

INSTITOR O FACTOR COMO "ALTER NOS"  
ECONOMICO DEL EMPRESARIO

(Nuevas consideraciones sobre la subordinación laboral)

*Dr. Fernando Mora.*

10 ABR. 1980

[Se ha dicho, en otra ocasión, <sup>(1)</sup> que un aumento de la actividad empresarial en escala cuantitativa, genera un uso proporcionalmente mayor de la labor de sujetos que vienen a colaborar con la empresa; y que otro tanto sucede cuando el empresario intenta un similar aumento en la escala cualitativa de los servicios que presta o de los bienes que produce, con su empresa. Normalmente, al menos, es así.

A su vez, esa colaboración oscila entre grados mínimos, en que los poderes directivos en el colaborador no existen, ni tampoco los de gestión, limitándose aquél a una mera intervención mecánica en el ámbito contractual del principal, hasta grados máximos, en que la amplitud del apoderamiento es tal que la figura del principal se diluye prácticamente, operándose una sustitución tan amplia de su voluntad que se duda inclusive de la posición subordinada del colaborador y se tiende —como veremos— a hacer de él una figura de trabajador autónomo. <sup>(2)</sup>

El apoderamiento máximo a su vez, ocupa grados diversos en las distintas legislaciones. (2 bis) Desde el "Prokurist" del derecho comercial alemán, cuyos poderes, normalmente, no pueden ser limitados ni por una expresa declaración del principal (art. 50 HGB), pasando por el factor del Código de Comercio de Honduras en el que, el solo nombramiento lo faculta para realizar todas las operaciones concernientes al objeto de la empresa o del establecimiento que el factor dirija, las que se reputarán ejecutadas en nombre y por cuenta del principal aún cuando el factor no lo haya expresado así al celebrarlas, haya transgredido instrucciones o cometido abuso de confianza, siempre que tales contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico de la empresa o del establecimiento, o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su principal, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos, no produciendo efecto contra tercero a quien no se demuestre

- (1) Fernando Mora, "Consideraciones en tema de estructuración de la materia de auxiliares del comerciante", en curso de publicación en *Scritti in onore di Salvatore Puqliatti*, Messina, Italia.
- (2) C. Vivante, "Trattato di Diritto Commerciale", Ed. Vallardi, Milano, 1929, I, 287 y ss. (2 bis). Ver arts. 14 y 19 Ley Soc. Com. 1966, Francia y Jean Paillusseau "La Societé Anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise". Sirey, Paris, 1967, p. 147). (2 bis).

que las conocía, las limitaciones a tales facultades, (art. 356) hasta el institor del Código Civil italiano, que puede realizar todos los actos pertinentes al ejercicio de la empresa a la que ha sido prepuesto, salvo las limitaciones contenidas en la procura (art. 2204). Desde el punto de vista jurídico, hay un parentesco directo entre factor e institor, no así de éstos con el "prokurist"; pero económicamente las tres figuras responden a idénticas necesidades del ejercicio de la actividad empresarial.

La amplitud de facultades acordadas al Prokurist permitía a Thöl considerarlo como el "alter nos" (3) del empresario y esta expresión (variada al singular "alter ego") ha sido recogida por la doctrina mercantil y aplicada al institor o factor. Sin embargo, no se debe perder de vista que el institor o factor resulta el alter ego del empresario pero no con el mismo amplio sentido que los poderes ilimitables del Prokurist le dan a la expresión en el derecho alemán, y el apelativo ha de emplearse teniendo siempre en mente esa reserva. (3a). El sistema normativo por una parte y las limitaciones impuestas por el empresario, por otra, indicarán en cada caso, el contenido que tenga la expresión alter ego. Dentro de tales márgenes el institor o factor puede actuar ampliamente, (4) sin que se entienda esta amplitud como carente de todo otro límite prescrito por la ley o pactado — y aún sobreentendido — previamente, como paso a demostrar enseguida.

En efecto, el factor es prepuesto al ejercicio de una empresa y este ejercicio, por así decirlo, automáticamente implica la realización de una actividad organizada, económico-jurídica, orientada en el sentido de la consecución del objeto empresarial. El institor o factor está, prácticamente, encerrado en un triángulo cuyos lados son la norma jurídica, el contenido de la procura y el objeto de la empresa. De lo que se deduce que la actividad del institor o factor (en cuanto tal y como proyección externa de la empresa, puesto que internamente realizará otras diversas tareas pertinentes a la relación obrero-patronal, está encuadrada en el ámbito económico-jurídico inherente al objeto de la empresa a que ha sido prepuesto, y consiste — dicha labor — en la intervención en el amplio campo de los negocios jurídicos necesarios para la realización de aquél.

El institor o factor sustituye, como sujeto formal de la negociación, al sujeto material o sujeto del verdadero interés económico, o empresario, pero en un grado tal que difícilmente se habrá cono-

cido antes y que, en realidad, lo convierte en un representante del interés económico, en su totalidad, que el empresario tiene depositado en la empresa (o porción de ella confiada al institor). Toda la actividad del institor o factor debe tender, en la empresa, a la consecución del objeto de aquélla y su labor es siempre intervención en negocio ajeno, jurídica o económica y se encuentra prácticamente aprisionado por el objeto empresarial, puesto que no debe, por su cuenta, actuar en concurrencia con el objeto de la empresa que representa. (5)

La prohibición de concurrencia con su principal, por otra parte, demuestra como las limitaciones contenidas en la procura encuadran la actividad del institor en un momento determinado, en un espacio de tiempo definido es cierto, pero que no implica que una ampliación o una mayor restricción de aquélla no sean posibles. El institor, dentro del objeto empresarial, teóricamente puede actuar ilimitadamente: éste es el principio básico a que los terceros pueden estarse si por algún medio no les consta — o no se les ha hecho constar — cosa distinta. Las particulares, y potencialmente temporales, limitaciones no borran la también potencial posibilidad de actuaciones más amplias. El institor o factor con los poderes más amplios posibles conforme al objeto de la empresa, es el estado natural; las limitaciones son la excepción. Por ello la prohibición de concurrencia impuesta al colaborador frente a su principal, no puede entenderse limitada únicamente a aquellos aspectos de la actividad empresarial que el factor o institor está autorizado a realizar, o en los cuales interviene, sino que comprende todos los relacionados con cualesquiera partes del objeto de la empresa, o porción de ésta, a que ha sido prepuesto. Lo que, desde el punto de vista de la relación principal-factor, es perfectamente congruente porque, por limitadas que sean las facultades de éste, el mínimo para que exista la figura de factor o institor permite a quien la desempeñe conocer detalles de mercado y otros cuyo uso o beneficio pertenece a la empresa que los ha llegado a poseer bajo su propio riesgo. Las legislaciones, tradicionalmente, han prohibido al factor o institor realizar por propia cuenta o por cuenta de los concurrentes de su principal, negocios del mismo género de los que hiciera a nombre de éste, disposición que, literalmente interpretada permitiría al colaborador concurrir con su principal en aquellos ramos empresariales de éste que no le han sido confiados o que, expresamente, le han sido prohibidos, situación realmente peligrosa para la empresa. Por ello la doctrina ha entendido la prohibición de concurrencia como nosotros la vemos y no con el sentido literal de la ley. Vivante aplica el artículo 372 del C. de c. italiano de 1882 cuando el institor "ejerciendo el comercio del principal, lo amenaza con una peligrosa concurrencia" (7) fórmula bastante más amplia que la usada por el legislador;

(5) En este sentido ver estudio citado en la nota 1.

(6) Artículo 312 C. de c. de México, art. 365 C. de c. de Honduras, art. 288 C. de c. de España, art. 317 C. de c. de Costa Rica.

(7) Vivante, op. cit. t. 1º Nº 274, pág. 296.

(3) Lorenzo Mossa, "Trattato del Nuovo Diritto Commerciale", Soc. Ed. Libreria Milano, 1942, t. 1º, nº 604, nota 47.

(3a) Umberto Belviso, "L'institore", Vol. I, Ed. Jovene, Napoli, 1966, nota 174 cita en tal sentido a Gierke, "Handelsrecht und Schiffartsrecht", Berlín, 1968, pág. 130: "giustamente si è (Thöl) definito il Prokurist come alter ego o sostituto del commerciante. Chi entra in rapporto con un Prokurist può essere tranquillo, come se avesse di fronte a sé lo stesso commerciante".

(4) Más adelante veremos cómo, aun en el caso de que el institor o factor se extralimite, bajo ciertos supuestos, su preponente deberá hacer frente a los contratos y consecuencias surgidos de tal extralimitación.

Uría afirma que el factor está obligado a no hacer concurrencia al principal realizando por cuenta propia operaciones del mismo género de los que constituyan "el giro o tráfico del establecimiento",<sup>(8)</sup> fórmula también más amplia que la que usa el Código de comercio español, artículo 288 que, literalmente entendido, limita la prohibición a negociaciones del mismo género "de las que el factor realiza" a nombre de su principal. Más apropiada ha sido la fórmula del legislador venezolano: se prohíbe a los factores y dependientes traficar por su cuenta y tomar interés en nombre propio o ajeno, en negociaciones del mismo género que las del establecimiento en que sirven (art. 98 del C. de c.).

El factor o institor —se desprende de la amplitud natural de su apoderamiento y del corolario de éste, sea la amplitud de la prohibición de concurrencia, también— es el "alter nos" no sólo jurídico del empresario, sino también el "alter nos" económico de aquél; toda actividad dirigida en el mismo sentido económico del objeto empresarial pertenece a la empresa, a la que el factor se ha comprometido a dar no una prestación mensurable en horas de trabajo sino su capacidad específica para los negocios propios de la empresa que lo emplea, la que a su vez le pone en sus manos elementos de juicio e instrumentos de trabajo aptos para alcanzar el fin señalado a aquélla por el empresario. En consecuencia, mientras esté jurídicamente vinculado a la empresa el factor o institor es el "alter nos" tanto jurídico cuanto económico del empresario con sus funciones señaladas por la ley, el convenio interno y el objeto de la empresa, de donde se derivan consideraciones importantes de la doctrina del institor, algunas de las cuales desarrollaremos, aunque sólo sea en sus aspectos más generales, en este estudio.

#### *Actuación del factor o institor a nombre propio y por cuenta del principal.*

El institor o factor debe actuar "contemplatione domini". En tal caso, expresando que actúa a nombre ajeno y habiendo la procura, la representación que ejerce se realiza plenamente. Sin embargo, por razones en las que la doctrina ha abundado, protectoras de los terceros, las legislaciones suelen establecer que, aún en el caso de que el institor o factor actúe a nombre propio pero por cuenta del principal (o en actos pertenecientes y necesarios al ejercicio del comercio a que ha sido prepuesto),<sup>(9)</sup> responde éste, así como el factor.

(8) Rodrigo Uría, "Derecho Mercantil", 4ª ed., Madrid, 1964, N° 33.

(9) En estos términos habla el Código de Comercio italiano de 1882 y en explicación de motivos se asimila esa expresión a "actuar por cuenta del preponente": Matteo Gald, "Il Codice di Commercio del Regno D'Italia", Vol. I, Ed. Gabriele Regina, Napoli, 1883, pág. 971.

Que en tal coyuntura, el factor responda, no plantea problema puesto que es él el sujeto que se ha presentado frente al tercero, actuando a su propio nombre: jurídicamente es el sujeto vinculado. El problema lo plantea la ley cuando hace también responsable frente al tercero —a quien aquélla trata de proteger— al proponente que, jurídicamente, no ha sido vinculado por cuanto el factor no actuó "contemplatione domini". Con qué base la ley extiende la responsabilidad a quien jurídicamente no ha sido vinculado en la particular relación? Por qué se extiende la responsabilidad a quien no ha participado ni personalmente ni representado, en el negocio?

A tal interrogante la doctrina ha respondido diversamente. La explicación de motivos Mancini al C. de c. italiano de 1882<sup>(10)</sup> considera que el preponente responde por cuanto el negocio ha sido concluido por su cuenta, fundamentación insuficiente del fenómeno, puesto que nos llevaría a pensar por qué no sucede otro tanto con la comisión. Navarrini, siempre comentando el Código de Comercio italiano de 1882, artículo 371<sup>(11)</sup> considera dos casos, uno cuando el institor contrata verbalmente, el otro cuando lo hace por escrito; en el primer caso, dice el autor, valen los principios generales, esto es, la "contemplatio domine" puede ser expresa o tácita y en este último caso, cuando "ex facti circumstantiis" se pueda con seguridad argumentar que se ha obtenido el mismo efecto; en el segundo caso, no basta una expresa o tácita declaración de la "contemplatio domine", sino que es necesario que el institor, por escrito, acompañe su firma con la cláusula "por procura" u otra equivalente; en caso contrario el tercero tiene acción contra preponente y prepuesto; y si llegase a faltar aún la contemplatio domine, no podría el tercero accionar contra el preponente, sino sólo contra el institor.<sup>(12)</sup> Como comenta Rocco,<sup>(13)</sup> esta interpretación de Navarrini quita a la disposición del artículo 371 todo contenido práctico. Efectivamente, la doble responsabilidad se reduce al caso de actuación por escrito sin manifestación también por escrito del actuar "por procura". Pero ninguno de los dos autores —Navarrini y Rocco— explica el fundamento de la doble responsabilidad. Rocco se limita a decir que en este caso la ley ha derogado el principio del artículo 1127 del Código Civil por el que se presume que cada quien contrata para sí, o para sus herederos o causahabientes, estableciendo la *presunción*

(10) Ibidem.

(11) Artículo 371: "l'institore deve sempre trattare a nome del proponente nella sua sottoscrizione deve indicare, oltre il proprio nome e cognome, anche il nome e cognome, o la ditta, del preponente colla clausola "per procura" o altra equivalente. "In mancanza di tale dichiarazione, l'institore assume obbligazione personale, ma i terzi possono esercitare anche contro il preponente le azioni che derivano dagli atti dell'institore appartenenti e necessari all'esercizio del commercio cui questi è preposto".

(12) Umberto Navarrini, "Trattato Elementare di Diritto Commerciale", Vol. II, Ed. U.T.E.T., Torino, 1935, pág. 50.

(13) Alfredo Rocco, "Diritto Commerciale", Ed. Fratelli Treves, Milano, 1936, nota 1, pág. 337.

contraria, esto es, que todos los actos comprendidos en el ejercicio del comercio confiado al institor, son realizados a nombre del preponente, presumiendo para todos estos actos el requisito de la "contemplatio domine".<sup>(14)</sup> Para Garrigues<sup>(15)</sup> "el principal queda obligado, a elección del tercero, no sólo cuando el gerente contrata en nombre de aquél y dentro de los límites del poder, sino en todos los demás casos en que la ley presume, con presunción "iuris et de iure", o el tercero prueba que la negociación se hizo por cuenta del principal", considerando que, no habiendo en el caso propiamente representación directa, lo que hay es una contradicción a la regla clásica de la representación indirecta al conceder al tercero acción contra el preponente: "es una supervivencia —dice Garrigues— de la acción institoria del Derecho Romano".

Recurrir a la acción institoria romana plantea dos serios problemas que hacen inaceptable la fundamentación dada por Garrigues. Por una parte las relaciones entre el institor y el principal —se trataba normalmente del esclavo o del hijo— eran absolutamente diversas de las que se producen actualmente, puesto que hoy en día nacen no de un nexo legal sino derivadas de un contrato; y por otra, no es cierto que el institor romano representase el interés del principal, propiamente, sino el interés propio identificado con el centro económico representado por la familia; y en los sistemas capitalistas de empresa resulta asaz difícil encontrar una similar identificación entre el factor y la empresa.

Rodrigo Uria no señala siquiera el problema que estamos tratando,<sup>(16)</sup> y así sucede con la mayor parte de la doctrina examinada.

Sin duda, la respuesta a la doble responsabilidad la encontramos en el fenómeno que nos permite considerar al institor o factor como el "alter nos" económico del empresario: la actividad suya debe ir dirigida en el sentido mismo económico del objeto empresarial cuya consecución se le ha confiado y como corolario a ello, toda actividad de aquél en tal sentido cae bajo la esfera económica y jurídica de la empresa y ésta, si económicamente es un centro de imputación que recibe los beneficios y sufre las pérdidas de la actividad desventada por su institor o factor, debe también ser centro de imputación jurídica de esa actividad. Casi podríamos decir que ahora lo que no aparece claramente fundamentado es la responsabilidad del colaborador. Esta simplemente se explica por la estructura normal de la actividad jurídica que hace vinculativa y responsable la voluntad manifiesta, cuando no media vicio alguno.

(14) Rocco, op. cit., pág. 336.

(15) Joaquín Garrigues, "Curso de Derecho Mercantil", Imprenta Aguirre, Madrid, 1959, pág. 550.

(16) Rodrigo Uria, "Derecho Mercantil", Imprenta Aguirre, Madrid, 1964, N° 32.

### *Beneficios derivados de la conducta concurrente del institor o factor otorgados al preponente.*

Algunas legislaciones tradicionalmente han regulado el caso del factor o institor que, contra la prohibición general de actuar en concurrencia con su principal, realiza, en propio nombre y por su cuenta, contrataciones comerciales en esas condiciones; y esas legislaciones, en tal caso trasladan cualquier beneficio de la negociación al patrimonio del preponente.<sup>(17)</sup> Esta disposición ha sido poco comentada por la doctrina que, por otra parte, se ha circunscrito a afirmar que el factor podría ser "un rival peligroso" del principal, por lo que la ley ha querido imponerle una "sanción severa, pero en el fondo justa, de corresponderle al principal las ganancias líquidas que el factor obtenga en su comercio".<sup>(18)</sup> La doctrina no ha explicado el fundamento de esta atribución de utilidades al principal. Desde el punto de vista de la relación existente entre factor y principal, la concurrencia que aquél haga a éste es un acto desleal que puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento del factor de su obligación de no hacer y más propiamente (en vista de la naturaleza jurídica de esa relación) daría lugar a un despido justificado por parte del patrono, con las consecuencias que en el campo laboral esto acarrea al trabajador. Por otra parte, si el caso fuere considerado concurrencia desleal al margen del aspecto laboral —desde el punto de vista penal, las consecuencias, a su vez, en el aspecto patrimonial, desembocarán en un resarcimiento en daños y perjuicios. Ninguna de estas vías es capaz de fundamentar la atribución, al principal, de los beneficios de la negociación realizada por el factor con violación de sus deberes de lealtad.

En el Código de Comercio italiano de 1882 el artículo 372 regulaba el caso y Vivante, comentándolo, basaba las "graves sanciones" impuestas al institor desleal en el hecho de que "también en el derecho vigente el institor es considerado como una persona ligada al servicio del principal con una relación de estable dependencia, dedicada, al menos regularmente, en forma exclusiva, al ejercicio de su hacienda, y derivando del oficio de institor una fuente continua de réditos profesionales".<sup>(19)</sup> Pero la prestación recibida por el trabajador, por sí sola, no convierte toda actividad suya, sin distinción, en patrimonio del patrono; ni siquiera en los aspectos relacionados con las labores que el subordinado realiza; es el caso, por ejemplo de las invenciones relacionadas con la labor del trabajador, y que

(17) Art. 141 C. de c. argentino, 365 C. de c. hondureño, 288 C. de c. español, 317 C. de c. costarricense, 127 C. de c. costarricense de 1853, etc.

(18) Carlos Malagarriga, "Tratado Elemental de Derecho Comercial", Ed. T.E.A., Buenos Aires, 1958, T. II, N° 15. Garrigues, op. cit., no comenta la disposición correspondiente (artículo 288) de C. de c. español, a pesar de que la usa para algunas de sus construcciones. Uria, op. cit., simplemente la cita, sin comentarla.

(19) Vivante, op. cit., T. I, N° 274, pág. 296.

éste realiza, comúnmente consideradas propiedad suya<sup>(20)</sup> así como los derechos derivantes de la invención, excepto cuando la prestación debida por el trabajador es precisamente una actividad inventiva. En consecuencia, el rédito profesional o salario del factor o institor no bastan para fundamentar la atribución de utilidades al principal. Esta atribución sólo se explica considerando al institor como "alter nos" económico de su principal porque en tal caso toda utilidad obtenida por aquél dentro del objeto de la empresa de éste pertenece al patrimonio de la empresa gestionada: es como si hubiese sido realizada por el preponente mismo.

A la solución propuesta se podría objetar el por qué sólo se atribuyen las ganancias al principal y no así las posibles pérdidas. Pero la objeción es improcedente porque desde el punto de vista jurídico la relación surgida pertenece al institor, el "animus contrahendi" es suyo, ha actuado a su nombre y por su propia cuenta y el negocio le pertenece (el principal no tiene en esa relación ninguna intervención excepto la de cesionario legal de las posibles utilidades, pero no ocupa la posición del institor) por lo que es el único responsable. Si el institor o factor, como "alter nos" económico representa todo el interés económico del empresario, interés a su vez orientado en el sentido del objeto empresarial, en la coyuntura examinada es perfectamente congruente que la ley atribuya las ganancias y no así las pérdidas, puesto que, normalmente, un interés orientado en el sentido de un objeto empresarial, significa la persecución de utilidades<sup>(21)</sup> no de pérdidas.

#### *El institor y la subordinación laboral.*

Considerado el institor como "alter nos" económico del empresario en cuanto la conducta de aquél debe orientarse en el sentido del objeto empresarial, es indudable que el principio laboral de subordinación adquiere contornos un poco diversos de los tradicionalmente admitidos. En efecto, el sujeto-patrono de esta relación puede

ser sustituido y en la práctica suele suceder así— por el objeto de la empresa y toda la serie de actitudes que, para alcanzarlo, se van manifestando automáticamente como necesarias y que son interpretadas más o menos con éxito, por un técnico en ellas, como se supone que ha de ser un institor. Y no en pocas ocasiones el desconocimiento o impreparación comercial del titular de la empresa hacen de la intervención suya —especialmente en cuanto directivas y política a seguir— una mera posibilidad, formal y técnicamente imposible de realizarse.

La doctrina italiana ha discutido a fondo el problema del institor subordinado y del autónomo con respecto al institor para la empresa de un inhabilitado (art. 425 C.c. italiano) considerándose, por parte de una porción de aquélla, que, en vista de que el titular de la empresa —que en este caso es, naturalmente, el inhabilitado— no está en capacidad de ejercer ni la dirección ni el poder disciplinario, el institor de su empresa es un trabajador autónomo,<sup>(22)</sup> de donde se ha afirmado la posibilidad del institor autónomo. Pero esta posición, desde el primer momento, plantea serias dudas de solidez. En primer lugar la doctrina laboral ha considerado, básicamente, que hay trabajo subordinado cuando el trabajador pone a disposición del patrono la propia actividad física e intelectual, mientras que en el trabajo autónomo el trabajador se obliga a un resultado, a conseguirse con la propia labor.<sup>(23)</sup> Semejante postura acarrea otros elementos que completan el cuadro. Así, por ejemplo, es claro que quien ofrece a la directiva de otro el propio trabajo, no asume el riesgo del resultado mientras que, quien promete un resultado asume el riesgo inherente a la consecución del mismo. Por otra parte, lo afirmado se relaciona íntimamente con un problema de organización: el trabajador subordinado ve su actividad inserta en una organización cuya mecánica condiciona aquélla, mientras que el trabajador autónomo es el organizador de su propia actividad dirigida a un resultado prometido y del que asume el riesgo, llegando, en ocasiones, a ser organizador de trabajo ajeno y acercándose con ello a la figura del empresario.<sup>(24)</sup>

Confrontando la figura de un institor autónomo con aquellos aspectos que pueden servir de planta para distinguir un trabajador

(20) Alfredo de Gregorio, "Corso di Diritto Commerciale. Imprenditore - Società", Soc. Ed. Dante Alighieri, Città di Castello, 1960, pág. 110 y ss.; Paolo Verzellone, "Le invenzioni dei dipendenti", Ed. Giuffrè, Milano, 1961.

(21) El Código de Comercio de Honduras (artículo 365) ha variado la solución tradicional y en caso de violación de la prohibición de concurrencia da una especie de opción al principal (por 15 días) para "hacer suya la negociación". Esta especie de sucesión en el contrato plantea interesantísimos problemas especialmente en cuanto a un posible derecho a retirarse del contrato por parte del tercero y en caso de una respuesta afirmativa, bajo que supuestos: indistintamente o por justa causa? y de ser por justa causa qué elementos la configuran?, siendo aquí de gran relevancia el decidir qué valor adquiere toda consideración personal que en el institor tomó en cuenta el tercero, especialmente por cuanto normalmente las contrataciones mercantiles no son realizadas "intuitu personae".

(22) Umberto Belviso, op. cit., N° 5 a 14, especialmente, pág. 42 y 43.

(23) Ver en tal sentido y con amplia bibliografía: Luisa Riva Sanseverino, "Diritto del Lavoro", Cedam, Padova, 1967, N° 29.

(24) Para todos estos aspectos en la doctrina italiana ver Riva Sanseverino, op. cit., N° 30, 48, 52, y especialmente 38, 54. Francesco Santoro-Passarelli, "Nozioni di Diritto del Lavoro", Ed. Jovene, Napoli, 1968, pág. 70 y el N° 35 en cuanto al "riesgo". Mario Ghidini, Ed. Cedam, Padova, 1966, pág. 126. En derecho francés: G.H. Camerlynck et Gérard Lyon-Caen, "Droit du travail", Ed. Précis Dalloz, 1965; tratando la "subordination juridique", que da potestad de dirección y disciplinaria al patrono, dicen: "Cette autorité ainsi reconnue au chef d'entreprise en régime capitaliste constitue la contrepartie logique de l'absence de tout risque économique assumé par le salarié dans son activité, (pág. 89).

autónomo de uno subordinado, se encuentran no pocas dificultades. El institor no promete un resultado; se obliga a conceder a la empresa su capacidad específica en los negocios de aquélla, independientemente del resultado. No es que el resultado sea indiferente porque si fuere nocivo a la empresa puede, bajo circunstancias determinadas, resultar el institor como responsable; pero esto no a consecuencia de un resultado prometido sino de dolo, culpa, negligencia con que la gestión fue realizada, u otras causas. El institor tampoco asume, como corolario, el riesgo económico de su gestión el que va todo a la empresa gestionada. El institor no es un organizador, por tanto, de su trabajo, sino que ve su actividad inserta en una organización cuya mecánica la condiciona. Así, el institor no puede considerarse trabajador autónomo. Pero entonces, por exclusión, podemos afirmar que el institor sea un trabajador subordinado?

La subordinación implica sobre el subordinado una potestad directiva y un poder disciplinario, de los que el trabajador es el sujeto pasivo, mientras que el sujeto activo está representado, normalmente, por el patrono que hace valer sus facultades directamente o —en lo que no está concorde toda la doctrina— a través de una jerarquía. El poder disciplinario viene ejercido para el institor del inhabilitado por el Tribunal y por el inhabilitado mismo o su curador. (25) Resta ver ahora de dónde provienen las directivas que coadyuvan a hacer del institor un trabajador subordinado.

Conforme al artículo 425 del C.c. italiano, el inhabilitado puede continuar el ejercicio de una empresa (esta empresa puede acrecer su patrimonio por donación, por herencia o estar ya en aquél cuando sobreviene la inhabilitación); luego, no puede iniciar una empresa. Se pretende proteger la integridad patrimonial o su acrecentamiento sobrevenido gratuitamente, porque lo contrario sería un daño mayor. La *continuación* requiere la autorización judicial. Una vez autorizado el inhabilitado, personalmente, ejerce la gestión empresarial. (Debe tomarse en cuenta que en la ley italiana el inhabilitado es un individuo mentalmente enfermo pero no en grado totalmente grave que deba dar lugar a la interdicción; asimismo pueden ser inhabilitados el pródigo, el alcohólico, el drogadicto, art. 415 C.c.). Sin embargo, el tribunal puede considerar que el inhabilitado no está en condiciones de ejercer personalmente la gestión empresarial (la intervención del curador podría ser únicamente de veto o de solicitud de revocación del permiso, no pudiendo intervenir en la gestión (26) y puede intervenir, por otra parte, sólo en cuanto a los actos que excedan la simple administración) condicionando la autorización a la nómina de un institor. De la forma en que ha sido impostado el artículo 425 comentado, se deduce que el inhabilitado no puede intervenir en la dirección de la gestión puesto que los aspectos técnicos que la constituyen el tribunal los ha considerado ausentes —al menos desde un punto de vista de su práctica aplicación— en las ca-

(25) Ver Belviso, op. cit., N° 14.

(26) Mario Casanova, "Le imprese commerciali", U.T.E.T., Torino, 1955, N° 139.

pacidades del inhabilitado. En consecuencia, por lo menos frente al titular de la empresa, el institor no está sujeto a potestad directiva.

Pero esta orientación directiva —y por tanto la subordinación— se actúa automáticamente en cuanto el institor es el "alter nos" económico del empresario, debiendo por ello sujetar su actividad, en un todo, a las directivas técnicas que automáticamente emanan de la relación que se crea entre su capacidad técnica específica y el sentido que a ésta le da el objeto empresarial. Si en este caso la identificación de la potestad directiva se produce con el sentido, del objeto empresarial, es éste el que actúa la subordinación y por ende la figura del institor autónomo que se ha querido ver en el artículo 425 C.c. italiano, no es tal institor autónomo.

La construcción de la subordinación a que nos lleva la tesis de un institor que aun económicamente sustituye al preponente —potencialmente— nos pone en contacto con aquella porción de la doctrina laboral que, precisamente ha elaborado un concepto de subordinación actuado, no directa o necesariamente por el empresario, sino en muchos casos —pensemos solamente en el técnico que actúa fuera de toda posible directiva del jefe de la empresa— actuado por la organización técnica empresarial, (27) por la inserción del trabajador en la hacienda (28) o por las exigencias técnico-organizativas de la empresa. (29)

#### Algunas otras consideraciones sobre el tema.

El artículo 356 del Código de Comercio de Honduras establece que el solo nombramiento de un factor *lo faculta* para realizar todas las operaciones concernientes al objeto de la empresa o del establecimiento que el factor dirija, las cuales se reputarán ejecutadas en nombre y por cuenta del principal aun cuando el factor no lo haya expresado así al celebrarlas, haya transgredido instrucciones o cometido abuso de confianza, siempre que tales contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico de la empresa o del establecimiento, agregando la disposición que las limitaciones a estas facultades del factor no producirán efectos contra tercero a menos que se compruebe que las conocía al celebrar el respectivo negocio. Como se ve, este artículo no solamente regula la amplitud del apoderamiento del factor frente a terceros y en protección de éstos, sino que también establece el ámbito de subordinación de aquél prácticamente frente a su función económica en cuanto realizador del objeto de la empresa. Lo que, por otra parte, no elimina la facultad

(27) Santi Romano, "L'ordinamento giuridico", Firenze, 1945 pág. 162 l 201 a 202.

(28) Giugni, "Introduzione allo studio... etc.", pág. 89 y ss.; Napolitano, "Il lavoro subordinato", pág. 72.

(29) Riva Sanserverino, op. cit., pág. 46.

directiva del empresario pero implica la posibilidad de que, si éste no la realiza, automáticamente es actuada por el objeto empresarial y su consecución, que dictan al factor las normas esenciales a que debe sujetar su actividad. Es decir, la subordinación es actuada, no por el empresario, sino por la relación factor (como "alter nos" económico) —objeto empresarial.

Ahora bien. Este fenómeno de despersonalización del sujeto activamente legitimado en el ejercicio de la subordinación al que hemos llegado en cuanto hemos considerado al factor o institor como el "alter nos" económico del empresario y que, como vimos, ha sido también afirmado por la doctrina laboral, es meramente aparente en cuanto engrana con el fenómeno inverso: esto es, con la tendencia legislativa y doctrinaria a personalizar la empresa comercial, a hacer de ella un centro independiente de imputación económico-jurídica; independiente de la subjetividad económica y jurídica del titular de la empresa. Así, en el mismo sistema hondureño, la empresa ha sido convertida en una unidad económica de destino, habiendo previsto el legislador de modo tal que, actuando esa unidad económica, no sea destruida por persecuciones individuales promovidas por los acreedores del empresario titular.<sup>(30)</sup> Esta estructura no es aun un sujeto jurídico, ni tampoco un patrimonio separado pero es un paso más hacia la disociación de la personalidad jurídica del empresario y hacia la asunción, por parte de la empresa misma, de una "subjetividad jurídica autónoma."<sup>(31)</sup> La tendencia de subjetivización de la empresa comercial se nota con mayor fuerza en el Código de Comercio de Costa Rica, donde aquélla en el momento de enajenación, adquiere carácter de patrimonio separado en cuanto pueden pagarse con el precio de la venta u oponerse a ésta por precio vil o exiguo, única y exclusivamente los acreedores cuyos créditos provengan del tráfico

(30) En este sentido ver, Luigi Mengoni, "Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa", en Riv. delle Soc., 1958, pág. 692, y "L'entreprise et le droit", de Michel Despax, Ed. Pichon, París, 1957.

(31) Código de Comercio de Honduras: Título II. De la empresa mercantil y sus elementos. Capítulo I. La empresa mercantil.

*Artículo 644.*—Se entiende por empresa mercantil el conjunto coordinado de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios.

*Artículo 647.*—La unidad de destino de los elementos esenciales que integran una empresa mercantil no deberá disgregarse en virtud de persecuciones individuales promovidas por los acreedores del comerciante titular. Son elementos esenciales los enumerados en el artículo siguiente.

No se podrá practicar un embargo aislado de los mismos, sino que el secuestro deberá abarcar la empresa en conjunto, para lo que el depositario será un interventor con cargo a caja.

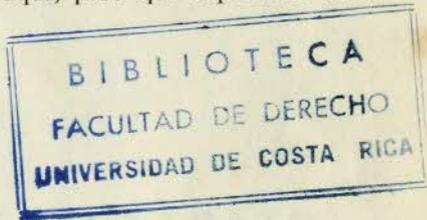
No obstante, podrá practicarse el embargo aislado de dinero, mercancías o créditos en la medida en que ello no impida la continuación de la actividad de la empresa.

Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los acreedores hipotecarios, los prendarios y los dotados de privilegio especial.

mercantil del establecimiento enajenado, o que hayan sido contraídos en beneficio de éste o con motivo de su giro.<sup>(32)</sup>

Indudablemente, conforme más se personalice jurídicamente la empresa, más claro será el hecho de que el institor, como "alter nos" económico del empresario, pudiendo estar efectivamente subordinado al empresario, quien puede no ejercer su potestad en tal sentido, lo estará siempre a la empresa y a su objeto.

La consideración del institor o factor como "alter nos" económico del empresario permite interesantes replanteamientos de la representación, del fundamento de la presunción de "contemplatio domini", de las teorías de la apariencia y de la responsabilidad por acto propio, temas todos —y otros muchos— que, por la índole de este trabajo, no pueden ser tratados aquí, pero que esperamos tratar oportunamente.<sup>(33)</sup>



(32) El Código de Comercio de Costa Rica (artículos 478 y ss.) establece un procedimiento por el cual, en garantía de acreedores, el precio de venta debe quedar depositado por un plazo de 15 días, durante el que los acreedores deben hacer su reclamo, pero el artículo 482 establece que, los créditos que provengan del tráfico mercantil del establecimiento enajenado, deben presentarse dentro del término indicado de quince días, con la comprobación de su existencia y de que proviene del giro del establecimiento en cuestión, no tomándose en cuenta las obligaciones personales del vendedor, si no comprueba que fueron contraídas en beneficio del establecimiento y con motivo de su giro. Asimismo pueden oponerse a causa de venta, por precio vil o exiguo, del establecimiento mercantil, solamente los acreedores de éste.

(33) Sobre un planteamiento de estos temas ver: Franco Bonelli, "Studi in tema di rappresentanza e di responsabilità dell'imprenditore", Giuffrè, Milano, 1968, y Luis Díez-Picazo Ponce de León, "La doctrina de los propios actos", Ed. Bosch, Barcelona, 1963.