

LOS AGENTES DE COMERCIO, LOS COMISIONISTAS Y LOS MEDIADORES MERCANTILES COMO SUJETOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

SUMARIO: Introducción. I. El comisionista, el agente de comercio y el intermediario mercantil. II. Derecho del trabajo, fuerza expansiva y subordinación jurídica. III. El agente de comercio como trabajador. IV. El "comisionista" como trabajador. V. El "intermediario mercantil" como trabajador. VI. Necesidad de un régimen jurídico especial para los trabajadores con salario en forma de comisión. VII. Únicas excepciones a la aplicación del derecho del trabajo.

INTRODUCCIÓN

Benedicto Croce cuenta en una preciosa obra que la historia del mundo es la historia de la libertad del hombre, de las hazañas del hombre para alcanzar la libertad que en diversas formas le ha sido arrancada y que poco a poco ha ido recobrando, buscando alcanzar su "estado de naturaleza" perfecto o bien su completa desenajenación del hombre y de las cosas.

Pues bien, el derecho del trabajo busca emancipar al hombre del imperio de las cosas, que convertidas en capital habían querido imponerse y hacer girar la vida humana en su derredor, sujetándola a sus caprichos y explotación; la nueva concepción humanista en el derecho, que arranca con el surgimiento de la disciplina laboral, la cual rompió los moldes tradicionales que habían encajonado durante mucho tiempo las relaciones jurídicas, ha proyectado a la humanidad, como diría con gran visión Gustavo Radbruch, a la búsqueda de un derecho social del porvenir.

En México, al igual que en muchos pueblos hermanos iberoamericanos, ha cobrado gran importancia y se ha formado con gran rapidez el derecho del trabajo, el que se contempla como un instrumento del hombre para suprimir la injusticia creada por el sistema capitalista, imponiendo el respeto a la dignidad de la persona humana y persiguiendo una justa distribución de la riqueza; la tradición en este aspecto ha sido muy honda, la Constitución Mexicana de 1917 marcó por primera vez en el mundo una ruta por la que deberían de transitar las nuevas generaciones, fruto óptimo de estas ideas es la Ley Federal del Trabajo mexicana de 1º de mayo de 1970, misma en la que se incorporó, entre otras importantes reformas jurídicas, la teoría de la relación de trabajo y como trabajo especial a los agentes de comercio, con lo que se inicia una nueva posición frente a la comisión mercantil, que

augura una reforma profunda, en la cual prepondere la relación laboral sobre el contrato mercantil, y en la cual, no afecte dicha conclusión el que el trabajador represente al dueño del establecimiento o negocio, como ocurre en otras situaciones similares, sólo dándole un carácter peculiar que motiva un régimen jurídico especial.

En pocas situaciones, dos disciplinas jurídicas, y en cierta forma, dos ramas del derecho, se han enfrascado en una discusión tan apasionante sobre la aplicación de determinados principios e instituciones excluyendo a otros, como ocurre en el tema que analizamos.

Por un lado, el derecho privado de corte individualista que contempla al hombre como un *homo economicus*, proclamándole como sus únicos ideales lo útil y el ánimo de lucro, tiene como principal conquista el haber creado un orden jurídico autónomo de los comerciantes, que motivó a Gustavo Radbruch a señalar que "el derecho mercantil, al menos en la época del individualismo, ha actuado siempre, sucesivamente, como vanguardia y avanzada del orden jurídico privado general", y en donde se reafirmó el principio de la autonomía de la voluntad en forma más profunda que en el derecho civil, pues el comerciante podía modelar sus relaciones jurídicas a su gusto, en la forma que quisiera pactar como consecuencia de sus propias necesidades, existiendo un mínimo de derecho imperativo o taxativo, llegando incluso el ingenio del comerciante a evadirlo mediante nuevos procedimientos y combinaciones. Así fue como triunfó, por ejemplo, en contra de la prohibición del interés del dinero por el derecho canónico, logrando tras de una lucha gigantesca a fin de cuentas superarla. De lo anterior, es fácil explicarse el por qué, so pretexto de la intervención de un comerciante o de la actividad o tráfico mercantil, trató de crear un derecho que excluyera a las figuras jurídicas creadas o reguladas por otras disciplinas jurídicas, así creó una compraventa mercantil, un depósito mercantil, una permuta mercantil, un mandato mercantil y otros contratos, por lo que se refiere al derecho del trabajo, a los empresarios y trabajadores los reguló como factores y dependientes, y trató de excluir de la protección laboral a algunos sujetos que denominó comisionistas o agentes de comercio, siendo precisamente la lucha librada en contra de esta corriente, el objeto de nuestra ponencia, cuya finalidad es precisar en qué situaciones existe una verdadera relación de trabajo, sin que la llegue a afectar la terminología mercantil que se pudiera utilizar en un determinado momento, pues se debe atender a la naturaleza de las cosas y no a la denominación que pretenda utilizarse.

I. *El comisionista, el agente de comercio y el intermediario mercantil*

Las figuras del comisionista, agente de comercio, o mediador mercantil en muchas ocasiones no han estado debidamente precisadas en su uso coti-

diano, llegándoseles a confundir, pues a toda persona que no recibe un sueldo fijo sino que depende de una prima o "comisión" sobre los productos que vende o coloca en el mercado, se le denomina genéricamente como comisionista, siendo que en puridad ello no corresponde al concepto jurídico; esta es la razón por la cual consideramos conveniente precisar dentro del derecho mercantil, qué se entiende por cada uno de estos conceptos, para que con posterioridad podamos señalar las transformaciones que ha sufrido dicha relación jurídica formada.

El precursor más remoto del actual comisionista lo encontramos en la persona que viaja a un país extranjero y admite de sus compatriotas, mercancías que lleva consigo para venderlas durante su viaje, obteniendo una determinada retribución con ese servicio, que era lo que vino a constituir el antiguo contrato de *commenda*. En sus orígenes, este viajero y al propio negociante por cuenta ajena, solía ser un servidor o empleado del comerciante lejano de quien recibía el encargo (comisión) y a quien ayudaba en esta forma a celebrar sus operaciones comerciales más allá de las fronteras de su país; años más adelante, este viajante se hace estable y empieza a realizar su actividad, consiste en realizar operaciones mercantiles por cuenta de otros comerciantes.

Así fue como la legislación mercantil reguló a la comisión como un contrato mediante el cual una persona, generalmente comerciante, a cambio de una retribución, se obliga a concluir con terceros, en nombre propio pero por cuenta ajena, negocios de comercio; y si bien se habló del comisionista como comerciante, era principalmente porque en dicha época existía una empresa de comisiones, teniendo una sede de ejercicio propia y medios adecuados para la realización de su objetivo.

De las transformaciones que ha sufrido en muchos años la figura del comisionista tradicional, explica el surgimiento de otras figuras con las cuales se llegó a confundir, y que la doctrina mercantil trata de diferenciar; nos referimos a los mediadores y agentes de comercio, que si bien en aquella época todos tenían la característica común que consistía en que realizaban sus actividades en forma independiente y no subordinada, y además fuera de la empresa, también existían características propias de cada una de estas instituciones con las cuales se distinguían, entre las que destacan principalmente las siguientes:

a) El comisionista se distingue del intermediario en que este último aproxima a las partes y permanece extraño al contrato, en cambio el primero trata y concluye directamente el negocio, y dado que lo hace en nombre propio, adquiere él sólo los derechos derivados del contrato, como asimismo queda vinculado por las obligaciones relativas, si bien el resultado de la operación viene a recaer sobre el comitente por cuya cuenta ha estipulado.

La figura del agente de comercio, entendida como aquella persona habi-

tualmente dedicada, por cuenta de la empresa, a realizar operaciones mercantiles fuera de la misma, tratando de colocar los productos de su empresario, esto es, proveyéndolo de clientes, es una figura muy reciente, ya que fue creada en el Código de Comercio Alemán de 1898, el cual los definía en su artículo 84 como aquellos, que sin ser empleados, están encargados permanentemente de proporcionar negocios para la empresa de un tercero o de contratar en su nombre, imponiéndosele la obligación en la ejecución de su encargo de defender los intereses del principal con la atención de un comerciante cuidadoso. Efectivamente, la doctrina alemana contempló al agente como un comerciante autónomo y no podía ser de otra manera ya que el agente de comercio en Alemania era propietario de una empresa y, en consecuencia, patrono de sus empleados.

La doctrina mercantil tradicionalmente ha considerado a los agentes de comercio y a los comisionistas como auxiliares mercantiles, concepto con el que se señala a aquellas personas que ejercen una actividad con el propósito de realizar negocios comerciales ajenos o facilitar su conclusión, pero que no se encuentran subordinados al comerciante.

Sin embargo, en últimas fechas se ha hecho una distinción dentro del mismo derecho mercantil en el sentido de que el representante mercantil puede ser un auxiliar del comerciante, y que por lo tanto se encuentra subordinado a él de la misma forma que los factores, los dependientes y demás trabajadores de una negociación, y que por el contrario, el comisionista es un auxiliar del comercio, al realizar su actividad en forma autónoma, de la misma forma que lo hacen los corredores públicos.

El Código de Comercio Mexicano solamente reconoció las figuras de la mediación y de la comisión mercantil, e implícitamente, de su texto se puede desprender determinadas disposiciones aplicables a los agentes de comercio, como originalmente se les concebía, esto es, dueños de empresas de servicios de comisión mercantil, lo anterior se corrobora en la fracción X del artículo 73 del mencionado código, que considera actos de comercio a las empresas de comisión, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de venta en pública almoneda. A diferencia de la doctrina mercantil, no se distinguió entre mandato mercantil y comisión, según se actuara en nombre propio o no, englobando a las dos figuras dentro de la comisión mercantil.

Si bien es cierto que existía originalmente una corriente que preponderó durante mucho tiempo, que excluyó a los agentes y comisionistas mercantiles de los beneficios del derecho del trabajo, argumentando principalmente que era una relación regulada y propia de la legislación mercantil y no laboral, esa postura se ha abandonado actualmente, considerando que en ella se ha presentado un fenómeno de la expansión del derecho del trabajo.

Lo anterior es muy importante, pues en México con el nombre de contratos de comisión mercantil, se celebran verdaderos contratos con agentes de comer-

cio, con el pretexto de que esta última figura entendida como persona individual y no como empresa o persona moral, no se encuentra reconocida ni regulada jurídicamente, dando lugar a confusiones que es necesario resolver.

II. Derecho del trabajo, fuerza expansiva y subordinación jurídica

El nacimiento del derecho del trabajo trajo consigo una nueva concepción del hombre por el derecho, en el cual el orden jurídico se convirtió en un derecho por y para los hombres; podemos convenir que el derecho del trabajo enfrentándose al estilo materialista de vida del mundo capitalista y burgués, se mostró rebelde a las leyes naturales de la economía, persuadiendo al hombre para que no se dejara gobernar por ellas y con ello, que dejara de ser tratado como mercancía, logrando que el hombre se diera cuenta que era el motor que mueve la historia, actor y autor de su propio drama.

Por su propia naturaleza, el derecho del trabajo tiene un dinamismo y una movilidad que le dan un carácter propio, a tal grado que George Levasseur señaló que: "las condiciones del trabajo evolucionaron menos en los veinticinco siglos que precedieron al maquinismo y a la industria que en los cincuenta años posteriores a su aparición". Esta característica, junto con su naturaleza proteccionista o tuitiva ha motivado una fuerza expansiva que se contempla tanto en su contenido como en los sujetos que ampara; en su contenido porque surgiendo en el siglo pasado como un derecho obrero proteccionista de mujeres y menores, con pocas instituciones, como limitación a la jornada de trabajo y pago del salario justo, los dos motores que impulsaron la creación de una nueva disciplina, la creatividad proteccionista no se detuvo allí, ni sólo en poner límites al poder omnipotente del empresario del siglo pasado, sino atemperó las injusticias del sistema capitalista a través de la aplicación de una justicia distributiva y ya no sólo sinalagmática; así vemos cómo se ha tejido una red de prescripciones jurídicas de muy variada índole que tienen como común denominador la protección de la salud y el trabajo, que es tanto como decir la realización de un derecho a una existencia digna de la persona humana.

La otra forma en que se nos presenta la expansión del derecho del trabajo, lo podemos contemplar en la aplicación de sus disposiciones a cada vez mayores sujetos y relaciones jurídicas y que ha arrebatado al derecho tradicional, como el civil y el mercantil, y aun a nuevas disciplinas como el derecho administrativo, convirtiéndose, a diferencia del siglo pasado en el que era un derecho de excepción, en el derecho común de toda relación jurídica en que se preste un servicio personal por una remuneración, existiendo una presunción *juris tantum* en ese sentido, por lo que ahora la carga de la prueba en

contrario a dicha presunción corresponde a las otras disciplinas jurídicas que vienen a ser el derecho de excepción en las relaciones en que existe una prestación de servicio. Así fue como de un derecho obrero se ha transformado en un derecho del trabajo o laboral.

A la expansión actual del derecho del trabajo coadyuva en gran medida la teoría de la relación de trabajo, la cual tiene como supuesto indispensable: la plena autonomía del derecho del trabajo, y como propósito: la protección inmediata y automática de la persona del trabajador desde el momento mismo en que se inicia el servicio, sin ponerse a discutir el acto que le dio origen.

Ahora bien, las características de la relación de trabajo son, además de dos personas o sujetos de la relación, una prestación de un servicio por una remuneración y que la prestación del servicio personal sea subordinado; si bien los primeros podrían existir en el servicio autónomo que generalmente es regulado por otras disciplinas, el segundo es propio sólo de la relación laboral y es lo que motiva la aplicación del derecho del trabajo. De lo anterior se desprende que lo esencial es el estado de subordinación, una relación jurídica de poder, como dice Jacobi, para configurar la relación regida por el derecho del trabajo; subordinación entendida en el sentido de Mario de la Cueva, como "el deber jurídico del trabajador de prestar el servicio de conformidad con las disposiciones vigentes en la empresa y con las instrucciones que en cualquier tiempo dicte el empresario, siempre que en este último caso no se contravengan los mandamientos legales ni se agrave la condición del trabajador", poder que no necesariamente se hace sentir materialmente, sino aun en la simple posibilidad normativa de hacerlo sentir si lo desea, variando de intensidad según las diversas relaciones que se pueden formar y según se crea conveniente imprimir, cuando se crea necesario, una cierta dirección a la actividad ajena, la cual lleva consigo la responsabilidad del proceso económico y la creación de un riesgo de la cual la empresa resulta la única responsable.

Antes de continuar, es preciso señalar que si bien algunos juristas consideran que la prestación de un servicio subordinado no es necesario para la aplicación de las normas de derecho laboral, pues basta la prestación de un servicio a cambio de una remuneración, para la aplicación del mismo ante los fenómenos de fuerza expansiva del estatuto que contemplan, se debe precisar que, por un lado, no han demostrado la conveniencia de aplicar el derecho laboral al trabajo autónomo, ya que los ejemplos que utilizan son propios del derecho de la previsión o seguridad social y no propios de nuestro estatuto, y por otro lado, el planteamiento del problema es a la inversa, pues el derecho del trabajo no ha roto con su naturaleza proteccionista del hombre que se ve obligado a prestar un servicio a otro en forma subordinada para subsistir, que incluso ha motivado que Manuel Alonso Olea considere que más que subordinación se debe hablar de "ajenidad", o sea trabajar

por cuenta ajena, sino que lo que ocurre es que estamos presenciando un cambio en la forma de prestación del servicio debido a muy distintos fenómenos económicos y sociales que han ocasionado que algunas formas de trabajo que siempre se caracterizaron como autónomas o no asalariadas, se hayan transformado en subordinadas y por lo tanto reguladas por el derecho del trabajo.

En el problema del comisionista mercantil y del agente de comercio ha brindado una brillante oportunidad para demostrar la conveniencia de la aplicación de la teoría de la relación de trabajo, ante las modificaciones que se han operado en dichas figuras, las que debemos precisar para resolver cualquier duda que pudiera surgir sobre el particular y hasta dónde llega la aplicación del derecho del trabajo en dichas situaciones.

III. *El agente de comercio como trabajador*

En los inicios del derecho del trabajo, con los primeros intentos de independizarlo del derecho privado y de los juristas tradicionales de mantenerlo dentro del mismo, vimos intentos técnicos muy interesantes para explicar dentro del contractualismo jurídico el fenómeno laboral, empleando las figuras del arrendamiento o alquiler, compraventa, sociedad, mandato y otros, aunque sin mucho éxito ante la corriente del pensamiento jurídico que no podía contemplar al trabajo humano como mercancía o cosa.

Si bien es cierto que en aquella ocasión se señaló que la relación laboral no podía ser explicada por el contrato de mandato, no tanto por faltarle a aquella gratitud, pues a diferencia del derecho romano, en la actualidad el mandato puede ser oneroso, si porque en el mandato sólo se obliga una de las partes a realizar actos jurídicos, en cambio en la relación laboral preponderan los materiales, además que el trabajador labora por cuenta ajena, pero no a nombre de otra persona, como ocurre en el mandato; también es igualmente cierto que si en ese momento fue suficiente para resolver el problema planteado, faltó señalar que ello no implicaba un abismo infranqueable entre las dos relaciones jurídicas, pues la realización de un acto jurídico implica un trabajo que debe ser remunerado, y en algunas situaciones, cuando se presta en forma subordinada, debe ser regulado por el derecho del trabajo, siendo la representación solamente un elemento accesorio.

Partiendo de lo expuesto con anterioridad, es fácil comprender el por qué los comisionistas, agentes de comercio e intermediarios mercantiles pueden ser trabajadores, sin que afecte su naturaleza que la legislación mercantil además por las operaciones del tráfico mercantil efectuadas le den ciertas consecuencias jurídicas por la representación que tienen; *dependiendo la aplicación del derecho laboral, por los principios de la teoría de la relación de*

trabajo, de la naturaleza de la prestación del servicio desempeñado y no de la denominación o incluso de la intención de las partes al celebrar el acto.

El camino recorrido en este sentido no ha sido fácil, fueron varias las controversias que se fueron resolviendo poco a poco, como la de si la categoría de comerciante excluía a la de trabajador, concluyéndose al respecto que ambas cualidades no se contraponen, ya que el hecho de que un trabajador declare que además de prestar servicios a determinado patrono, es a la vez comerciante, no es obstáculo para considerarlo como trabajador, al no existir contraposición en ello.

Dentro de la postura contractualista en materia laboral, se llegó a discutir si el contrato de mediación mercantil, el de comisión o el de agentes de comercio podrían tener ciertas características que los acercaran al derecho del trabajo, considerando en principio que ante los típicamente mercantiles como los dos primeros de los citados, sólo sería discutible el de agentes de comercio al haber sufrido una transformación profunda derivada de las nuevas exigencias del comercio y de la industria en masa, que han hecho que si originalmente el agente de comercio era empresario, en la actualidad se haya convertido en empleado. A pesar de ello, las tres figuras de intermediación mercantil, serán objeto de nuestro estudio, para precisar si se puede dar relaciones de trabajo subordinado.

En su origen el agente de comercio surgió diferenciándose del mediador, en que éste es árbitro en el combate económico que es la celebración de un contrato, en cambio el agente es parte del mismo combate; respecto de los demás auxiliares del comerciante en que éstos no son empresarios, o sea, no aportan capital ni sufren riesgos de la empresa y el agente sí; y por lo que se refiere al comisionista en que a éste le falta la permanencia con que trabaja el agente de comercio (aunque es conveniente precisar que comisionista y agente son difícilmente diferenciables por su proximidad en determinadas legislaciones, como la mexicana y la española); y respecto de los dependientes y demás trabajadores en que, no era trabajo personal subordinado. Sin embargo, la mayoría al dejar de ser empresarios o dueños de una empresa o establecimiento, al realizar personalmente el trabajo, las diferencias que citamos se han atenuado y en algunos casos han desaparecido.

Lorenzo Mossa, dentro del derecho mercantil, llegó a señalar que "La tradición, con la separación del mandato respecto del tipo civil, ha conducido a una disciplina del mandato, que se convierte, sin embargo, en una hoja seca cuando sobreviene el derecho moderno del trabajo. El mandato mercantil, orgánico o profesional, ha servido en forma híbrida para estampar el contrato de empleo de la empresa"; y ello es consecuencia de que comisionista o agente de comercio podrán obrar en nombre de su comitente o en nombre propio, pero siempre gestiona por cuenta de aquél; su voluntad no es más que una especie de prolongación de la voluntad de su mandatario, pues

si éste hubiera podido gestionar el negocio, lo habría hecho en la forma en que lo ejecuta el comisionista, el cual sólo viene a suplir su ausencia o la imposibilidad en que se halla de practicar en persona ciertas gestiones que realiza el comisionista conforme a lo señalado, con lo que no en pocas ocasiones convierte al comisionista o agente mercantil en un verdadero trabajador sujeto a protección del estatuto laboral.

Sin embargo, se siguió argumentando que existe un comisionista que no puede ser considerado como trabajador, por un lado, por la falta de una verdadera subordinación jurídica y por otro lado, en principio por no encontrarse por su esporadicidad la conveniencia de la aplicación del estatuto laboral; las características de ese comisionista mercantil en puridad, son:

- a) Que el cumplimiento del contrato se manifiesta mediante un acto o una serie de actos, que solamente de manera accidental crean dependencia entre el comitente y el comisionista.
- b) Que la duración está limitada al tiempo que es necesario emplear para la ejecución de los actos; y
- c) Que los actos verificados por el comisionista deben ser precisamente actos de comercio.

Por el contrario, cuando el contrato mercantil, creaba una relación jurídica permanente, no para actos concretos y precisos en el tiempo, que hacía la diferencia entre los agentes de comercio, y los comisionistas propiamente dichos, esa situación motivaba la aplicación del derecho del trabajo, como empezaron a reconocer ciertas legislaciones en varios países.

La primera en abrir la brecha en este sentido fue la legislación francesa, primero con intentos de hacerlos sujetos de protección contra accidentes de trabajo y desde el 18 de julio de 1937, mediante adiciones de los artículos 29-K y 29-L del Código Francés de Trabajo, se consideró a los viajantes de comercio como trabajadores, al considerar que sí se daba un vínculo de subordinación jurídica con su patrono, al fijar éste: a) la naturaleza de las mercancías por vender, así como la manera de realizar dicha venta; b) la región donde debe ejercer su actividad; y c) la tarifa de la remuneración o comisión que le corresponde como sueldo. No existiendo relación de trabajo sólo en el caso de que el agente sea empresario, o sea, dueño de la empresa.

Otros países igualmente legislaron al respecto, entre los que destacan España (reforma de 21 de julio de 1962 al artículo 6º de la Ley del Contrato de Trabajo); Colombia (Código Sustantivo del Trabajo de 1951); y Argentina (Ley 14/546 de 29 de septiembre de 1958).

La doctrina en derecho del trabajo igualmente se ha inclinado en este sentido, considerando que la mayor parte de los agentes de comercio son trabajadores y que sólo una minoría no lo son al ser empresarios. Respecto

de los trabajadores agentes de comercio se dan principalmente las siguientes características:

- a) Se les señala lineamientos fijos en el desempeño de su gestión, que viene a ser la subordinación;
- b) Deben prestar su servicio en forma habitual o con permanencia;
- c) Deben carecer de negociación o empresa propia;
- d) Obran en nombre propio y por cuenta ajena;
- e) No quedan obligados personalmente a responder de las operaciones ni de sus resultados;
- f) Pueden prestar sus servicios indistintamente a varios comerciantes; y
- g) Reciben por los servicios realizados un salario en comisión, aunque en algunos casos se fija un sueldo mínimo.

La culminación de la corriente en este sentido, la vino a representar la Ley Federal del Trabajo de México de 1970, la que en el artículo 285 precisó que “los agentes de comercio, de seguros, los vendedores, viajantes, propagandistas o impulsores de ventas y otros semejantes, son trabajadores de la empresa o empresas a las que presten sus servicios, cuando su actividad sea permanente, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas”. Dicha fórmula concluyó con una serie de controversias que se venían presentando ante los tribunales laborales, a pesar de que la jurisprudencia uniforme ya había resuelto desde mucho antes el problema.

Con lo anterior, aparentemente se excluyó la posibilidad de que los comisionistas pudieran ser considerados como trabajadores, pues faltaría el elemento permanencia o habitualidad que tienen los agentes de comercio, pero independientemente del nombre que se le dé al contrato, inclusive pudiera denominarse de comisión mercantil, se aplicará el derecho laboral, siempre que exista un trabajo permanente que permita la configuración de la subordinación jurídica, con una duración indefinida o por tiempo determinado, independientemente del necesario para realizar el acto materia del contrato, situación que no acontece técnicamente hablando con la comisión mercantil, que se manifiesta en un acto o una serie de actos que sólo accidentalmente crean dependencia entre comisionista y comitente.

Y decimos que aparentemente, pues ya alejados de las teorías contractualistas, basta que se preste un servicio personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario, para que se aplique el derecho laboral, cualquiera que sea el acto que le dé origen, como se señala en el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo mexicana, por lo que un comisionista se puede

convertir en trabajador según sea la forma de prestación del servicio, a pesar de que en el contrato se haya señalado otra situación, o en un principio haya actuado como verdadero comisionista, pues por el carácter imperativo de nuestra disciplina, los pactos en contra de su aplicación son nulos.

IV. El "comisionista" como trabajador

El objeto de la comisión mercantil es facultar al representante para que actúe ante terceros en interés y por cuenta del comitente, y en algunas ocasiones se une a dicho pacto el encargo de obrar a nombre de ellos. Comisión y representación no se deben identificar, pues son dos negocios jurídicos distintos si bien no excluyentes; mediante el primero, que es un pacto o contrato que liga a dos partes, se concreta a actos de gestión de carácter interno, consistente en una prestación de servicios del comisionista al principal, en cambio, la representación, implica una autorización, en cierta forma una relación jurídica unilateral, y la ejecución de una actividad jurídica externa del agente, no frente al principal, sino frente a terceros. Esta es la razón por la que la comisión puede ser o no representativa, o sea, puede obrar a nombre del comitente o a nombre propio, pero siempre en interés ajeno, como ocurre en la relación de trabajo.

Por lo tanto, relación de trabajo y representación pueden coincidir y coexistir, pues si ésta es sólo un medio para llevar a cabo por una persona sus actividades subordinadas, no afecta su naturaleza o categoría de trabajador dicha situación, como ocurre con los gerentes o directores de una empresa y los dependientes de un negocio mercantil, mismos que también llegan a tener representación.

En cambio, relación de trabajo y comisión mercantil en principio son excluyentes, por lo que si se da la primera rompe a la segunda y viceversa, habiendo necesidad por lo tanto de precisar cuándo estamos frente a una en puridad y cuándo frente a otra, únicamente precisando que siempre existe una presunción de estarse frente a una relación de trabajo cuando existe la prestación de un servicio personal por una remuneración, y que corresponderá a la parte que afirma que es una comisión mercantil, figura de excepción, comprobar que se encuentra en esa hipótesis, aplicándose, por ser precisamente excepción, en términos restringidos sin poderle dar una amplitud más allá de la debida.

La comisión mercantil es el mandato aplicado a "actos concretos" de comercio (Código de Comercio mexicano) o la realización de "un acto u operación de comercio" (Código de Comercio español); surgiendo de ello una serie de discusiones doctrinales sobre interpretación de si existe contradicción en ambas definiciones, o si se están refiriendo a la misma figura con los mismos caracteres, aunque utilicen terminología distinta.

En el derecho mexicano, Jorge Barrera Graf (*La representación voluntaria en derecho privado*), es de la opinión que la comisión mercantil no puede restringirse a un sólo acto individual y concreto, sino que puede comprender varios de ellos y puede también concretarse, dentro de dicho o dichos actos, a una operación aislada, o bien, conceder facultades amplias y generales respecto al acto o actos a que la comisión se refería.

Sin entrar a la discusión de si se podría pactar en una comisión la realización de actos determinables aún no determinados, a la ejecución de varios actos especificados y comprendidos en el mismo género o categoría estipulada (por ejemplo: comisión de compras, de ventas, de transportes, de seguros y otras), misma que no afectaría la aplicación del derecho del trabajo por su carácter imperativo, es conveniente precisar que la comisión mercantil sólo es para celebrar un solo acto o una serie de actos concretos, o sea, una operación precisa y determinada, la cual una vez realizada concluye el convenio, siendo además, por ser un "mandato" mercantil, necesario que sean actos exclusivamente jurídicos los que el comitente le encarga.

Y esto se debe a que el comisionista debe proceder de conformidad a lo que su comitente le diga, situación que incluso se señala en normas de derecho positivo, como el artículo 286 del Código de Comercio mexicano, entre otros, al disponer que "El comisionista, en el desempeño de su encargo, se sujetará a las instrucciones recibidas del comitente, y en ningún caso podrá proceder contra disposiciones expresas del mismo", por lo que se da en forma permanente o habitual la prestación del servicio por el llamado comisionista, y no en actos concretos, estaríamos frente a una relación de trabajo por prestarse jurídicamente en forma subordinada. Si bien podríamos aceptar que al realizar un acto o una serie de actos accidentalmente se puede crear formalmente una dirección, sólo por el tiempo necesario para la ejecución de dichos actos, y de que se pueden exigir que se rindan cuentas periódicamente, ello no implica necesariamente subordinación jurídica, pues la relación laboral por su propia naturaleza es de ejecución continuada o periódica, en el que hay una prestación de servicio única, pero que se da ininterrumpidamente, o sea, utilizando una expresión de Messineo, se "dilata" el contrato, para que se pueda producir el efecto querido por las partes y satisfaga la necesidad (durable o continuada) que les indujo a contratar.

El comisionista puede ofrecer sus servicios al público, con lo que sería un trabajador libre, de la misma forma que los profesionistas liberales, y si bien reciben instrucciones precisas sobre lo que quiere el comitente, pero inmediatamente después queda confiado el negocio a su iniciativa propia, y esto no es subordinación jurídica para aplicar el derecho del trabajo.

Esta situación ya se precisaba desde hace mucho tiempo en la doctrina italiana, en donde Ferruccio Pergolesi (*Diritto del Lavoro*), señalaba: "... el mandante puede dar instrucciones al mandatario y puede pedir noticias sobre

la marcha del trabajo a él inherente, sin que con ello venga a crearse la situación de subordinación jerárquica y disciplinaria, que es propia de la relación de trabajo"; y por otro lado, Bortolotto (*Il contratto di lavoro e di impiego privato* en "Diritto del Lavoro", 1935), también precisó que "... el elemento diferencial típico entre el empleo privado y el simple mandato comercial consiste en el vínculo de subordinación que liga el empleado al empleador y que no existe entre mandante y mandatario; en tanto el empleador tiene el poder de imponer órdenes, el mandante da al mandatario simples instrucciones".

Efectivamente, la subordinación como ya dijimos es una relación jurídica que se crea entre el trabajador y el patrono, en virtud de la cual el primero se obliga en la prestación del servicio, a cumplir sus obligaciones e indicaciones dadas o que se pueden dar por el segundo para el mejor desarrollo de las actividades de la empresa, siendo propia de aquellas situaciones en que el propietario del capital emplea trabajo humano que no puede, en muchas ocasiones, desempeñar por sí mismo. En el mandato no se crea una situación pasiva de obediencia a lo largo de la prestación del servicio a pesar de que el contrato se ejecuta de acuerdo con la voluntad e instrucciones del mandante, subordinación que sólo accidental o esporádicamente se podría presentar.

La subordinación jurídica no se da en realidad en actos aislados o esporádicos, en los cuales no se presta un servicio que se encuentra a disposición del patrono en todo lo concerniente al trabajo estipulado, por lo menos, no se podría en realidad apreciar y no se encontraría la conveniencia de regular tales relaciones, aceptar lo contrario, dentro de una interpretación literal y formalista, llegaría a los extremos de pensar que la persona que entra a un restaurante y da determinada instrucción al mesero crea una relación laboral, o bien en el caso de un usuario respecto del taxista, o en general la circunstancia de que la clientela de un negocio ordene al trabajador la forma en que debe realizar su trabajo, situaciones que evidentemente no contemplan el derecho del trabajo y que no es su pretensión regular cuando habla de subordinación jurídica. Tan no se puede estar de acuerdo con esta interpretación formal que no se puede explicar o aplicar el derecho del trabajo, como derecho de clase en esas situaciones, encontrando que los únicos beneficios que se podrían aplicar en todo caso, son propios del derecho de la seguridad social.

En el contrato de comisión mercantil, los poderes e instrucción del comitente se limitan al contenido del acto jurídico a cumplir. Por el contrario, en la relación de trabajo, el asalariado pone el esfuerzo de su trabajo a disposición del patrono y se coloca enteramente bajo su dependencia. El patrono decreta las horas de trabajo, los medios de ejecución, da sus instrucciones, ejerce un contralor en el curso del cumplimiento de la tarea. Esta

noción de la subordinación permite sobre todo distinguir las dos relaciones, si se remonta a la noción de la aceptación de los riesgos, que domina al empleador en la relación de trabajo.

De lo anterior se desprende que cuando la prestación del servicio del llamado comisionista se prolonga en el tiempo, esto es, se convierte en permanente en el sentido de que su duración es firme, constante, perseverante en el ánimo, en las resoluciones y en los propósitos, estamos frente a una relación de trabajo, caso en el cual es conveniente señalar que el comisionista en puridad deja de ser tal y se convierte en un agente de comercio, el cual ya estudiamos con anterioridad, pues se presta un servicio personal subordinado cuya duración es indefinida o por tiempo determinado, independientemente del necesario para realizar el acto materia del contrato.

Ahora bien, permanencia de que hablamos es lo opuesto a accidental, caso este último en el cual sólo se repetiría si concurrieran circunstancias especiales; en cambio un servicio puede ser permanente no sólo si se presta día a día, sino también cuando se presta de manera uniforme, en periodos de tiempos fijos.

Así, podría suceder que una persona en un contrato llamado de comisión mercantil si sólo ejecuta un acto jurídico o una serie de actos jurídicos concretos de comercio, motivada su contratación por situaciones accidentales o esporádicas, que no se traducen en una permanencia o una necesidad de prestar el servicio continuamente, no será trabajador y se registrará la relación por el derecho mercantil exclusivamente. Por el contrario, si existe permanencia en la prestación, que se traduce no sólo en continuidad día a día caso en el que se convertiría en agente de comercio, sino en repetición constante de los actos o contratos celebrados y que traducen la necesidad del servicio personal para la empresa o establecimiento, estaremos en estos casos frente a una relación de trabajo.

Se podría señalar que en esto último, aparentemente no existe la conveniencia de aplicar el derecho del trabajo, sin embargo analizando con cuidado la situación podemos llegar a la conclusión de que el distingo puede ser importante para la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, o bien, para el caso de preferencia en la contratación respecto de otras personas que no hayan prestado trabajos a la empresa con anterioridad, como es el caso que se señala en el artículo 158 de la Ley Federal del Trabajo mexicana; además de las prestaciones que podrían derivar de la antigüedad en la empresa, del derecho a participar utilidades y en general aquellas prestaciones procedentes derivadas de la naturaleza del derecho del trabajo como derecho de clase.

En la comisión mercantil se puede obrar por el comisionista en nombre propio o en nombre de su comitente, es decir, puede tener o no la representación del comitente aunque siempre en interés de éste; pero esta situa-

ción no afecta en absoluto su naturaleza jurídica de relación de trabajo en los casos que precisamos con anterioridad, pues el obrar a nombre propio puede ser una de las directrices señaladas por el patrono dentro de la subordinación jurídica que se puede dar, por otro lado conviene dejar establecido una vez más que no existe incompatibilidad entre la representación y el carácter de trabajador, así como también no existe incompatibilidad entre la función mercantil y el derecho del trabajo, pues éste crea una relación entre patrono y trabajador, y el derecho mercantil entre el patrono y los terceros.

Por último, es importante señalar que el prestar el servicio a un solo comitente o a varios, no afecta en absoluto la naturaleza de relación de trabajo que pudiera llegar a existir, como ha pretendido equivocadamente una parte considerable de la doctrina, pues de la misma forma que un trabajador que preste sus servicios a dos o más patronos, no deja por ello de perder su naturaleza, si se dan los elementos o caracteres de la relación laboral, siempre y cuando ambos servicios sean compatibles y no impliquen falta de fidelidad, o mejor, de probidad u honradez en caso de colocar productos competitivos los unos de los otros. Por lo tanto, el patrono llamado comitente en un contrato, si se da una relación laboral, no podrá eximirse de sus obligaciones laborales bajo el argumento de que se presta el servicio también a otras personas, pues en todo caso, como el caso señalado con anterioridad, de falta de probidad, daría motivo a la rescisión de la relación con causa justificada, mas no para desconocer la naturaleza jurídica de la relación formada.

Es común en los contratos señalar que el llamado comisionista prestara sus servicios en forma exclusiva para una determinada persona o empresa, casos en los cuales la doctrina y algunas legislaciones consideraron que era sintomático de estarse frente a una relación de trabajo, pues ello presumía subordinación jurídica, es justo también reconocer que no viene a ser de ninguna manera el elemento o característica principal como señalamos en los párrafos anteriores. Respecto de dicha estipulación en el contrato es conveniente señalar que sólo es explicable en aquellos casos en que pueda existir competencia, lo que implicaría dudar de la probidad del trabajador, pero aún sin señalarse por escrito operaría dicha causa de rescisión al comprobarse la competencia desleal, sin embargo si con ello se pretende que no pueda prestar otra clase de servicios o colocar otros productos compatibles con los que se comprometió a colocar por el contrato de comisión celebrado, dicha limitación a la libertad de trabajo debe ser nula a pesar de así haberse convenido, pues es contra de la dignidad humana el que no se deje a un hombre a su disposición un término de tiempo para sus fines personales y para dedicarse a lo que considere conveniente, sin estar sometido a la voluntad ajena o del patrono que lo contrató y que le hizo firmar una cláusula de exclusividad,

salvo que ello implique perjuicio a los intereses de la empresa, pero sin que en estos casos se amplíe a tal grado que afecte la libertad de la persona humana. En todo caso los órganos jurisdiccionales en las controversias que se presenten deberán resolver con equidad en cada caso concreto que se dirima ante ellos, por lo que se refiere a este aspecto si existe verdaderamente una afectación a la empresa o simplemente se está frente a una cláusula formal y caprichosa.

V. El “intermediario mercantil” como trabajador

Por lo que se refiere al intermediario mercantil, cuya función se concreta en poner en relación al vendedor y al comprador, y que precisamente por realizar actos materiales y no efectuar propiamente la operación jurídica o actos jurídicos concretos de comercio, no es comisionista y generalmente tampoco se le ha considerado como un trabajador al no encontrarse que se presente la subordinación jurídica, postura con la que disentimos por su carácter absoluto.

Es preciso señalar que el intermediario mercantil a que nos referimos, no coincide con el que normalmente se estudia en derecho del trabajo, y que es aquella persona que contrata o interviene en la contratación de otro u otras para que presten servicios a un patrón, pues a pesar de que dicho intermediario es un mandatario o gestor o agente de negocios, que obra por cuenta de otra persona, el mediador mercantil que es el objeto de nuestro estudio, aproxima las partes para que realicen actos de comercio, no siendo precisamente su función la colocación de personal.

Hecha la aclaración anterior, podemos convenir que normalmente la actividad del mediador recorre varias etapas, que se pueden agrupar en la siguiente forma:

- a) La mera búsqueda de una parte dispuesta a tratar con el principal y en condiciones de poder corresponder a los propósitos contractuales de éste;
- b) La comunicación, a la parte hallada, de la voluntad del principal para concluir el negocio y la indicación de su intención en ordenar las condiciones de la oferta;
- c) La tentativa para inducir y disponer a la contraparte, si no estuviera inclinada a concluir contratos de la especie o en las condiciones propuestas; y
- d) La comunicación de su aceptación de tratar al principal y eventualmente la persuasión a éste de aceptar el convenio concertado entre el mediador y el tercero.

Al realizar su actividad el mediador mercantil debe atenerse a las instrucciones especiales del principal acerca de la extensión del encargo y el procedimiento a seguir en su ejecución y a las diversas especies de negocios en que debe obrar.

Las mismas conclusiones a las que llegamos respecto del comisionista mercantil, las podemos hacer extensivas, por lo que se refiere al mediador mercantil, esto es, si el mediador es contratado para realizar un acto o una serie de actos esporádicos o aislados, estaremos frente a una relación de carácter mercantil; en cambio, si su misión consiste en realizar una actividad en forma permanente, tratando de allegar clientela con el dueño de la empresa, y que su función no se limita a aproximar a contratantes concretos o en operaciones concretas, sino que su servicio a la empresa no se encuentra limitado solamente para casos individualizados y precisos, sino para una infinidad de los mismos que pudieran suceder en un determinado lapso o por tiempo indefinido, estaríamos frente a una relación de trabajo, cuyo ejemplo más característico en este caso es el propagandista o impulsor de ventas, que es muy semejante al agente de comercio.

Si bien es cierto que doctrinalmente el mediador no se había considerado como trabajador, ésto era así en virtud de que se quería hacer una distinción entre el contrato o relación de trabajo y el contrato de obra, dentro de aquélla postura ya superada de que éste en todos los casos no estaba regulado por el derecho del trabajo. Así se decía que en la mediación se toma en consideración solamente el producto de la actividad misma, y ésta es contemplada sólo como un medio dirigido a la consecución del resultado; con ello se explicaba cómo la mediación da derecho a una prima que se denomina comisión, no puramente por los servicios prestados sin consideración al resultado, al efecto económico derivado, sino solamente cuando haya sido concluido el negocio, porque también en tal contrato se da más valor al éxito de la obra del mediador que a los servicios prestados, y se paga aquél y no éstos.

Respecto a lo anterior, solamente podemos aceptar que una determinada clase de contrato de obra no está regulado por el derecho del trabajo, y que es aquél que tenga por objeto la entrega de una obra, cuya ejecución quede en forma absoluta y sin restricción jurídica alguna, a la dirección del operario, el cual corre con todos los riesgos o sea que no se de el elemento de subordinación jurídica. Subordinación que, por otro lado, se puede dar en la relación entre el dueño de una empresa y el mediador, cuando existe permanencia en la relación creada, en el sentido que vimos en la comisión mercantil. Por otro lado, aun realizando un acto o una serie de actos aislados, accidentalmente se crea dependencia durante el tiempo necesario para la ejecución de dichos actos, por lo que tampoco en estos casos se podía considerar que exis-

te en puridad un contrato de obra, pues lo que importa es la prestación del servicio de mediación.

VI. *Necesidad de un régimen jurídico especial para los trabajadores con salario en forma de comisión*

Se ha dicho con insistencia que el derecho del trabajo debe ser una fuerza viva al servicio de la democracia, idea que se traduce en manifestaciones de libertad e igualdad, que son las que impulsan la mayor intervención de los trabajadores en la creación y aplicación de las leyes.

Como una consecuencia de lo anterior, tenemos que en diversos congresos se ha declarado que las condiciones de trabajo deben ser iguales para trabajo igual, sin poder establecer diferencias por motivo de raza, nacionalidad, sexo, edad, credo religioso o doctrina política; sin embargo, también no se puede ignorar que existen situaciones especiales en ciertos trabajadores y en algunos grupos de actividades que exigen reglamentaciones particulares en las que se establecen determinadas modalidades que en ningún momento podrían contrariar los principios fundamentales del derecho del trabajo.

La aplicación del principio de igualdad está condicionado por la diversidad o igualdad de situaciones; a situaciones iguales se debe aplicar la misma norma, pero cuando aquellas son distintas, las normas tienen que ser por lo mismo diferentes.

Esto trae como consecuencia la necesidad de establecer reglamentaciones sobre "trabajos especiales", que pueden tener dos finalidades principalmente, que son: por un lado, resolver controversias sobre "zonas grises" como diría Deveali, en las que se discute si se aplica o no el derecho del trabajo; y por otro lado, como aplicación del carácter "concreto y actual" que tiene nuestra disciplina jurídica y que se precisa en la doctrina francesa e italiana, carácter con el que se busca al ser una legislación realista, como diría Georges Scelle, dar a cada relación un vestido jurídico de acuerdo a su tamaño.

Lo anterior se trajo a colación, porque es necesario señalar que los agentes de comercio, comisionistas y mediadores, no sólo se les debe reconocer como trabajadores en caso de existir la prestación de un servicio personal en forma subordinada por una remuneración, sino que además debe existir una reglamentación jurídica sobre los mismos, protegiendo la clase de servicio de intermediación mercantil que se efectúa.

Para ello se recomienda en aquellos países iberoamericanos que todavía no han legislado sobre el particular o que no han profundizado en el tema, que sería conveniente reglamentar:

a) Que es una relación de trabajo con salario en forma de comisión, y cómo se garantiza ésta contra cualquier abuso del patrono y de terceros;

b) La forma en que se podría calcular dicha prima o comisión, el momento en que nace el derecho a obtener la misma y cómo se podría garantizar un salario mínimo no sujeto a las contingencias o eventualidades de la comisión, cuando existe la certeza de que se prestó el servicio contratado, aunque con poco éxito en resultados materiales;

c) Que el pago de la prima o comisión que proviene de la prestación de servicios de intermediación mercantil en la colocación de productos en el mercado, una vez realizado éste, no quede supeditado ni reducido por acontecimientos futuros, no motivados por el trabajador por lo que el riesgo no debe ser a su cargo.

d) Dentro de la doctrina laboral francesa, se han venido abriendo paso estudios muy importantes sobre un "derecho de propiedad del representante mercantil sobre la clientela" (en este sentido Georges Ripert, J. Rivero, J. Savatier y Camerlynck), considerando que la clientela viene a constituir un valor económico en la empresa que proviene del trabajo y del que no puede ser despojado arbitrariamente por el patrono, lo que ameritaría disposiciones sobre la prohibición de remover a los trabajadores de una zona o ruta que se les haya asignado sin su consentimiento, pues lo contrario podría motivar una disminución considerable en sus ingresos y perder la clientela que había conseguido para la empresa. También se podría estudiar en este aspecto cómo se podría traducir económicamente esta clientela conseguida para la empresa, en una cantidad que como indemnización se pagara al trabajador en caso de salir de la empresa por cualquier motivo, incluso dentro de la idea de que nadie se puede enriquecer ilegítimamente o sin causa a costa de otro, pues la actividad del agente de comercio, indudablemente que crea un capital o activo intangible en la empresa, los estudios en Francia en este sentido son muy amplios.

En fin, podría ser amplia la regulación que se podría dar sobre esta clase de trabajadores con salario en forma de comisión, buscando darles una protección de la que carecieron en la legislación mercantil, mientras se les sujetó a ella.

VII. *Únicas excepciones a la aplicación del derecho del trabajo*

De lo expuesto con anterioridad se pueden desprender una serie de conclusiones importantes en relación a los intermediarios mercantiles como sujetos de una relación de trabajo, sin embargo se reconoce que no se ha llegado a una supresión completa de las figuras contempladas y reguladas por el

derecho mercantil, pues en forma excepcional aún se podría dar este tipo de relaciones que excluirían la aplicación del derecho laboral, razón por la cual es importante insistir en cuáles son las excepciones que se admiten.

Las excepciones que se aceptan son las siguientes:

A). Trabajador por su propia naturaleza, sólo puede ser una persona física, hombre o mujer, pues el derecho del trabajo laboral protege al trabajador como ser humano y por la energía personal de trabajo que desarrolla en la prestación del servicio; de lo anterior se desprende que las personas morales o jurídicas no pueden ser trabajadores.

Partiendo del principio anterior hemos de convenir que cuando el comisionista, agente de comercio o mediador tienen una empresa o establecimiento, motivo por el cual no prestan un servicio personal de mediación mercantil, no se podrían considerar como trabajadores.

B). El comisionista y el intermediario cuando realizan actos concretos de comercio, que se traduce en una relación esporádica y accidental, no son trabajadores de una empresa, situación que adquieren en el momento en que su actividad se convierte en permanente, con la cual se puede apreciar la existencia de una subordinación jurídica, entendida en la forma que regula el derecho del trabajo. La permanencia de que hablamos, podría ser constancia día a día en la prestación del servicio, caso en el cual los comisionistas o mediadores se podrían confundir con el agente de comercio, o bien continuidad por repetición en la contratación que implica la necesidad permanente del servicio.

Así presenciamos otra hazaña del hombre para alcanzar su verdadera libertad, a través de la aplicación del derecho del trabajo, en una lucha que en principio se antojó quijotesca, pero que sin embargo se ganó, rompiendo los moldes tradicionales y materialistas impuestos por un derecho para las cosas y no para los hombres.

URBANO FARÍAS HERNÁNDEZ

Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM.