio alemán.<sup>(52)</sup> Resulta, necesariamente, que un desplazamiento del sistema, implica, aunque sea inconscientemente, un desplazamiento del contenido ideológico o, al menos, un reconocimiento de un contenido común en las figuras que se agrupan: ese contenido era la “auxiliaridad”: si al momento de la elaboración del Proyecto el redactor considera más importante el aspecto contractual que el personal de la auxiliaridad, traslada las figuras a los contratos, regulando esencialmente su aspecto externo y no el interno, y viceversa: se irá a los contratos, cada vez más, conforme mas se quiera objetivizar el problema o cuanto mas se pretenda desobjetivizarlo.

Es significativo el hecho de que en la quinta edición de su tratado Vivante incluya un párrafo, el 197<sup>(53)</sup> que no existía antes y que se inicia: “El mediador es un *auxiliar independiente*. El mediador es un auxiliar del comercio, sin patrón, mientras que el dependiente, el representante, el agente de negocios, sí lo tienen...” . Se trata del elemento personal que surge siempre en el derecho comercial.

Vivante, sobre la base de los trabajos, de Tartufari, Sraffa y a partir de la 4 edición sobre la base también de Nattini,<sup>(54)</sup> elabora con amplitud y la delimita –como ya dijimos – la figura de la representación, afirmándola independiente del mandato y de la locación de obra, en cuanto la labor confiada a cada uno de los sujetos es distinta: en el mandato se encarga la administración de uno o más asuntos; en la representación, el encargo es de concluirlos en nombre del

(50) *Progetto Preliminare per il Nuovo Codice di Commercio*, Ed. Hoepli, Milano, 1922: la comisión ministerial estaba constituida con Vivante como presidente, por los profesores y abogados Sraffa, Bolaffio, Bonelli, Areangeli, Seialoja, Gobbi, Medina, Treves, Broeëhi, Samoggia, Valeri, Roëeo, Navarrini, Asquini y Quarantotto. En euanto al libro I que se llamó “De los comerciantes” aparecía todo explicado por Bolaffio, excepto su última parte, precisamente “de los auxiliares del comerciante”, que venía explicada por Vivante (pág. 216 y ss.).

(51) *Op cit.*, pág. 219: . Los mediadores. El proyecto –dice Vivante– ha regulado el ejercicio de estos auxiliares con una técnica más precisa que el Código vigente...”.

(52) Lorenzo MOSSA, *Historia del Derecho Mercantil en los siglos XIX y XX*, cit., págs. 161 a 164.

(53) VIVANT, 5ª ed. cit., vol. I, pág. 217.

(54) *Op. cit.*, pág. 270.

principal; en la locación la tarea es ejecutarlos.<sup>(55)</sup> Por otra parte insiste Vivante en el hecho de que la representación no es elemento esencial del mandato y que hay mandato sin representación y viceversa.

El tratado de Vivante y los trabajos de Tartufari, Sraffa y Nattini son esenciales en la elaboración básica de una sana teoría de los auxiliares del comercio y serán tomados en consideración en una parte posterior de este trabajo.

Bástenos por ahora lo que antes se apuntó en cuanto con la obra de los autores citados –que por otra parte se basaron en la doctrina alemana– se arriva a un punto importantísimo cual es el de separar la representación del mandato y diferenciar ambos entre sí y con la figura de la locación de obra, delimitando con ello mejor el elemento externo.

La teoría seguirá perfeccionándose, especialmente en el campo civil de la doctrina del negocio jurídico y a esta elaboración sujetaremos más adelante el estudio de los auxiliares de comercio.

NAVARRINI. Después de la obra de Vivante, la doctrina fundamental de los autores hará aflorar, cada vez con mas claridad, el elemento subjetivo en nuestra materia.

En 1913<sup>(56)</sup> Umberto Navarrini escribía en el Prefacio a su “Trattato teórico-práctico di Diritto Commerciale”: “En lo que se refiere a los actos de comercio he buscado demostrar la racionalidad del criterio, no esencialmente empírico... y poniéndolo en la base de su variada clasificación, acercando al artículo tercero, que establecía el elenco de actos de comercio, con constante cuidado las otras numerosas y esparcidas disposiciones de la ley que disciplinan actos que contribuyen a formar la materia comercial, rastreando y poniendo en evidencia el elemento común con el que se relaciona su comercialidad”.

Las anteriores afirmaciones de Navarrini unidas al hecho de que se referían a un Código de “tendencia” objetiva en cuanto a auxiliares, puesto que en su mayoría los estudiaba a propósito de los contratos, haría pensar en una organización de la materia de aquéllos, en la obra, también en un campo contractual. Sin embargo, Navarrini, con una clara visión del papel importante, esencial, del elemento subjetivo, insiste en el hecho de que el sistema italiano del Código de 1882 no puede decirse ni objetivo ni subjetivo, sino mixto (art.

(55) VIVANTE, *Tratado de Derecho Mercantil*, Reus, Madrid, 1932, Vol. I, pág. 311.

(56) Umberto NAVARRINI, *Trattato teórico práctico di diritto commerciale*, Ed. Fratelli Bocca, 1913-1921, Torino, 5 voll.

3 y 4). Y en consecuencia, además de usar frecuentemente el término “auxiliares”,<sup>(57)</sup> a propósito de la “organización de la hacienda”, estudia sus elementos personales bajo el título “Auxiliares”, siguiendo el esquema ya usado antes por Vidari y agrupando por ello,<sup>(58)</sup> (bajo el número 1498 “los auxiliares estables de la hacienda”), al factor, al viajero dependiente, a los dependientes de negocio y al “así llamado representante de comercio”, los representantes de casas extranjeras. Con anterioridad<sup>(59)</sup> había elaborado la teoría general de la representación a propósito de las “generalidades” de los negocios jurídicos comerciales, teoría que vendrá aplicada posteriormente a los auxiliares. Y asimismo, en el volumen tercero,<sup>(60)</sup> con carácter de contrato, ya se había referido al mandato, a la comisión (siguiendo en este caso el esquema del Código) pero también a los mediadores como contrato de mediación.

BOLAFFIO. –En 1918 publicó Leone Bolaffio su “Curso Universitario di Diritto commerciale”<sup>(61)</sup> y recordando aquella división que Vidari había usado en la primera y segunda ediciones de su “Curso de Derecho comercial”, y siguiendo probablemente al derecho alemán, dedicó en su primera parte de la obra, “Las personas en el ejercicio del comercio”, los capítulos X, XI y XII, a los “auxiliares”, en el siguiente orden: auxiliares estables en el ejercicio del comercio, auxiliares temporales en el ejercicio del comercio. Entre los primeros se estudia al factor, a los dependientes (en sede del negocio), a los agentes viajeros dependientes y a los representantes de casas extranjeras. En la segunda categoría estudia al mandatario y al comisionista, por una parte (Cap. XI) y por otra (Cap. XII) a los mediadores.

Es notorio en Bolaffio el giro que toma su elaboración que, sin abandonar el análisis de la representación y el mayor o menor grado con que se da en las diversas figuras, hace énfasis notable en la relación auxiliar principal-subordinado, por ejemplo, al capítulo XI “El mandatario y el comisionista” y no “del mandato y de la comisión” como aparecía en el Código de comercio de 1882.

En general, Bolaffio, al hacer un estudio más sistemático de las materias del Código, sin abandonar el eje de la representación, pone la carga en la auxiliaridad de las figuras y las reúne, con mayor audacia que el Código de comercio alemán, puesto que la comisión que éste había mantenido en el libro

(57) Umberto NAVARRINI, *op. cit.*, vol. I, Parte I, págs. 39, 40, 41, y vol. IV, págs. 131 a 177.

(58) Umberto NAVARRINI, *op. cit.*, vol. IV, n. 1498, pág. 131.

(59) Umberto NAVARRINI, *op. cit.*, vol. II, Parte II, págs. 175 a 176.

(60) Umberto NAVARRINI, *op. cit.*, págs. 1 a 86.

(61) Leone BOLAFFIO, *Il diritto commerciale*, Corso Universitario, U.T.E.T., Torino, 1918, I vol.

de los contratos (actos) de comercio, conforme al sistema tradicional, Bolaffio lo incluye entre los auxiliares.

MARGIZIERI. –En 1922 se publica una edición enteramente renovada del “Manuale di Diritto Commerciale”<sup>(62)</sup> de Alberto Marghieri. La sistemática de esta obra indica ya en aquella época una clara orientación al subjetivismo, interpretando el autor la norma jurídica, como “el epílogo más perfecto del proceso ascendente de las clases, por obra de las cuales el trabajo humano deviene directo factor de renovados, o ya nuevos organismos jurídicos, que impusieron regímenes legislativos idóneos, sobre la base de doctrinas que debieron alejarse bastante a menudo de tradiciones en disonancia con el ambiente”.<sup>(63)</sup> Qué lejos está este texto –cuyo contenido político nos excusamos de analizar– del movimiento anticorporativo de la Revolución Francesa.

Marghieri insiste en la actividad profesional tanto del comerciante como “del vario y multiforme número de personas, que obtienen del tráfico mismo los medios y modos, si no de enriquecerse, por lo menos necesarios para la propia subsistencia”,<sup>(64)</sup> agregando luego que “a pesar de las transformaciones de la norma comercial de subjetiva en objetiva, la misma siempre principalmente se enclava sobre los actos de comercio, en cuanto ejercitada por comerciantes, los que piden un régimen legislativo que pertenezca rigurosamente a ellos, y no se extienda a otras personas, o tal vez las toca sólo porque tuvieron relaciones con comerciantes”.<sup>(65)</sup> Por esta vía y con una base en lo fundamental económica, desarrolla el autor la segunda parte de su obra “factores y órganos del tráfico”.

En el título cuarto de la citada parte segunda Marghieri estudia la hacienda: dedicando el capítulo tercero a su personal: factor, dependiente sedentario, dependiente viajero, y enfatizando el elemento personal, subjetivo de la relación principal-personal auxiliar, como dice el autor.<sup>(66)</sup>

En el título quinto Marghieri incluye las “actividades cuadyuvantes y de difusión”, a saber: mediación, representación comisión, agencia, oficinas de negocios, todas relacionadas con la “actividad profesional” que hay en aquellas en el proceso del tráfico.<sup>(67)</sup>

Si bien la construcción considera esencialmente los aspectos económicos del fenómeno del tráfico y no emplea casi el término auxiliares al menos como

(62) ALBERTO MARGHIERI, *Manuale di Diritto Commerciale*, Ed. Athenaeum, Roma, 1922.

(63) ALBERTO MARGHIERI, *op. cit.*, Prefacio.

(64) ALBERTO MARGHIERI, *Op. cit.*, pág. 20.

(65) ALBERTO MARGHIERI, *Op. cit.*, págs. 20 y 21.

(66) ALBERTO MARCHIERI, *Op. cit.*, pág. 128 y ss.

(67) ALBERTO MARGHIERI, *Op. cit.*, pág. 141.

elemento de sistematización, es claro que su orientación "subjetivista" lleva al autor a agrupar las figuras de auxiliares, no en la teoría de obligaciones y contratos especiales (como se llama la tercera parte de la obra) sino en aquella parte que ha dedicado a la personal actividad del comerciante y sus cooperadores.

En otros aspectos la elaboración de Marghieri adolece de los defectos que ya habían sido corregidos por Tartufari, Sraffa y Vivante, en cuanto a las relaciones existentes entre mandato, representación y comisión<sup>(68)</sup> y asimismo, no logra darle el alcance general que le pertenece, a la representación, que viene confundida con la figura que el Código regulaba como representantes de casas extranjeras (art. 376)<sup>(69)</sup>.

ROCCO. —Con Alfredo Rocco se inicia una etapa de transición al nuevo derecho comercial italiano<sup>(70)</sup> y a su vez una etapa de mayor rigor dogmático y mayor perfeccionamiento técnico de la producción doctrinaria, en relación con la anterior etapa vivantina.<sup>(71)</sup>

Rocco<sup>(72)</sup> desarrolla, con un rigorismo hasta entonces no alcanzado por la doctrina italiana, la tesis del derecho comercial italiano como derecho de los actos de comercio objetivamente considerados, aplicando el mismo rigorismo a la explicación del acto a intrínsecamente mercantil". Veamos sus propias palabras.

"Decir, más bien, que algunos actos son comerciales cuando son realizados por un comerciante, y que otros lo son aunque no sean realizados por un comerciante, significa *renunciar* a dar una noción tanto de los unos como de los otros. Por una parte la noción del acto subjetivo de comercio se apoya toda en la de acto objetivo de comercio y se resuelve en un simple reenvío a la última. El acto subjetivo de comercio, presupone, en realidad, el comerciante, y, en nuestro derecho, faltando todo criterio formal como el de la inscripción en un registro o matrícula para la determinación de la calidad de comerciante, la noción del comerciante se apoya toda sobre la del acto de comercio objetivo.

"Pero a su vez el concepto del acto objetivo de comercio falta completamente en la doctrina dominante: cuando se asume que una serie de actos es comercial, independientemente de la persona que los realiza, se enuncia una proposición simplemente negativa, se dice que el criterio, con base en el que tales actos son declarados comerciales no es el de la cualidad de las personas que los realizan, pero no se dice *cuál sea*; se dice lo que tales actos *no son*, no se dice lo que *son*.

(68) Alberto MARCHIERI, *op. cit.*, págs. 129 y 146.

(69) Alberto MARGHIERI, *op. cit.*, pág. 144 y ss.

(70) Lorenzo MOSSA, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., pág. 175.

(71) ASCARELLI, *Corso*, cit., pág. 66.

(72) Alfredo ROCCO, *Principii di Diritto Commerciale*, U.T.E.T., Torino, 1928; hay una traducción al español, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1931.

"La doctrina dominante se mueve así en un círculo vicioso; ...y es muy natural que, renunciando *a priori* a establecer un criterio para la determinación de la comercialidad de los actos enumerados por la ley tenga luego que afirmar que un principio regulador de la misma clasificación no existe, y que tampoco existe un concepto unitario, del acto de comercio.

"43 —Veamos pues si un análisis más cuidadoso de la serie de actos enumerados en los artículos 3 y 6, nos permite rastrear éste, o estos principios reguladores, con lo que al mismo tiempo, habremos establecido el concepto del acto de comercio y hecho una clasificación precisa de los actos de comercio".<sup>(73)</sup>

Posteriormente analiza Rocco con detenimiento las figuras de acto de comercio de los artículos 3 y 6 del Código de comercio de 1882 para afirmar que sí existe un concepto de acto de comercio, pero que se trata de un concepto a posteriori de examen del Código y no a priori, o sea que se trata de un concepto objetivo de acto de comercio conforme al derecho positivo italiano<sup>(74)</sup> y niega Rocco, en consecuencia, el acto subjetivo de comercio. Sobre la tesis de Rocco acerca de los actos de comercio, no diremos sino que es una construcción formal en el sentido que viene a ser acto de comercio aquel que la ley reputa como tal: a partir de aquí lo que queda es agrupar en un derecho positivo determinado, los actos de comercio según los diferentes tipos que de características comunes pueda haber. Esta tesis no dice nada sobre un acto objetivo de comercio, esencialmente considerado. Y no decimos más porque no es nuestro tema.

Un planeamiento semejante del contenido del derecho comercial, lleva necesariamente al autor a no considerar en absoluto los auxiliares a propósito de "los sujetos" de la relación jurídico mercantil (Parte I de la Lección I del Cap. II del Libro II), sino a propósito de la "representación" como aspecto general en los negocios jurídicos mercantiles.<sup>(75)</sup> Carece por tanto, el texto, de aspectos de "auxiliaridad" de la labor de los sujetos de nuestras figuras en estudio, y en cuanto la relación con su principal.

Así, pues, negada la validez de la división entre actos objetivos de comercio (sean actos de comercio, independientemente de la cualidad del sujeto agente, por su naturaleza intrínseca), y actos subjetivos de comercio (sean actos de comercio en cuanto la cualidad del sujeto-agente es comercial: un comerciante) la materia de los auxiliares resulta inserta en los "actos de comercio por conexión o accesorios" con clase 3: a actos cuya conexión con un negocio comercial debe ser demostrada": comprendidos aquí las operaciones de mediación y todas las figuras posibles de mandato, y la comisión.

(73) Alfredo ROCCO, *op. cit.*, n. 50, pág. 218.

(74) Alfredo ROCCO, *op. cit.*, n. 50, pág. 218.

(75) Alfredo ROCCO, *Op. cit.*, pág. 311 y ss. especialmente n<sup>os</sup> 80 y del 86 al 95.

Rocco, con visión clara, mantiene la separación entre mandato y representación, por otra parte.

LA LUMIA. —Isidoro La Lumia representa otro eslabón importante en la doctrina italiana<sup>(76)</sup> La obra de Rocco fue tan enérgica y bien elaborada, que echó prácticamente por tierra, toda la labor que la doctrina, iluminada especialmente por el Código y la doctrina alemanas, había realizado en el camino de la vuelta al subjetivismo.

La obra de La Lumia es, en cierto modo, un nuevo resistirse de la realidad contra el objetivismo; representa una vez más el elemento personal pugnando por salir a la superficie de un mar de construcciones lógicas, pero alejadas de los elementos efectivos del fenómeno. Sin duda el fenómeno jurídico comercial implica actos de comercio —y aún se podría decir actos aislados de comercio, a título de discusión—, pero implica también sujetos: ya sea una actividad comercial o actos de comercio aislados, requieren el sujeto del acto.

La importancia de este sujeto aumenta o disminuye, según el sistema sea subjetivo u objetivo.

La Lumia no arriba propiamente a un sistema subjetivo, pero establece la lucha contra el objetivismo formal de Rocco, aceptando la existencia del criterio dual: actos de comercio tantos objetivos como subjetivos.

Acoge La Lumia la división de Arcangeli<sup>(77)</sup> entre: a) actos de comercio absolutos (aquellos que la ley reputa tales independientemente del sujeto-agente o de los fines perseguidos y b) actos de comercio relativos, que lo son únicamente si concurren determinados requisitos. Los últimos se dividen en 1) actos de comercio en cuanto tienen como contenido la noción económica de comercio, esto es., la intermediación en el cambio; 2) actos de comercio en cuanto siguen una determinada forma de actuar la empresa; 3) actos de comercio que, por ser accessorios a actos de comercio principales, son a su vez comerciales; 4) actos de comercio por tener una conexión económica con otros actos de comercio; 5) y actos de comercio impuestos por su causa o por su contenido.

La segunda categoría (actos de comercio por medio de empresa) contiene así las “empresas de comisión, agencias y oficinas de negocios” (art. 3, inciso 2 C.d.c.) y en el fondo del análisis de la empresa —como por otra parte lo reconoce La Lumia<sup>(78)</sup>— está el empresario, el sujeto empresario. Pero con este autor no estamos en el caso de tomar en cuenta con un rol fundamental el aspecto

(76) Isidoro LA LUMIA, *Trattato di Diritto Commerciale*, Ed. Principato, Milano, 1940.

(77) ARCANGELI; ver *Gli atti di commercio*, in *Studi di Diritto commerciale ed agrario*, vol. II, nota rn pág. 3.

(78) LA LUMIA, *op. cit.*, n° 100 in fine, pág. 131.

subjetivo, y por ello la “auxiliaridad” no juega ningún papel en la sistematización de la materia. Además, en la tercer categoría (actos de comercio por conexión con actos de comercio) entran el mandato (se refiere al mandato con representación) y el mandato sin representación o comisión. En el primero tienen cabida el institor, el dependiente, el agente viajero dependiente, etc. Encontramos también en esta tercer categoría, la mediación comercial.

En la categoría tercera, en un sentido general, hay una auxiliaridad pero no considerada como fundamental.

Y así, a propósito de los sujetos jurídicos en las relaciones jurídico-comerciales<sup>(79)</sup> el autor no hace ninguna referencia a aquellos otros sujetos, que, apareciendo en algún momento del proceso de un contrato (en su preparación el mediador, hasta su ejecución en ciertos casos el factor, hasta su consumación el comisionista) lo auxilian en su labor. No será sino a propósito de la representación<sup>(80)</sup> que aparecerán los auxiliares en cuanto se encuadran dentro del mandato comercial con representación (institores, dependientes de negocio, viajantes), o del mandato comercial sin representación (el comisionista) o de la locación de obra con representación (dependientes con facultad de cobrar); o, en fin, de la locación de obra sin representación (agentes o representantes de comercio). Evitaremos ahora la crítica al planteamiento que La Lumia hace del mandato, la representación, la locación de obra, labor para más adelante, y diremos que, una vez más el aspecto profesional del Derecho comercial queda en segundo plano, luego del desarrollo triunfal del derecho comercial como el derecho de los actos objetivos de comercio.

#### e) *El Código Civil de 1942*

No vamos a criticar las razones de orden político-autoritario que puedan haber llevado a la estructura del Proyecto de Código de comercio de 1940 o del Código civil de 1942 —que en el fondo son las mismas—, primero, porque no es tal la finalidad de este trabajo y, segundo, porque, en el fondo se subsumen en la amplia categoría de fuentes históricas del derecho, a las que ninguna reforma jurídica puede ser ajena o sustraerse. Es un hecho que los Proyectos de 1922 (Proyecto Vivante) y de 1922 (Proyecto D’Amelio), aunque grandemente incluidos por el Código de comercio alemán, y orientados por el curso natural del fenómeno comercial no hicieron sino dar los primeros pasos hacia —digámoslo así— la fuente medioeval, estatutaria y corporativa que se había encontrado en la base de aquel fenómeno, restituyendo el comerciante al lugar que de natural le corresponde en el proceso de la producción y del cambio de bienes y de servicios.

(79) LA LUMIA, *op. cit.*, págs. 158 a 175.

(80) LA LUMIA, *op. cit.*, págs. 311 a 330.



Y en cierto modo no podría ser de otra manera: se estaba, si se quiere, en una etapa de transición entre el período vivantino, liberal, solidarista, y corporativista y el período que se “podría intitular a Alfredo Rocco”,<sup>(81)</sup> de corte germánico autoritario. Entonces no se podía pensar sino en el abandono de la línea estrictamente cerrada de los “actos objetivos” de comercio, para regresar —aunque sólo fuera débilmente— al cause original del derecho comercial como la regulación de una labor profesional. Y si el movimiento corporativo medioeval había alimentado, por sí y como sostenedor de una jurisdicción “consular” especial, la corriente siempre creciente y cada vez más fuerte del derecho comercial, —eliminadas las corporaciones habrá de buscar un sustitutivo y se encontrará en los actos objetivos de comercio—, el ordenamiento corporativo, base del sistema económico y social fascista, representa una vez más el medio natural para el desenvolvimiento del derecho comercial por la vía del elemento profesional.

Menos dura la tarea para los Proyectos de 1922 y 1925, por cuanto la brecha la había abierto ya, en el sistema objetivo resquebrajado por su interna artificialidad, el Código de comercio germánico de 1897, “que restituyó al derecho comercial su base profesional como razón de ser de su autonomía”, para usar la expresión de Asquini.<sup>(82)</sup> Mucho menos dura la tarea para el redactor de 1940, porque además de una abundante literatura surgida del Código alemán y de los Proyectos de 1922 y 1925, así como la nacida alrededor del problema de la empresa encontraba un sistema corporativo plenamente estructurado y actuante. No olvidemos que el mismo movimiento corporativo hizo posible la unificación “sorpresa” del derecho privado, porque el corporativismo abrazaba entonces tanto el mundo comercial, como el industrial, como el agrícola, como el campo laboral.

Al centro de todo el sistema, con un carácter verdaderamente cimero, aparece el empresario, como quien profesionalmente desarrolla una actividad económica organizada a los fines de la producción o del cambio de bienes o de servicios. Y si el derecho comercial no abarca plenamente el fenómeno de la empresa<sup>(83)</sup> al menos ésta lo reintegra por los fueros de su vía natural subjetiva. Y no contra sino al lado de las afirmaciones de quienes sostienen que el problema de la empresa no queda agotado por el Derecho comercial, colocamos las de Ripert expuestas en su famosa obra “Aspectos jurídicos del Capitalismo Moderno”: “No tenemos derecho de la empresa. Es necesario crearlo. Es vano

(81) ASCARELLI, Corso, cit., pág. 44.

(82) ASQUINI, Una svolta storica del diritto commerciale, Riv. di Diritto Commerciale, 1940, vol. I, pág. 510.

(83) Joaquín GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Ed. Aguirre, 5ª ed., Madrid, 1968, Tomo I, pág. 23.

hablar de una transformación de la economía si no se llega a formular las reglas que lo asegurarán”,<sup>(84)</sup> y agreguemos que en la última edición de René Ripert del Tratado Elemental de Derecho Comercial, de Ripert, se mantiene la clara afirmación de que “el derecho de la empresa es todavía un derecho fragmentario. Merece ser estructurado coherentemente, y es sólo mediante la creación de tal derecho que se podrá realizar una transformación de la economía”.<sup>(85)</sup> Citemos a Ripert como “tercio inter partes”, no sospechoso de parcialidad.

En un sistema tal y aceptado el hecho de que la materia del derecho privado se une en un solo cuerpo legal, bajo la denominación de Código Civil, no será ya en un capítulo de actos de comercio donde iremos a buscar los auxiliares del comerciante, sino en aquella parte que regula la actividad de empresa “profesionalmente” desarrollada por el empresario, porque, precisamente, al centro de ella, de la empresa, se ha colocado la relación laboral<sup>(86)</sup> y “la relación que une los colaboradores del empresario a él, es la parte más viva del nuevo ordenamiento corporativo de la empresa comercial.”<sup>(87-88)</sup>

Y el trabajo implica, necesariamente, una relación personal, interna, de confianza, buena fe, subordinación, de secreto para ciertos aspectos de la empresa, etc., típica y eminentemente auxiliar, entre empresario, y auxiliares, sean éstos dependientes o independientes, estén fijos en la sede de la empresa o proyecten ésta en el espacio, contraten a nombre de su comitente o al suyo propio. Elevándose el trabajo a fundamento de la construcción, surge, necesariamente, la relación personal y por ende el elemento “auxiliaridad”.

El Derecho comercial inserto en el Código Civil de 1942 ha producido una avalancha de literatura en su primer cuarto de siglo de existencia. La primera obra fue la de Mossa,<sup>(89)</sup> que trata los auxiliares fundamentalmente a propósito de los “dependientes” y con respecto al elemento interno<sup>(90)</sup> según su terminología.

(84) Georges RIPERT, *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, Ed. Pichon et Durand, Paris, 1946, pág. 259.

(85) RIPERT et ROBLOT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Ed. Pichon et Durand, Paris, 1948, Vol. I, pág. 184.

(86) ASQUINI, *Il Diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1941, Vol. I, pág. 429 y 55.; *Scritti Giuridici*, Vol. III, Cedam, Padova, pág. 88 y 55.

(87) ASQUINI, *op. cit.*, pág. 436; ver igualmente en *Scritti...*, cit., págs. 89 a 90.

(88) Lorenzo MOSSA, *La Nuova Scienza del Diritto Commerciale*, *Riv. di Diritto Commerciale*, 1940, Vol. I, pag. 440.

(89) Lorenzo MOSSA, *Trattato del Nuovo Diritto Commerciale*, Ed. Libreria, Milano, 1942.

(90) Lorenzo MOSSA, *op. cit.*, Tomo I, pág. 483: “El personal dependiente de la empresa”.

En el año de 1943 Lordi sigue el mismo sistema de Mossa;<sup>(91)</sup> eliminando inclusive el uso del término “auxiliares” estudia bajo el título a El personal de la hacienda”, aquellas figuras que en una u otra forma, están autorizadas para contratar”.

Pero en adelante, salvo raras excepciones, se seguirá hablando de “auxiliares” (usando expresamente ese término) y se seguirá estructurando la materia de ellos en un capítulo especial; en el libro de las personas e independientemente de los contratos y cuando alguna figura se lleva aparte lo será en capítulo también separado; empresas auxiliares. Además la estructuración se realizará sobre la división entre dependientes e independientes, elemento que como se ve, es interno. Se comprenderá las figuras de factor, dependiente, agentes viajeros dependientes, comisionistas, mediadores, agentes viajeros independientes, representantes de casas extranjeras, y expedicionario.

El regreso a un sistema subjetivo nos lleva a considerar no sólo la representación en ciertos auxiliares, sino su mayor o menor independencia o autonomía frente al principal, su auxiliariadad reflejada en deberes de fidelidad, secreto, buena fe, etc.

Es notorio que si antes del Código civil del 1942 en Italia, ni la legislación ni la doctrina habían usado la impostación del problema de los sujetos auxiliares alrededor de la “auxiliaridad” que la labor suyo tiene con respecto a la actividad del principal, después de dicho Código, no sólo se empieza a hablar de labores auxiliares, de auxiliares del empresario –con la relevancia que el hecho da al aspecto interno de la relación auxiliar-principal– sino que, además, dentro del capítulo dedicado a auxiliares se engloba la actividad del comisionista, del mediador, del expedicionario, del simple mandatario.<sup>(92)</sup>

(91) Luigi LORDI, *Istituzioni di Diritto Commerciale*, Ed. Cedam, Padova, 1943, Tomo I, pág. 140 y ss.

(92) La literatura posterior al Código civil de 1942, en materia comercial, es abundantísima Daremos de seguido una bibliografía esencial comentada dividida en cuatro grupos.

*Primer grupo:* Sistematizan todos los auxiliares en un solo capítulo agrupados como materia común de estudio: Francesco FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, 1ª edición (appunti), Ed. Carlo Cya, Firenze, 1943, pags. 54 a 77: intitula el capítulo IV *Gli ausiliari dell'imprenditore commerciale* y divide el tema en dos grandes grupos: auxiliares subordinados y auxiliares autónomos; en los primeros están el factor, el procurador, los dependientes (commessi) y en los segundos, los mandatarios mercantiles en general, los comisionistas y expedicionarios, los agentes de comercio, los mediadores, Ferrara, en las ediciones sucesivas ha mantenido igual criterio salvo pequeñas modificaciones; p<sup>o</sup>

ejemplo: 3a ed., Giuffrè, Milano, 1952, págs. 81 a 114, separa en capítulo aparte (Cap. V) a los mediadores, con estas razones: “Entre los auxiliares autónomos, la doctrina engloba también a los mediadores. Estos sin embargo, no cuidan los intereses de los empresarios comerciales sino objetivamente los de ambos contratantes. Mas que auxiliares del empresario, son auxiliares del comercio” (pág. 82). Sin embargo, no obstante tales consideraciones, no llega el autor a trasladar los mediadores a la parte de los contratos, a pesar de que así está considerado en el Código, arts. 1754 a 1775. 4ª edición, Ed. Giuffrè, Milano, 1962, págs. 101 a 144. Andrea ARENA, *Lezioni di Diritto Commerciale*, 1ª ed., Ed. V. Ferrara, Messina, 1945, págs. III a 129. Divide la materia en “auxiliares estables”, y “auxiliares ocasionales”; en los primeros comprende al factor, al procurador, al dependiente (commesso); en los segundos al comisionista, al expedicionario, al mediador reconociendo en cuanto a la “subordinación” (en el sentido laboral) auxiliares subordinados y autonomos. Vittorio ANGELONI, *Impresa e società*, Ed. Scienza Italica, Roma, 1952, págs. 68 a 79. Francesco MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 9ª edición, Giuffrè, Milano, 1957. La sistematización de Messineo es mucho más amplia, pues incluye todos los auxiliares, civiles y comerciales, entendiendo entre estos comprendidos aquellos del derecho de navegación (págs. 355 a 361). Alessandro GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Ed. Morano, Napoli, 1959, 2ª edición, págs. 193 a 265.

*Segundo grupo:* Reconoce la existencia de “auxiliares dependientes e independientes”, pero siguen el sistema del Código, estudiando los independientes a propósito de las “empresas auxiliares” (art. 2195, inc. 2 y 5 C.c.) o de los contratos: Giuseppe VALERI, *Manuale di Diritto Commerciale*, Ed. Castellaccio, Firenze, 1945, págs. 63 a 76. Giuseppe FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, U.T.E.T., Torino, 1950, págs. 65 a 74; las figuras de auxiliares independientes, que llama “empresas auxiliares” (pág. 565) son estudiados como “actos del empresario inherentes a la prestación de colaboración en la conclusión de contratos” (págs. 565 a 582); 2ª edición, 1961, (reimpresión); 1968, (reimpresión). Isidoro LA LUMIA, *Corso di Diritto Commerciale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1950, 1ª edición, págs. 193 a 205 y 197 ss. ver n° 110 in fine. Alessandro GRAZIANI, *Manuale di Diritto Commerciale*, Ed. Morano, Napoli, 1957, 5ª edición: auxiliares dependientes y autónomos; dependientes: factor, procurador, dependiente (commesso); autónomos: mandato in genere, comisión, expedición, agencia, mediación. Roberto SCHEGGI, *Manuale di Diritto Commerciale*, 3ª edición, Ed. Jandi Sapi, Roma, 1959, págs. 109 a 113. Roberto BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Cedam, Padova, 1960: reconociendo la clasificación de auxiliares dependientes (n° 124, pág. 345) e independientes (n° 123, págs. 341-342) va más allá que las anteriores obras, al afirmar que la disciplina de los independientes (contratos de mandato, art. 1703 y ss.; de comisión, art. 1731 y ss.; de expedición, art. 1737 y ss.; de agencia, art. 1742 y ss.; de mediación, art. 1754 y ss.) “no puede pertenecer al grupo de contratos de empresa stricto sensu y no constituyen materia de derecho comercial” (pág. 344).

Alfredo DE GREGORIO, *Corso di Diritto Commerciale*, 6ª edición, Società Editrice Dante Alighieri, Città di Castello, 1940. Sigue, poco más o menos el sistema de Bracco, cambiando "auxiliares" por "colaboradores". Resulta además interesante en tanto en cuanto dentro de los colaboradores dependientes incluye, a los agentes de comercio, con estas razones: "Hablaré más bien de aquellos típicos colaboradores del empresario comercial que son: los factores, los procuradores, los dependientes, los agentes de comercio".

El Código civil se ocupa de los tres primeros en un párrafo denominado De la *representación* (arts. 2203 a 2213); en cambio, de los agentes se ocupa en la reglamentación del contrato de agencia (arts. 1742 a 1753) en el libro IV (de las obligaciones) del mismo Código. La razón de esta sistematización parece ser la siguiente: factores, procuradores dependientes han sido objeto de particular consideración no como contratos (de trabajo o de mandato) sobre los que fundan sus relaciones con el empresario, sino por su mayor o menor poder de representación a ellos atribuido, poder que rara vez corresponde a los agentes, (pág. 142). Giuseppe TAMBURINO, *Manuale di Diritto Commerciale*, Ed. Stamperia Nazionale, Roma, 1962, págs. 81 a 92.

La separación material del tema en los casos de este grupo, se debe simplemente al tipo de obra, el manual, que obliga tradicionalmente a seguir el orden del Código.

*Tercer grupo:* Siguen el esquema del Código sin hacer sistematización alguna de los auxiliares y usando la terminología sólo para . auxiliares dependientes: Luigi LORDI, *Istituzioni di Diritto Commerciale*, Cedam, Padova, 1943, pág. 140 Y 55. Mario GHIRON, *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, U.T.E.T., Torino, 1950-51?, págs. 61 a 72. Giuseppe DE MAIO, *L'impresa, in particolare quella commerciale*, Ed Athenaeum, Roma, 1953, págs. 113 a 122. Mario CASANOVA, *Le imprese commerciali*, U.T.E.T., Torino, 1955, págs. 256 a 279.

*Cuarto grupo:* Adoptan una posición un tanto diversa a las anteriores: Lorenzo MOSSA, *Trattato del Nuovo Diritto Commerciale*, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1942, Tomo I, pág. 483 y ss. Considera la división entre dependientes e independientes pero da verdadero carácter de auxiliaridad a los primeros, considerando los segundos más como comerciantes en sí que con respecto a su auxiliaridad (págs. 532 a 536). Vittorio SALANDRA, *Manuale di Diritto Commerciale*, Ed. Cesare Zuffi, Bologna, 1949, págs. 50 a 69. Tullio ASCARELLI, *Corso di Diritto Commerciale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1954, sigue el esquema del Código, en general, pero dándole a la materia una impronta sistemática original: "empresas auxiliares" a propósito de la actividad del empresario (págs. 103 a 117), en especial n° 5, pág. 110), "de los auxiliares subordinados" a propósito de la "publicidad", pág 192 y ss. igual en las ediciones sucesivas.

## 2. Los auxiliares en la legislación y doctrina francesas

Sobre las razones que llevaron a la génesis del Código de Comercio francés y su sistema, en 1807, hemos dicho suficiente al revisar la legislación y doctrina italianas que, como todo el derecho occidental, fueron profundamente penetradas por aquél.

Si bien el Código de comercio francés no fue todo lo objetivo que probablemente se habría querido —como lo hemos visto ya— al menos pretendió eliminar el concepto de Derecho comercial como regulación especial de la conducta de un estrato más o menos delimitado del grupo social, y convertirse en el derecho del acto esencialmente de comercio, independientemente de la cualidad civil o mercantil del sujeto-agente. Y aquellos actos que no estructuró como contratos, los consideró a propósito de la competencia de los tribunales que, cosa asaz extraña para un sistema que quería eliminar todo vestigio de clase, fueron mantenidos en su plena independencia de los tribunales comunes. En este sentido —como en otros— más congruente fue el legislador italiano que en 1882 promulgaba un Código de comercio objetivo admirable y en 1888 eliminaba la jurisdicción comercial especial.

La actividad de los mediadores (agents de change et courtiers) es regulada a propósito de las bolsas de comercio que, conforme al artículo 71, son la reunión que tiene lugar bajo la autoridad del Rey (el texto original de 1807 decía "bajo la autoridad del gobierno"), de los comerciantes, capitanes de navío, agentes de cambio y corredores. Al siguiente título, al sétimo, se regula la actividad del comisionista en general y la del comisionista de transporte. Más adelante el artículo 632 dirá que se reputan actos de comercio la empresa de comisión y la de transporte por tierra y por agua, la empresa de agencias y la de oficinas de negocios. El artículo 634 agregará que los tribunales de comercio decidirán las acciones contra factores, dependientes y servidores del comerciante, únicamente por hechos relativos al tráfico del comerciante al que sirven.

El Código actual sigue siendo el de 1807, con reformas parciales, siendo insustanciales las que se refieren a los auxiliares, en cuanto a nuestro tema. En consecuencia, toda la doctrina posterior a 1807 ha trabajado sobre un mismo texto legal, es decir, ha laborado siempre manipulando un sistema así llamado objetivo. Y en aplicación de la tesis sostenida hasta ahora, con demostración, a través de las vicisitudes sufridas por la legislación y doctrina italianas, de la influencia que un sistema u otro tienen en la diversa sistematización de los auxiliares, esperamos tener una demostración en el desarrollo paulatino de la doctrina francesa. La legislación prácticamente no ha cambiado. Así, ¿qué deberíamos encontrar en la doctrina demostrativo del punto de vista sostenido? Deberíamos encontrar un debilitamiento, por lo menos, del sistema objetivo.

Encontrando tal debilitamiento, deberíamos encontrar una organización unitaria, una tratación unitaria, de los auxiliares. Y a esta parte de la investigación se dedicarán las próximas páginas.

Por otra parte, en una doctrina que por más de siglo y medio ha trabajado con un sistema objetivo, es de rigor la casi imposibilidad de plantear el problema de los auxiliares con una base subjetiva, del elemento interlo. Es de esperar que así resulte en la búsqueda de las próximas páginas.

Además, debería resultar demostrado, directa o indirectamente, que la falta de una buena técnica estructural en el mismo texto legislativo, imposibilita poner orden en la materia de auxiliares. Pudiendo quedar reafirmado entonces, que la sistematización unitaria de los auxiliares es mayormente posible cuanto más subjetivo sea el sistema –legislativo o doctrinario–, ya que, cuanto más subjetivo es el sistema mayor importancia se da al elemento interno, a la relación auxiliar-principal; mayor importancia se da a la “auxiliaridad” de la labor de los auxiliares. Debería quedar demostrado en adelante que, conforme el sistema –legislativo o doctrinario– se subjetiviza, se aumenta la consideración de la labor de los auxiliares, no como una actividad susceptible de regularse bajo la forma de contrato (mediación, comisión, mandato, locación de servicios) sino como una actividad que auxilia la del principal; no simplemente como actividad en el sentido de realización de actos sino como actividad de un sujeto determinado a favor de otro, sobre una base de fidelidad, buena fe, confianza, confidencialidad, etc., a la que entonces se dará gran importancia –y esto es fundamental– aunque no se regule o no se exprese en el texto de la ley.

PARDESSUS. –Entre los tratadistas más autorizados y antiguos del Derecho comercial francés posterior a la codificación, esta G.M. Pardessus.<sup>(93)</sup> Pardessus habla de locación de servicios, o de mandato, a propósito de los aprendices, obreros, dependientes, agentes o subalternos, transporte, locación de servicios por procura, comisión, intermediación, agencias de negocios. En unos casos habrá locación de servicios, en otros mandato, y en algunos ambos. Pero la agrupación –no vengamos a engaño– es un resultado natural de elementos comunes en las figuras enumeradas: todo el discurso del autor sobre locación de servicios y mandato es con el fin de establecer cuándo la actividad es acto mercantil sujeto a la competencia de los tribunales de comercio y cuando no lo es<sup>94</sup>.

(93) I. M. PARDESSUS, *Corso di Diritto Commerciale*, Traducido de la 6ª ed. francesa por Francesco Fabiani, Napoli, 1857. Mario ROTONDI, *Diritto Industriale*, Cedam, Padova, 1965, pág. 15.

(94) *Op. cit.*, Tomo I, págs. 13 a 20.

Sin embargo, la común naturaleza de fenómenos tan separados en el texto del Código como la mediación (agents de change et courtiers) de los artículos 71 y siguientes, y los factores, dependientes y demás servidores, del artículo 634, lleva a Pardessus a estudiarlos conjuntamente. No se manifiesta expresamente el elemento común, pero se manifiesta tácitamente en cuanto se llega a tratar conjuntamente las figuras que lo contienen.

Al entrar Pardessus a la explicación de los contratos, la misma naturaleza de las cosas vuelve a manifestarse, en cuanto estudia conjuntamente el mandato y la comisión. En este caso mandato comprende todas las figuras de representación comercial por cuanto el concepto clásico del mandato, conforme al Código civil, mantiene esencial a él la representación art. 1984): como mandato se estudia aquí los elementos personales prepuestos al negocio,<sup>(95)</sup> entendiéndose por prepuesto a los “agentes, los dependientes y los subalternos”<sup>(96)</sup> en sentido amplio. La comisión, naturalmente, como actividad en propio nombre, viene contrapuesta a mandato.<sup>(97)</sup> La comisión, de los artículos 91 y siguientes, resulta así conjuntamente estudiada con factores, dependientes y agentes del artículo 634, porque todas las figuras giran alrededor de problemas comunes: externamente (internamente según la nomenclatura del Profesor Mossa) mandato (en este caso esencialmente representativo); internamente la labor auxiliar al principal de todos los sujetos dichos, y como antes quedó explicada.<sup>(98)</sup>

Este análisis amplio, luminoso, que lleva luego al autor a grandes síntesis, realizado por Pardessus, desaparecerá en la doctrina posterior (salvo excepciones que revisaremos) para dar lugar a la exégesis del Código y leyes conexas.

BRAVARD VEYRIERE Y DEMANGEAT. –La exégesis la encontramos en Bravard-Veyriere y Demangeat,<sup>(99)</sup> en Thaller.<sup>(100)</sup>

(95) *Op. cit.*, Tomo I, pág. 296.

(96) *Op. cit.*, Tomo I, pag. 289.

(97) *Op. cit.*, Tomo I, pág. 298.

(98) *Op. cit.*, Tomo I, pág. 294, n. 555.

(99) BRAVARD-VEYRIERE Y DEMANGEAT, *Manuel de Droit Commercial*, Ed. Maresq Ainé, Paris, 1868.

(100) THALIJR, *Traité Elementaire de Droit Commercial*, Ed. Rousscau, Paris, 1898. Al referirse a la naturaleza jurídica de la comisión habla ya de mandato, en nombre propio o mandato sin representación (N. 921 pág. 524, N. 926, pág. 528) pero considera toda la materia de los auxiliares dependientes, por su labor, ajena al derecho comercial, en cuanto éstos no son sino subalternos y el ejercicio de actos de comercio requiere cierta “independencia” (págs. 25 a 26); quedando, sin embargo bajo la jurisdicción comercial siempre que no se trate de meras relaciones obrero patronales (N. 1981, pág. 1069).

VALABREGUE. —Absolutamente excepcional resulta la obra de Valabregue<sup>(101)</sup> que habla de los auxiliares en un apéndice a su obra, ya que el Código no le da ninguna posibilidad de hacer semejante tratación: el Código no habla de representantes de comercio (en el sentido que se le da en Francia, de agentes), ni de factores o dependientes (salvo con respecto a la competencia de los tribunales de comercio, art. 634); el Código, prácticamente, sólo habla, a propósito de corredores y comisionistas, de los respectivos contratos.

Valabregue, en cambio, trata prácticamente todas las figuras importantes de auxiliares: corredores, comisionistas, factores, dependientes, agentes, aún clasifica estos en auxiliares independientes, que ofrecen “leurs services a tous” y considerados por la ley como comerciantes y auxiliares dependientes, “liés a telle ou telle maison, ils sont dependants de leur maison et ne peuvent a la fois offrir leurs services a plusieurs”.<sup>(102)</sup> Para el autor la naturaleza jurídica de los auxiliares se concentra en la locación de servicios y el mandato.<sup>(103)</sup>

LACOUR. —En Lacour, más de un siglo después de promulgado el Código se empieza a encontrar sistematizaciones —no ya simples concentraciones— alrededor del mandato (y aún se debe considerar que la obra de Valabregue citada, de 1898 es del todo excepcional, como se vio).<sup>(104)</sup> Lacour volverá a hablar de auxiliares dependientes, con la denominación genérica de “commis”, e independientes, que considera “intermediarios”. En estos últimos coloca corredores, agentes de cambio, comisionistas y “en cierto aspecto los banqueros”. En adelante el autor tratará el tema a propósito de las particulares figuras contractuales, locación de servicios y mandato.<sup>(105)</sup> En un apéndice se referirá a la “representación comercial”, expresión que en la ciencia jurídica francesa indica los “representantes de comercio”, es decir los agentes.<sup>(106)</sup>

WAHL. —En 1922, Wahl<sup>(107)</sup> da mayor importancia al contrato de locación de servicios que al mandato, en los auxiliares que forman el personal de la empresa<sup>108</sup>. En todo caso la vía sigue siendo contractual, objetiva.

(101) VALIBRÉGUE, *Nouveau Cours de Droit Commercial*, E. d. Marchard et Billard, Paris, 1898.

(102) *Op. cit.*, pág. 211.

(103) *Op. cit.*, págs. 213 y 214.

(104) León LACOUR, *Precis de Droit Commercial*, Ed. Dalloz, Paris, 1912, pág. 423.

(105) *Op. cit.*, págs. 532 a 541.

(106) *Op. cit.*, págs 541 y 542.

(107) Albert WAHL, *Précis Théorique et Pratique de Droit Commercial*, Ed. Sirey, Paris, 1922.

(108) *Op. Cit.* pág. 414 y 542.

LYON-CAEN Y RENAULT. —La misma vía, poco más o menos, es seguida por Lyon-Caen y Renault.<sup>(109)</sup> Considerando en primer lugar los actos de comercio, los autores analizan conforme al Código —como tales, las empresas de agencias de oficinas de negocios,<sup>(110)</sup> las empresas de comisiones<sup>(111)</sup> las operaciones de corretaje,<sup>(112)</sup> luego, a propósito de los contratos, se hablará de la comisión,<sup>(113)</sup> de los agentes de cambio,<sup>(114)</sup> de los corredores.<sup>(115)</sup> Además, en un apéndice al capítulo IV,<sup>(116)</sup> de la comisión, se trata a los prepuestos (Préposés): dependientes (commis), con su significado amplio de dependiente propiamente tal, factor, etc., viajeros dependientes y representantes de comercio, con el sentido, como hemos visto, de dependiente que realice operaciones comerciales a nombre del comitente o sirva de intermediario.<sup>(117)</sup> Los problemas fundamentales tratados son los referentes al derecho social: problemas de salarios, elementos del contrato de trabajo según la figura, etc., así como la distinción entre comisión y mandato.<sup>(118)</sup> En definitiva la obra es exegética, lo que no permite una tratación de síntesis.

LACOUR Y BOUTERON. —Lacour y Bouteron<sup>(119)</sup> tratan, como los anteriores, primeramente los actos de comercio, pero dan una sistematización unitaria a los auxiliares, reflejo del sistema seguido años antes, individualmente, por Lacour: dividirán el tema en “dependientes” (commis) e “intermediarios”. Los primeros serán estudiados en cuanto al contrato de trabajo o de locación de servicios, que se produce entre patrón y obrero o trabajador,<sup>(120)</sup> los segundos en cuanto a los contratos de comisión<sup>(121)</sup> y corretaje.<sup>(122)</sup> Los autores dirán que cuando el “cómmiss” es “encargado de realizar actos jurídicos” el contrato de

(109) LYON-CAEN et RENAULT, *Manual Elémentaire de Droit Commercial*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1928 y *Traité de Droit Commercial*, mismo editorial, Paris, de 1921 a 1936, 8 vols.

(110) Manuel, *cit.*, n. 29.

(111) *Op. cit.*, N° 32.

(112) *Op. cit.*, N° 33.

(113) *Op. cit.*, N° 471 y ss.

(114) *Op. cit.*, N° 807.

(115) *Op. cit.*, N° 848.

(116) *Op. cit.*, N° 499 y ss.

(117) *Op. cit.*, N° 505.

(118) *Op. cit.*, N° 472.

(119) León LACOUR et Jacques BOUTERON, *Precis de Droit Commercial*, Ed. Dalloz, Paris, 1925, 4 vol.

(120) *Op. cit.*, N° 923, Vol. I.

(121) *Op. cit.*, N° 932 y ss., Vol. I.

(122) *Op. cit.*, N° 1641 y ss., Vol. 1.

locación de servicios “se complica” con un mandato y en este caso los “commis” serán además “préposés”, esto es prepuestos.<sup>(123)</sup> Lacour y Bouteron afirman la comisión como mandato sin representación, lo que implica aceptar la representación como un elemento natural de aquélla, es decir no esencial, al mandato, ya que se reconoce que éste puede existir sin ella, pero considera, por otra parte, la comisión como mandato “asalariado”, es decir mandato por el que un individuo se encarga, bajo salario, de realizar actos de comercio por cuenta de otro, por lo que también afirman que tanto los prepuestos (factor, por ejemplo) como los dependientes sedentarios, como los viajeros, que realizan actos de comercio por cuenta de su patrón contra salario, son comisionistas y “se confunden en una misma categoría”.<sup>(124)</sup> Como se ve, el tema sigue siendo externo, de contratos conforme al sistema objetivo del Código aunque se ve un florecer ya del subjetivismo en el hecho de ser organizada la materia unitariamente —en cierto modo— alrededor de la locación de servicios y del mandato. En la obra, el capítulo que trata tanto de los auxiliares dependientes como de los independientes (excepción hecha de corredores y agentes de cambio, según un buen criterio) se denomina “Del Mandato Comercial”.<sup>(125)</sup>

Hasta el momento la doctrina francesa se ha debatido en el problema de encontrar, dentro del objetivismo de los contratos, patrones comunes que le permitan clasificar las figuras que el texto legislativo del Código de comercio de 1807 incluía en forma desorganizada y poco clara, así como aquéllas, que, si bien no consideradas por el legislador, pertenecen a la realidad de la vida comercial. En esta labor, para los auxiliares, las categorías generales centrales son, como es lógico, los contratos de trabajo y de mandato que se dan, en algunos casos separados, en otros apareados. Se ven aflorar aquí y allá los razgos del subjetivismo, ya sea empleando el término “auxiliares” con un contenido subjetivo, ya sea acumulando figuras que sólo pueden ser acumuladas en cuanto tienen como elemento común la relación subjetiva con el principal, de la auxiliaridad a éste: el elemento interno.

RIPERT. —La brecha en el sistema objetivo la abre Ripert<sup>(126)</sup> declarando que si en éste, en muchos casos, la naturaleza de los actos depende de la calidad

(123) Como lo hemos venido viendo y ya se explicó, los términos “commis” y “préposés” tienen en francés un sentido más amplio que “commesso” y “preposito”, en italiano” donde el primero es un dependiente, distinto de un factor (institore), y el segundo un factor distinto de un “commesso” o dependiente.

(124) *Op. cit.*, Vol. I, N° 938, in fine.

(125) *Op. cit.*, Vol. I, pág. 664 y ss.

(126) Georges RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Ed. Pichon et Durand, Paris, 1951.

de comerciante de quien los realice, mientras que en el sistema subjetivo se identifica a veces al comerciante en cuanto realiza actos de naturaleza comercial, se ésta en un círculo vicioso. Para Ripert el Código francés no toma partido por ninguno de los dos sistemas afirmando como necesaria —lo afirma Ripert— la existencia del derecho comercial como un derecho profesional, de comerciantes,<sup>(127)</sup> puesto que en la realidad es un derecho de excepción. Con esa base el autor cambia totalmente el planteamiento doctrinario comercial francés. En primer lugar trata, no ya de los actos de comercio como categoría central, sino a propósito de un concepto más amplio y subjetivo: “Los Comerciantes”.

En esta parte —que es la Primera— el capítulo inicial lo ocupan “las profesiones comerciales”.

No en vano Ripert dijo en el Prefacio a la primera edición de 1947 que ante todo se debía tomar partido entre la concepción objetiva y la subjetiva<sup>(128)</sup> y no en vano es un propugnador de la empresa como dato central del derecho comercial.

Se habla, sucesivamente, de profesiones comerciales y no comerciales. Entre las primeras están las “auxiliares e intermediarias”, entre las segundas se clasifican los empleados y los representantes. Como intermediarios se habla de los agentes, comisionistas y corredores; como empleados y representantes, de obreros, empleados, dependientes, agentes, gerentes, representantes y directores. “La diferente denominación —dice Ripert— responde a una diferencia de situación social más que de situación jurídica”.<sup>(129)</sup>

Al capítulo cuarto de la Parte Primera hablará Ripert de la a empresa comercial<sup>(130)</sup> —concepto que, como vimos en la sección italiana, le merece las más elogiasas palabras— tratando “el personal de la empresa” en los números trescientos cincuenta y uno a trescientos cincuenta y siete. Aquí entra en función el contrato de trabajo como base de empleados, agentes y representantes, viajeros y sedentarios. Mandato, comisión y corretaje serán de nuevo revisados entre los contratos, incluyendo ahí figuras como la del agente.<sup>(131)</sup>

En general la nueva impostación permite ver a los auxiliares si no sistematizados alrededor de sus elementos internos, al menos agrupados, reconociendo en ello un principio de la importancia de la auxiliaridad, como elemento subjetivo, sobre los aspectos contractuales.

(127) *Op. cit.*, N° 8 y 9.

(128) *Op. cit.*, Prefacio a la 1ª edición, pág. VI.

(129) *Op. cit.*, N° 177.

(130) *Op. cit.*, N° 177.

(131) *Op. cit.*, N° 340 y ss.

ESCARRA. – En su “Curso”<sup>(132)</sup> Escarra hablará de actos de comercio objetivos y actos de comercio subjetivos: es decir, no ya como en los autores anteriores que hablaban de actos de comercio objetivos, absolutos y accesorios. La doctrina anterior habló prácticamente siempre de actos de comercio absolutos y accesorios entendiendo los primeros como aquellos que dan a quien los realice el carácter de comerciante, y los segundos como aquellos que devienen actos de comercio en cuanto quien los realiza es comerciante; siendo civiles por naturaleza.<sup>(133)</sup> Los autores que no usaron exactamente este esquema giraron siempre en torno a él. Pero ninguno, dentro del sistema francés hasta Escarra habló antes de “actos de comercio subjetivos” para referirse a los accesorios, es decir, a aquéllos que son comerciales en cuanto realizados por un comerciante con motivo de su actividad comercial.<sup>(134)</sup> Se puede bien decir que en este aspecto al menos, el sistema objetivo empieza a subjetivizarse en Escarra: La Parte Primera no es dedicada a los actos de comercio –como por otra parte en el sistema clásico– y estos no ocupan sino un segundo rango. La Primera Parte es dedicada “a los comerciantes y la empresa comercial”, formando los actos de comercio, una subdivisión de aquélla. Indicativo cambio de orientación. Una vez más el elemento subjetivo natural surge, inclusive, como en este caso, en el sistema objetivo por antonomasia (al menos en cuanto así lo pretendió el legislador y así lo quiso luego la doctrina) pues en el fondo el sistema no alcanzó esa meta, como ya lo hemos visto.<sup>(135)</sup>

(132) Jean ESCARRA, *Cours de Droit Commercial*, Nouvelle Edition, Ed. Sirey Paris, 1952.

(133) Ver por ej., LYON-CAEN et RENAULT cits., pág. 55 y ss. del *Manuel...*

(134) ESCARRA, *op. cit.*, pág. 83; RIPERT, *op. cit.*, pág. 141, ya había notado como los actos llamados accesorios –frente a otros que entonces deberían ser principales– más principales que los principales (Nº 282), razón por la que él empezaba a tratarlos precisamente por los llamados actos de comercio accesorios (Nº 283). Pero Ripert solamente invierte el orden en que se presentaban clásicamente los actos de comercio. No llega aún Ripert a una decidida subjetivización.

(135) ESCARRA, *op. cit.*, Nº 79: “La doctrina clásica, influida por el espíritu del Código de comercio, insistía grandemente en la noción de acto de comercio, que el Código pone en primer plano. No presentaba al comerciante sino como un individuo sujeto a algunas obligaciones profesionales particulares por hecho de su misma cualidad, adquirida por el sólo ejercicio de actos de comercio. La noción de fondo de comercio, de reciente formación, ha venido a ampliar estos alcances.

Es necesario hoy orientarse hacia horizontes más amplios. Desde que un comerciante tiene una actividad profesional que lo eleva por encima del vendedor callejero o del pequeño comerciante (boutiquier), es la noción de empresa la que aparece. Ella incluye los datos anteriores y los completa con otros.

Escarra penetra en el tema de la concepción objetiva del Derecho comercial y en la subjetiva<sup>(136)</sup> para luego afirmar que la enumeración de los actos de comercio del Código no es limitativa, lo que, por otra parte, ha sido reconocido por la jurisprudencia.<sup>(137)</sup> Esto quiere decir que puede haber “comercialidad” más allá de la enumeración legislativa. Examina, entonces, el autor, con qué criterio se puede jurídicamente establecer la comercialidad, desde que no coincide con el criterio económico,<sup>(138)</sup> examinando las teorías de la especulación y la circulación y luego la de la empresa, que encuentra más ventajosa.<sup>(139)</sup>

En definitiva, con la aceptación del criterio de empresa para la determinación de la materia comercial, el autor se coloca a gran distancia del sistema objetivo que ya había debilitado al reconocer, en el Código de 1807, actos de comercio subjetivos.

En una subjetivización de los criterios, los auxiliares encontraran, en la parte primera dicha, “de la empresa y los comerciantes” un lugar en que sistemáticamente serán tratados: capítulo segundo, “los comerciantes”, bajo el epígrafe 3: “los auxiliares del comerciante”.<sup>(140)</sup> Será el lugar de los auxiliares

La empresa comercial, aún la simplemente individual, es una institución importante, a la vez del derecho privado y del derecho público. Presupone el ejercicio habitual de actos de comercio y por ello, la cualidad de comerciante. Incluye el fondo de comercio, instrumento de trabajo del comerciante. Pero el fondo es, en sí, un conjunto de valores, bienes y derechos, reunidos por la voluntad del jefe de la empresa y puestos en funcionamiento por su propia acción y también –cuando la empresa adquiere una cierta importancia– con el consenso y aún bajo el control de un personal al que la ley reconoce particulares derechos. En fin, toda esta actividad está encerrada en el cuadro de reglas de orden público cada vez más rígidas.

El desenvolvimiento de la economía dirigida, lo mismo si el futuro reserva posibilidades de un marcado regreso al liberalismo económico, no puede sino reforzar la noción de empresa comercial a expensas de estrechas nociones de acto de comercio y de comerciante. Esta evolución es sensible en las más recientes legislaciones extranjeras, como la de los Países Bajos, desde 1934, y de Italia, desde 1942.

Las observaciones precedentes justifican el título de esta Primera Parte y el espíritu con que ha sido tratada”.

La Primera Parte, que empieza con el número que acabamos de transcribir, se denomina, como se ha dicho: “Los comerciantes y la empresa comercial”.

(136) *Op. cit.*, Nº 80-81-82.

(137) *Op. cit.*, Nº 87, in fine.

(138) *Op. cit.*, Nº 88.

(139) *Op. cit.*, Nº 91 y 92.

(140) *Op. cit.*, Nº 177 y ss.

“asalariados” y de los “intermediarios independientes”. Seguimos lejos de los sistemas legislativos subjetivos y siempre el tema será el de contratos de locación de servicios y mandato, pero, como nos proponíamos al inicio de esta parte, se ha demostrado que a todo debilitamiento del objetivismo corresponde un fortalecimiento de la materia de auxiliares, en cuanto se les empieza a dar esta denominación, haciendo énfasis en ella, y se les agrupa como materia unitaria de estudio. Auxiliares, asalariados serán, a la par de los empleados y obreros, los dependientes (commis) con el sentido amplio que hemos visto, y auxiliares independientes serán los corredores, los comisionistas, los agentes, con una impostación alrededor del mandato.<sup>(141)</sup> En los contratos Escarra tratará los de comisión y corretaje, juntos,<sup>(142)</sup> como especies del mandato, considerando con el artículo 29 de un reglamento sobre la materia (ver nota 141), el corretaje como un mandato doble, noción ya criticada en la primera parte de este estudio, en el derecho italiano.

La reacción a las debilidades de Ripert y Escarra se hará sentir en la obra de Joseph Hamel y Gastón Lagarde,<sup>(143)</sup> que en este sentido representarán el papel que Alfredo Rocco representó en la doctrina italiana. La obra es un regreso al objetivismo casi clásico de la época del Código. El capítulo cuarto se intitula “Bases racionales del Derecho comercial”: esas bases racionales son los actos de comercio: por naturaleza, por ley y relativos todos objetivamente contemplados. Se trata de los “representantes de comercio” a propósito de la proyección al exterior de la empresa y dentro de la Parte Primera. “Las personas del Derecho comercial”, pero siguiendo una vía de antemano marcada por el acto de comercio como base racional del Derecho comercial. Así, los auxiliares serán de nuevo un problema objetivo —contractual y vendrán considerados, exclusivamente a propósito de la “representación en la formación de las obligaciones comerciales” y como fenómenos contractuales.

### 3. Los auxiliares en la legislación y doctrina española

Antes del Código de Comercio de 1829 España tuvo siempre un derecho indiferenciado. Al menos así fue con respecto al derecho privado. El Código de

(141) Un reglamento de 5 de nov. de 1946, art. 29, consideraba al corredor como un mandatario doble, noción que ya vimos a propósito del derecho italiano y a la que hicimos la crítica correspondiente. Este reglamento fue derogado por el Consejo de Estado, D. 1948, 410, 30 de abril de 1948.

(142) *Op. cit.*, N° 1062 y ss.

(143) HAMEL et LAGARDE, *Traité de Droit Commercial*, Dalloz, Paris, 1954, Tomo I, Cap. IV de la Introducción.

comercio de 1829 es la primera legislación comercial independiente española y obedeció al movimiento codificador universal abierto por Francia después de la Revolución. La influencia francesa se hizo sentir, naturalmente.<sup>(144)</sup> Sin embargo un mayor rigor sistemático objetivo no fue obtenido sino con el Código posterior, de 1885, aunque siempre “muy tímidamente”.<sup>(145)</sup> El Código posterior, de 1829 se orientaba, preferentemente, al sistema subjetivo.<sup>(146)</sup> Así, todo lo relativo a auxiliares (comisionistas factores y dependientes) se regulaba en el libro 1°, “considerando estas funciones como oficios auxiliares del comercio. Con un criterio muy superior, sin duda, lo coloca el nuevo Código en el libro II (de los contratos), porque, en realidad la comisión mercantil es un verdadero contrato bilateral...”<sup>(147)</sup>

La exposición de motivos a las Cortes explícitamente manifiesta este cambio de ubicación por el cambio de sistema. Creemos conveniente transcribir el texto por la claridad que encierra: “Bajo este epígrafe (De la comisión mercantil)” aparecen agrupadas en el proyecto las disposiciones del Código vigente que tratan de los comisionistas y de los factores; lo cual es algo más que una alteración en el método, pues revela el distinto concepto que de ambas materias tienen formado el Código vigente y el proyecto que ahora se somete a la deliberación de las Cortes, y que es consecuencia forzosa de la diversa manera de considerar el Derecho mercantil. De aquí procede que, atribuyendo el Código a este derecho el carácter de personal o propio de una clase de ciudadanos, sólo atiende a fijar los derechos y obligaciones de las personas que intervienen en el comercio, ya como principales, ya como auxiliares, sin elevarse a la naturaleza jurídica de los actos y contratos que las mismas celebran, que es precisamente de lo que se preocupa en primer término el proyecto; el cual, partiendo desde un punto completamente opuesto, entiende que este Derecho tiene por objeto primordial regir y ordenar los actos y operaciones comerciales, fijando y determinando ante todo su respectiva naturaleza jurídica.

“Obedeciendo a estos principios, desaparece la calificación de oficios auxiliares, bajo la cual comprende el Código vigente, entre otros, a los comisio-

(144) *Introducción al Código de Comercio español* de Vicente ROMERO GIRON, Ed. Gongora, Madrid, 1901, pág. 14.

(145) *Op. cit.*, pág. 21.

(146) *Op. cit.*, pág. 24: “El Código de 1829, en su espíritu, quizá también en su letra, daba preferencia al sistema personal sobre el material (subjetivo y objetivo, que suelen decir los alemanes cuando tratan esta materia), por tal modo, que la relación jurídica varía más en consideración al estado personal (la profesión) que al acto o actos objeto de la misma”.

(147) *Op. cit.*, nota 4, págs. 207 y 208.



nistas, factores y dependientes de comercio, de cuyas funciones se ocupa el proyecto, como si constituyeran una forma especial del contrato de mandato, que es el elemento jurídico que predomina en los mismos".<sup>(148)</sup>

El Código del 1885, conforme lo considera la doctrina, no fue decididamente objetivo (inclusive salvó el escollo del acto de comercio no dando su clasificación o enumeración y dando una definición que ha sido considerada vaga.<sup>(149)</sup>

Sobre la base de un Código de tendencia objetiva, se levanta la doctrina, que pasamos a ver, en los autores más recientes.

En Vicente y Gella<sup>(150)</sup> los auxiliares reciben tratación doble: la contractual (comisión y mandato) y la personal o profesional (representación). A pesar de la objetividad del sistema, no escapa el autor a la necesidad de considerar el aspecto interno de la relación personal entre principal y auxiliar, lo cual indica una debilidad —como hemos visto tantas— del sistema objetivo. El Código de comercio español, según vimos antes, eliminó totalmente, en materia de auxiliares, toda consideración subjetiva, enviando su estudio al capítulo de los contrarios (comisión y mandato). Medio siglo después la doctrina habla siempre de auxiliares y contempla sus aspectos subjetivos independientemente de los contractuales. Es el elemento humano, natural que surge por doquier, el elemento esencial de toda relación jurídica: el sujeto. El título segundo de la obra citada se denomina "El comerciante y sus auxiliares": la intención de los redactores y del legislador ha quedado atrás; consciente o inconscientemente se impone el subjetivismo.

Esta doble tratación desaparece en el "Derecho Mercantil" de Avilés y Pou.<sup>(151)</sup> Como contrato se estudia ahora solamente la comisión; no se estudia el mandato y sus formas: factor, dependiente y mancebo. Estos vienen considerados fuera de la parte de los contratos con carácter de auxiliares, aceptando los autores la posición de la doctrina que no considera auxiliares aquellas figuras comunemente denominadas independientes,<sup>(152)</sup> como comisionistas y mediadores.<sup>(153)</sup>

(148) *Op. cit.*, págs. 207 y 208.

(149) *Code de Commerce Espagnol*, anotado por Henri PRUDHOME, Ed. Edouard Lauriel, Paris, 1891, pág. XXVI. Introd.: Derecho mercantil, Gabriel AVILÉS y José Ma. POU, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, pág. 32.

(150) *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, Augustín VICENTE y GELLA, Ed. La Academia, Zaragoza, 1960.

(151) *Op. cit.*, págs. 289 y 553.

(152) El profesor Garrigues dice ser contradictorios los términos "auxiliar" e "Independiente".

(153) Avilés POU, *op. cit.*, pág. 289.

En Vicente y Gella las únicas figuras de auxiliares tratadas —desde el punto de vista personal, subjetivo, eran aquellas que, ejerciendo representación, podían considerarse como el personal de la empresa. Ningún papel jugaban en este caso los auxiliares independientes. En la obra citada de Avilés y Pou, se hace referencia a una posible consideración de comisionista y mediador como auxiliares independientes pero únicamente para adherirse a la corriente doctrinaria que rechaza tal categoría de auxiliares. Ahora, en la obra de Uría<sup>(154)</sup> como contrato se considera de los auxiliares, solamente la comisión. Es a propósito de la empresa (elemento subjetivo) y el empresario, que en el personal colaborador de éste, se enuncia la materia de auxiliares. Aquí se vuelve a hablar como en los tiempos de Espejo y otros viejos tratadistas de auxiliares subordinados y autónomos. A despecho del texto del Código, que no regula la auxiliardad y que prefiere hablar de contratos de comisión y mandato, y a despecho del redactor del Código y del legislador, la doctrina vuelve a hablar de auxiliares dependientes e independientes, o subordinados y autónomos.<sup>(155)</sup> Y es que el autor ha retornado al subjetivismo del derecho comercial, al menos como base orgánica doctrinaria: "Por esta razón, al investigar ahora el concepto del Derecho Mercantil, debemos volver a la concepción subjetivista o profesional, que cuenta en su apoyo con una tradición secular... Por eso, la actual dirección subjetivista o profesional del Derecho Mercantil, que es, a nuestro juicio, la más certera y adecuada a los supuestos concretos de la realidad actual". ...<sup>(156)</sup>

Garrigues<sup>(157)</sup> haciendo del "criterio de la Jerarquía" (esto es permanencia en el negocio y subordinación) un elemento necesario al concepto de auxiliar, elimina los llamados auxiliares independientes, de la categoría de auxiliares. En todo caso, sucede con la exposición del Prof. Garrigues otro tanto que con la de Vicente y Gella: no pudiendo negarse la importancia del elemento subjetivo (que el propio Garrigues califica como "deber de mutuo respeto, de consideración personal") se duplica el estudio de la materia: el aspecto personal, de auxiliardad, mutuo respeto y consideración subjetiva o personal, por un lado; y por otro el obligacional.<sup>(158)</sup>

No se debe perder de vista este capítulo del derecho español por cuanto la mayoría de las legislaciones hispano-americanas sufrieron su influjo, sea a través del Código de 1829, sea a través del Código de 1885. Y el Código de

(154) Rodrigo URÍA, *Derecho Mercantil*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1964.

(155) URÍA, *Op. cit.*, pág. 43.

(156) URÍA, *Op. cit.*, pág. 6.

(157) Joaquín GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1948, pág. 547.

(158) *Op. cit.*, pág. 546.

comercio español, de 1829 prácticamente estuvo vigente en Costa Rica hasta el año de 1964, cierto, como el vestido de un pordiosero: lleno de parches, pero vigente.

El Código de Comercio de Costa Rica de 1853, en líneas generales, fue un Código subjetivista, como se ve de su artículo 1º: “Se reputan en derecho comerciantes, los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se han inscrito en la matrícula de comerciantes, y tienen por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundando en él su estado político”. Los problemas creados por esta norma tan complicada hicieron posible el artículo 2º de la “Ley de Quiebras”:<sup>(159)</sup> que pretendió dejar claro quién era comerciante, para todos los efectos y, principalmente, a fin de saber a quien se aplicaba dicha ley: “Por comerciante se tendrá a quienquiera que habitual y ordinariamente ejerza el comercio, aún cuando no estuviere matriculado.

“Queda así aclarado el artículo 1º del Código de Comercio”. Pero, en el fondo, nada quedó aclarado, enter otras cosas porque no se sabe qué suerte deba correr la partícula última del artículo 1º del Código de Comercio.

En todo caso, el Código de 1853 tendía al subjetivismo y de ahí que incluyera en el libro primero, “de los comerciantes y agentes del comercio” los “oficios auxiliares del comercio, y sus obligaciones respectiva”. Estos oficios, según el artículo 62 del Código los eran de comisionistas, factores, dependientes y conductores. Los mediadores del Código español del 29 no se incluyeron porque consideró la comisión que preparó el proyecto, ser innecesaria esa institución, al menos por muchos años en vista de la incipiente economía del país.

El sistema subjetivo del Código de comercio de 1853 de Costa Rica explica —no muy claramente— la incongruencia del Código de comercio de 1964 que, siendo como parece deducirse del artículo 1º, 5º inciso a) y 6º, un Código de tendencia objetiva, incluya un amplísimo y prolífero título de auxiliares de comercio, en el libro primero, del comerciante, en que se cuentan, en caldero común, comisionistas, corredores, jurados, factores, portadores, agentes viajeros, representantes de casas extranjeras, contabilistas, dependientes y agentes corredores de aduanas. En los contratos nada se dice de esta figura. En todo caso, sólo así se puede explicar tal incongruencia y algunas otras.<sup>(160)</sup>

(159) Ley N° 15, de octubre de 1901.

(160) A un fenómeno diverso obedece la importancia enorme que el concepto económico de empresa ha adquirido en nuestro Derecho mercantil. Por otra parte, bien visto el artículo 5º inciso a) del Código de comercio, en cuanto hace del ejercicio habitual de actos de comercio un elemento esencial a la existencia de la figura del comerciante, se puede afirmar que, más que del comerciante, el artículo habla del empresario, en cuanto la habitualidad o profesionalidad implican el desarrollo de una actividad organizada.

#### 4.

### Los auxiliares en la legislación y doctrina alemanas

El Código de comercio alemán vigente es de tendencia subjetiva en oposición a su anterior de 1861, que seguía el sistema objetivo.

En consecuencia, la materia de auxiliares, salvo la comisión, se encuentra regulada en el libro primero y no en el de los “actos de comercio”. Y aún la comisión es estudiada desde un punto de vista subjetivo (negocio de los comisionistas),<sup>(161)</sup> conforme al art. 1º, inciso 6º (nota anterior) y regulada tomando en cuenta como base al sujeto-agente.

Son así considerados desde un punto de vista subjetivo, la procura, de amplios límites fijados por la ley, el mandato comercial (art. 54), el mandato con representación (art. 55; comprendería los casos de personal dependiente con representación); el agente (según la denominación italiana, o representante de comercio, según la francesa; *handlungsagentne*) que forma parte de auxiliares independientes o *Selbständige hilfpersonen*; los corredores o *handelsmähler*.

Toda esta materia Heinsheimer<sup>(162)</sup> la agrupa (excepto la comisión) en el capítulo del “personal y auxiliares del comerciante”, estudiándola primero como “procura y mandato mercantil” (*Prokura und Handlungsvollmacht*) el problema de la representación mercantil;<sup>(163)</sup> luego como auxiliares del comerciante (*Handlungsgehilfen*), refiriéndose aquéllos que desarrollan actividad contra salario;<sup>(164)</sup> y pasando luego a los auxiliares independientes (*Salbständige hilfpersonen*),<sup>(165)</sup> sean los agentes,<sup>(166)</sup> y los corredores.<sup>(167)</sup> Más adelante en la Sección Tercera tratará los negocios mercantiles y en su capítulo tercero serán considerados los “negocios de las empresas auxiliares”,<sup>(168)</sup> entre ellos los de comisión (*Kommissionsgeschäft*), afirmando el autor que estos negocios son considerados desde un punto de vista subjetivo, en el Código.<sup>(169)</sup>

Así pues, el sistema subjetivo alemán vuelve a agrupar los auxiliares fuera de los contratos y doctrinariamente surge la idea de que, aún una figura auxiliar (la comisión) estudiada en la parte de los contratos comerciales, lo es bajo una forma totalmente subjetiva, puesto que el texto mismo de la ley regula no el acto sino la actividad del sujeto: comisionistas.

(161) *Derecho Mercantil*, Karl HEINSHEIMER, Ed. Labor, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1933, págs. 235, 236.

(162) *Op. cit.*, pág. 69 y ss.

(163) *Op. cit.*, págs. 69 a 71.

(164) *Op. cit.*, págs. 76 a 78.

(165) *Op. cit.*, págs. 76 a 78.

(166) *Op. cit.*, pág. 86 y ss.

(167) *Op. cit.*, págs. 86 a 89.

(168) *Op. cit.*, págs. 89 a 92.

(169) *Op. cit.*, pág. 235.