

# Las relaciones con los agentes de comercio

Carlos de Buen Unna

Sumario: 1. Introducción. 2. Un viejo conflicto. 3. Buscando un punto de partida. 4. El verdadero problema. 5. Hacia una solución.

## 1. Introducción

Hay problemas que parecen vencer al tiempo y a los esfuerzos empeñados en la búsqueda de su solución, pero salvo que se trate de una fuerza mayor, habrá que ser muy pesimista para renunciar a ella. Sin embargo, tampoco hay que pecar de optimista y verla donde no existe. Me parece que esto último le sucede a la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando afirma que “la comisión mercantil (refiriéndose al contrato previsto por el artículo 273 del Código de Comercio) tiene una marcada diferencia con el contrato de trabajo”.<sup>1</sup> Si fuese así de clara, hoy en día no seguiría siendo tan frecuente la negativa de la relación laboral ante la demanda de un comisionista o agente de comercio.

Lo cierto es que una discusión que empezó aun antes de la promulgación de la Ley Federal del Trabajo de 1931,<sup>2</sup> dista mucho de estar resuelta, al menos en forma clara. Y no estamos hablando exclusivamente del derecho mexicano, sino también del de otras latitudes, como puede ser el español y el brasileño, por mencionar dos ejemplos a los que nos referimos en nuestra exposición.

\* Abogado postulante en los tribunales mexicanos.

<sup>1</sup> TRABAJO, CONTRATO DE. SUS DIFERENCIAS CON LA COMISION MERCANTIL. La comisión mercantil tiene una marcada diferencia con el contrato de trabajo, pues en tanto que aquella se manifiesta por un acto o una serie de actos, que sólo accidentalmente crean dependencia entre comisionistas y comitente, que duran sólo el tiempo necesario para la ejecución de esos actos, en el contrato de trabajo esa dependencia es permanente, su duración es indefinida o por tiempo determinado, pero independientemente del necesario para realizar el acto material del contrato, siendo la característica esencial de este último contrato la dependencia económica que existe entre la empresa y el trabajador. De modo que si el comisionista sólo puede ocuparse de otros, se encuentra en una sujeción y dependencia que dan a su contrato las características de un contrato de trabajo. (Tesis 287, Apéndice de Jurisprudencia 1917-1975, 5a Parte, Cuarta Sala, p. 270).

<sup>2</sup> Suele señalarse como antecedente de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre este punto, la ejecutoria “Gómez Ochoa y Cía.” dictada el 2 de junio de 1928, en la que se indicaba que el contrato de comisión mercantil reglamentado por el Código de Comercio no era un contrato de trabajo, puesto que los servicios se prestaban libremente, sin salario ni dependencia económica, dejando las relaciones laborales para los casos que no cumplían ese supuesto.

(Puede consultarse esta tesis en el Apéndice de Jurisprudencia anterior y en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo XXIII, p. 233.)

Hace ya más de medio siglo que Joaquín Rodríguez Rodríguez realizó un profundo estudio sobre los agentes de comercio en derecho comparado, tomando en cuenta principalmente al derecho español y al mexicano, pero atendiendo también a las legislaciones y doctrinas italianas, francesas y alemanas. Su estudio plantea tanto las cuestiones mercantiles como las laborales, pero mientras que en aquél campo llega a soluciones que estima definitivas, en éste reconoce la imposibilidad de dar un dictamen determinante para establecer cuándo una relación con un agente de comercio es laboral y cuándo no lo es. Al final de su trabajo expresa las siguientes conclusiones:

Mientras que el problema de la calificación jurídica del agente de comercio es sencilla de establecer, teniendo a la vista los contratos y las notas establecidas; en cambio, la resolución del otro problema, el de la sumisión o no al derecho laboral de ciertas categorías de agentes, realmente se escapa a la técnica jurídica.”

“Así como los altos empleados, aun reuniendo las mismas características jurídicas que el resto de los empleados y trabajadores de una empresa, quedaban excluidos del derecho laboral por razones sociales y económicas, así también, los tribunales en cada caso que se les presente la cuestión del tratamiento de un agente de comercio como trabajador o no, han de hacer este dificultoso discernimiento, inspirándose en razones económicas y sociales.”<sup>3</sup>

Es indudable que las razones económicas y sociales tienen una influencia decisiva en las normas laborales. Sin embargo, consideramos que no debe recaer en el juego la solución de un problema que debiera estar resuelto en la legislación y más en este caso en que la determinación en el sentido de que la relación tenga o no carácter laboral, no influye solamente en la resolución que pone fin a un conflicto jurisdiccional, sino que tiene una repercusión importantísima en la vida diaria de la relación. Así como hoy en día ya no se toma en cuenta la jerarquía del empleado para determinar si es o no un trabajador, y por ello ya no queda al arbitrio del juzgador, la decisión en cuanto a valorar el nivel de la persona en la empresa para decidir si la relación es laboral, de la misma manera conviene encontrar la fórmula que permita, no sólo al tribunal sino también al empresario y al agente, establecer si la relación es o no de trabajo y actuar en consecuencia. La tarea no es fácil como lo demuestran las conclusiones de Joaquín Rodríguez Rodríguez pero como ya dijimos, debemos ser optimistas al emprenderla.

El rehuir la existencia de las relaciones laborales ha sido y es conducta común entre los empleadores, quienes prefieren entablar o aparentar relaciones diferentes, menos complejas en su manejo, menos costosas y, sobre todo, menos riesgosas. De alguna manera, la posibilidad de alegar un contrato de comisión mercantil es una de las formas favoritas, si bien cada día resulta más riesgosa. Pero los atractivos que el comitente encuentra en el Capítulo I del Título Tercero del Código de Comercio, siguen siendo un poderoso imán para correr los riesgos y, más aún, cuando los enfrentamos a las responsabilidades de la relación laboral. Veamos: tratándose de un comisionista mercantil no trabajador, no habrá que garantizarle un salario base; no habrá que pagar aguinaldo, séptimos días, días de descanso obligatorio, prima

<sup>3</sup> Concepto de los Agentes de Comercio en Derecho Comparado con Especial Consideración del Derecho Español y del Mexicano, *JUS Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, México, 1939, p. 81.

## DOCTRINA

vacacional, tiempo extraordinario, cuotas de vivienda ni de seguridad social; no tendrá derecho a vacaciones ni a jornadas máximas; no sufrirá accidentes de trabajo; y, más que nada, se podrá prescindir de él en cualquier momento, sin mayores responsabilidades que las que expresamente se hayan convenido y las que puedan derivar del pago de alguna comisión que pudiera quedar pendiente. Por otro lado, podrá el comisionista comprometerse a suplir fondos para el desempeño de la comisión, responderá de los daños y perjuicios que sus malos manejos puedan ocasionar; podrá, inclusive, pactarse que trabaje gratuitamente y, ratificando lo antes dicho, el comitente podrá revocar en cualquier tiempo la comisión. No olvidamos los “inconvenientes” que la relación laboral puede producir al empleador cuando a los trabajadores se les ocurre sindicalizarse.

Desde luego hay que referirse a las grandes diferencias que se dan entre el litigio ante un juez de lo civil, bajo las normas de un procedimiento que considera iguales a los contendientes, y ante una junta de conciliación y arbitraje, que se rige en su actuación por un proceso que tutela al trabajador, estableciendo cargas probatorias y sanciones procesales bastante incómodas para el empleador, amén de una posible condena a pagar una fuerte indemnización y los tan temidos salarios vencidos.

Cabe anotar también que, entre la subordinación típica de la relación de trabajo definida en la fracción III del artículo 134 de la Ley Federal del Trabajo como la obligación del trabajador de laborar bajo la dirección del patrón a cuya autoridad se somete en todo lo concerniente al trabajo y la sujeción a las instrucciones del comitente a que se refieren los artículos 286 y 287 del Ordenamiento Mercantil, no parece haber ninguna diferencia sustancial.

Si a todo ello agregamos una cierta dosis de *status* del propio agente por el hecho de sentirse todo un comerciante y no un simple trabajador, aunado a la posibilidad, no legal pero moral y socialmente bien vista por desgracia por algunos, de ahorrarse cargas fiscales y aun de disponer del Impuesto al Valor Agregado que se les entrega junto con sus comisiones, el atractivo de la relación mercantil aparece también desde el punto de vista del prestador de servicios. Claro está que ello subsistirá mientras no surjan problemas con el comitente, en cuyo caso pasará a ser el patrón, mientras que el comisionista se convertirá, como por arte de magia, en todo un trabajador.<sup>4</sup>

La Ley Federal del Trabajo propone una solución que, a nuestro juicio, se quedó a medias:

Artículo 285. “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 prestan sus servicios, cuando su actividad sea permanente, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas”.

<sup>4</sup> Baltazar Cavazos, *El Derecho del Trabajo en la Teoría... y en la Práctica*, COPARMEX, México, 1972, sobre este punto refiere que a los agentes de comercio no les gusta someterse a controles rígidos que a su juicio entorpecerían su trabajo. Por su parte Néstor de Buen Lozano agrega a lo dicho por Cavazos Flores que tales prestadores de servicios carecen de conciencia de clase pero que “en el momento de las responsabilidades finales el agente de comercio preferirá estar sometido a las leyes del trabajo y al régimen del seguro social, que al vetusto Código de Comercio”. (*Derecho del Trabajo*, T. II, 8a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 455).

Será nuestra tarea en este trabajo, tratar de acercarnos a una solución. Seguramente no satisfará a muchos, es más, quizá a muy pocos y aun probablemente a nadie. Pero no somos tan pesimistas como para renunciar a esa posibilidad.

## 2. Un viejo conflicto

No cabe duda que la especialización en un área del derecho provoca un cierto sentimiento de paternalismo por parte del abogado hacia esa rama y, al mismo tiempo, algún grado de rechazo hacia las otras. Esta situación, que por lo general no tiene mayor importancia, puede tornarse un problema grave cuando excede al campo de la mera argumentación doctrinaria y se involucra en la defensa de intereses contrapuestos, donde los principios morales y las convicciones sociales entran en juego.

Trasladémonos a las discusiones que tuvieron lugar en el seno de la Comisión creada para la redacción del proyecto que sirvió de base para la Ley Federal del Trabajo de 1970. Imaginemos al muy querido maestro Mario de la Cueva, personaje principalísimo de esa Comisión, enfrentándose a la parte patronal, en una lucha que, de acuerdo a las narraciones del propio Maestro, se convirtió en un pleito entre mercantilistas y laboralistas, más que entre representantes de los patrones y de los trabajadores.

Dejemos que sea el propio De la Cueva quien nos hable de los problemas que tuvo que afrontar: "...el derecho mexicano del trabajo... inició desde el año de 1931, época en que se publicó la primera Ley Federal del Trabajo, la batalla por la figura jurídica de los agentes de comercio. Pero el derecho mercantil no se rinde fácilmente, por el contrario, defiende palmo a palmo la libra de carne que el mercader de Venecia le ofreció a Shylock.<sup>5</sup> Más adelante, refiriéndose a las discusiones dentro de la Comisión redactora, señala: "Nuevamente tuvo que enfrentarse el derecho del trabajo al mercantil, pero en tanto éste usó todas las argucias sofisticadas de quien defiende la explotación cruel de los humanos, al derecho del trabajo le bastó acudir a la vida y mostrar la efigie de la justicia.<sup>6</sup>

Sabemos de la seriedad con que solía conducirse el maestro De la Cueva, pero en no pocas ocasiones se dejaba llevar por ese paternalismo hacia el derecho del trabajo al que antes nos hemos referido. A fin de cuentas, si en alguien podía justificarse esa conducta era en él. Pero de ahí a tratar de villano al derecho mercantil, como también lo hizo con el derecho civil, hay una gran diferencia y la justificación se pierde. No dudamos que dentro de la Comisión se haya querido usar al derecho mercantil en contra de la clase trabajadora ni que ello sea una práctica común en demasiadas ocasiones. Sin embargo, hoy somos testigos de como el propio derecho del trabajo, se utiliza cada vez más en la defensa de la empresa y menos en la de los trabajadores, en aras de la superación de una crisis de la que ellos son los menos culpables. Pero esto no significa que el derecho del trabajo sea malo, como tampoco el mal uso de cualquier norma de derecho implica que la rama a la que corresponde sea mala.

<sup>5</sup> *El Nuevo Derecho del Trabajo*, 1a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1972, p. 508.

<sup>6</sup> Ob. cit., p. 512.

## DOCTRINA

Creemos que ni siquiera el doctor De la Cueva podía tomar demasiado en serio las aseveraciones transcritas. En tal caso tendría que haberse replanteado la división del derecho: por encima de la clasificación del derecho público, social y privado,<sup>7</sup> habría que referirse al derecho bueno y al derecho malo.

Lo cierto es que, finalmente, el derecho del trabajo se apuntó un triunfo importante sobre la opinión de quienes querían dejar fuera a los agentes de comercio de las relaciones laborales. Pero ello no fue fruto únicamente de la habilidad de quienes defendieron la postura de incluirlos como trabajadores. Ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación había dado pasos considerables en ese sentido. El triunfo, sin embargo, no ha sido completo.

Ya citamos antes la tesis “Gómes Ochoa y Cía.” de 1928,<sup>8</sup> una especie de “tesis de la exclusión”, según la cual todos los comisionistas eran prestadores libres de servicios cuando las relaciones se establecían de acuerdo con las normas respectivas del Código de Comercio y sólo que no fuera así, entonces se trataría de relaciones de trabajo.

Posteriormente la Corte fue “afinando” su criterio, girando siempre alrededor de las ideas de la duración de la relación y de la dependencia, esencialmente económica, que se creaba entre las partes. Según esto, si la relación duraba más allá del tiempo estrictamente dedicado a la operación mercantil y si se creaba una dependencia económica permanente entre la empresa y el trabajador, se trataría de una relación laboral.<sup>9</sup> De lo contrario, es decir, si la duración de la relación coincidía con la de la operación y la dependencia era meramente accidental, entonces no habría tal relación, sino que sería únicamente mercantil.

Curiosamente se abandona, en forma disimulada, el criterio más o menos generalizado en nuestro país y en muchos otros, de que es la subordinación el elemento esencial de la relación de trabajo, cambiándolo por los de la dependencia económica y de la duración de la relación, que se consideraron superados por aquél. Más adelante volveremos sobre este problema, pero es importante destacar las grandes contradicciones que ello implica ya que si utilizáramos como factores fundamentales el de la dependencia económica y el de la duración de la relación, tanto los deportistas profesionales como los actores y músicos, que también tienen sus capítulos especiales en la ley laboral y cuyas relaciones pueden ser meramente accidentales, dejarían de ser considerados como trabajadores.<sup>10</sup> Sin embargo, en estos casos, quizá porque no hubo una representación patronal en la Comisión redactora del proyecto de la ley laboral tan interesada, como en el caso de los agentes de comercio, la solución fue más inteligente y en lugar de establecer excepciones a las relaciones con tales

<sup>7</sup> Mario de la Cueva sostiene esta división del derecho. Ob. cit., p. 77.

<sup>8</sup> Ver nota 2.

<sup>9</sup> Ver nota 1.

<sup>10</sup> El artículo 293 de la Ley Federal del Trabajo establece que las relaciones de trabajo con los deportistas profesionales pueden ser por tiempo determinado, por tiempo indeterminado, para una o varias temporadas o para la celebración de uno o varios eventos o funciones. El artículo 305 señala que las relaciones de trabajo con los actores y músicos pueden ser por tiempo determinado o por tiempo indeterminado, para varias temporadas o por la celebración de una o varias funciones, representaciones o actuaciones. Es evidente que ni la duración de la relación ni la dependencia económica tienen mayor relevancia para determinar que se trata de relaciones laborales.

prestadores de servicios, se aceptaron como laborales todas ellas, enfocándose el problema a las condiciones particulares del trabajo que había que regular. Tal vez fue porque a Shylock, el usurero, no le interesaban la música ni el deporte.

El problema, ya lo decíamos, no es exclusivo del derecho mexicano. La siguiente cita del libro de Arnaldo Sussekind, Delio Maranhao y Segadas Viana nos muestra que en Brasil tampoco hay una fórmula clara para distinguir cuándo una relación es laboral y cuándo no lo es:

“Lo que queda dicho se aplica «mutatis mutandis», a los representantes, vendedores-viajantes, agentes o corredores de seguros. Verificar en cada caso si el trabajo se presta o no con autonomía, si hay o no contrato de trabajo, es función del juez, no siempre fácil. La forma de remuneración no es decisiva. La exigencia de un horario implica el contrato de trabajo, pero su dispensa no significa necesariamente su inexistencia. Ordenes, directivas, orientación, todo depende de la manera en que son dadas. La prohibición de prestar el mismo servicio para otro puede traducirse en una mera cláusula de no competencia que no excluye la autonomía de la prestación.”<sup>11</sup>

Resulta sumamente interesante este punto de vista ya que guarda una extraordinaria semejanza con la problemática que se nos presenta en México. Aparecen circunstancias que nos pueden llevar a la conclusión de que estamos ante una relación laboral, como el establecimiento de un horario o, por ejemplo, la aplicación de una sanción disciplinaria, caso al que también se refieren los autores brasileños citados.<sup>12</sup> Por otro lado y desde un punto de vista diferente, pueden existir otras que nos llevan a la conclusión opuesta: “...el mediador mercantil que queda personalmente obligado a responder del buen fin de la operación, asumiendo el riesgo y ventura de la misma, se sitúa al margen de la legislación laboral.”<sup>13</sup>

Esta opinión que nos comunica el jurista español Alfredo Montoya Melgar, es compartida en general por los diferentes autores de la misma nacionalidad que hemos consultado y en buena medida responde a la legislación correspondiente. Es también resultado del concepto que en España se tiene de la relación laboral donde la dependencia y la ajenidad parecen ser los elementos más claramente distintivos. El propio profesor Montoya define al derecho del trabajo como “el ordenamiento jurídico de las relaciones de trabajo personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena.”<sup>14</sup>

En nuestro país, como es bien sabido, de acuerdo al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el elemento distintivo es la subordinación. Conforme al artículo 20 de la ley laboral, la relación de trabajo es la prestación de un trabajo personal, subordinado y remunerado. Como quiera que sea, ni la ajenidad, ni la dependencia, ni la subordinación, son factores tan claros como sería deseable, pero este es un tema que trataremos más adelante. Por lo pronto, intentaremos hallar

<sup>11</sup> *Instituciones de Derecho del Trabajo*, 8a. Edición, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, Vol. I, Río de Janeiro, 1981, p. 275. (Traducción libre del autor).

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo*, 5a. Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 485.

<sup>14</sup> *Ob cit.*, pp. 33-34.

## DOCTRINA

algunos elementos que nos puedan indicar de manera precisa, si en la prestación de servicios de un agente o representante de comercio, existe o no relación de trabajo.

### 3. Buscando un punto de partida.

Creemos que antes de intentar encontrar, si es posible, un concepto que distinga a la relación laboral de una puramente mercantil, tratándose de quienes prestan servicios de intermediación comercial, conviene precisar algunos puntos que nos ayudarán en esta tarea:

El primer punto que nos parece necesario dilucidar es si hay o no contradicción entre la idea de una relación mercantil y la de una relación laboral, en el caso de quienes prestan y quienes reciben los servicios a que nos venimos refiriendo, es decir, si una naturaleza excluye a la otra o si ambas pueden coexistir.

Existen opiniones que establecen un verdadero divorcio entre estas dos relaciones, entre ellas la del maestro de derecho mercantil Arturo Díaz Bravo quien nos dice que "...una sólo cláusula laboral puede destruir el efecto de varias cláusulas mercantiles, y por ello no es posible determinar, *a priori*, el carácter laboral o mercantil... del contrato de agencia, ante la falta de regulación mercantil y civil, tal caracterización ha de resultar, necesariamente, de la no inclusión de cláusula alguna de contenido laboral..."<sup>15</sup>

Por lo que hace estrictamente a que una relación jurídica pueda tener dos naturalezas diferentes, nos parece que no presenta mayores problemas. A manera de ejemplo podemos aludir al caso al que se refiere la parte final del artículo 9o. del Código de Comercio que prohíbe a los cónyuges, casados bajo el régimen de sociedad conyugal, hipotecar o gravar los bienes de la sociedad sin el consentimiento del otro, problema que interesa tanto al derecho mercantil como al familiar.

Específicamente en cuanto al tema que nos ocupa, encontramos que el problema estriba no tanto en establecer si dentro de una relación perfectamente reconocida como laboral, puede haber también una relación mercantil; sino más bien el caso contrario, es decir, si una relación claramente mercantil puede ser al mismo tiempo una relación laboral. Recordemos que el origen del conflicto se remonta a los inconvenientes que la normatividad laboral y la de la seguridad social presentan para el comitente, comerciante o empleador. Y no es que no queramos atacar el primero de los casos señalados. De hecho nos parece lógico que si entre los actores de comercio señalados en el artículo 75 del Código respectivo se encuentran las operaciones de comisión mercantil (fr. XII), las operaciones de mediación en negocios mercantiles (fr. XIII) y los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio (fr. XXII), entre otros, no podemos negar que los actos del agente empleado sean actos de comercio.

En la clasificación que hace Jorge Barrera Graf de los actos de comercio, nos parece encontrar claramente integradas las actividades de estos trabajadores como actos de comercio accesorios, es decir, los que desprenden su calidad mercantil de las relaciones de subordinación o de dependencia en que están con los actos princi-

<sup>15</sup> *Contratos Mercantiles*. Colección Textos Jurídicos Universitarios, Harla, México, 1982, p. 206.

<sup>16</sup> *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, 1958, p. 235.

pales.<sup>16</sup> Según esto y a manera de ejemplo, la venta realizada por un comerciante, que por ello sería un acto de comercio principal, si se hace a través de un agente empleado, le dará a la actividad de éste el carácter de acto secundario.

Roberto L. Mantilla Molina hace una distinción por demás interesante: se refiere en términos generales a los “auxiliares mercantiles” y los divide en auxiliares dependientes o del comerciante y auxiliares independientes o del comercio.<sup>17</sup> Para Mantilla, los auxiliares dependientes no son comerciantes ya que no realizan los actos de comercio en nombre propio.<sup>18</sup> Da la impresión de que al dejar fuera a estos “auxiliares dependientes” del concepto de “comerciante”, los excluye de las relaciones mercantiles, pero no es así. Hay que recordar que mientras que el artículo 3o. del Código de Comercio define a los comerciantes, el artículo 75 señala cuáles son las operaciones mercantiles y en ambos casos, estamos ante relaciones de naturaleza mercantil.

La Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido de que no se excluyen las calidades de trabajador y de comerciante. Así nos lo hace saber Santiago Barajas Montes de Oca<sup>19</sup> quien cita una tesis sostenida por la ministra Ma. Cristina Salmorán de Tamayo que nos permitimos transcribir:

“El hecho de que un trabajador declare que además de prestar servicios a determinado patrón, es a la vez comerciante, no es obstáculo para considerarlo como trabajador, ya que esta calidad y la de comerciante no se contraponen”<sup>20</sup>

En otra tesis relativa al juicio de amparo conocido como “Gómez Ochoa y Cía.” al que antes nos referimos,<sup>21</sup> la Corte da a entender también que las relaciones laboral y mercantil pueden coexistir:

“Los factores y dependientes, que también son mandatarios mercantiles, por su carácter de asalariado están comprendidos bajo la protección del artículo 123 constitucional, y, en consecuencia, los conflictos que surjan entre ellos y sus patrones por razón del trabajo, deben ser resueltos por las juntas de conciliación y arbitraje.”<sup>22</sup>

De acuerdo a lo expuesto, estimamos que este primer punto queda resuelto en el sentido de que un intermediario mercantil y el comerciante con quien realiza sus actividades de intermediación o un comisionista y su comitente, pueden establecer, además de la correspondiente relación mercantil, una relación de trabajo, obviamente en el supuesto de que sus actividades coincidan con las propias de esta relación.

Quisiéramos aclarar a continuación otro punto que puede prestarse a confusiones

<sup>17</sup> *Derecho Mercantil*, México, 1946, p. 129.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>19</sup> Barajas Montes de Oca, Santiago, “Naturaleza Jurídica del Contrato de los Agentes de Comercio”; en: *Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Ed. Porrúa, México, 1984, p. 151.

<sup>20</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, amp. dir. 1080/63, 20 de junio de 1964, Sexta Epoca, Vol. LXXV.

<sup>21</sup> Ver nota 2.

<sup>22</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Epoca, T. XXIII, p. 233. También consultable como tesis relacionada a la número 287 del Apéndice de Jurisprudencia 1917-1975, 5a. Parte, Cuarta Sala, p. 271.

y es la enorme diversidad de nombres que se utilizan para designar a quienes prestan estos servicios. Se habla de agentes de comercio, dependientes mercantiles, auxiliares de comercio, comisionistas, mediadores mercantiles, auxiliares mercantiles y otras denominaciones más. Si bien para el derecho mercantil, estos nombres pueden tener significados diferentes, para el derecho laboral no importa la denominación.

Joaquín Rodríguez Rodríguez nos dice: “Los agentes de comercio son comerciantes encargados permanentemente de preparar o realizar contratos en nombre y por cuenta de otros comerciantes.”<sup>23</sup> Los distingue de los dependientes mercantiles por ser éstos trabajadores y aquéllos agentes libres; de los mediadores a quienes define como “arbitros en el conflicto de intereses que se produce en las partes que quieren efectuar un contrato”; y, de los comisionistas, quienes “tienen una relación discontinua, no permanente con su principal.”<sup>24</sup> Curiosamente, relaciona con la permanencia más a la relación mercantil que a la laboral: “La dependencia mercantil supone una relación estable, permanente. Si falta esa estabilidad podrá haber contrato de trabajo; pero no dependencia mercantil...”<sup>25</sup>

Para Mantilla Molina, el agente de comercio tampoco es trabajador: “...es la persona, física o moral, que de modo independiente se encarga de fomentar los negocios de uno o varios comerciantes.”<sup>26</sup> Ya antes vimos los conceptos que maneja de auxiliares dependientes o del comerciante y auxiliares independientes o del comercio.<sup>27</sup>

En cambio, de acuerdo con la definición que da Mario de la Cueva, el agente de comercio es definitivamente un trabajador: “...son las personas que de manera permanente y actuando de conformidad con las instrucciones y lineamientos que les imponen las empresas, se dedican a ofrecer al público mercancías, valores o pólizas de seguros, por cuyo trabajo perciben una prima calculada sobre el ingreso de las operaciones en que intervienen, a la que se da el nombre de salario a comisión.”<sup>28</sup>

La falta de una definición legal ha dado lugar a las más diversas opiniones en cuanto al concepto del agente de comercio. Al menos, otras figuras sí tienen esa definición.

El artículo 273 del Código de Comercio define a la comisión como “el mandato aplicado a actos concretos de comercio” y al comisionista como el que la desempeña. Por otro lado, de acuerdo al concepto del artículo 309, los dependientes son quienes desempeñan constantemente gestiones del tráfico del comerciante, en su nombre y por su cuenta.

Por su parte, la Ley Federal del Trabajo no se mete en problemas en cuanto a esta diferenciación y, como ya vimos, su artículo 285 hace una referencia general a los agentes de comercio y similares, sin preocuparse por definirlos. Menciona a los más comunes y deja abierta la posibilidad de incluir a otros semejantes.

Sin negar la importancia que tiene la distinción entre las diferentes figuras para

<sup>23</sup> *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, 16a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1982, p. 229.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 225.

<sup>26</sup> *Ob. cit.*, p. 136.

<sup>27</sup> Ver notas 16 y 17.

<sup>28</sup> *Ob. cit.*, pp. 508-509.

los efectos del derecho mercantil, es claro que para los del derecho del trabajo, resulta irrelevante, puesto que todos estos prestadores de servicios, llámense como se llamen, pueden caer en la hipótesis del artículo 285 para ser considerados como trabajadores.

Para los efectos de este estudio, permítasenos referirnos a todos los casos con el nombre genérico de agentes de comercio, según costumbre provocada en buena parte por la ley laboral, al haber designado de esta manera al capítulo especial correspondiente.

El tercer paso en la búsqueda de este punto de partida, se refiere a la posibilidad de hallar elementos exclusivos de una u otra relaciones, lo que nos llevará, de tener éxito, a descartar un enorme número de casos, que por esta vía se resolverán fácilmente.

Por lo que hace a las características propias de la relación laboral, al parecer no hay demasiados problemas. Si en la relación con el agente de comercio aparecen prestaciones típicamente laborales como vacaciones, prima vacacional, aguinaldo o incluso salarios, se tratará de una relación de trabajo, si no de manera indiscutible, por lo menos se establece una presunción en ese sentido, la que se agrega a la del artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo que dispone que entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe, se presumen el contrato de trabajo y la relación correspondiente. Tratar de desvirtuar estas presunciones, se antoja una tarea prácticamente imposible. Lo mismo sucederá si se inscribe al agente en el régimen obligatorio del Seguro Social, si se pagan cuotas al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y, en fin, si se dan otras situaciones que implican claramente la subordinación laboral, como puede ser la imposición de sanciones disciplinarias, el sometimiento a un horario y un control de asistencias.

No se da una situación similar cuando se analizan las características propias de la relación mercantil, ya que éstas pueden no ser más que un disfraz de la relación laboral y en tal caso, las condiciones pactadas no serán suficientes para determinar la inexistencia de ésta. De cualquier manera operará la presunción del artículo 21, arriba señalado, y habrá que soportar la carga de la prueba para desvirtuar la relación laboral. Es, a fin de cuentas, la consecuencia natural de un derecho tutelar que presupone la desigualdad de las partes y se basa en la justicia social.

Un cuarto paso importante en este intento, es el análisis de la posibilidad de que algunos de los agentes de comercio — utilizado el término en forma general — puedan no ser trabajadores.

Parece absurdo plantearse esta posibilidad cuando el propio artículo 285 al que nos hemos venido refiriendo, establece excepciones a la regla general de que estas personas son trabajadores. No considera como tales a quienes no realizan las actividades personalmente y a quienes sólo intervienen en operaciones aisladas.

Quizá lo absurdo sean precisamente estas excepciones. Al menos ese es el punto de vista de Néstor de Buen Lozano: “¿Por qué no calificar de plano como laboral las relaciones todas de los agentes de comercio, sean accidentales o permanentes, y utilizar las fórmulas tradicionales que califican a las relaciones de trabajo en función de su temporalidad?”<sup>29</sup>

En general la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que de hecho existen

<sup>29</sup> Ob cit., p. 456.

agentes trabajadores y agentes que no lo son. Los elementos de distinción se orientan en dos sentidos principales: por un lado y siguiendo la tesis de nuestro legislador, lo importante es la permanencia o la perdurabilidad de la relación (permítasenos descartar desde ahora la otra excepción relativa a quienes no prestan sus servicios en forma personal, ya que toda relación laboral implica una prestación personal de servicios y por ello es inútil repetirlo) y, por el otro, la diferencia se hace radicar en la existencia o no de la responsabilidad por parte del agente, frente al buen fin de la operación, considerando que el trabajador no tiene esa responsabilidad mientras que el no trabajador sí la tiene.

En el fondo, el problema atañe directamente al concepto mismo de la relación de trabajo. Entran en juego las ideas de dirección, dependencia, subordinación, ajenidad y algunas más que a lo largo de los años y de la geografía del mundo laboral, han sido usadas para distinguir a esta relación de otras. Nos parece que en ello radica la cuestión medular.

#### 4. El verdadero problema

¿Qué es, en realidad, la relación de trabajo? ¿Existe algún elemento que esté presente en todas las relaciones de trabajo y que no forme parte de las otras? ¿Cuál es la frontera entre una relación laboral y una prestación de servicios de naturaleza diferente? En el fondo no se trata más que de la misma pregunta formulada de maneras diversas. Su respuesta, si la hay, resolverá nuestro problema de los agentes de comercio, amén de muchos más.

Comencemos por la definición que da la Ley Federal del Trabajo en el primer párrafo de su artículo 20:

Artículo 20. "Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario."

No es nuestra intención en este trabajo criticar el texto íntegro de este párrafo, — bastante criticable por cierto — por lo que nos limitaremos a los elementos que se considera que definen a la relación laboral: la prestación de un servicio personal, la subordinación y la remuneración.

Con el fin de facilitar el análisis, modificaremos el orden de los factores, dejando al final a la subordinación, que es el que presenta los problemas más interesantes de los tres.

Una relación de trabajo tiene que ser forzosamente una prestación personal de servicios. Sólo las personas físicas pueden ser trabajadores y han de desempeñar directamente sus labores. Sin embargo, si un trabajador utiliza los servicios de otros trabajadores, no por ello deja de serlo ya que de acuerdo a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 10 de la ley laboral, su patrón lo será también de los otros trabajadores. Por otro lado, si a quien se pide la prestación del servicio lo lleva a cabo completamente a través de terceros, es decir, sin realizar ni siquiera una parte del trabajo en forma personal, éstos serán considerados como los trabajadores y aquél como un intermediario, con las consecuencias del caso, específicamente, la responsabilidad solidaria con el verdadero patrón frente a las

obligaciones nacidas con sus trabajadores.

Que la prestación del servicio deba ser remunerada tampoco ofrece problemas significativos. Nadie puede estar obligado a prestar servicios sin la debida remuneración y por ello, si esto se hace en forma voluntaria, es evidente que no responde a una situación de necesidad y que en consecuencia no se produce esa desigualdad entre el trabajador y el patrón, motivo fundamental del derecho del trabajo.

Hay que aclarar que la forma de la remuneración y el nombre que se le dé, no afectan en lo más mínimo a la relación, pues para los efectos correspondientes se considerará como salario. Esto es importante ya que existe una creencia más o menos generalizada de que el pago de un porcentaje sobre una operación mercantil, generalmente llamado "comisión", no es salario. Nada más falso. De hecho, la Ley Federal del Trabajo establece que el salario es "la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo" (art. 82) y que "puede fijarse por unidad de tiempo, por unidad de obra, por comisión, a precio alzado o de cualquier otra manera" (art.83).

En este sentido no podemos estar de acuerdo con Arturo Díaz Bravo cuando nos dice que las bases de remuneración, deben conformar, junto con las características del contrato y los servicios que se prestan, el único criterio válido para juzgar sobre el carácter laboral, mercantil y, acaso civil, del contrato.<sup>30</sup>

Estos dos factores, la prestación personal de los servicios y la remuneración, son considerados universalmente como típicos de la relación de trabajo. Sin embargo, no son exclusivos de ella. Otras relaciones como la prestación de servicios profesionales y la intermediación mercantil, que por cierto pueden también coincidir, suelen implicar una prestación de servicios personal y remunerada. Ello nos obliga a analizar ese otro elemento de la definición transcrita: la subordinación.

En general se concibe a la subordinación como el deber de obediencia del trabajador correlativo al poder de mando del patrón. En otras palabras: el deber del trabajador de laborar bajo la dirección del patrón en lo que al trabajo concierne, son dos fórmulas bastante explotadas para tratar de definir a este elemento, de manera que sea el distintivo de la relación de trabajo. En el fondo no distingue gran cosa.

¿Es realmente la subordinación, entendida en esos términos, un elemento que establece una diferencia clara entre las obligaciones del trabajador para con el patrón y las del prestador de servicios profesionales para con el cliente? ¿Es realmente distinta la obligación del abogado que defiende a una empresa como profesional independiente del que lo hace como empleado de la misma? ¿Existe en este último una verdadera dirección del patrón en cuanto al trabajo del abogado? Al menos para nosotros, ninguna de estas preguntas admite una respuesta afirmativa tajante.

No obstante lo anterior, dentro de la subordinación aparece el poder disciplinario del empleador como un factor que, existiendo en una relación laboral, no se da de manera igual en las relaciones civiles o mercantiles. Así las cosas, podríamos encontrar ante la verdadera diferencia entre unas y otras. Pero, ¿en qué consiste este poder disciplinario? Precisamente en que el patrón puede sancionar la falta del trabajador de tres maneras diferentes: amonestación, suspensión en el trabajo sin goce de sueldo y rescisión del contrato.

La amonestación bien puede darse de forma parecida en otras relaciones, cuando

<sup>30</sup> Ob cit., p. 202.

el cliente o el comitente externalan al prestador de los servicios su molestia o inconformidad con la manera en que se conduce. La rescisión puede producirse en todos los contratos de prestación de servicios como una sanción por incumplimiento de cierta gravedad. La suspensión, por su parte, equivale, fuera de la relación de trabajo, al simple hecho de abstenerse de solicitar la prestación del servicio por algún tiempo.

Estamos de acuerdo en que se trata de similitudes y no de igualdades, pero tampoco podemos aceptar que diferencias tan sutiles puedan constituirse en el parteaguas que buscamos.

Si la subordinación no nos convence como el elemento distintivo, habrá que acudir a otras opciones.

Santiago Barajas Montes de Oca nos dice que "...los elementos atribuidos a la figura jurídica, agente de comercio, son: la subordinación, la permanencia y el servicio personal que se presta."<sup>31</sup> Se agrega así otro elemento que debemos revisar.

La permanencia es un factor que suele ligarse a las relaciones laborales. Ya vimos antes como Mario de la Cueva la incluye en su definición del agente de comercio.<sup>32</sup> Para Néstor de Buen no es esencial aunque destaca su importancia: "...la permanencia de la relación viene a constituir un elemento que hace presumir su existencia."<sup>33</sup>

En contra de esta tendencia a asociar la relación laboral con la permanencia, expusimos ya la opinión de Joaquín Rodríguez Rodríguez que razona de manera opuesta.<sup>34</sup>

Por nuestra parte, ya señalamos antes que existen relaciones de trabajo meramente accidentales,<sup>35</sup> por lo que la permanencia no es un factor determinante ni en favor ni en contra de este tipo de relación, si bien es cierto que dada la regla general de que todo contrato de trabajo se celebra por tiempo indefinido y sólo es eventual por excepción, esa permanencia establece una presunción a su favor.

Es común también ligar a la relación laboral con la dependencia económica del trabajador hacia el patrón, en base a un viejo criterio que hoy en día, afortunadamente, está ampliamente superado. No hay que confundir, sin embargo, a esta dependencia económica con otro tipo de dependencia que define el profesor español Jaime Montalvo Correa como la "subordinación del trabajador a la ordenación del esfuerzo laboral por el acreedor de trabajo en vista de los resultados que él pretende..."<sup>36</sup> En este sentido Montoya Melgar aclara que "...la dependencia no es sólo el sometimiento al poder de dirección del empresario... sino también el sometimiento al poder disciplinario."<sup>37</sup> Vista así, esta dependencia es en realidad una manera de denominar a la subordinación que ya antes analizamos.

Quizá estemos omitiendo otras circunstancias que han sido usadas para identificar a la relación laboral, pero en definitiva estas han sido las más importantes, junto con

<sup>31</sup> Ob cit., p. 152.

<sup>32</sup> Ver cita 27.

<sup>33</sup> Ob cit., p. 456.

<sup>34</sup> Ver cita 24.

<sup>35</sup> Ver cita 9.

<sup>36</sup> *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, 1a. Edición, Ed. Cívitas, Madrid, 1975, p. 222.

<sup>37</sup> Ob. cit., pp. 39-40.

la de la “ajenidad” que como ya mencionamos, tiene buena acogida entre los autores españoles.<sup>38</sup> Este concepto del trabajo por cuenta ajena está íntimamente ligado a la idea de la asunción del riesgo en las operaciones mercantiles y nos parece de gran importancia su estudio.

En ocasiones la ajenidad puede confundirse con la subordinación. Sucede así con el concepto que externa Montalvo Correa: “La puesta a disposición de otro de una energía laboral, el cual la ordena y dirige en vista de su interés empresarial.”<sup>39</sup>

En cambio, Alfredo Montoya liga más la idea de la ajenidad con el provecho del trabajo: “En un sentido muy general, trabajar por cuenta ajena significa atribuir a un tercero los beneficios del trabajo.”<sup>40</sup> Ampliando este concepto nos dice: “A nuestro juicio, el trabajo del derecho del trabajo es «por cuenta ajena» en el sentido de que la utilidad patrimonial del trabajo se atribuye a persona distinta del propio trabajador, a saber, el empresario. Los bienes o servicios producidos por el trabajador no le reportan a éste un beneficio económico directo, sino que tal beneficio corresponde al empresario, que a su vez compensa al trabajador con una parte de esa utilidad (el salario).”<sup>41</sup>

Volviendo con Jaime Montalvo, nos dice que de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia española, el trabajo por cuenta ajena tiene varias acepciones: la ajenidad en los riesgos, entendida como la independencia de la remuneración frente a las ganancias o pérdidas del empleador; la ajenidad en la titularidad de la negociación; la ajenidad en la utilidad patrimonial y; la ajenidad en los frutos, que pertenecen a una persona distinta al trabajador desde el momento mismo en que se producen.<sup>42</sup>

Trasladando la idea de la ajenidad al campo de las actividades de los agentes de comercio, nos encontramos con el artículo 21.1.f del Estatuto de los trabajadores español que se refiere a “las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas”.

Ya antes habíamos hecho referencia al mediador mercantil que queda obligado a “responder del buen fin de la operación.”<sup>43</sup> Al respecto Montoya Melgar aclara que ello significa soportar el riesgo de la operación: “Paradójicamente, responder del buen fin es en verdad responder de la operación que no alcanza buen fin.”<sup>44</sup>

Otro conocido profesor español, Manuel Alonso Olea, acaba de precisar este concepto:

“Se responde del buen fin cuando el representante en virtud del contrato con su representado «se subroga en la responsabilidad de las personas con quienes contrata, si éstas no satisficiesen las obligaciones contraídas» (sentencia del Tribunal Central de Trabajo del 10 de octubre de 1973), de manera que haya de satisfacer él mismo a su representado «el importe de los productos por él vendidos y no satisfechos por el comprador» (Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de noviembre de 1973). En estas

<sup>38</sup> Ver cita 13.

<sup>39</sup> Ob. cit., p. 221.

<sup>40</sup> Ob. cit., p. 36.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>42</sup> Ob. cit., pp. 200-203.

<sup>43</sup> Ver cita 12.

<sup>44</sup> Ob. cit., p. 485.

## DOCTRINA

condiciones es evidente que el representante trabaja por cuenta propia, haciendo suya directamente, o perdiendo, la utilidad de su trabajo, no existiendo ajenidad, radicando en esto la inexistencia del contrato de trabajo...”<sup>45</sup>

A riesgo de parecer demasiado escépticos, hemos de decir que tampoco la teoría de la ajenidad y su aplicación a los agentes de comercio, acaba de convencernos.

A nuestro modo de ver las cosas, tampoco quien presta un servicio profesional comparte necesariamente los riesgos y las ganancias de su cliente. Regresando con el ejemplo del abogado interdependiente, vemos que por lo general sus honorarios no dependen del éxito de su gestión, sobre todo si se trata de un litigio, al menos, claro está, que se lleve a cabo un convenio de cuota-litis. Por otro lado, el trabajador que lleva un porcentaje sobre una operación de venta, de manera clara participa en los frutos. Si bien es cierto que no se le puede hacer partícipe de las pérdidas, esto deriva de que generalmente no cuenta con el respaldo económico para ello, además de que, y esto es lo verdaderamente importante, sería darle un arma mortal al empleador en contra del trabajador que se encuentra en una situación de desventaja.

Al parecer hemos agotado todas las posibilidades para encontrar el elemento esencial que nos permita la distinción de una relación laboral de otras diferentes, entre ellas, las mercantiles. Contamos con algunos criterios que, aplicados a ciertas situaciones, nos dirán, sin lugar a dudas, que se trata de relaciones de trabajo, así estemos en presencia también de relaciones de derecho privado. Sin embargo, no hemos encontrado la fórmula que nos permita resolver todos los problemas, esto es, una regla lo suficientemente general como para no estar inventando un sinnúmero de excepciones que la confirmen.

Hagamos un intento más.

### 5. Hacia una solución

La finalidad principal y más amplia del derecho del trabajo es lograr el equilibrio en las relaciones entre trabajadores y empleadores a través de la justicia social. Regula relaciones entre dos partes que son notoriamente desiguales y por medio de normas tutelares pretende superar esa desigualdad de origen.

Todos los elementos que hemos analizado en la búsqueda de la fórmula que nos diga cuándo una relación es laboral y cuándo no, derivan de esa desigualdad: la subordinación y el poder disciplinario del empleador, la dependencia económica, la permanencia que precisamente surge como un factor importante a raíz de esa dependencia económica y, finalmente, la ajenidad en sus diferentes acepciones. Alrededor de todos ellos gira, necesariamente, el problema de la pérdida del trabajador de una parte del valor de su trabajo y la consecuente apropiación de ese valor por parte del capital.

Al parecer, es precisamente la desigualdad de las partes lo que caracteriza a la relación de trabajo de las demás prestaciones personales de servicios. Lo otro, no son sino síntomas de esa desigualdad.

<sup>45</sup> *Derecho del Trabajo*, 10a. Edición, Universidad de Madrid, Madrid, 1987, p. 132.

Conforme a esta idea, la relación de trabajo sería la prestación de un servicio personal y remunerado, estando quien lo presta en situación de desventaja frente a quien lo recibe.

Desde luego no pretendemos que sea ésta una fórmula mágica. De hecho parecería mucho más difícil de manejar que las otras que hemos estudiado. Sin embargo, debemos tomar en cuenta dos cuestiones importantes: por un lado, seguiría operando la regla por la que se presume que toda prestación de servicios personales es una relación de trabajo, salvo prueba en contrario; por el otro, será prácticamente imposible probar que entre quien presta el servicio personal y quien lo recibe, existe un equilibrio perfecto.

En el fondo de las cosas, lo que proponemos es que toda prestación personal de servicios sea regulada por el derecho del trabajo, pero éste deberá atender precisamente al tipo y grado de desigualdad que se da entre ciertos trabajadores y sus empleadores.

El expansionismo del derecho del trabajo, una de sus principales características, habrá de llevarlo a comprender a todos los agentes de comercio que presten servicios personales, sin ser obstáculo, que las relaciones sean estables o accidentales. El problema se trasladará a la regulación de esas relaciones, de manera que los supuestos de sus normas realmente prevean sus condiciones especiales y aporten las soluciones justas. Donde el desequilibrio no es tan grande, la tutela debe moderarse; pero no puede desaparecer.