

c) Inspección ocular

Obtenido el exequátur, este tipo de prueba se instruye por el Juez en cuyo asiento se encuentren los bienes objeto de la inspección. Dicha autoridad señalará para ello hora y fecha determinadas, y ordenará simultáneamente al interesado el depósito de una suma prudencial por viáticos, riesgos y molestias, si ello fuere necesario (art. 301). La diligencia se realiza previa la citación tempestiva de las partes interesadas (tres días de anticipación por lo menos) a fin de que las mismas puedan comparecer e intervenir en su celebración, sugiriendo al Juez las observaciones que en su criterio resultarían interesantes. La diligencia se realiza públicamente y consiste en la observación directa, por parte del Juez, de los datos materiales que las partes han indicado previamente como de su interés. Dichas observaciones —del Juez y las partes— se recogerán en un acta, acompañadas eventualmente de prospectos, gráficos, fotografías, etc., que ayuden a reflejar la situación de hecho que se trata de hacer constar (artículo 302).

d) Prueba documental

Cuando el exhorto contenga una solicitud para certificar documentos deberá necesariamente indicar el archivo en donde los mismos se hallan y adjuntar las especies fiscales correspondientes, así como las expensas necesarias para pagar, en ciertos casos, el trabajo material de la elaboración de las certificaciones de que se trate (arts. 197 del Código de procedimientos y 400 del Código Bustamante).

DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE AUXILIARES DEL COMERCIANTE

FERNANDO MORA

Prof. suplente de Derecho Mercantil

INTRODUCCION

El ejercicio del comercio se desenvuelve en una escala cuantitativa sumamente amplia. Desde el pequeño empresario que no cuenta con más mano de obra que la suya propia; que a su alcance no tiene otro capital que primitivos y exiguos elementos materiales; y que combinando ambos moviliza bienes o servicios de poca monta, cuantitativa o cualitativamente hablando, hasta el gran consorcio empresarial a cuyo servicio laboran no sólo trabajadores individuales, sino empresas globalmente consideradas, de gran envergadura ellas mismas, y cuyo capital es tan dilatado que la cifra que lo representa es incapaz ya de darnos una imagen exacta de lo representado.

En el caso de la empresa incipiente, normalmente el empresario es capaz de realizar por sí solo todo el trabajo que aquella requiere. Sin embargo, conforme se sube en la escala cuantitativa empresarial, las actividades empiezan a arribar a volúmenes que ya no permiten al titular de la empresa el intervenir directamente en todas las operaciones necesarias para el buen y provechoso funcionamiento de aquella, sea por el incremento en la sede original, sea por el incremento a través de sedes secundarias. A este punto el empresario, si quiere mantener un ritmo siempre creciente de actividades o si desea dar buen cumplimiento a sus obligaciones comerciales de clientela, de mercado, debe proveerse de sujetos que le presten sus servicios, de entidades que le faciliten su labor, de elementos que le permitan extender su campo de actividades, o aumentar el volumen, en sede, de ésta. Así, el empresario contrata obreros, se provee de peritos contables, conviene con empresas de transporte, nombra su "alter ego" (gerente, institor) en la sede

secundaria, agencia o sucursal, moviliza su dinero efectivo y su crédito, así como los títulos de crédito y anejos de su propiedad a través de un banco determinado; en fin, emplea cajeros, vendedores, agentes, representantes, dependientes y tantos y tantos otros sujetos o entidades que, en una u otra forma concurren con su actividad de modo que la de la empresa se acrecienta en todos los ámbitos; sujetos o entidades estos que, por otra parte, según la región, según el país, según el carácter técnico del campo en el que prestan sus servicios reciben los diversos nombres, no pocas veces contradictorios o técnicamente imprecisos en relación con la efectiva labor que desempeñan. En el fondo, para determinar la naturaleza de la figura, más hemos de estar a la labor que lleva a cabo que al nombre que en la práctica se le da, como lo ha hecho notar Vivante.⁽¹⁾

De una parte de estos elementos que usa el empresario para ampliar su actividad se ha ocupado tradicionalmente la doctrina en modo tal que estudiaremos en un futuro trabajo y en no pocos casos se les ha llamado colaboradores, cooperadores, trabajadores o auxiliares. En un principio, indiferenciadamente se ha considerado la cooperación como proyección al externo, como ampliación de la actividad del empresario. Asimismo, al inicio, por la dinámica de la actividad que, con mayor frecuencia y velocidad, impone en la práctica fenómenos jurídicos aún impensados en otros ramos del derecho privado, y por el poco desarrollo de la investigación jurídica mercantil, las figuras de cooperadores se producen mezcladas y dificultan el esclarecimiento de su particular naturaleza. Pero, conforme la especialización —fenómeno por otra parte universal en el proceso de desenvolvimiento de las fuerzas productivas— se acentúa, se van delineando con mayor claridad los diversos tipos de cooperación, lo que facilita su estudio y la constatación de su particular naturaleza jurídica.

Por otra parte, la ciencia jurídica se perfecciona, esquematiza con mayor precisión la naturaleza de los fenómenos jurídicos en general y permite así una más clara caracterización de las diversas formas de cooperación (con respecto a los aspectos de importancia

(1) Vivante, Cesare, "Trattato di Diritto Commerciale", Ed. Vallardi, Milano, 1929, tomo 1º, n. 277: "Para juzgar si se trata de una u otra figura en el sentido de la ley, no se debe estar al título que se le da... la práctica comercial en estas denominaciones no se anda con sutilezas: a menudo viste de nombres pomposos, oficios humildes". En ese mismo sentido, Mario Rotondi, "Contratto di agenzia, ausiliari dipendenti della impresa, e mediazioni", Riv. Diritto Com. 1961, Tº I, pág. 246.

para nuestro tema), estos mismos aspectos de derecho particular — comercial — han proporcionado material a la teoría general del derecho para elaborar, o mejor, estructurar, todo un cuadro sobre la cooperación.⁽²⁾

① En un primer paso todos los aspectos que, por el origen gremial del derecho comercial, aún se encuentran en Pardessus⁽³⁾, por ejemplo, son eliminados. Así, en obras posteriores, se elimina toda consideración de los aprendices, como por ejemplo, puesto que en el caso se trata de una materia esencialmente desvinculada del problema de la cooperación. (En el caso en que el aprendiz desarrolla labor de cooperación, su consideración jurídica esencial podrá ser de dependiente, de agente, etc., pero ya no de aprendiz).

② En un segundo paso se elimina todo lo referente a la prestación de trabajo en cuanto relación interna, como contrato de trabajo, porque, para los efectos comerciales la cooperación es relevante precisamente en cuanto es el medio de proyección externa (como desplazamiento, agente, p. ej., o como ampliación de actividades en sede original, mejor servicio al público, etc., dependientes, p. ej.). Por otra parte, toda esta materia laboral, es absorbida por el Derecho de Trabajo cuando este se concreta en norma legislativa. Sin embargo, la desvinculación en este caso no es total en cuanto la cooperación implica necesariamente —por etimología y por imperativo de la realidad— la consideración de un elemento interno, patrimonio hoy en día de la reglamentación laboral (subordinación, fidelidad, buena fe, obligación de secreto, etc.). "La relación interna —como dice Mossa—⁽⁴⁾ la relación de dependencia y de fidelidad para el hombre de empresa, de soberanía y de mando, para el empresario y el jefe, no se debilita en su unión con la (relación) principal y los derechos del personal se afirman espontáneamente en ella, pero siempre bajo la égida del derecho comercial" pero que a su vez, caracteriza un especial orientamiento de la legislación y la doctrina.

(2) Luigi Carioti Ferrara, "Il negozio giuridico nel diritto privato italiano", Ed. Morano, Napoli, s.f.p., pág. 697 y ss.

(3) J. M. Pardessus, "Corso di Diritto Commerciale", traducido de la 6ª edición francesa por Francesco Galiani, Napoli, 1857.

(4) Lorenzo Mossa, "Trattato del Nuovo Diritto Commerciale", Società Editrice Libreria, Milano 1942, Vol. I, pág. 485.

3) En un tercer paso se estructura el estudio doctrinario de modo que se separa el tema de aquellos colaboradores que constituyen el personal dependiente de la empresa (Mossa), o el personal incorporado de la empresa (Rodríguez Rodríguez), (caracterizado, fundamentalmente por el nexo de subordinación con el principal) del tema de los colaboradores no subordinados. En este paso la doctrina no desconoce cierto elemento común a entrambos temas pero, planteando el problema general, pasa inmediatamente a explicar que los colaboradores no subordinados (auxiliares independientes) serán tratados "posteriormente" (normalmente en el campo de los contratos específicos), y esto salvo excepciones. Debemos agregar, empero, que una parte de la doctrina se inclina por considerar el segundo tema como ajeno al problema de los auxiliares, afirmándose, inclusive, que auxiliaridad e independiente son términos antitéticos (Garrigues, Avilés y Pou).

El anterior, a grandes razgos, es el proceso depurativo y de concretización que ha seguido la materia de auxiliares, y cuyos detalles básicos desarrollaremos en una futura publicación.

Por otro lado, la colaboración al empresario ha sufrido depuración en otro sentido, esto es, en el sentido de eliminar del campo figuras por considerar que no son propiamente caracterizadas en modo tal de constituir un auxiliar. El caso más claro es el del transportista que, en los primeros cuerpos legislativos del movimiento codificador del Siglo XIX, aparecía con ubicación en el tema de auxiliares de comercio (hoy en día el Código de Comercio de Costa Rica lo incluye como auxiliar, art. 272, inciso d).

En este estado de la doctrina se hace necesario clarificar la naturaleza del fenómeno de los auxiliares, en primer lugar para poder establecer si son una categoría jurídica o si en vez, no son sino una categoría económica, o si ambos aspectos son relevantes en su naturaleza; asimismo para determinar si todas aquellas figuras que se engloban bajo la denominación de auxiliares pueden o no considerarse, por su naturaleza, auxiliares de comercio.

Es decir, frente al hecho primeramente expuesto, de que el empresario necesita la colaboración de diversas entidades en el desarrollo y proyección de su labor, entidades que genéricamente podemos llamar colaboradores, se impone la necesidad de precisar técnicamente cuáles, de tantos colaboradores que rodean la actividad

otra parte, si se considera el transportista como auxiliar ocasional, de empresa, pueden considerarse en la categoría más restringida de colaboración que se da en llamar "auxiliares". Esta será nuestra próxima tarea que pretende seguir la idea de Vivante en el Prefacio a la 5ª edición de su Tratado, cuando aconseja comenzar la investigación donde otros han terminado, consejo de plena aplicación en esta materia: mucho se ha dicho de los auxiliares como figuras particulares, pero poco de la delimitación de su concepto y de la clarificación de su naturaleza.

1.—Consideraciones generales para la delimitación del concepto de auxiliar.

1.—Que los auxiliares sean una categoría jurídica ha sido negado por la doctrina, con posiciones varias: así, se ha insinuado que es solamente una categoría práctica o económica. Práctica en el sentido que, si se agrupan sus diversos elementos para estudiarlos conjuntamente, lo es únicamente por razón de conexión entre ellos, la que a su vez viene dada, no por un elemento jurídico, sino económico.

2.—Según Arena, "el empresario comercial para desarrollar la propia actividad tiene o puede tener necesidad de servirse —además de obreros y de comunes empleados— de varias personas que están a él ligadas, estable o temporalmente. Estas personas son comprendidas en la categoría de los auxiliares del comerciante, que, incluyendo sujetos diversamente vinculados al empresario, no son una categoría estrictamente jurídica".⁽⁵⁾

No se sabe a ciencia cierta qué intenta decir el autor cuando habla de "temporalmente" en contraposición a "establemente" puesto que este término no significa permanentemente, que sería el opuesto de temporalmente. Ahora veremos el problema que de aquí surge. (El autor usa el término temporalmente en el sentido de "ocasionalmente").⁽⁶⁾

Conforme a las precisiones del autor, el transportista sería un auxiliar, y un auxiliar ocasional que presta sus servicios temporalmente. (Sin duda aquí la terminología se presta a equívocos). Por

(5) Andrea Arena, "Lezioni di Diritto Commerciale", Ed. Ferrara, Messina, 1943, pág. 111.

(6) Arena, op. cit., pág. 112.

otra parte, si se considera el transportista como auxiliar ocasional, esto no quita que sus servicios sean proporcionados al empresario en forma estable, lo que no quiere decir en forma exclusiva —que parece haber sido la idea que el autor quiso expresar con el uso de la palabra estable— ni en forma permanente, que también pareciera estar este significado en la intención del autor. En todo caso, conforme a Arena, el transportista podría ser considerado como auxiliar.

Sin embargo el ejemplo del transporte puede prestarse a dudas puesto que no faltaron legislaciones —ni faltan hoy en día— que lo consideraron como figura de auxiliar.

Así, pues, veamos otra. El empresario tiene necesidad de servirse de un ingeniero que no es ni un obrero ni un simple empleado y que tanto puede prestarle sus servicios en forma permanente y exclusiva, como de modo ocasional y temporal. Pero no se le ha ocurrido aún a la doctrina o al legislador considerar a los profesionales, en cuanto tales, como auxiliares del comerciante. Ciertamente cooperan con aquel pero en una relación jurídica diversa. Facilitan al empresario su actividad los almacenes generales de depósito, los bancos, las bolsas, las cajas o casas de compensación, los profesionales técnicos; pero estas entidades carecen de los elementos necesarios para catalogarlas o ubicarlas en la categoría de los auxiliares en sentido estricto como veremos.

3.—Conforme a Ferrara⁽⁷⁾ la categoría de auxiliares es económica. En otras palabras no hay una categoría jurídica de auxiliares; es decir, jurídicamente no existe un elemento común que permita identificar los auxiliares y separarlos de aquellas otras figuras de colaboradores que no son auxiliares. Ciertamente, en la misma afirmación de Ferrara (“son auxiliares quienes colaboran directamente en la actividad jurídica o contractual del empresario”) se delinea la negación de su tesis (“los auxiliares tienen en común una nota económica”); ahora bien el dato económico de la colaboración de los auxiliares en nada se diferencia del dato económico de la colaboración en general. Desde el punto de vista económico tanto colabora con la prestación de sus servicios al comerciante, un prestamista que un factor. El contenido material de la prestación será diverso pero desde el punto de vista económico es idéntico, es decir, la colaboración es la misma.

(7) Francesco Ferrara, “Gli imprenditori e le società”, Ed. Giuffrè, Milano, 1962. pág. 101.

4.—Establecido lo anterior no queda duda de que el elemento económico común a los auxiliares no sirve (por sí solo) para diferenciarlos de otros tipos de colaboradores. Y sin embargo algún elemento común, además del económico, ha llevado a la legislación y a la doctrina a agrupar las figuras de los auxiliares.

El método mejor a seguir sería el de estudiar, detenidamente, la naturaleza real de la actividad efectiva que los auxiliares realizan y buscar en ella el dato común, si existe, así como indagar qué aspectos de la realidad el legislador ha tomado en cuenta en la norma. Iniciemos la búsqueda con el factor que entre los auxiliares tradicionales es el de más amplio apoderamiento, el de mayor campo de acción.

II — Factor

5.—El factor o institor es el “alter ego” del empresario. Vale decir, desarrolla la función del empresario, actúa como si fuese el empresario; naturalmente con las limitaciones que éste le haya impuesto. Fuera de tales limitaciones el factor puede actuar ampliamente en relación con la empresa a cuyo ejercicio ha sido prepuesto no encontrando más límite legal que el que el sistema legislativo le imponga. La expresión “actuar ampliamente” no quiere decir, por otra parte, actuar ilimitadamente. El factor ha sido prepuesto al ejercicio de una empresa y el ejercicio implica una serie de actos económico-jurídicos inherentes a él. En otras palabras, el factor puede realizar todos aquellos actos económica o jurídicamente inherentes al objeto de la empresa y en consecuencia, está inhibido de realizar actividad que en cualquier forma exceda el objeto empresarial o vaya contra la consecución del mismo. Por tanto, no podría válidamente cambiar o ampliar el objeto mismo puesto que ello excede el contenido del objeto, no podría disponer de los elementos del capital fijo (o activo fijo) de la empresa, en cuanto tales actos de disposición implican un fenómeno extraño al objeto empresarial; mucho menos y por la misma razón, podría disponer de la totalidad de la empresa.

6.—De lo anterior se ve como la actividad del factor (en cuanto tal, porque internamente realizará otras labores sólo de importancia para la relación obrero-patronal) es absolutamente de tipo económico-jurídico y consiste en intervenir en el mundo de la con-

tratación relativo al ejercicio de la empresa a que ha sido prepuesto. Ese mundo contractual no pertenece a la esfera patrimonial del factor sino a la de su principal, interesa el campo de las obligaciones y derechos no suyo, sino de su proponente.

La labor del factor, así, resulta típicamente caracterizada por una intervención en negocio ajeno, por una intervención en cualquier parte del desarrollo del negocio de su principal (en cualquier etapa porque, conservando el principal siempre en sus manos la facultad de gestionar directamente la empresa, en muchos casos el factor no hace sino actuar en una o varias etapas del negocio jurídico, quedando las restantes bajo la actuación directa del principal).

7.—Ahora bien. Esta intervención en negocio ajeno o, viendo el fenómeno de la parte del principal, esta forma de realizar negocios por intermedio de otro sujeto, en materia mercantil y por las razones de volumen de la actividad, es la regla. Sin embargo, no es la forma —digámoslo así— originaria en el mundo del negocio jurídico en el ámbito de la contratación. Originariamente el sujeto interesado en el negocio jurídico —sea el sujeto en sentido material— corresponde con el sujeto jurídico del negocio —sujeto en sentido formal. Pero la intensidad del tráfico en materia mercantil —diversas razones necesarias en otros ramos del derecho— produce el fenómeno de que sujeto formal y sujeto material en un solo negocio no coincidan en la misma persona jurídica (individual o colectiva): no coinciden el sujeto del negocio jurídico con el sujeto del interés económico de ese mismo negocio,⁽⁸⁾ con el sujeto material.

8.—En el caso del factor esta sustitución del sujeto material por el sujeto formal adquiere características tan amplias, que este último, prácticamente y en relación con la empresa (o porción de ésta) a que ha sido prepuesto, representa todo el interés económico del principal. Así, en cuanto al objeto empresarial, toda la actividad del factor debe tender a llenar ese cometido y todo acto suyo, aunque jurídicamente pueda no considerarse una intervención en negocio de su principal será siempre una intervención económica en negocio ajeno (negocio de su principal).

9.—Y así, cuando el factor, dentro del objeto empresarial y en el ámbito de éste en que él puede actuar, lo hace a nombre

(8) Aurelio Candian, "Instituciones de derecho privado", Ed. UTHEA, 1961, pág. 182.

de su principal, hace uso de la representación de que está investido, se puede decir que jurídicamente ha intervenido en negocio ajeno. Pero también, cuando el factor, a nombre propio pero por cuenta de su principal, negocia, las legislaciones, tradicionalmente, dan la facultad al tercero contratante de actuar sea contra el factor que contra su preponente. (Artículo 126 del Código de Comercio de Costa Rica de 1853, 177 C. de c. español de 1829, 287 C. de c. español de 1885, 314 C. de c. de México, 2208 Código civil italiano, 139 C. de c. Argentino, 359 C. de c. de Honduras, 440 C. de c. de Nicaragua, 120 C. de c. de Guatemala, 609 C. de c. de Panamá. Inexplicablemente esta disposición ha desaparecido de la legislación costarricense con el C. de c. de 1964). Que el tercero pueda actuar contra el factor no plantea problema alguno: estaría actuando contra el sujeto jurídicamente obligado frente a él. El problema nace con la facultad dada al tercero de actuar contra el preponente puesto que, no habiendo actuado el factor en nombre de éste, jurídicamente no ha habido vinculación entre él y el tercero. ¿Cómo, entonces, puede explicarse que la ley responsabilice a un extraño, desde el punto de vista jurídico, frente al tercero? La explicación no se encuentra en el hecho de haber actuado el factor por cuenta del preponente, es decir, en interés de éste puesto que la misma situación se da en la comisión y sin embargo el comisionista no puede ser responsabilizado. La explicación esencialmente, consiste en el aspecto antes apuntado de que el factor, dentro del objeto empresarial al que ha sido prepuesto, representa todo el interés económico del principal, por lo que, si el interés económico del principal existe ínsito en la actuación del factor, todo acto de éste por cuenta de aquél, debe incidir —o estar en posibilidad de incidir— en pro o en contra, en el patrimonio del principal.

10.—Por lo tanto, se puede decir que el factor no solamente es el "alter ego" del principal, desde un punto de vista jurídico, sino también desde un punto de vista económico. Y así, la intervención suya en el negocio ajeno, como fue antes configurada, es no solamente jurídica sino también económica, tomando la ley en cuenta ambos aspectos.

11.—Algunas legislaciones regulan el caso en el que el factor, contra la prohibición general de actuar en concurrencia con su principal, realiza, por su cuenta contrataciones comerciales en

esas condiciones, trasladando esas legislaciones el beneficio de aquellas al patrimonio del preponente (art. 141 C. de c. argentino, 365 C. de c. de Honduras, 288 C. de c. español, 317 C. de c. Costa Rica, 127 C. de c. de Costa Rica de 1853). 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".⁽⁹⁾ Como se ve, la doctrina no ha explicado el fundamento de la atribución de utilidades, al principal. Desde el punto de vista del contrato existente entre factor y principal, la concurrencia que aquél haga a éste es un acto desleal que puede dar lugar a resolución del contrato por incumplimiento del factor y, más propiamente (por 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 desde el punto de vista penal las consecuencias, a su vez, en el aspecto patrimonial, desembocarían en un resarcimiento en daños y perjuicios. Ninguna de estas vías es capaz de fundamentar la apropiación, por parte del principal, de los beneficios de la negociación realizada por el factor con violación de sus deberes de lealtad.

12.—En el Código de comercio italiano de 1882 el artículo 372 regulaba el caso y Vivante, comentándolo, fundamentaba 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, dedicado, al menos regularmente, en forma exclusiva, al ejercicio de su hacienda, y derivando del oficio de institor una fuente continua de réditos profesionales".⁽¹⁰⁾ En efecto, a cambio de una prestación el factor proporciona su actividad al principal y se compromete a gestionar su empresa, pero esta idea

(9) Carlos Malagarriga, "Tratado Elemental de Derecho Comercial", Ed. TEA, Buenos Aires, 1958, T. II, n. 15. El profesor Garrigues, en su obra aquí citada, ni siquiera comenta la disposición correspondiente (art. 288) del C. de c. español, a pesar de que la usa para algunas de sus construcciones; Uría (Rodrigo), "Derecho Mercantil", Imprenta Aguirre, Madrid, 1964, simplemente la cita, sin comentarla.

(10) Op. cit., T. 1º n. 274, pág. 294.

se completa en cuanto se comprende, como ya se dijo, que la gestión del factor se dirige en el sentido económico del objeto de la empresa. Por lo tanto, toda actuación, del factor dentro del contenido del objeto empresarial, aun cuando sea realizada a su nombre y con el ánimo de apropiarse el beneficio, pertenece al principal, en cuanto éste, con relación al objeto de su empresa, da una contraprestación al factor en tal sentido. Sólo así puede explicarse que los beneficios sean atribuidos al principal.

13.—Se podría objetar que la disposición es aplicable también para aquellos casos en que el factor actúa en negocios propios del objeto de la empresa para la que trabaja, pero que no pertenecen al ámbito de sus facultades porque, por ejemplo, le han sido expresamente prohibidos. Sin embargo la objeción no procede porque el factor, como figura la más amplia de preposición, es el "alter ego" en toda la extensión económico-jurídica, del principal y sus facultades más o menos amplias no son sino un dato particular, no esencial, en cada caso, susceptible de variaciones en todo momento.

14.—Como se ha visto, la intervención en negocio ajeno del factor es considerada por el legislador, no solamente en el campo jurídico, sino también en el económico. Estos datos, nacidos de la realidad misma de la actividad del factor, lo califican como auxiliar. Es en tal sentido, de intervenir jurídica o económicamente en los negocios de su principal, que el factor deviene un auxiliar. En consecuencia, sobre esta base, debemos examinar las otras figuras que han sido clasificadas como auxiliares, a fin de establecer si propiamente pueden o no considerarse como tales.

III — Personal de la Empresa.

15.—En cuanto a aquellos colaboradores que desarrollan su actividad en grado de subordinación al principal y que la doctrina llama personal de empresa o personal incorporado de la empresa (factor y dependientes), según cada legislación adoptan distintas denominaciones y se clasifican diversamente. Así, el Código de comercio español habla de factores, dependientes y mancebos estableciendo una gradación, de la amplitud de facultades, entre ellos: el factor está prepuesto al ejercicio de la empresa, es, como se ha

dicho, el "alter ego" de su principal; el dependiente tiene sus facultades reducidas a un ramo o un tipo de negocio en la empresa;⁽¹¹⁾ el mancebo tiene facultades solamente para realizar una o varias operaciones, pero particularmente consideradas, (vender, cobrar, recibir mercadería, entregar mercadería, etc.) su actividad puede ser variada pero en ella falta un nexo orgánico entre sus diversas partes. Bien explica el Prof. Garrigues el artículo 293 del C. de c. español, cuando equipara al mancebo que recibe encargo de gestionar una porción del giro de la empresa o de "regir" una operación mercantil, el carácter de dependiente, precisamente porque entonces la actividad no es asilada sino orgánica. El C. de c. italiano distingue entre institores, procuradores y dependientes, división que comporta, esencialmente, solo un problema de grado de facultades, más o menos como en el C. de c. español. El C. de c. de Venezuela distingue entre factores y dependientes y otro tanto hacen el de Honduras y el de México. El Código de comercio de Costa Rica (art. 272), de las figuras que forman el personal auxiliar de la empresa, regula factores, dependientes y agentes viajeros dependientes.

16.—En general, la actividad del personal de la empresa, auxiliar, se desenvuelve como intervención jurídica o económica, en la esfera negocial del principal; más aún, el personal auxiliar, en cuanto tal, está investido de representación, actúa "contemplatione domine" y en consecuencia, su actuación es de tipo jurídico. Sin embargo, como hemos visto para el institor, ciertos fenómenos demuestran como la intervención va más allá de lo jurídico y penetra en el campo económico.

17.—Ahora la tarea será establecer el grado de propiedad que se encuentra en la catalogación de auxiliares que el Código de comercio de Costa Rica hace.

El artículo 272 del C. de c., además de las figuras correspondientes al personal de la empresa (incisos c), e) en cuanto se refiere a agentes viajeros dependientes y g) con respecto a dependientes) clasifica como auxiliares a comisionistas, mediadores, agentes viajeros independientes, representantes de casas extranjeras, agentes o corredores de aduana, portadores y contabilistas.

(11) Garrigues, "Curso de Derecho Mercantil", Tº I, Madrid, 1968, pág. 558, c), 1º).

IV — Comisionista

18.—Es comisionista quien a nombre propio y por cuenta de su comitente, profesionalmente realiza actos de comercio (art. 273). El Código considera también comisionista a quien realice la actividad descrita pero a nombre del comitente, caso que marginamos pues se trataría en la especie de un mandato con representación de derecho privado en general y no típico del Derecho comercial. En las transacciones que el comisionista realiza, él aparece no solamente como sujeto jurídico del negocio, sino también, generalmente, como sujeto del interés. Generalmente es así, pero en algunos casos puede suceder que la otra parte contratante conozca que la actuación de su contraparte es intermedia y que detrás de ella hay un verdadero sujeto del interés económico. En tales casos esa circunstancia en nada varía la consecuencia jurídica del negocio porque precisamente la ley, en el caso del comisionista —por imperativo de la práctica real comercial— ha querido configurar la institución de tal modo. Por otra parte, desde el punto de vista jurídico, no se puede decir que el comisionista esté interviniendo en negocio ajeno, porque, jurídicamente, el negocio que realiza es suyo; tanto así que el artículo 273 expresamente ha querido recalcar que del negocio entre comisionista y tercero no nace ningún ligamen jurídico entre el último y el comitente. Pero muy distinta es la situación del comisionista frente al comitente si el negocio se considera desde el punto de vista económico, que como vimos, consciente o inconscientemente, ha sido tomado en consideración por el legislador, para configurar ciertos aspectos de la actividad auxiliar del factor. El comisionista, económicamente, no hay duda, interviene en negocio ajeno. Es decir, el negocio en que interviene, económicamente pertenece a la esfera patrimonial del comitente. No otra cosa consagra el artículo ya citado, 273 del C. de C. de Costa Rica, cuando manifiesta que si el comisionista actúa a su nombre deviene el único responsable del negocio sin que el tercero contraiga obligación o adquiera derecho "respecto al dueño del mismo", es decir al dueño del negocio, esto es, al comitente.

19.—En el sentido apuntado el comisionista es, típicamente un auxiliar.

20.—Pasemos ahora al mediador o corredor, como lo llama el C. de C. de C.R. — El artículo 296 delinea la figura del mediador, como aquél que interviene en la proposición y ajuste de contratos mercantiles. Teóricamente, por otra parte, la posición del mediador debería ser equidistante de los contratantes en el sentido de que no colabora con ninguno de ellos en especial ni representa a ninguno. En esta situación reviste primordial importancia el papel que el mediador juega, con respecto a los sujetos del contrato, alrededor de la unidad económica del negocio a cuya realización tiende su actividad y en relación de lo que hemos llamado intervención económica en el negocio ajeno. Porque el mediador actúa en la etapa preparatoria del contrato; interviene, si bien no en un sentido jurídico, pues teóricamente no realiza encargo de ninguna parte, si en un sentido económico excesivamente amplio, pero no en defensa de los intereses económicamente considerados de aquellas. Tanto es así que la legislación italiana (art. 1754 C. C.), que ha querido verter en la ley este mediador imparcial, lo configura como aquél que no está ligado a ninguna de las partes de un probable contrato por ningún vínculo de colaboración, dependencia o representación y, en concordancia con ello, declara que la comisión la recibirá, cuando quepa, de cada una de las partes (art. 1755 C. C.). Para el Código civil italiano mediador es aquél que pone en relación dos o más partes con vista a la conclusión de un negocio, sin estar vinculado a ninguna de ellas en grado de colaboración, dependencia o representación. El legislador ha querido plasmar bien la idea y por ello obliga a que la iniciativa venga del mediador (teóricamente, insisto, porque la realidad es muy otra); por ello dice que es el mediador quien pone en relación las partes.

21.—En cambio, el Código de comercio de Costa Rica dice que el mediador es aquél con cuya intervención se pueden proponer contratos mercantiles (art. 296). Salta a la vista como la impostación, ahora, es distinta. La iniciativa —como por otra parte es el fenómeno en la realidad— viene del interesado que, contra remuneración oportuna, solicita al mediador su intervención. La ley, para garantizar al menos un mínimo de imparcialidad, impone ciertas obligaciones de corrección y veracidad en la actuación del mediador; pero mantiene su posición inicial, de que el mediador es un

medio de proponer el interesado un negocio, con el artículo 309, haciendo del honorario, convenido, una obligación de “la parte en cuyo interés interviene”. Así, el mediador interviene en interés de alguien y si no se arriba a una representación jurídica sí se alcanza, con su intervención material una intervención económica en el negocio ajeno, precisamente desarrollada en la fase de preparación del contrato. En este sentido el mediador es un auxiliar, según hemos venido viendo.

22.—Queda a un lado, por no ser el tema nuestro, si en esta configuración de la ley costarricense hay una anomalía al construir la figura del mediador sobre una base de desequilibrio o si más bien, este desequilibrio, que nace de la realidad del negocio, debe mantenerse en la ley, como lo ha hecho el C. de C. de C. R.

VI — Agentes viajeros independientes y representantes de casas extranjeras.

23.—Antes de seguir adelante con el examen de los auxiliares regulados por el Código de comercio de Costa Rica, se puede estructurar, a partir del agente viajero independiente y del así llamado, representante de casas extranjeras, una sola figura, la del agente. Posteriormente veremos si éste puede o no considerarse auxiliar.

24.—Por el contrato de agencia una parte asume de manera estable el encargo de promover, por cuenta de la otra, mediante retribución, la conclusión de contratos normalmente en una zona determinada.

a) Principales elementos del contrato de agencia.

25.—Según el concepto que anotamos, el contrato de agencia tiene dos elementos principales, a saber: la “actividad con carácter estable” y, en algunos casos, la realización de esa actividad en una “zona determinada”.

26.—El primer elemento se deduce del inciso b) del artículo 349 del Código de comercio de Costa Rica y del contexto del resto del articulado en cuanto al agente independiente; y en relación con

el representante de casas extranjeras, el principio está expresamente contenido en el artículo 360 del Código dicho, cuando dice que la actuación de aquellos ha de ser "permanente".

27.—El segundo elemento lo consagra, para el agente independiente, el artículo 355 del Código citado "para el caso que tenga una zona determinada". El Código supone, pues, que podría darse el caso de no existencia de esta "exclusividad". En cuanto al representante de casas extranjeras el principio de "exclusividad" adquiere carácter contractual en ciertos casos o está regulado por los usos y costumbres mercantiles en otros.

28.—La actuación permanente, en todo caso, no implica "subordinación" del agente al comitente. Ciertamente es que este propone al agente sus encargos o labores y le da instrucciones; pero estos se refieren al aspecto interno o contenido de los negocios a realizar y no en cuanto a la forma de realización o a los medios para alcanzar ésta (art. 352 del C. de C. de C. R.). Ciertamente también, entre preponente y agente se crea una relación de servicio pero no una relación de empleo.⁽¹²⁾ En este sentido el decreto ley N° 15 de 12 de mayo de 1955 es más técnico que el Código vigente, puesto que establece como "agente dependiente", tratándolo como trabajador, a "toda persona que se dedica, en forma habitual y continua a hacer viajes para vender mercaderías en cualesquiera lugares de la República, por cuenta y representación de una o más empresas, sea cual fuere su naturaleza, a cambio de una remuneración de cualquier clase o forma, y que por sí mismo no constituya una empresa comercial". El decreto considera, precisamente empresa comercial, al agente que estudiamos, no subordinado y que actúa "por su cuenta y riesgo".

29.—De ambos elementos, el de su relación "permanente" y el de "exclusividad" se derivan algunos aspectos que pasamos a ver.

30.—Según lo estudiamos, a pesar de ser la relación entre el agente y su principal, permanente, aquél no está subordinado a éste —nota esencial, esta no subordinación, en el contrato de agencia. Y no estando subordinado, no se le considera trabajador, puesto que él mismo es comerciante y constituye una "empresa mercantil".

(12) Mario Rotondi, op. cit., pág. 4.

31.—No siendo trabajador, no tiene, naturalmente, la protección laboral. Y por esa razón la legislación italiana, por ejemplo, ha establecido que el agente tiene derecho a indemnización para el caso de que el contrato sea resuelto por causa no imputable a él o para el evento de invalidez permanente y total del agente y aún en caso de muerte de éste, pasando entonces los derechos a los herederos.

32.—Ciertamente es que el Código de comercio de Costa Rica no legisla expresamente el caso, pero podría pensarse en la posibilidad de dar entrada a la indemnización mediante aplicación de los artículos 692 y 1023 del Código Civil de Costa Rica.

33.—La ley francesa⁽¹³⁾ también garantiza al agente una indemnización en caso de ruptura del contrato que no se deba a hecho suyo.

34.—El origen de tal protección radica en la circunstancia de que la clientela que el agente atrae al negocio es reunida con su esfuerzo particular, en aplicación de su "profesionalidad" en la materia, siendo tal actividad no subordinada al principal. Es, no sólo la clientela del negocio, sino también la clientela del agente. "Con algo más de audacia, la jurisprudencia habría podido reconocer al representante LA PROPIEDAD DE SÚ CLIENTELA", dice Ripert.⁽¹⁴⁾

35.—En cuanto a la "exclusividad", trae como consecuencia, cuando se ha convenido o viene impuesta por la costumbre mercantil, que el proponente no pueda emplear en la misma zona otros agentes en el mismo ramo de actividad del contrato, teniendo derecho el agente a la comisión aún de aquellos negocios que, aunque concluidos por el principal u otros subalternos suyos, lo hayan sido en la zona exclusiva del agente.

36.—La protección anterior tiene como corolario el que el agente deba actuar en ramo y zona determinados, únicamente para una empresa.

(13) Ley de 18 de julio de 1937.

(14) Georges Ripert, "Tratado Elemental de Derecho Comercial", TEA., Argentina, T° I, pág. 258.

37.—Ciertamente el Código de Comercio de Costa Rica no regula el caso, pero el Reglamento de Agentes viajeros citado (nº 15 de 12 de mayo de 1955) sí establece, en su artículo 19, esa prohibición:

"Artículo 19.—El agente no podrá, salvo convenio en contrario, concretar negocios por cuenta de más de un comerciante o industrial cuando aquellos versen sobre la misma mercadería específica".

38.—Con la disposición transcrita no queda cubierto, en todo caso, todo el fenómeno en forma expresa, pero debe interpretarse que se aplica la norma cuando hay "zona", únicamente dentro de ésta, pudiendo entonces el agente correr mercancías iguales en zona distinta para otra empresa.

b) Perfección del contrato celebrado con la cooperación de agente.

39.—Conforme al artículo 351 del Código de Comercio de Costa Rica, y a pesar del artículo 357 de esa ley, el pedido firmado por el cliente y el agente no perfecciona el contrato por cuanto, a pesar del artículo 357, repetimos, conforme al 351, "los contratos que celebran los agentes viajeros independientes, siempre lo serán "ad referendum" de modo que no se consideran firmes en tanto la casa principal no les de su aprobación. Una vez ratificado el contrato por la casa, obliga a ambas partes "como si personalmente hubieran contratado".

40.—Las mismas consideraciones se aplican al representante de casas extranjeras conforme al artículo 365 del Código de Comercio de Costa Rica, ya que el contrato queda firme, es decir, se perfecciona, con la ratificación de la casa.

Ahora trataremos de diferenciar esta figura de las demás que generalmente se consideran auxiliares y que podrían crear confusión.

c) Diferencias entre el agente y los demás auxiliares.

41.—Los auxiliares que hemos llamado personal incorporado de la empresa, se caracterizan por ejercer una representación directa

que les faculta para efectuar por sí mismos los negocios en los que el sujeto del interés es su principal. No así el agente, ya que los contratos que "consiga" para su principal, para perfeccionarse, requieren la ratificación de éste (arts. 351 y 365 del C. de C. de C. R.)

42.—Pareciera, por otra parte, que, por tanto, el artículo 357 del Código de Comercio de Costa Rica sería de aplicación únicamente para los agentes dependientes, puesto que el actuar en nombre del mandante y con poder de él, es contrario al tener que recibir ratificación del principal el negocio propuesto por su representante. Probablemente la confusión nació al regular conjuntamente bajo el título "agentes viajeros", los dependientes y los independientes, figuras completamente diferentes en aspectos esenciales.

43.—En todo caso, es claro que el agente, cuya actividad es únicamente intervención económica en el negocio ajeno, no se confunde ni con factor, ni con dependiente, ni con agente dependiente, ya que estos ejercen intervención jurídica en el grado de representación directa e intervención económica, según el caso.

44.—Por otra parte, si la actividad del representante de casas extranjeras queda sujeta a ratificación, conforme al artículo 365 del Código de Comercio de Costa Rica, es claro que no ostenta representación directa por lo que la denominación misma de "representante" resulta un poco impropia e induce a equívocos.⁽¹⁵⁾ Pareciera mejor la denominación "agente de casas extranjeras", pero el C. de C. de C. R. ha dado esta denominación, aparentemente, al agente dependiente de casas extranjeras (art. 359).

45.—Se diferencia el agente del corredor como figura pura en que aquél actúa por encargo y en interés de una parte, mientras que éste debe actuar independientemente de los intereses de ambas partes. Indudablemente la labor del agente es de mediación y procura el acercamiento entre su comitente y la otra parte, pero en interés de aquél, lo que no sucede con el mediador puro y simple, como está regulado en el Derecho italiano, por ejemplo. Además, el corredor recibe una remuneración de ambas partes y el agente sólo de una (su comitente), en el sistema italiano; el agente se diferencia del corredor del C. de C. de C. R., por la permanencia de

⁽¹⁵⁾ Rotondi, estudio citado, pág. 242.

la labor de aquél, que no se da en éste el que es buscado ocasionalmente y, fundamentalmente debe considerarse que la actividad del mediador suele ser contratada caso por caso y no para una contratación continua y en masa, como sucede con el agente.

46.—Y del comisionista se diferencia, porque éste actúa en nombre propio o ajeno, ejerciendo respectivamente representación indirecta o directa, o sea que el comisionista “sustituye” la voluntad de su representado; no así el agente que simplemente “coopera” con la voluntad de su comitente, en forma material o de hecho.

47.—Establecido lo anterior se puede afirmar que, económicamente, el agente es un mediador pero establemente al servicio de sus clientes. Su actividad es siempre la de intervenir económicamente en la fase de preparación del contrato, como en el caso del mediador, pero además, realizar una serie de actos materiales (presentación de documentos de pedido, facturas pro forma, etc.) preparatorios del contrato. (Tómese en consideración que el pedido, firmado por un cliente y un agente viajero independiente (art. 356, in fine, C. de C. de Costa Rica), y el contrato ad referendum realizado entre el cliente y el representante de casas extranjeras (art. 365 C. de C. de C. R.), son ambas declaraciones vinculantes de voluntad (declaración recepticia: basta la ratificación del principal para que el contrato se perfeccione)). Hay pues, en el agente, tanto como en el mediador, una intervención económica en el negocio ajeno, que lo caracteriza como un auxiliar, según se ha venido viendo.

VII — Agentes o corredores de aduana.

48.—El agente o corredor de aduanas del Código de comercio de Costa Rica no es ni un agente ni un corredor.

49.—El agente o corredor de aduana, conforme al artículo 375 del C. de C., actúa en todas las operaciones del embarque, desembarque, desalmacenaje o despacho de mercaderías, en nombre propio o ajeno. En consecuencia, no es agente —y técnicamente no debería llamársele así— puesto que su labor no consiste en promover contratos bajo remuneración y a favor de su preponente;

tampoco es corredor desde que su actividad no es la de acercar a presuntos contratantes.

50.—¿Qué es entonces esta figura tan mal denominada? El interrogante hay que contestarlo a la luz de las disposiciones del Código y con base en la actividad misma del agente de aduanas.

51.—La complejidad de los trámites aduanales tales como embarque, desembarque, desalmacenaje de mercancía, etc., obligan al comerciante a encargar tales actos a terceros que desempeñan una función especializada en ese sentido. Estos terceros, por su especialización, garantizan mayor rapidez y ahorro de tiempo en todo el proceso aduanal de importación y exportación, participando también, en la mayoría de los casos, en la financiación del pago de impuestos, tasas y demás gastos del caso. En tal sentido el agente de aduanas desempeña una labor de intervención en actos mercantiles del tipo descrito.

52.—Así, pues, el agente aduanal es una persona, física o jurídica, que profesionalmente, se dedica a desempeñar, en nombre propio o ajeno, pero por cuenta ajena y a comisión, encargos para la realización de actos de comercio, como son embarque, desembarque, desalmacenaje y despacho de mercancías.

Toda la actividad descrita se encuentra en la del comisionista y en tal forma deben ser tratados los agentes de aduanas:⁽¹⁶⁾ como comisionistas especializados en operaciones aduanales⁽¹⁷⁾.

Considerado el agente aduanal un comisionista se le puede tener, como a éste, como auxiliar.

(16) En el derecho francés la comisión tiene la amplitud misma del derecho costarricense: no es solamente, posible en actividades de compraventa, como sí lo es en Italia, sino que abarca toda negociación comercial. Por ello, la figura del que se encarga de todas las formalidades de entrada y salida de mercancía en las aduanas, es considerada un comisionista aduanal. Ver Ripert, "Traité Élémentaire de Droit Commercial", Ed. Pichon et Durand, Paris, 1960, T. 1º, pág. 81 y T. 2º, pág. 189.

(17) La situación variaría si la actividad del comisionista de aduana fuera impugnada como acto de comercio, problema que no se analiza aquí porque haría excesivamente extenso este trabajo. Es de hacer notar que parte de la doctrina, con bastante buen fundamento, se opone a la calificación de los actos que realiza el comisionista aduanal, como actos de comercio, por tratarse de actos ajenos a la comercialidad, del tipo mismo del pago de patentes, etc. Sin embargo, no debe pasarse por alto, que el comisionista aduanal no sólo realiza las operaciones fiscales y pagos correspondientes sino que también realiza todos los actos de contratación del transporte de las mercancías y otros.

53.—El artículo 272 del C. de C. de Costa Rica considera auxiliar el contabilista y el artículo 367 dice que es tal “el auxiliar que tiene a su cargo el manejo de la contabilidad, la conservación de los libros, facturas, correspondencia activa y pasiva y archivos en general”.

54.—Como hemos visto, estrictamente son auxiliares sólo aquellos colaboradores que, jurídica o económicamente, intervienen en los negocios del comerciante, es decir, que desenvuelven actividad jurídica en alguna etapa del negocio, ya sea ajeno jurídicamente, en cuanto pertenece al principal, a quien representan, o ya sea ajeno económicamente en cuanto quien lo ejecuta no pretende obtener un beneficio patrimonial, sino que éste irá al patrimonio del verdadero interesado: el principal.

55.—Del elenco de actividades del contabilista no se deduce que éste sea un auxiliar, pues su actividad es técnica y no interviene en los negocios de su patrono, ni jurídica ni económicamente. Como lo hace notar Garrigues,⁽¹⁸⁾ “no se aplica el concepto estricto de auxiliar a toda persona que presta servicios permanentes al comerciante. Quedan excluidos dos grandes sectores de servicios: los servicios científicos y técnicos (abogados, ingenieros, arquitectos, químicos, etc.) y, en el otro extremo, los servicios puramente materiales”, (criados, obreros, etc).

56.—Pareciera que el Código empleó, para la inclusión del contabilista entre los auxiliares, un criterio ampliativo un poco empírico y que, por ese camino se vendría a perder toda precisión técnica del significado de auxiliares en el derecho comercial. Porque por la misma vía que ha permitido la entrada a los contabilistas, podrían ingresar otros colaboradores, en sentido amplio.

Teóricamente, el contabilista, como hemos visto, no es un auxiliar.

(18) Op. cit., pág. 547.

57.—El Código de Comercio de C. R. de 1853 regulaba la actividad del conductor en los artículos 150 a 180, derogados posteriormente por ley de 26 y 29 de noviembre de 1909, de Transporte.

58.—Hoy, el C. de C. de 1964 incluye de nuevo “los porteadores” como auxiliares. Incluye los porteadores pero regulando, no la actividad de aquellos, sino el contrato de transporte (art. 323).

“Por el contrato de transporte el porteador se obliga a transportar personas, cosas o noticias de un lugar a otro a cambio de un precio”. El Código de comercio de 1853 considera conductor, para los aspectos de la ley comercial, únicamente a quien transportaba mercancías. Otras legislaciones, viendo en el ejercicio organizado del transporte como servicio a terceros una actividad mercantil en cuanto empresarial, han regulado la actividad de transporte no sólo de cosas, sino también de personas. El C. de C. de Costa Rica, vigente, va más allá y viendo, sin duda, en primer plano, la actividad desarrollada en empresa, considera mercantil también —y al lado del de cosas y personas— el transporte de noticias.

59.—Pero en toda la actividad de transporte que el Código regula, no se encuentra ninguna intervención, ni jurídica ni económica, en negocio ajeno. No interviene el transportista, en ningún sentido, en la realización de contratos, por ejemplo, de interés para el cargador o para el destinatario.

Toda su actividad es material y al margen de la que hemos considerado propia del auxiliar en sentido estricto. El artículo 180 del Código de comercio anterior regulaba aspectos de la actividad del expedicionario, o comisionista de transportes, figura que sí constituye un tipo de auxiliar. Hoy, el Código no regula el caso a propósito del transporte por lo que ni por ese lado puede considerarse al transportista como auxiliar.