



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

**EL CONTRATO DE AGENCIA: DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE
TRABAJO Y EL CONTRATO DE COMISIÓN, SEGÚN LA NORMATIVA,
JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EL DERECHO COMPARADO**

Natalia Reyes Henríquez
B15397
Carlos Sojo Rodríguez
B26421

Sede Universitaria Rodrigo Facio

2019

San José, 23 de setiembre de 2019

Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

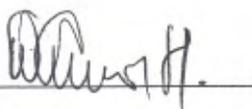
Estimado señor:

Quien suscribe, **Manuel Amador Hernández**, en mi condición de director de la tesis de los estudiantes Natalia Reyes Henríquez, con número de carné estudiantil B15397 y Carlos Sojo Rodríguez, con número de carné estudiantil B26421, titulada "EL CONTRATO DE AGENCIA: DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL CONTRATO DE COMISIÓN, SEGÚN LA NORMATIVA, JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EL DERECHO COMPARADO", por este medio tengo el agrado de comunicarle mi aprobación del citado trabajo de investigación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, por cumplir con los requisitos tanto formales como sustanciales exigidos para los trabajos finales de graduación por la Universidad de Costa Rica.

La mencionada tesis de graduación de Licenciatura se enfoca en realizar un estudio de los principios que atañen al contrato de agencia, el contrato de comisión y el contrato de trabajo, pasando por un análisis de su tratamiento en la doctrina y normativa nacional en cuanto a su concepto, características y elementos, así como un examen de lo que se ha acuñado en el derecho comparado de Colombia, España y Argentina. Posteriormente, luego de abordar los pronunciamientos de tribunales al respecto de estos tipos contractuales, se enfoca en separar las diferencias y similitudes que guardan entre ellos, concluyendo que la labor de los juzgadores ha sido útil para recalificar contratos que no deben sujetarse a las reglas de orden público laboral y viceversa, que la herramienta teórica desarrollada a partir del trabajo de investigación puede ser utilizada para tener un mejor entendimiento de las situaciones fácticas en las cuales puede acudir a la relación de agencia, comisión y laboral, y que una legislación especial que determinara los rasgos esenciales del contrato de agencia facilitaría al juzgador su labor de calificar los diferentes tipos contractuales.

En virtud de lo anterior, solicito al Área de Investigación proceder con los trámites administrativos correspondientes a la fijación de fecha y hora para que los estudiantes procedan con la defensa de su trabajo.

Atentamente,



Lic. Manuel Amador Hernández
Director

25 de septiembre de 2019

Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Quien suscribe, **Pedro Chaves Corrales**, en mi condición de lector y miembro del Comité Asesor del Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, realizado por los estudiantes Natalia Reyes Henríquez, con número de carné estudiantil B15397 y Carlos Sojo Rodríguez, con número de carné estudiantil B26421, titulada "EL CONTRATO DE AGENCIA: DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL CONTRATO DE COMISIÓN, SEGÚN LA NORMATIVA, JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EL DERECHO COMPARADO", comunico por este medio mi aprobación para la correspondiente réplica de la citada investigación, debido a que el mismo cumple con los requisitos de forma y fondo que exige la normativa universitaria.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Pedro Chaves Corrales', written over a horizontal line.

Pedro Chaves Corrales
Lector

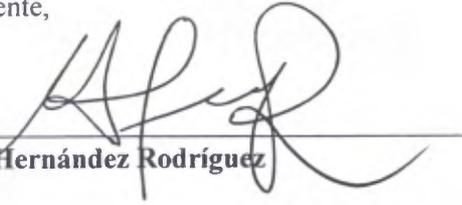
4 de octubre de 2019

Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Quien suscribe, **Magally Hernández Rodríguez**, en mi condición de lector y miembro del Comité Asesor del Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, realizado por los estudiantes Natalia Reyes Henríquez, con número de carné estudiantil B15397 y Carlos Sojo Rodríguez, con número de carné estudiantil B26421, titulada "EL CONTRATO DE AGENCIA: DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL CONTRATO DE COMISIÓN, SEGÚN LA NORMATIVA, JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EL DERECHO COMPARADO", comunico por este medio mi aprobación para la correspondiente réplica de la citada investigación, debido a que el mismo cumple con los requisitos de forma y fondo que exige la normativa universitaria.

Cordialmente,



Magally Hernández Rodríguez
Lector



M. L. Vilma Isabel Sánchez Castro
Bachiller y Licenciada en Filología Española. U. C. R.

A QUIEN INTERESE

Yo, Vilma Isabel Sánchez Castro, Máster en Literatura Latinoamericana, Bachiller y Licenciada en Filología Española, de la Universidad de Costa Rica; con cédula de identidad 6-054-080; inscrita en el Colegio de Licenciados y Profesores, con el carné N° 003671, hago constar que he revisado el documento aprobado por el tutor y los lectores. Se han corregido en él los errores encontrados en ortografía, redacción, gramática y sintaxis. El cual se intitula:

EL CONTRATO DE AGENCIA: DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL CONTRATO DE COMISIÓN, SEGÚN LA NORMATIVA, JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EL DERECHO COMPARADO

NATALIA REYES HENRÍQUEZ
CARLOS SOJO RODRÍGUEZ

LICENCIATURA EN DERECHO

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Se extiende la presente certificación a solicitud de los interesados en la ciudad de San José a los veintiséis días del mes de setiembre de dos mil diecinueve. La filóloga no se hace responsable de los cambios que se le introduzcan al trabajo posterior a su revisión.

M.L. Vilma Isabel Sánchez Castro
Máster en Literatura Latinoamericana. UCR.
Bachiller y Licenciada en Filología Esp. UCR.
Cédula 600540080-Carné 003671

DEDICATORIA CARLOS SOJO

*A mis padres, por brindarme todas las oportunidades necesarias
para poder educarme de la mejor forma. Gracias por todo,
no tengo cómo agradecerles.*

*A mis hermanos, por ser ejemplos de éxitos académicos. Definitivamente,
me han motivado a ser un buen estudiante y a esforzarme a
concluir mis etapas académicas con éxito.*

*A mi compañera de tesis, Natalia, por ser mi compañera incondicional
durante mis estudios universitarios y por concluir esta etapa a mi lado.*

¡Gracias!

DEDICATORIA NATALIA REYES

A mis papás, por la comprensión, el soporte, el amor y la entrega para asegurarse de que pueda alcanzar mis metas. Les debo todo y siempre estaré agradecida por sus esfuerzos y generosidad conmigo.

A mi tía, por alentarme y acompañarme durante toda la etapa universitaria y ser mi apoyo constante.

A Carlos, mi compañero de tesis, por su amistad, escucha, compañía y complicidad a lo largo de los años y, especialmente, durante nuestra experiencia universitaria.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA CARLOS SOJO.....	I
DEDICATORIA NATALIA REYES.....	II
ÍNDICE GENERAL.....	III
TABLA DE ABREVIATURAS	VI
RESUMEN	VII
FICHA BIBLIOGRÁFICA	VIII
INTRODUCCIÓN	1
I. JUSTIFICACIÓN	1
II. HIPÓTESIS.....	2
III. OBJETIVOS.....	2
A. <i>Objetivo general</i>	2
B. <i>Objetivos específicos</i>	2
IV. METODOLOGÍA	3
V. DESARROLLO CAPITULAR	3
CAPÍTULO I – PRINCIPIOS RECTORES DEL CONTRATO DE AGENCIA, EL CONTRATO DE COMISIÓN Y EL CONTRATO DE TRABAJO.....	5
I. SECCIÓN I - PRINCIPIOS DEL DERECHO COMERCIAL	5
A. <i>Principio de la autonomía de la voluntad</i>	10
B. <i>Principio de la buena fe</i>	11
C. <i>Principio de la consensualidad</i>	13
D. <i>Principio de la costumbre constitutiva de Derecho</i>	15
E. <i>Principio del enriquecimiento sin causa</i>	17
F. <i>Principio del error común</i>	20
G. <i>Principio de la imprevisión</i>	21
H. <i>Principio de la relatividad de los contratos</i>	23
II. SECCIÓN II - PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL.....	25
A. <i>Principio protector</i>	25
B. <i>Principio de indubio pro- operario</i>	25
C. <i>Principio de aplicación de la norma más favorable</i>	26
D. <i>Principio de la condición más beneficiosa</i>	27
E. <i>Principio de la irrenunciabilidad de derechos</i>	28

F.	<i>Principio de la primacía de la realidad</i>	29
G.	<i>Principio de la buena fe</i>	30
H.	<i>Principio de proporcionalidad</i>	31
I.	<i>Principio de la continuidad en la relación laboral</i>	32
CAPÍTULO II – ANÁLISIS DOCTRINARIO Y NORMATIVO		34
I.	SECCIÓN I - EL CONTRATO DE AGENCIA.....	34
A.	<i>Antecedentes históricos y origen</i>	34
B.	<i>El concepto de contrato de agencia</i>	36
C.	<i>Características del contrato de agencia</i>	39
D.	<i>Elementos del contrato de agencia</i>	43
E.	<i>Derechos y obligaciones de las partes</i>	47
F.	<i>Terminación del contrato</i>	51
G.	<i>Naturaleza jurídica</i>	52
II.	SECCIÓN II – EL CONTRATO DE TRABAJO	54
A.	<i>Antecedentes históricos y origen</i>	54
B.	<i>El concepto del contrato individual de trabajo</i>	56
C.	<i>Características del contrato de trabajo</i>	57
D.	<i>Elementos del contrato de trabajo</i>	59
E.	<i>Derechos y obligaciones de las partes</i>	69
F.	<i>Terminación del contrato de trabajo</i>	79
G.	<i>Naturaleza jurídica</i>	82
III.	SECCIÓN III – EL CONTRATO DE COMISIÓN	83
A.	<i>Antecedentes históricos y origen</i>	83
B.	<i>El concepto de contrato de comisión</i>	85
C.	<i>Características del contrato de comisión</i>	86
D.	<i>Elementos del contrato de comisión</i>	89
E.	<i>Derechos y obligaciones de las partes</i>	91
F.	<i>Terminación del contrato</i>	95
G.	<i>Naturaleza jurídica</i>	96
CAPÍTULO III – ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO ATINENTE A LOS TIPOS CONTRACTUALES ...		99
I.	SECCIÓN I – CASO ESPAÑA.....	100
A.	<i>Contrato de agencia</i>	100
B.	<i>Contrato de comisión</i>	120
C.	<i>Contrato de trabajo</i>	135

II.	SECCIÓN II – CASO COLOMBIA	154
A.	<i>Contrato de agencia</i>	154
B.	<i>Contrato de comisión</i>	170
C.	<i>Contrato de trabajo</i>	180
III.	SECCIÓN III - CASO ARGENTINA.....	192
A.	<i>Contrato de agencia</i>	192
B.	<i>Contrato de comisión</i>	208
C.	<i>Contrato de trabajo</i>	220
CAPÍTULO IV - RESOLUCIONES JUDICIALES RELEVANTES DE TRIBUNALES COSTARRICENSES.....		237
A.	<i>En cuanto al contrato de trabajo</i>	237
B.	<i>En cuanto al contrato de agencia</i>	256
C.	<i>En cuanto al contrato de comisión</i>	264
CAPÍTULO V - ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS ATRIBUTOS PROPIOS DE CADA CONTRATO		276
I.	SECCIÓN I: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL CONTRATO DE AGENCIA Y EL CONTRATO DE COMISIÓN	277
A.	<i>Notas comunes</i>	277
B.	<i>Diferencias</i>	285
II.	SECCIÓN II: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL CONTRATO DE AGENCIA Y EL CONTRATO DE TRABAJO	291
A.	<i>Notas comunes</i>	291
B.	<i>Diferencias</i>	295
CONCLUSIONES		300
BIBLIOGRAFÍA.....		306
I.	LIBROS	306
II.	ARTÍCULOS DE REVISTAS	307
III.	LIBROS, REVISTAS, PERIÓDICOS Y OTRAS FUENTES DIGITALES	307
IV.	TESIS	314
V.	LEGISLACIÓN Y DEMÁS NORMATIVA NACIONAL	314
VI.	LEGISLACIÓN Y DEMÁS NORMATIVA EXTRANJERA	315
VII.	JURISPRUDENCIA	315
VIII.	REFERENCIAS ELECTRÓNICAS	318

TABLA DE ABREVIATURAS

Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras de Costa Rica n.º 6209 de 9 de marzo de 1978	LPRCE
Ley sobre Contrato de Agencia de España n.º 12 del 27 de mayo de 1992	LCA
Ley del Estatuto de los Trabajadores contenida en el Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre	LET
Ley de Contrato de Trabajo de Argentina n.º 20.744	LCT
Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, Ley n.º. 26994, decreto n.º. 1795 de 2014	CCCN
Código de Comercio de la República de Costa Rica, Ley No. 3284 del 24 de abril de 1964	CCOM
Código de Comercio de la República de Argentina, Ley n.º. 2637 del 9 de octubre de 1889.	CCOMa
Código de Comercio de España, Real Decreto de 22 de agosto de 1885	CCOMe
Código de Comercio de Colombia, Decreto 410 de 1971	CCOMc
Artículo y artículos	Art. y arts.
Número	n.º

RESUMEN

La presente investigación está dirigida a brindar un estudio sistemático del contrato de agencia, que analice su naturaleza, sus características y particularidades, todo con la finalidad importantísima de diferenciarlo con otras figuras afines, como lo son los contratos de trabajo y de comisión, los cuales, necesariamente también se analizan, para determinar posibles similitudes, pero, ante todo, aquellas diferencias que los convierten en figuras ontológicamente distintas.

La hipótesis del trabajo planteada en el anteproyecto, fue que era necesaria la elaboración de un trabajo como el que aquí se ofrece, a fin de facilitar a las personas estudiosas del tema y operadoras jurídicas, una herramienta fundamentalmente teórica, que detallara con cierto grado de amplitud, las características del contrato de agencia que lo convierten en un contrato singular frente a los contratos laborales y de comisión.

La metodología que se utilizó para plasmar este trabajo fue la de la investigación documental, relativa a las normas jurídicas nacionales e internacionales, a las fuentes bibliográficas y doctrinarias, así como a los pronunciamientos de los tribunales nacionales que se hayan referido al tema.

Asimismo, la estructuración del trabajo se desarrolla en cinco capítulos:

I) Principios rectores del contrato de agencia, el contrato de comisión y el contrato de trabajo.

II) Análisis doctrinario y normativo.

III) Análisis de derecho comparado atinente a los tipos contractuales bajo estudio.

IV) Análisis jurisprudencial.

V) Análisis comparativo de los atributos propios de cada contrato.

Con base en estos capítulos, se intentará desarrollar conclusiones acerca del contrato de agencia y sus respectivas diferencias y similitudes con los contratos de trabajo y comisión.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Reyes Henríquez, Natalia y Sojo Rodríguez, Carlos. ***El contrato de agencia: diferencias con el contrato de trabajo y el contrato de comisión, según la normativa, jurisprudencia nacional y el derecho comparado.*** Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2019. vii y 320.

Director: Manuel Amador Hernández

Palabras clave: contrato de agencia, contrato de trabajo, contrato de comisión, relación laboral, subordinación, remuneración, prestación de servicios.

INTRODUCCIÓN

I. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación se desarrollará en torno al contrato de agencia, realizando un proyecto orientado a demostrar las características, naturaleza y particularidades de dicho tipo contractual. Esto, con el fin de diferenciarlo de otros convenios, como lo son el contrato de trabajo y de comisión, y así esclarecer las diferencias que existen entre ellos.

Asimismo, los modelos contractuales bajo análisis presentan similitudes en cuanto a su génesis, en el sentido de que estos contratos nacen a razón de un acuerdo bilateral entre contratante y contratista, provocando esto, que existan elementos similares entre los mismos. Es por lo anterior, que existe la posibilidad de que en la práctica se generen interpretaciones erróneas y contrarias a la verdadera voluntad de las partes.

Lo mencionado, siendo que, por ejemplo, podrían presentarse situaciones en las cuales un contrato de agencia es recalificado como un contrato de trabajo, y como consecuencia, le sería aplicada la normativa propia del derecho laboral costarricense, la cual implica la imposición de una serie de condiciones y garantías que buscan, principalmente, la protección del trabajador.

Como resultado, las partes no se determinarían a sí mismas, ni a los efectos que buscan conseguir con el negocio jurídico, de la forma que es inherente a las relaciones de carácter comercial, siempre dentro de los límites impuestos por la ley.

A razón de esto, se encuentra la primera gran motivación para llevar a cabo el proyecto académico. Una de sus finalidades es que el mismo sirva como referencia a individuos e instituciones públicas o privadas, para que puedan diferenciar los tipos contractuales y, de este modo, no se vea limitado el uso del contrato de agencia.

Seguidamente, el hecho de que no exista un precedente doctrinario en Costa Rica sobre este tipo de contrato también resulta un motivo adecuado. Se tiene presente que el ofrecer un proyecto académico debidamente fundamentado, que brinde y explique las características propias del mismo, servirá como base para cualquier otra investigación que se desee realizar en Costa Rica.

El grupo a cargo del proyecto considera que la oportunidad de estar a la vanguardia, mediante una investigación que oriente sobre el contrato de agencia y su uso, constituye una razón idónea para realizar un estudio del tema.

Lo expuesto anteriormente refleja los argumentos que justifican el desarrollo de la presente investigación, la cual se pretende realizar de una manera fidedigna, con el fin de cumplir las expectativas personales y brindar una herramienta útil y confiable acerca del contrato de agencia a terceros.

II. HIPÓTESIS

La hipótesis del trabajo consiste en que se estima necesaria la elaboración de una herramienta teórica dirigida a detallar con amplitud las características inherentes a cada tipo contractual, sean el contrato de agencia, el laboral y el de comisión; para diferenciar con claridad dichas características, evitando violaciones arbitrarias a la autonomía de las partes.

III. OBJETIVOS

A. Objetivo general

El objetivo general con esta tesis es elaborar una herramienta teórica que permita detallar las características inherentes al contrato de agencia, a fin de diferenciarlo del contrato laboral y el contrato de comisión.

B. Objetivos específicos

Los objetivos específicos con este trabajo son los siguientes:

1. Ofrecer un análisis sobre el origen y las características del contrato de agencia, el contrato laboral y el contrato de comisión, desde un punto de vista teórico-normativo.
2. Referir el tratamiento que se ha dado a los tipos contractuales señalados, mediante un análisis en la jurisprudencia judicial nacional.
3. Exponer el desarrollo que han tenido estos contratos en países con sistemas jurídicos de tradición romanista, mediante un estudio de derecho comparado.

IV. METODOLOGÍA

La presente investigación es de carácter teórico o documental, pues se basa en el análisis de textos e información disponible en libros y documentos. Por ende, se trata entonces de un enfoque cualitativo de investigación, en virtud del cual se recopilarán datos de diferentes fuentes, con el fin de determinar o describir las características y propiedades del contrato de agencia, el contrato de comisión y el contrato de trabajo.

Asimismo, recurre al análisis de pronunciamientos de tribunales nacionales que se hayan referido al tema bajo estudio, y se tomará en cuenta, además, las posiciones doctrinarias que hayan analizado lo atinente a los tipos contractuales de interés.

Unido a ello, se realiza un análisis de la normativa existente a nivel nacional e internacional, de países con sistemas jurídicos de tradición romanista, con el fin de conocer la aplicación y el desarrollo que se ha llevado a cabo.

Reunidos los anteriores insumos, la tesis se aboca a realizar un examen destinado a contrastar y confrontar los resultados obtenidos de las diversas posiciones encontradas en los textos recopilados, para luego, finalmente, sintetizarlos y elaborar las conclusiones teóricas pertinentes sobre la materia de estudio.

V. DESARROLLO CAPITULAR

La tesis se estructura en cinco capítulos.

El primer capítulo estudia lo relacionado con los principios que informan el contrato de agencia, el contrato de comisión y el contrato de trabajo. Sobre esa base, se analizan los principios propios del derecho comercial, dentro del cual se ubican los contratos de agencia y comisión, y los del derecho laboral, en el cual se encuadra el contrato de trabajo.

El segundo capítulo explora lo atinente al contrato de agencia, el contrato de trabajo y el de comisión, desde una perspectiva doctrinaria y acudiendo a la normativa nacional relacionada como complemento. Luego, se determinan los antecedentes históricos, el concepto, las características, los elementos, la naturaleza y las causas de extinción de cada contrato.

En el tercer capítulo se realiza un análisis de derecho comparado dividido entre tres países, a saber: España, Colombia y Argentina. Lo anterior se hace atendiendo a las divisiones anteriormente mencionadas para cada contrato.

El cuarto capítulo se encarga de desarrollar lo relacionado con pronunciamientos judiciales relacionados con los tipos contractuales bajo estudio, de acuerdo con ciertos aspectos que se consideran de particular relevancia para la investigación, como la relación laboral, las características de cada contrato, las definiciones que de cada uno de ellos se han brindado diferentes sentencias, entre otros, según se explica en el capítulo.

En el quinto y último capítulo se procede a elaborar un análisis comparativo de los atributos propios de cada contrato, para lo cual se acude, primero, a contrastar las características del contrato de agencia con el contrato de comisión, y, después, a hacer esto mismo entre el primero y el contrato laboral

CAPÍTULO I – PRINCIPIOS RECTORES DEL CONTRATO DE AGENCIA, EL CONTRATO DE COMISIÓN Y EL CONTRATO DE TRABAJO

I. SECCIÓN I - PRINCIPIOS DEL DERECHO COMERCIAL

El contrato de agencia y el contrato de comisión, como contratos mercantiles, forman parte del derecho comercial y este, a su vez, está incluido dentro del Derecho privado.

El derecho comercial, por su parte, es un derecho especial respecto al derecho civil, en tanto que regula materias propias que incluso ni siquiera se encuentran reguladas en los códigos civiles.

Por lo tanto, este derecho corresponde a un “sistema completo de normas que son susceptibles de aplicación analógica y solo ante la imposibilidad de hallar una solución a una determinada materia... se recurre, por vía de subsidiariedad al derecho civil, como derecho común que es.”¹

El Código Civil costarricense, en lo atinente al tema, establece que: “ARTÍCULO 4º- Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.”

El Código de Comercio, por su parte, determina que:

*ARTÍCULO 2º.- Cuando no exista en este Código, ni en otras leyes mercantiles, disposición concreta que rija determinada materia o caso, se aplicarán, por su orden y en lo pertinente, las del Código Civil, los usos y costumbres y **los principios generales de derecho**. En cuanto a la aplicación de los usos y costumbres, privarán los locales sobre los nacionales; los nacionales sobre los internacionales; y los especiales sobre los generales. (Énfasis añadido)*

En el mismo sentido se pronuncia la Ley Orgánica del Poder Judicial, n.º 8 del 29 de noviembre de 1937, en su artículo 5, que en lo que interesa dispone:

Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la

¹ Octavio Torrealba, “Fuentes del Derecho Mercantil”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Escuela de Derecho la Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, No. 5, Mayo 1965, p. 239-240, citado por Ana Lucía Espinoza Blanco, “Las fuentes formales del Derecho Comercial”, *Derecho Comercial Costarricense*, 2008, http://www.derechocomercial-cr.com/yahoo_site_admin/assets/docs/Clase_2_-_Las_fuentes_formales_del_Derecho_Comercial_-2008-03-21.75150520.pdf, 19.

*ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.
Los usos y costumbres tendrán carácter supletorio del Derecho escrito.*

Los principios generales del derecho son “normas jurídicas fundamentales, escritas o no, que rigen un determinado sistema jurídico en su conjunto.”² Un ejemplo de ellos es la equidad, la cual, en sentido amplio, es considerada como la justicia aplicada a un caso concreto, ante omisiones legales o, también, cuando de la aplicación rigurosa de la misma se deriva la injusticia o errores.³

En relación con esto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia n.º 00711 de las 10 horas 20 minutos del 12 de junio del 2013, señaló lo siguiente:

Como bien se sabe, y mejor aún conocen los recurrentes, el derecho no se agota en la estricta y rígida letra de la ley. El derecho está nutrido de principios, de lógica y razonamiento que buscan la máxima aproximación a la justicia y la resolución del conflicto con la mayor dosis posible de equidad... principios del derecho (que lejos de ocupar un lugar residual en las fuentes, han de imponerse como regla y basamento esencial de todo el ordenamiento jurídico).

Asimismo, se comparte la postura de la autora colombiana Yina Constanza Pérez⁴, quien, refiriéndose a la aplicación de los principios generales del derecho al derecho comercial, considera que:

Los principios generales del derecho no se encuentran discriminados en cuanto a las diferentes ramas en que se estudia y se aplica ese derecho, por lo que, al menos inicialmente se puede aseverar que los principios en el derecho mercantil están en la misma fuente de donde emanan los principios generales del derecho, pues al final de cuentas las partes comprometidas en el ejercicio de las actividades mercantiles y pese a tener una connotación esencial en la actividad contractual como la es la de reportar utilidades económicas producto de los convenios, no pierden su calidad de actores de sus propios derechos en la relación en que se desempeñan [sic], es decir el derecho mercantil dentro de sus principios consagra la equidad en la aplicación de los derechos de las partes y proscriben el abuso de una parte sobre otra bajo figuras muy representativas como el aprovechamiento de la parte dominante en la negociación

² María Susana Dávalos Torres, *Manual de introducción al Derecho Mercantil* (México D. F.: Nostra Ediciones, 2010), <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3259/4.pdf>, 44.

³ Dávalos, *Manual de introducción al Derecho Mercantil*, 44.

⁴ Yina Constanza Pérez, “Los principios y su evolución en el derecho mercantil”, DIXI 19, n.º 26 (mayo 2017): 8-9, <https://doi.org/10.16925/di.v19i26.1955>

Con lo anterior en mente, se evidencia que dichos principios tienen especial relevancia a la hora de realizar la interpretación de un contrato, puesto que cumplen una función de complemento para el intérprete, en caso de que existan normas de carácter dudoso.

Sin embargo, también es cierto que “producido el mutuo trasiego del derecho civil al comercial de este nuevamente a aquel, interpenetración que no cesa en su actuar de ida y vuelta, hay que distinguir cuáles son las pautas diferenciales entre estas dos ramas del derecho privado.”⁵

En este orden de ideas, debe agregarse que es gracias a la doctrina y la jurisprudencia que se logra hacer una delimitación específica de los principios generales del derecho comercial. Es decir, aquellos que resultan aplicables tanto al contrato de agencia, como al contrato de comisión.

Como derecho privado, la rama comercial del derecho cuenta con los principios que le corresponden al primero. En esta línea, ha de señalarse que dentro de los principios tradicionales del derecho privado se encuentran⁶:

- La autonomía de la voluntad particular o privada, el cual funge como garantía jurídico política del ciudadano frente al Estado. Lo anterior, en tanto se concibe como la delegación que hace el legislador, en favor de los particulares, para regir sus relaciones sociales mediante actos y negocios jurídicos.
- La vigencia de la ley, en el tiempo y en el espacio. Tratándose de esto, por lo general, se establece la irretroactividad de la ley y el respeto por los derechos adquiridos.
- Los postulados de los actos jurídicos, como el de la normatividad, que estipula que todo contrato válido y legalmente celebrado es una ley para los contratantes y solo puede invalidarse por razones previstas en la ley o por mutua voluntad; la buena fe, la diligencia, entre otros.
- El formalismo y el consensualismo.

⁵ Jorge Parra Benítez, “Teoría general del Derecho privado”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas [Online]*, n.º 99 (1998): 221, <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/6660>.

⁶ Parra, “Teoría general del Derecho privado”, 221.

Los principios contractuales del derecho comercial, por su parte, son aquellos postulados informadores del ordenamiento que se inducen de las normas positivas que lo integran y son considerados por la ley como fuente subsidiaria, pues solo son tomados en cuenta en defecto de la ley o la costumbre⁷. Además, se trata de aquellos que “surgen de la ley y las costumbres y usos del comercio y se encuentran en todos los órdenes positivos del mundo, incluyendo el *common law*.”⁸

Dentro de las características que tienen dichos principios, se recogen las siguientes⁹:

- Por su naturaleza, no son inmutables o absolutos, sino variables.
- No todos se encuentran en la misma categoría, en tanto que existe una jerarquía entre ellos.
- Utilidad, siendo que sirven para crear e interpretar las instituciones mercantiles, legisladas o no, por lo que permiten identificar un negocio mercantil cuando su pertenencia a cierto campo del derecho privado no está clara.

Existen principios que son propios del derecho comercial y otros que son propios de las obligaciones y los contratos mercantiles, así como algunos que provienen del derecho civil, que posteriormente se mercantilizan. Por lo tanto, se habla de principios directivos, derivados y mercantiles por conexión. Entre ellos pueden mencionarse¹⁰:

- Como se señalaba líneas atrás, los principios generales del derecho privado, los cuales inspiraron la legislación civil. Dentro de estos, puede hacerse referencia al respeto a la ley, a la voluntad y la personalidad.
- Los principios típicos que determinan las relaciones jurídicas que son materia de derecho comercial. Verbigracia, el principio de la especialidad, el principio de la celeridad, el principio de la consensualidad y la onerosidad, entre otros.

⁷ María Camila Daza Leguizamón, “Aplicación de los principios contractuales a los contratos mercantiles”, Universidad La Gran Colombia, 2012, <https://es.slideshare.net/camiladaza/aplicacin-de-los-principios-contractuales-en-los-contratos-mercantiles>, 6.

⁸ Parra, “Teoría general del Derecho privado”, 222.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ *Ibíd.*

A estos pueden agregarse, ampliando en los principios de segunda especie, otros principios generales como¹¹:

- Simpatía de la ley por la interpretación que haga producir a los actos y negocios efectos, por encima de su ineficacia o nulidad.
- Principio de la buena fe en materia mercantil
- Abuso del derecho como presupuesto de indemnización
- No poder alegar la propia ilicitud
- Expansividad: aplicar la ley a no comerciantes
- La onerosidad o ánimo de lucro
- Habitualidad o negocio continuado
- Profesionalidad
- Celeridad en los negocios
- Mayor libertad en las formas y pruebas
- La costumbre y los usos

En cuanto a los principios del derecho comercial, la Resolución n.º 211 de las 16:17 horas del 7 de abril de 2017 del Tribunal Segundo Civil, Sección Primera manifiesta que:

...el art. 4 de [sic] Código Civil establece que los principios generales del derecho tendrán un carácter informador del ordenamiento jurídico. En virtud de lo anterior, tomando en cuenta la realidad social presente, el contexto de su aplicación, así como los principios generales del derecho, tenemos que la jurisprudencia imperante se encuentra orientada hacia una interpretación del artículo... del Código de Comercio acorde con los principios rectores del derecho comercial, dentro de los cuales imperan la agilidad y celeridad de la actividad comercial y la eliminación de formas que de alguna manera obstaculicen el tráfico mercantil...

Así, principios como la simpleza y eficiencia de las formas, la protección del crédito, la segura y rápida circulación de la riqueza, la rápida y económica solución de los conflictos, entre otros, pueden rescatarse como rectores en materia comercial costarricense.¹²

Sin pretender realizar un estudio exhaustivo de todos los principios que sirven como base al ordenamiento, se procederá a ampliar acerca de algunos de los más importantes,

¹¹ Parra, "Teoría general del Derecho privado", 222.

¹² Ana Lucía Espinoza Blanco, "Las fuentes formales del Derecho Comercial", *Derecho Comercial Costarricense*, 2008, http://www.derechocomercial-cr.com/yahoo_site_admin/assets/docs/Clase_2_-_Las_fuentes_formales_del_Derecho_Comercial_-_2008-03-21.75150520.pdf, 33.

conocidos por orientar las relaciones jurídico-contractuales y el ejercicio de la actividad contractual.

A. Principio de la autonomía de la voluntad

Este principio cobra especial validez en el siglo XVIII, cuando “se edificó todo un culto alrededor de la voluntad, cuando el deber primordial del Estado era precisamente la protección de la expresión de la voluntad individual y en el ejercicio de sus poderes tenía que mirar a esa finalidad.”¹³

La autonomía de la voluntad, como principio, es una libertad contractual que “consiste en el poder que la ley reconoce a los particulares para reglamentar por sí mismos libremente y sin intervención de la ley el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente.”¹⁴Esto, complementado con una autorización para celebrar contratos que no estén tipificados en la ley.¹⁵

La autonomía de la voluntad se manifiesta en la expresión de la voluntad interna del sujeto contrayente de obligaciones en los contratos, noción que el ordenamiento utiliza como base para estimar que el contrato es ley para las partes contrayentes. Lo anterior, sin perjuicio de que la voluntad, según sea el caso, deba cumplir con una serie de condiciones y limitaciones, con el fin de ser considerada como válida y conforme al orden jurídico.

En Costa Rica, el “ordenamiento jurídico regula las disposiciones generales de los contratos y cuasicontratos, que abrazan como máximo exponente el principio de la autonomía de la voluntad y obligatoriedad de cumplimiento entre las partes, en armonía con los numerales 1022 y 1023”¹⁶ del Código Civil.

El artículo 1002 *ibidem* recoge lo anterior al reconocerle al contrato la “fuerza de ley entre las partes contratantes”, lo cual quiere decir que lo pactado en el convenio tiene el efecto de obligarlas.

¹³ Roberto Sarmiento Bejarano y Eduardo Flores Aristizábal, “Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles”, Trabajo de Investigación Profesorial para optar al título de Abogado, Universidad de La Sabana de Colombia, 2002, <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5377/129377.pdf?sequence=1>, 15.

¹⁴ “Informe de investigación CIJUL: las limitaciones a la autonomía de la voluntad”, *CIJUL en línea*, 2007: 3, <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portaI-investigaciones.php?x=MjE0Ng==>

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Guido y Chavarría, “El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras”, 120.

En la práctica jurídica, se recurre al principio de la autonomía de la voluntad para realizar análisis en casos en los que existen dudas que se suscitan de la aplicación de los contratos, en cuanto a voluntad, consentimiento y las “verdaderas dimensiones de lo pretendido por las partes”¹⁷. En este sentido, la sentencia n.º 67 del Tribunal Segundo Civil, Sección I, al analizar los elementos de dicho principio a la luz de los contratos privados, manifestó que:

*El principio de autonomía de la voluntad ha sido y aún lo es, eje fundamental del derecho de los contratos privados. ... La idea fundamental que la dogmática dice de él, dentro del derecho privado patrimonial, es que **las partes pueden definir sus intereses económicos en razón de un ámbito de libertad que ha de reconocérsele como consecuencia del principio de dignidad humana**. A lo anterior se suma la idea de igualdad entre los contratantes, máxima que junto a las ya dichas crean el conjunto necesario que **justifica la obligatoriedad de los contratos**, en un esquema tradicional”¹⁸. (Énfasis añadido)*

Con base en lo anterior, puede evidenciarse que la autonomía de la voluntad no carece de restricciones y si bien “faculta a las partes para que decidan si contratan o no, dicha declaración tiene límites que deben seguir los lineamientos de las buenas costumbres y del orden público.”¹⁹

B. Principio de la buena fe

En cuanto a la buena fe, corresponde mencionar que constituye uno de los principios más importantes, debido a que es harto utilizado en los contratos para prevenir cláusulas abusivas e inequidades contractuales que contraríen los fines legales o constitucionales, y que se divide en dos manifestaciones: la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. La primera, consiste en la convicción o creencia de estar obrando conforme a Derecho, honesta y lealmente.²⁰

La buena fe objetiva, por su lado, se refiere a aquella que “impone el ordenamiento como deber jurídico de comportamiento y se torna en una regla orientadora para actuar

¹⁷ Costa Rica. Tribunal Segundo Civil, Sección I, Sentencia n.º 67 de las 9 horas del 14 de marzo de 2008.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ Daza, “Aplicación de los principios contractuales a los contratos mercantiles”, 11.

²⁰ Luis Armando Tolosa Villabona, “De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo”, *Estudios Socio-Jurídicos* 19, n.º 2 (julio-diciembre 2017): <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5701>, 38.

proba y responsablemente en forma real conforme al derecho y no como mera conciencia o creencia.”²¹

Por consiguiente, se asegura que la buena fe se desdobra en dos aspectos, por una parte, en el hecho de que cada persona debe desarrollar una conducta sincera con quien entabla una relación jurídica; y, por otra, el derecho de cada persona a esperar la misma lealtad. Lo recogido anteriormente se conoce como buena fe activa y buena fe pasiva.

Los Tribunales del país, al referirse al tema, han afirmado que:

*... La buena fe es un concepto jurídico indeterminado que ha sido definido de la siguiente manera: “Al entrar en el estudio de un concepto tan frecuentemente utilizado en el Derecho positivo, conviene distinguir lo que representa el término buena fe, del principio que esta viene a inspirar. En efecto, mientras aquel no es más que un concepto técnico utilizado por el legislador en la descripción de los más variados supuestos de hecho normativos, este, **el principio general, obliga a todos a observar una determinada actitud de respeto y lealtad, de honradez en el tráfico jurídico, y esto, tanto cuando nos encontramos en el ejercicio de un derecho como en el cumplimiento de un deber**” (Diccionario Jurídico Espasa, Espasa Calpe, S. A., Madrid, 2001, pág. 245).²² (Énfasis añadido)*

Sin embargo, debe rescatarse que la buena fe como se conoce en la mayoría de las legislaciones se relaciona no solo con una intención de proceder honestamente y acorde a la ley, sino también con un cierto equilibrio en las prestaciones recíprocas que, “aun advirtiendo algunas legítimas ventajas comerciales, no cree situaciones que tradicionalmente se han calificado como ‘leoninas’ para alguna o algunas de las partes.”²³

En adición a lo anterior, se ha configurado lo que se conoce como “Teoría de los actos propios reflejo de la buena fe en su aspecto objetivo”, la cual corresponde a la imposibilidad de actuar en contradicción con la conducta propia, por lo que en el tráfico jurídico económico y negocial, es indispensable que los contratantes se comporten de manera coherente; por lo que, reclamar en contra de sus propias actuaciones carecerá de legitimación y de buena fe.

²¹ Tolosa, “De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo”, 43.

²² Costa Rica. Tribunal Segundo Civil, Sección II, Sentencia n.º 39 de las 4:10 horas del 28 de febrero de 2006.

²³ Sarmiento y Flores, “Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles”, 52.

De este modo, se elimina la oportunidad de “alegar judicial o extrajudicialmente el cambio de su comportamiento como hecho fundante de su derecho, todo como exigencia del principio de buena fe y de lealtad.”²⁴

C. Principio de la consensualidad

Este principio consiste en la circunstancia de ser suficiente el consentimiento para que los actos mercantiles sean jurídicamente perfectos y se manifiesta en la libertad con la que cuentan los sujetos de derecho para concertar sus actos, negocios y obligaciones comerciales. Lo anterior, en tanto que el derecho comercial, al surgir de la costumbre y ocuparse de la circulación de los bienes muebles, no es un derecho apegado al formalismo.²⁵

Se ha indicado que es el acompañante ideal del principio de la autonomía privada, si se tiene presente que con la mera manifestación volitiva de las partes se perfecciona un contrato, por lo que la voluntad sola es la responsable del nacimiento o surgimiento de los contratos.²⁶

Siendo así, los formalismos se verían como limitantes directas de la autonomía de la voluntad privada. Pero, en contraposición con lo anterior, algunos autores comparten la idea de que “cualquier tipo de formalismo o solemnidad... [es] algo adicional al libre acuerdo de voluntades ... ya que es algo exógeno al acuerdo de voluntades y se enruta más a términos de seguridad jurídica y publicidad.”²⁷

Por lo tanto, “sobre la base de los principios de la autonomía privada y el consensualismo, las partes cuentan con la libertad de formalidad, que permite a los contratantes dotar a su contrato de la formalidad que mejor convenga a sus intereses.”²⁸

²⁴ Tolosa, “De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo”, 48.

²⁵ Parra, “Teoría general del Derecho privado”, 228.

²⁶ Pedro Donaires Sánchez, “El principio del consensualismo en el Derecho de los contratos”, *Derecho y Cambio Social [Online]*, n.º 30 (2012): 18, http://www.derechocambiosocial.com/revista030/principio_del_consensualismo.pdf

²⁷ Donaires, “El principio del consensualismo en el Derecho de los contratos”, 18.

²⁸ Carlos Alberto Soto Coaguila, “El pacta sunt servanda y la revisión del contrato”, en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*, Tomo IV, vol.1, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá: Temis, 2010), 2.

En relación con lo anterior, la legislación costarricense, específicamente en el Código de Comercio, dispone que:

ARTÍCULO 411.- Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales, cualesquiera que sean la forma, el lenguaje o idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con este Código o con leyes especiales, deban otorgarse en escritura pública o requieran forma o solemnidades necesarias para su eficacia. (Énfasis añadido)

ARTÍCULO 1007.- Además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, para las que nacen de contrato se requiere el consentimiento y que se cumplan las solemnidades que la ley exija.

Entonces, se evidencia que, en el país, el consensualismo está atenuado o limitado cuando se trata de contratos que, según la ley, además de que exista un acuerdo de voluntades entre las partes, se necesita cumplan con ciertas formalidades. Sin embargo, y a pesar de que su ausencia provoca la nulidad del contrato, dicha exigencia se presenta como excepcional y está basada en que “la manifestación de voluntad se expresa únicamente a través del cumplimiento de la formalidad, por lo que, *contrario sensu*, de no observarse dicha formalidad no habrá manifestación de voluntad, y sin esta no hay negocio jurídico posible.”²⁹

De conformidad con lo expuesto, se trataría entonces de situaciones de cumplimiento obligatorio para la celebración de un contrato que, en caso de no cumplirse, o bien no existiría contrato o se produciría una nulidad absoluta del mismo.³⁰

A lo anterior debe añadirse que el consentimiento en el que se fundamenta el principio de la consensualidad implica “la existencia de voluntades internas que una vez manifestadas coinciden para dar lugar a una voluntad externa que constituye una declaración de voluntad común.”³¹

Asimismo, debe mencionarse que, así como a la consensualidad se le han atribuido ventajas como el favorecimiento de la circulación y activación de la riqueza, también se le

²⁹ *Ibíd.*, 2.

³⁰ Pedro Felipe Bonavento Correa, “La autonomía privada de la voluntad frente a los contratos de derecho privado”, Tesis de Grado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 2000, <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis16.pdf>, 63.

³¹ Sánchez, “El principio del consensualismo en el Derecho de los contratos”, 20.

ha achacado que prescinde de la utilización de instrumentos publicitarios, para dar a conocer las transferencias y el estado jurídico de bienes, lo cual puede ocasionar perjuicio, tanto a las partes como a terceros.

Como se desarrollará más adelante, en los capítulos correspondientes a cada uno de los contratos, el contrato de agencia y el de comisión son ambos, por definición, consensuales. Por este motivo, hay un “acuerdo de voluntades o declaración común de voluntad que implican prestaciones recíprocas para las partes intervinientes surgidas de un acto estrictamente consensual.”³²

a) Libertad de forma

Se hace necesario ahondar acerca de la libertad de forma que se deriva de los principios mencionados anteriormente, puesto que “el derecho civil moderno permite que las personas exterioricen su voluntad libremente, ya sea por el lenguaje hablado o escrito, ya sea por signos, hechos, etc. Ello indica que la voluntad puede escoger cualquier forma para darse a conocer o exteriorizarse, y que tan pronto se ha declarado o emitido en forma que cualquiera la pueda reconocer asume pleno valor jurídico.”³³

Tratándose de esto, la mayoría de los autores³⁴ coinciden en que en la formación de todo acto jurídico concurren dos elementos: el contenido del acto y su forma, la cual es una imposición introducida por la ley.

D. Principio de la costumbre constitutiva de Derecho

El derecho comercial, como rama del Derecho, tiene su origen en la Edad Media, donde las “personas dedicadas al comercio decidieron crear sus propios jueces y tribunales para solucionar los conflictos que surgieran entre su gremio con base en sus propias costumbres y códigos de conducta.”³⁵

³² *Ibíd.*

³³ Sarmiento y Flores, “Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles”, 76.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ José Francisco Báez Corona, “Marco jurídico de la empresa”, base de datos de Derecho vLex, (Universidad de Xalapa, 2017), 58. http://app.vlex.com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr:2048/#WWW/search/content_type:4/definicion+costumbre+derecho+comercial/WWW/vid/697783557/graphical_version, 13.

De este modo surge la costumbre, que según el autor José Francisco Báez, se trata de “aquellas prácticas que son reiteradas en la sociedad, se realizan conforme a derecho y sobre las cuales existe la percepción de que son obligatorias.”³⁶

Asimismo, se trata de “una pluralidad de prácticas o actos voluntarios, generales, continuos, repetitivos y conformes a la moral y el orden público que, por su habitualidad, son aplicados por los particulares y amparados por la ley, como normas que rigen las relaciones jurídico-contractuales.”³⁷

Otros autores la definen como:

- “Un conjunto de normas jurídicas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes.”³⁸
- “La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el *ius moribus constitutum*.”³⁹
- “Un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo.”⁴⁰

En Costa Rica, el artículo primero del Código Civil dispone, en cuanto al tema, que:

ARTÍCULO 1º- Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico.

Debe hacerse la aclaración de que, a pesar de ser la base o fundamento sobre el cual se erige el derecho mercantil, la costumbre solo puede aplicarse cuando es la ley quien

³⁶ *Ibíd.*, 58.

³⁷ Sarmiento y Flores, “Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles”, 91.

³⁸ Abelardo Torres, *Introducción al Derecho*. (Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1965), 21, citado por Sarmiento y Flores, “Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles”, 91.

³⁹ Claude Du Pasquier, *Introducción a la Teoría General de Derecho y a la Filosofía Jurídica* (Lima: Librería Internacional del Perú, 1950), 36, citado por Sarmiento y Flores, “Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles”, 91.

⁴⁰ Francois Geny, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado Positivo* (Madrid: Editorial Reus, 1925), 323, citado por Sarmiento y Flores, “Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles”, 91.

remite a ella, “como una fuente supletoria y subsidiaria, es decir, nunca puede alegarse costumbre o uso contrario a la ley.”⁴¹

Esto mismo lo recoge el artículo 3 del Código en cita, el cual reza: “ARTÍCULO 3º- El uso y la costumbre solo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo.”

Asimismo, se desprende del artículo 2 del Código de Comercio, según el cual la aplicación de los usos y costumbres se hace, efectivamente, de forma supletoria, en la medida que solo puede acudir a ellos en caso de que no exista norma concreta que pueda ser aplicada.

E. Principio del enriquecimiento sin causa

En la doctrina, se conoce este principio con diferentes denominaciones, entre ellas “enriquecimiento indebido”, “enriquecimiento injusto” y “enriquecimiento sin causa a expensas de otro.”⁴²

Su justificación, como menciona el autor Daniel Peñailillo Arévalo, puede identificarse con una necesidad de equidad, lo cual conlleva, a su vez, una exigencia de evitar que alguien se enriquezca indebidamente, a costa de otro.

El enriquecimiento en cuestión, se refiere a “una ventaja patrimonial, provecho o beneficio adquirido ... [que] incluye la adquisición de cosas materiales o inmateriales, corporales o incorpóreas ... aumento de valor de un objeto que ya se tiene ... y también la liberación de una obligación o carga a que se estaba sometido ...; se admite [además], como suficiente incluso un enriquecimiento físico o intelectual de la persona ... pero se estima insuficiente el enriquecimiento futuro o una simple esperanza.”⁴³

⁴¹ Octavio Calvo Marroquín y Arturo Puente y Flores, *Derecho Mercantil* (México: Limusa, 2010), 10, citados por Báez, “Marco jurídico de la empresa”, 58.

⁴² Daniel Peñailillo Arévalo, “El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción [Online]*, n.º 200 (julio-diciembre 1996): 9-10, <http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2575>

⁴³ Peñailillo, “El enriquecimiento sin causa”, 13.

Se trata, este principio, del “acrecimiento de un patrimonio como consecuencia directa del empobrecimiento de otro, sin que exista una causa justa que permita tales circunstancias.”⁴⁴

Se ha señalado, además, que, uno de los principales fundamentos de la prohibición del enriquecimiento sin causa, se encuentra en el derecho natural, cuya máxima estipula que “*Jure naturae egiuum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletioem*”, que se traduce en: es de equidad que nadie pueda hacerse más rico con detrimento o daño de otro.⁴⁵

Lo anterior implica que la persona que se enriquece de esta forma tiene la obligación de restituir el importe que corresponda al acrecimiento en su patrimonio y, para la parte afectada, por otro lado, significa la posibilidad de hacer uso de una acción para exigir que se le realice dicha restitución, conocida como “*actio in rem verso*”.⁴⁶

Conviene hacer en este punto una aclaración que se estima conveniente, diferenciando el “enriquecimiento injusto”, de la “acción de enriquecimiento sin causa”, pues:

*Mientras el primero es una manifestación del fin general del derecho: justicia, particularizado a la esfera de los intercambios propios del mundo civil; la acción de enriquecimiento sin causa aparece como una acción concreta, aplicable a aquellos supuestos en los que -como bien su nombre lo indica- no existe “causa” que explique el enriquecimiento operado en cabeza de determinados sujetos [sic] con el correlativo detrimento de otro.*⁴⁷

La situación descrita tiene como correlativo el hecho de que, únicamente en caso de ausencia de fundamento jurídico, suficiente para justificar el enriquecimiento-empobrecimiento, podrá ejercerse la acción mencionada, aunque haya un enriquecimiento injusto o desproporcionado.⁴⁸

En materia civil y comercial, la *actio in rem verso* es conocida como la “acción o garantía judicial conducente para reclamar la compensación o restitución que se deriva de

⁴⁴ Sarmiento y Flores, “Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles”, 109.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ “Enriquecimiento sin causa”, *CIJUL en línea*, 2005: 3, <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=MTg4Mw==>

⁴⁸ “Enriquecimiento sin causa”, 3.

la aplicación del... principio del derecho conocido doctrinalmente como enriquecimiento sin causa o injustificado.”⁴⁹

El ordenamiento jurídico costarricense, sin embargo, omite señalarlo expresamente, así como a la correspondiente acción autónoma e independiente del “enriquecimiento sin causa”.⁵⁰ Por esta razón, se ha rescatado la importancia de que se consagre el “enriquecimiento sin causa” como una fuente autónoma de obligaciones en el Código Civil, con el fin de que los favorecidos por este tenga el deber de restituir ese valor al perjudicado.”⁵¹

La jurisprudencia, por su lado, sí hace mención de este principio. La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se ha referido al enriquecimiento sin causa, ocupándose además de fijar los presupuestos que deben ser tomados en cuenta a la hora de determinar su existencia, así como la indemnización que se desprende de este, estipulando que:

Respecto de esta teoría, Messineo explica lo siguiente: “Otro caso de obligación legal está constituido por el enriquecimiento sin causa ... Se comprenden en la figura del enriquecimiento sin causa ..., los casos en que alguien convierta en beneficio propio un bien ajeno, o se beneficie de alguna actividad ajena (la denominada versión útil o in rem versio) con daño ajeno, sin que exista una razón que justifique el provecho o el beneficio: en otras palabras, sin que exista una relación jurídica, ya constituida, que haga de causa que legitime el provecho, o el beneficio, del enriquecido ... /En dicha fórmula, ... entran, también, los casos de enriquecimiento sin la voluntad de otra persona (empobrecido), la falta de voluntad del empobrecido se resuelve en una figura de falta de causa./ La acción de enriquecimiento sin causa, tiende a restablecer el equilibrio entre los dos patrimonios, o sea, a eliminar el indebido enriquecimiento, mediante la demanda de una indemnización./Varios son los presupuestos de la acción de que tratamos. Hace falta: a) ... el enriquecimiento efectivo de un sujeto, o sea, que el patrimonio de él reciba incremento ..., y se considera enriquecimiento también el ahorro de un gasto, o el haber evitado, con propio sacrificio patrimonial, a otro, una pérdida... b) que, a tal incremento para el enriquecido, corresponda una disminución en el patrimonio de otro sujeto (empobrecido) c) ... una relación de correspondencia entre el enriquecimiento y el empobrecimiento; y, además, un nexo de causalidad entre la disminución patrimonial, sufrida por un sujeto, y la ventaja patrimonial del otro; ... d) es necesario que el enriquecimiento-empobrecimiento ocurra sin causa... Ausencia de causa significa que no existe una relación patrimonial... que justifique el enriquecimiento-empobrecimiento... /El efecto del enriquecimiento sin causa es el nacimiento de la obligación de indemnización; por parte del enriquecido, a favor del empobrecido...

⁴⁹ Jaime Luis Arias Fonseca, “El enriquecimiento sin causa y la acción in rem verso en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal”, *Revista Jurídicas CUC* 9, n.º 1 (2013): 145, http://revistascientificas.cuc.edu.co/index.php/juridicascuc/article/viewFile/444/pdf_30

⁵⁰ “Enriquecimiento sin causa”, 4.

⁵¹ *Ibíd.*, 5.

Finalmente, debe observarse que la indemnización ha de ajustarse a la entidad del enriquecimiento y no puede sobrepasarla...”⁵²

F. Principio del error común

El error común se conoce como “aquel en el que pueda caer la generalidad de las personas, o un gran número de ellas.”⁵³No se trata, sin embargo, del error que constituye una causal de nulidad del acto jurídico, como vicio del consentimiento.⁵⁴

Sus fundamentos son de carácter social: la conveniencia social, la estabilidad de situaciones jurídicas y la seguridad jurídica, siendo que las consecuencias de la anulación de los actos o contratos celebrados por este tipo de error implicarían una perturbación derivada de aplicar estrictamente la norma legal. Es decir, la teoría del error común pretende “hacer valederos los actos o contratos contrarios al Ordenamiento Jurídico.”⁵⁵

Según lo sugieren Roberto Sarmiento y Eduardo Flores, en su trabajo titulado “Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles”, para tener una mejor noción del error común, debe atenderse a la llamada “Teoría de la Apariencia”, según la cual el error “se comete al observar la situación de hecho notoria u ostensible, que refleja el ejercicio de derechos que son en realidad inexistentes.”⁵⁶ En cuanto a la comentada situación de hecho, amplían los autores que:

Por lo general, las situaciones de hecho visibles y notorias son manifestaciones de derechos verdaderos. Pero en ocasiones la situación de hecho parece reflejar el ejercicio de derechos que en realidad no existen. Se trata de una situación ficticia, que no produce consecuencias por sí misma, pero podría ser tomada en cuenta como reveladora de derechos. Sin embargo, después de un examen más detenido se llega a la conclusión de que se trata de algo ilusorio e irreal. De esta manera, el derecho que parecía traslucir la situación de hecho es simplemente aparente.⁵⁷

El error se produce entonces debido a que, al caer en él un gran número de personas, se provoca una situación aparente, que al mismo tiempo ocasiona que otras personas puedan fiarse de ella. Por lo tanto, se trata de una “noción objetiva, de una

⁵² Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 574 de las 9:30 horas del 14 de julio de 2004.

⁵³ Sarmiento y Flores, “Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles”, 128.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ Carlos Alberto Velásquez Restrepo, “El error común”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas [Online]*, n.º 67 (1984): 131, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5403449>

⁵⁶ Sarmiento y Flores, “Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles”, 131.

⁵⁷ Sarmiento y Flores, “Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles”, 131.

equivocación colectiva producida por la situación de hecho que se observa, la cual debe ser durable, notoria y ostensible, pues estos son, en el fondo, los indicios que inducen a la creencia generalizada o común.”⁵⁸

Además, se hace indispensable que quien personalmente haya incurrido en error haya actuado con una actitud razonable y perfectamente excusable, dado que el mismo es invencible e inevitable, motivo por el cual caen en él un gran número de individuos.⁵⁹ Es decir, la naturaleza colectiva del error unida a la buena fe, son los elementos que justifican la existencia y validez de un acto.⁶⁰

A pesar de lo anterior, la doctrina ha abogado por una concepción del error más individualizada, por cuanto consideran que la Teoría de la Apariencia es muy rigurosa. Siguiendo este pensamiento, se ha propuesto el concepto del error legítimo, el cual, primero, es individualizado (no importa que solo una persona incurra en él) y, segundo, más concreto, pues lo que se realiza es un análisis de cada persona, buscando que haya actuado con buenas y justificadas intenciones para equivocarse.⁶¹

Unido a lo anterior, no se requiere que el error bajo estudio haya sido imposible de descubrir, ya que quien se equivoca no está obligado a actuar más allá de la diligencia normal que podría esperarse razonablemente de una persona.⁶²

G. Principio de la imprevisión

La teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible tiene como fin el encontrar una solución para los contratos en los que, siendo de ejecución continuada o diferida, una de las partes se ve afectada por una onerosidad excesiva, en virtud de que las condiciones generales que se consideraron al contratar cambian al momento de su ejecución.⁶³

Lo anterior se fundamenta en el hecho de que el valor de las cosas se modifica en el tiempo, por lo que, con base en un “sentimiento de justicia consecuente” se ha justificado que se exima de cumplir con sus obligaciones a la parte que no haya previsto circunstancias

⁵⁸ *Ibíd.*, 132.

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ Velásquez, “El error común”, 132.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Sarmiento y Flores, “Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles”, 133.

⁶³ “Teoría de la imprevisión contractual”, *CJUL en línea*, 2007: 2, <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/2007/teoria-de-la-imprevision-contractual/>

que posteriormente hayan influido significativamente sobre las relaciones económicas. Lo mencionado anteriormente se plasma en el principio de *rebus sic stantibus*.⁶⁴

De este pensamiento surgió la rescisión por excesiva onerosidad sobreviniente, como consuelo para los desequilibrios económicos que ocurrían en los contratos que se convenían para surtir sus efectos en un tiempo futuro, cuando “la obligación de cumplir una prestación, asumida contractualmente, hubiera devenido demasiado onerosa en virtud de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que tienen trascendencia jurídica.”⁶⁵

En el país no existe una norma que regule esta teoría. Sin embargo, el autor Diego Baudrit “ha reconocido que con fundamento en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 1023 del Código Civil, [cabría] la posibilidad de que el juez aplique un principio general de Derecho, cual es la equidad, cuando se presente un litigio que demandara la revisión de un contrato por onerosidad sobrevinida.”⁶⁶

En la jurisprudencia nacional, se ha hecho referencia a la excesiva onerosidad sobreviniente como causa de ineficacia contractual. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia n.º 227 de las 14:15 horas del 20 de diciembre de 1991 indicó:

VII.- La ineficacia del contrato implica la falta de efectos de este; no se producen las consecuencias esperadas con motivo de la celebración del contrato. La ineficacia se resume, en consecuencia, en que no nacen los efectos capaces de satisfacer el interés de las partes o se eliminan en forma sobreviniente. Puede la ineficacia ser originaria o sucesiva, según el negocio no produzca desde su celebración los efectos o que los normalmente producidos sean eliminados... La resolución por excesiva onerosidad sobreviniente tutela la condición de igualdad entre las partes en momentos sucesivos a la conclusión del negocio. Se aplica a los contratos con prestaciones recíprocas que sean de ejecución continuada, periódica o diferida. ... La resolución, con sus reflejos sobre la eficacia se debe a un hecho que se verifica en la fase de ejecución, en sus elementos subjetivos u objetivos, un hecho posterior

⁶⁴ Centro de Información Jurídica en Línea, “Teoría de la imprevisión contractual”, 2.

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ *Ibíd.*, 6. El artículo 5 comentado supra, en lo que interesa establece que:

Artículo 5.- (...) Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, a no ser en los casos exceptuados por la ley; pero, una vez requerida legalmente su intervención, deberán actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que puedan retardar el procedimiento valiéndose de la inercia de las partes, salvo cuando la actividad de éstas sea legalmente indispensable.

Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

Los usos y costumbres tendrán carácter supletorio del Derecho escrito.

al ciclo de formación del contrato y no puede referirse a los vicios relativos al contrato.

H. Principio de la relatividad de los contratos

La relatividad contractual se instaura sobre la idea de que las consecuencias jurídicas o modificaciones que produce un contrato deben afectar únicamente a las partes contratantes, pues fueron ellas quienes así lo pretendieron al realizar su acuerdo.⁶⁷

Dicha relatividad se ha elevado al rango de principio general del derecho contractual por la doctrina y la jurisprudencia, en tanto que engendra la noción de que la esfera de derechos y deberes que contiene la relación jurídica contractual solo concierne a quienes fungen como autores del contrato.⁶⁸

Al respecto, autores como Marco Gerardo Monroy Cabra se han manifestado, exponiendo que:

La norma general es que los actos jurídicos tienen efecto relativo, o sea, no aprovechan o perjudican sino a las personas que intervinieron en dichos actos (res inter alios acta, aliis neque prodesse neque nocere potest). El acto jurídico produce todos sus efectos en relación con las partes, o sea con quienes personalmente representados concurren a la formación del acto. Los terceros son aquellos que no han intervenido en el acto, ni derivan su derecho de ninguna de las partes que concluyeron el negocio.^{69 70}

El fundamento de lo anterior “está en la misma esencia del contrato, de la misma manera que es una manifestación de la autonomía de la voluntad, solo compete a quienes libremente lo concertaron, deducir lo contrario, supondría que una persona quedase obligada por decisión de otra, sin que previamente le haya autorizado, otorgándole representación o ratificado con posterioridad.”⁷¹

⁶⁷ Leonardo Pérez Gallardo, *¿Quo vadis derecho de contratos? Una reflexión crítica sobre los principios generales de la contratación inspiradores de las normas del Código Civil cubano, El derecho de contratos en los umbrales del siglo XXI: memorias de las Jornadas Internacionales de Derecho de Contratos celebradas en la Habana, Cuba, en el período 2001-2007*, (2007), <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/bfquo-vadis-derecho-de-contratos-.una-reflexion>, 53.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Introducción al Derecho* (Bogotá: Editorial Temis, 1996), 492.

⁷⁰ Cabe aclarar que en la actualidad este principio no es tan absoluto, y podrían presentarse situaciones donde los efectos de un contrato pactado por las partes sí genere efectos o consecuencias en terceros.

⁷¹ Pérez, “¿Quo vadis derecho de contratos?”, 52.

La normativa civil costarricense, al abordar el tema de los efectos de los contratos, sostiene lo siguiente: “ARTÍCULO 1025.- Los contratos no producen efecto sino entre las partes contratantes; no perjudican a terceros, así como no les aprovechan, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.”

De conformidad con este numeral, puede evidenciarse que la legislación costarricense consagra de manera explícita el principio en cuestión, por lo que la regla general, ha de considerarse, es que el alcance de los efectos jurídicos está limitado a las relaciones entre las partes.

Lo mencionado ha sido reforzado por la jurisprudencia, en específico la Sala Tercera, la cual en sentencia n.º 1333 de las 10:15 horas del 2 de noviembre de 2007, puntualizó:

*Sin embargo, hemos de indicar que el contrato de seguro, como los contratos en general, se encuentra regido por el principio de relatividad. Ello significa que la relación contractual solo vincula a las partes que intervienen en su celebración pues el contrato, como negocio jurídico, no tiene eficacia con respecto a los terceros. A la postre, nuestro ordenamiento jurídico establece el citado principio en el artículo 1025 del Código... En otros términos, el contrato solo despliega su eficacia con respecto a las partes que han intervenido en su celebración.*⁷²

Siguiendo este análisis, se hace necesario rescatar que, aunque el contrato no debe producir efectos directos frente a terceros, en términos generales, sí les es oponible dicho convenio, es decir, es oponible *erga omnes*, por lo que no pueden desconocerlo. Esto es considerado una modificación al principio de la relatividad de los contratos.⁷³

De igual manera, debe subrayarse que el contrato también produce efectos frente a los causahabientes a título universal de las partes contratantes, gracias a una ficción legal que opera y provoca que dichas personas sean las continuadoras del contratante.⁷⁴

⁷² En la actualidad en el mundo de los seguros, a pesar del principio de la relatividad contractual, podrían existir situaciones, provocadas por las actividades modernas, en donde se deban tomar en cuenta las situaciones de terceros no involucrados en el contrato como tal.

⁷³ Sarmiento y Flores, “Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles”, 202-203.

⁷⁴ En el caso de Costa Rica, la institución jurídica designada para continuar un contrato “post mortem” es la sucesión, quien funge como la entidad jurídica independiente que representa los derechos y obligaciones del acreedor o deudor, según corresponda.

II. SECCIÓN II - PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL

Con el fin de entender, en su generalidad, las particularidades del contrato individual de trabajo, es necesario desarrollar los principios rectores del Derecho laboral. Es importante señalar, que el Derecho de Trabajo cuenta con sus propios principios que regulan las relaciones laborales entre patrono y trabajador.⁷⁵ A continuación se desarrollaran los principales principios de dicha rama del Derecho:

A. Principio protector

El principio protector, aplicable al derecho laboral, tiene como fin proteger la parte más débil de la relación laboral, la cual generalmente es el trabajador. Asimismo, el principio supra busca cumplir una función inspiradora o informadora ya que se le puede encontrar en todos los principios que inspiraron las Garantías Constitucionales y Legales, que establecen una protección para el trabajador.⁷⁶

Este principio se manifiesta en tres diferentes formas, a saber:

- El indubio pro- operario
- La aplicación de la norma más favorable
- La condición más beneficiosa⁷⁷

B. Principio de indubio pro- operario

Dicho instituto o “principio” es sustraído del derecho penal (*in dubio pro reo*) y reconvertido en forma que resulte aplicable en áreas laborales.⁷⁸ El indubio pro operario significa que, en caso de duda ante una controversia obrero- patronal, el asunto debe ser resuelto a favor del trabajador, tomando en cuenta el interés de este y la convivencia social. Dicha presunción puede ser aplicada tanto para aumentar un beneficio al trabajador como también restringir algún perjuicio suyo.⁷⁹

⁷⁵ Vargas, *El contrato individual de trabajo*, (San José: Investigaciones Jurídicas, 2006), 12.

⁷⁶ “Informe de investigación CIJUL: Principios del Derecho del Trabajo”, *CIJUL en línea*, 2007: 2, <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=MTMxMw>

⁷⁷ Vargas, *El contrato individual de trabajo*, 16.

⁷⁸ “Informe de investigación CIJUL: Principios del Derecho del Trabajo”, 3.

⁷⁹ *Ibíd.*

Lo anterior es respaldado normativamente en Costa Rica, precisamente el artículo 17 del Código de Trabajo de Costa Rica señala lo siguiente:

Artículo 17.- “Para los efectos de interpretar el presente Código, sus reglamentos y sus leyes conexas, tomarán en cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores y la convivencia social”⁸⁰

Asimismo, los Tribunales laborales costarricenses han manifestado lo siguiente sobre dicho instituto:

In dubio pro operario. Aplicación práctica. *En otro orden de ideas, el indubio pro operario, derivado del principio protector y receptado por los ordinales 15 y 17 del Código de Trabajo, tiene aplicación práctica en aquellos casos en los cuales se presenta duda sobre la interpretación y los alcances de un determinado aspecto normativo, sometido a la consideración de los Tribunales de Trabajo. En relación con él, la Sala ha establecido que carece de vigencia en el campo de la apreciación de la prueba, que se rige por otros criterios; concretamente, por los previstos en la norma 493 del Código de Trabajo. Resulta evidente que, ese principio básico del Derecho Laboral, no puede utilizarse para que una de las partes haga prevalecer determinada pretensión que no tiene cabida en este orden jurisdiccional, por tratarse de materia totalmente ajena a la misma.⁸¹ (Énfasis añadido)*

A raíz de lo expuesto anteriormente, y a manera de síntesis, el principio protector o el *indubio pro operario*, tienen como fin equiparar la posición del trabajador en relación al patrono; es decir, al patrono al ser el contratante y quien ostenta el poder correctivo y de dirección, mantiene dentro de la relación laboral una posición de superioridad sobre el trabajador, provocando la necesidad de que existan principios como el de marras, que protejan al trabajador de eventuales injusticias laborales.

C. Principio de aplicación de la norma más favorable

El autor Eugenio Vargas señala, que la aplicación de la norma más favorable se presenta ante la controversia entre distintas normas o sentidos de estas. Asimismo, manifiesta que se puede manifestar en dos formas a saber:

⁸⁰ Código de Trabajo de Costa Rica. Artículo 17.

⁸¹ Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 30 de las 15:40 horas del 12 de febrero de 1997.

- a) Cuando aparece una sola norma que presenta varios sentidos que entran en conflicto, por lo que el juzgador o intérprete debe inclinarse por aquel sentido de la norma que beneficie más al trabajador.
- b) Se presenta, además, en una manifestación que conlleva una controversia entre distintas normas aplicables a una misma situación jurídica, por lo que aquí también el juzgador e intérprete debe aplicar la norma que más beneficie al trabajador.⁸²

En relación con lo anterior, se demuestra una vez más, la intención del principio protector, es decir, en situaciones de incertidumbre o duda, se debe interpretar en el sentido que beneficie de mejor forma al trabajador.

Asimismo, el legislador costarricense quiso reafirmar el principio protector de forma normativa mediante la redacción del artículo 16 del Código de Trabajo de Costa Rica, el cual señala: *“Artículo 16.- En caso de conflicto entre las leyes de trabajo o de previsión social con las de cualquier otra índole, predominarán las primeras”*⁸³

Lo anterior muestra la intención de la norma, la cual es, obligar al juez a aplicar la norma que resguardará de mejor manera los derechos del trabajador.

D. Principio de la condición más beneficiosa

Por último, la regla supra, señala que la condición más beneficiosa se debe respetar en la medida en que la misma sea más favorable para el trabajador o grupo de trabajadores que la nueva disposición que se pretenda aplicar. Es decir, desde el punto vista práctico, la condición más beneficiosa supone que, cuando se dicte una reglamentación aplicable a todo grupo de situaciones laborales, estas modificarán las condiciones anteriores cuando las mismas sean más beneficiosas a las ya establecidas; sea, que la nueva reglamentación siempre deberá respetar toda la condición anterior que sea más beneficiosa para el trabajador.⁸⁴

Asimismo, este “principio” de carácter estrictamente laboral, tiene una doble manifestación: de una parte, consagra el respeto a los beneficios logrados por vía

⁸² Vargas, *El contrato individual de trabajo*, 17-18.

⁸³ Código de Trabajo de Costa Rica. Artículo 16.

⁸⁴ Vargas, *El contrato individual de trabajo*, 18-19.

convencional o consuetudinaria, que prevalecen sobre las previsiones legales, en cuanto estas tienen carácter de mínimos; de otra, permite el mantenimiento de condiciones de trabajo nacidas en aplicación de disposiciones legales ulteriormente derogadas.⁸⁵

Bajo esta misma línea, la “condición más beneficiosa” supone la existencia de una situación concreta, anteriormente reconocida, que ha de ser respetada al promulgarse la nueva regulación del trabajo al que la misma se refiere.⁸⁶

Por otro lado, la aplicación práctica de dicho instituto supone las siguientes consecuencias:

- Que cuando se dicte un reglamento o disposición de carácter general, aplicable a todo un conjunto de situaciones laborales, estas quedarán modificadas en sus condiciones anteriores en cuanto no sean para el trabajador más beneficiosas que las nuevamente establecidas.
- Que la nueva reglamentación habrá de respetar, como situaciones concretas reconocidas a favor del trabajador o trabajadores interesados, aquellas condiciones que resulten más beneficiosas para estos que las establecidas en materia o materias de que se trate.⁸⁷

Es decir, la regla de la condición más beneficiosa obliga a que los derechos adquiridos por el trabajador mediante la normativa vigente, solo podrá ser modificada cuando mejore la situación del trabajador. En caso contrario, se deben mantener los beneficios anteriores.

E. Principio de la irrenunciabilidad de derechos

El principio supra consiste en la imposibilidad jurídica que tiene el trabajador de privarse voluntariamente de las ventajas concedidas por el Derecho Laboral. Este principio rompe con la normativa civil, según la cual las partes tienen mayor disposición sobre sus derechos, siempre en respeto de límites de orden público y consuetudinarios. Al trabajador no le está permitido renunciar a sus derechos, por imposición legal y constitucional.⁸⁸

⁸⁵ “Informe de investigación CIJUL: Principios del Derecho del Trabajo”, 4.

⁸⁶ *Ibíd.*, 4.

⁸⁷ *Ibíd.*, 4-5.

⁸⁸ *Ibíd.*, 5.

Asimismo, el autor Eugenio Vargas señala que una renuncia de esta naturaleza conlleva en principio un perjuicio para quien la realiza, así como también una violación al orden público, pues el derecho de trabajo está constreñido a un interés público.⁸⁹

El Código de trabajo de Costa Rica respalda lo señalado por la doctrina. Específicamente el artículo 11 de dicho cuerpo normativo señala: *“Artículo 11.- Serán absolutamente nulas, y se tendrán por no puestas, las renunciaciones que hagan los trabajadores de las disposiciones de este Código y de sus leyes conexas que los favorezcan”*⁹⁰

A raíz de lo anteriormente expuesto, tanto en la doctrina como en la normativa laboral, se puede concluir que en el supuesto caso donde el trabajador manifieste renunciar a un derecho adquirido, como podría ser el aguinaldo (por ejemplo), dicha renuncia carece de total validez, ya que como bien desarrolla el principio, existe una imposibilidad normativa y constitucional⁹¹ que imposibilita al trabajador a tomar este tipo de decisiones acerca de sus derechos laborales.

F. Principio de la primacía de la realidad

El presente principio, significa que, en el caso en que se presente discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que se ha consignado en documentos, mediante los cuales se formalizó la contratación, sea, contratos de trabajo, solicitudes de empleo, acciones de personal, manual descriptivo de puestos, etc., se le debe dar preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos y no a lo estipulado en dichos documentos, siempre y cuando la interpretación del caso no perjudique los intereses de los trabajadores.⁹²

Asimismo, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado acerca de lo relacionado con el principio de la primacía de la realidad. Específicamente ha señalado:

... El Derecho Laboral está caracterizado por una serie de principios propios que marcan o establecen su particularidad respecto de otras ramas del Derecho. Uno de los principios clásicos lo constituye el denominado principio de primacía de la realidad, de conformidad con el cual, en materia laboral, cuentan antes y preferentemente las condiciones reales que se hayan presentado, las cuales se

⁸⁹ Vargas, *El contrato individual de trabajo*, 19.

⁹⁰ Código de Trabajo de la República de Costa Rica. Artículo 11.

⁹¹ Los artículos 74 y 129 de la Constitución Política de Costa Rica consagra el principio de irrenunciabilidad de derechos sociales.

⁹² Vargas, *El contrato individual de trabajo*, 21.

*superponen a los hechos que consten documentalmente; desde el punto de vista jurídico. En efecto, dicho principio establece que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.*⁹³

Conforme a lo anterior, en materia laboral, importan más la realidad de los hechos, es decir, lo que efectivamente sucede en la práctica de la relación laboral, que, lo que pueda establecer un contrato laboral o cualquier otra documentación que describa las supuestas funciones del trabajador o su supuesto rol a lo interno de la empresa.

A manera de ejemplo, si el contrato de trabajo de un trabajador describe que este debe ejercer funciones de secretariado, pero, por otro lado, los hechos de la relación laboral demuestran que, contrario a lo que establece el contrato, el trabajador ejercía funciones gerenciales, el juez tiene la obligación de recalificar el contrato pactado por las partes y ajustar los derechos del trabajador a los de un gerente, independientemente que el contrato establezca otra “realidad” o funciones.

G. Principio de la buena fe

El principio de buena fe supone, en su primera acepción, una manifestación de rectitud y honradez objetivas e incluso la subjetiva creencia o convicción de que se actúa conforme a derecho. Asimismo, se trata de un principio moral que, ante todo, comporta, una manifestación de fe en el ser humano y en su dignidad como tal y que en el ámbito del proceso se traduce en la obligada exigencia de lealtad de las partes entre sí y con el órgano jurisdiccional dirimente.⁹⁴

Por otro lado, el autor Eugenio Vargas señala que dicho principio no es más que la obligación que tienen las partes de una relación laboral de actuar de buena fe en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones. Es una lealtad recíproca que deben observar las partes, que conlleva, como consecuencia, la confianza. Además, este principio supone una posición, en los sujetos de la relación, de honradez, honestidad, y lleva implícito la conciencia de no engañar ni perjudicar; sea, que la relación laboral se presume que se

⁹³ Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2005. Sentencia número 413 de las 14:20 horas del 25 de mayo.

⁹⁴ Centro de Información Jurídica en Línea, “Informe de investigación CIJUL: Principios del Derecho del Trabajo”, 5.

realizó bajo la convicción de que se cumpla normalmente y sin abusos que originen daños y perjuicios a los sujetos de la relación.⁹⁵

El Código de Trabajo de Costa Rica desarrolla dicho principio en su artículo 19, el cual establece: “*Artículo 19.- El Contrato de Trabajo obliga, tanto a lo que expresa en él, como a las consecuencias que del mismo se deriven según la buena fe*”

En síntesis, el principio supra provoca la presunción legal de que las partes van a actuar con honradez y honestidad durante la relación laboral y también, en caso de que se presente un proceso judicial, ante el juez. Asimismo, el actuar contrario a la buena fe, debe demostrarse.

H. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad significa que el empleador, en el ejercicio de su poder disciplinario, debe aplicar criterios razonables, tanto al momento de valorar la falta, como a la hora de aplicar la sanción, para así garantizar una proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción a aplicar.⁹⁶

Para lograr una correcta aplicación sobre este principio, el patrono debe tomar en cuenta, a la hora de apreciar la falta, aspectos como la antigüedad del trabajador, reiteración de conducta y cualquier otro elemento que ayude a interpretar la conducta o comportamiento del trabajador.⁹⁷

Asimismo, la Sala Segunda ha emitido su criterio acerca de dicho principio:

Principio de proporcionalidad. Definición. *El despido justificado debe regirse, entre otros, por el principio de la proporcionalidad. Este establece que debe existir una correlación de equilibrio entre la falta cometida y la medida disciplinaria por aplicar. Así, para que el despido se pueda considerar justificado, el trabajador debe incurrir en una falta tipificada como grave que imposibilite la continuación de la relación de trabajo; pues el despido constituye la sanción de mayor gravedad que dentro de una relación laboral puede llegar a imponerse.*⁹⁸ (Énfasis añadido)

⁹⁵ Vargas, *El contrato individual de trabajo*, 25-26.

⁹⁶ *Ibíd.*, 26.

⁹⁷ *Ibíd.*, 27.

⁹⁸ Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 418 de las 9:45 horas del 9 de junio de 2004.

El principio supra tiene como fin dimensionar la forma de aplicar sanciones por parte del patrono, siendo el despido el “castigo” más gravoso. Según dicho principio, el cese de la relación laboral solo debe aplicarse en aquellos casos en donde la continuidad de la relación laboral no sea posible o provoque una consecuencia gravosa para la Compañía. En los casos restantes, en donde sí sea posible mantener dicha relación, el patrono debe considerar ciertos aspectos ajenos a la acción por castigar, como puede ser el desempeño o antigüedad laboral, esto con el fin de aplicar la sanción menos perjudicial para el trabajador.

I. Principio de la continuidad en la relación laboral

El principio de la continuidad o permanencia, como también se le suele llamar, conlleva el sentido de garantizar la más larga duración del contrato de trabajo o relación laboral. El mismo se establece en beneficio del trabajador, pues la prolongación del contrato de trabajo garantiza, para la clase obrera, mayor estabilidad laboral.⁹⁹

Este principio se refiere específicamente a la utilización de todos los criterios o razonamientos posibles para evitar la terminación de un contrato de trabajo, o bien para transformar un contrato de duración determinada a tiempo indefinido, así como también procurar mayor facilidad para que los contratos de trabajo se mantengan, inclusive, aún, cuando se incumpla con las obligaciones recíprocas, interpretar toda interrupción como simples suspensiones, garantizar la prolongación del contrato de trabajo o relación laboral ante sustituciones patronales.

Asimismo, mediante la recopilación de información efectuada por el Centro de Información Jurídica de Costa Rica se puede reforzar lo desarrollado por la doctrina nacional, en el sentido de que el principio supra tiende a atribuirle la más larga duración posible al contrato de trabajo o relación laboral, considerando que esta es, sino la única, sí la más importante fuente de ingresos (salario) del trabajador, para su manutención y de su familia. En otras palabras, se trata de una preferencia del Derecho Laboral por los contratos de duración indefinida.¹⁰⁰

⁹⁹ Vargas, *El contrato individual de trabajo*, 24.

¹⁰⁰ Centro de Información Jurídica en Línea, “Informe de investigación CIJUL: Principios del Derecho del Trabajo, 5.

El principio en desarrollo es de suma importancia para la relación laboral, ya que busca garantizar la estabilidad de esta. Dicho principio, entiende la importancia del trabajo como principal fuente de ingreso de una persona, y esta es la principal razón del porque busca que exista una continuidad en las relaciones entre patrono y trabajador. Caso contrario, el trabajador podría verse en una situación de inseguridad o incertidumbre en cuanto sus ingresos, generando el riesgo de no poder atender de forma debida sus necesidades personales. En esto radica la importancia del principio de la continuidad laboral.

CAPÍTULO II – ANÁLISIS DOCTRINARIO Y NORMATIVO

I. SECCIÓN I - EL CONTRATO DE AGENCIA

A. Antecedentes históricos y origen

El antecedente más remoto del contrato de agencia se encuentra en los *proxenetae*, los cuales eran encargados, en Roma, de acercar a vendedores y compradores. Sin embargo, estos sujetos carecieron de importancia, a razón de la poca representación que se les otorgó. Seguidamente, prevalecieron las figuras del *pater familias* y los *alieni juris*, personas que se encargaban de realizar actividades en las cuales figuraba como titular el primero (el *pater*), cabiendo la posibilidad de que este rechazara negociaciones realizadas por los segundos (los *alieni juris*).¹⁰¹

Ante esta situación, que dejaba al tercero en un estado de inseguridad jurídica, se reconoció la posibilidad de entablar acción en contra el *pater*, según la cual el tercero se hacía acreedor en relación con el *pater*, con respecto a las negociaciones realizadas y concluidas por sus agentes.

Se ha manifestado que el contrato de agencia aparece de forma tardía en el Derecho Mercantil, y que es solo hasta finales del siglo pasado que se configuran las condiciones necesarias para que naciera la profesión de agente comercial, gracias a la revolución industrial.¹⁰² Entonces, a pesar de tener antecedentes muy antiguos, el contrato de agencia, como se conoce en la actualidad, tiene su origen en la evolución mercantil de la segunda mitad del siglo XX.

Con el aumento y masificación en la producción, el desarrollo de los transportes y la mayor oferta y demanda comercial, se provoca la creación de una necesidad de entablar relaciones más estables con la clientela, con el fin de que las empresas puedan instaurarse en un mayor número de mercados. Debido a lo anterior, los empresarios se ven obligados

¹⁰¹ Daniel Roque Vítolo, "Apuntes sobre la regulación del contrato de agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación", *El Derecho. Diario de Jurisprudencia y doctrina [Online]*, n.º 14.054 (octubre 2016): 2, <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2016/10/05102016.pdf>

¹⁰² María Rocio Quintáns Eiras, "Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración", en *Cuadernos Mercantiles* (Madrid: Edersa, 2006), 5.

a aumentar sus redes de distribución y presencia para lograr colocar sus productos en otros países.¹⁰³

Los comerciantes se han valido de terceros para colocar sus productos y servicios en el mercado desde hace muchos años y el contrato de agencia surgió, históricamente, como uno de los principales mecanismos para realizar dicha labor.

Es posible asegurar entonces que la transformación que dio paso al nacimiento del contrato de agencia tuvo lugar debido a una conjunción de elementos que incluyen progresos científicos y técnicos, unidos a factores culturales, políticos y económicos, lo cual desembocó en un nuevo esquema de relaciones comerciales y de producción. Así lo aseguran autores como María Rocío Quintáns Eiras¹⁰⁴, quien además agrega que el aumento en la demanda y la carencia de producto suficiente para satisfacerla, ejercieron presión sobre los productores, quienes se enfocaron en satisfacer las necesidades de productos y dejaron las negociaciones de estos en manos de terceros, mediante la formalización de acuerdos similares a un contrato de agencia.

Así, puede señalarse que este tipo de contrato aparece debido a la necesidad económica de los fabricantes de “expandir su mercado a otras fronteras sin invertir capital ni asumir el riesgo”¹⁰⁵; así como de mantener una relación estable con los clientes compradores sin acudir a un trabajador dependiente, quien agravaba los gastos del productor, pues en muchas ocasiones desarrollaba su labor en un área en la que el volumen de negocios era reducido.¹⁰⁶

Además, el agente estaba capacitado para posibilitar al comerciante una relación de forma continua con la clientela, dado que tenía el conocimiento fundamental del lugar en el cual desempeñaba su labor, desarrollándola entonces adecuadamente y le evitaba “un

¹⁰³ Osvaldo Marzorati, *Sistemas de distribución comercial: distribución, concesión y franquicia comercial* (Buenos Aires: Astrea, 1990), 9.

¹⁰⁴ Quintáns, “Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración”, 5-6.

¹⁰⁵ Mauricio Guido Núñez y Adriana Chavarría Araya, “El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras y su aplicación frente al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos”. Tesis de Maestría en Derecho, Universidad Interamericana, 2006. http://www.poder-judicial.go.cr/salaprimera/phocadownload/Publicaciones/El_contrato_de_agencia_distribucion_y_representacion_de_casas_extranjeras_y_su_aplicacion_frente_al_Tratado_de_Libre_Comercio_entre_Centroamerica.pdf, 5.

¹⁰⁶ Quintáns, “Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración”, 6.

gasto significativo, como habría sido aquel de tener que invertir en una sede de su empresa en otros lugares para introducir sus productos.”¹⁰⁷

Es decir, esta forma de colaboración le ahorra al empresario la inversión de los gastos que corresponden a la “creación y el mantenimiento del establecimiento propio en otra zona (instalaciones, salarios, etc.) trasladándolos sobre el agente, el cual suele limitarse a percibir una retribución por contrato promovido o concluido.”¹⁰⁸

De esta manera, la relación que antes incluía únicamente a productor y a consumidor se expande para dar cabida a una relación triangular: adquirente-distribuidor-productor¹⁰⁹, provocando consecuentemente “la necesidad de establecer por escrito las bases para una relación entre comerciantes que desean ejecutar negocios sobre una misma línea o categoría de productos, en lo que concierne a su distribución y comercialización le da importancia práctica a este contrato para quienes ejercen la representación de productos como actividad principal.”¹¹⁰

B. El concepto de contrato de agencia

Con el fin de arribar a un concepto comprensivo del contrato de agencia, se atenderá a lo dicho por diferentes autores latinoamericanos al respecto.

En un primer lugar, Osvaldo Marzorati ha dicho que “la agencia es un contrato por medio del cual una parte denominada promitente encarga a otra llamada agente la promoción de negocios por su cuenta y orden.”¹¹¹

Otra definición señala que el contrato de agencia está caracterizado por el hecho de que “un sujeto asume, en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover y explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada del territorio,

¹⁰⁷ María Elisa Camacho López, “El contrato de agencia comercial: análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano-germánico, en vista de una posible modificación de su regulación en Colombia”, *Revista E-Mercatoria del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia [Online]* 7, n.º 2 (2008): 1, <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN7/PDF02/contrato.pdf>

¹⁰⁸ Manuel Broseta Pont, *Manual de derecho Mercantil*, 3ª edición (Madrid: Editorial Tecnos, 1977), 435-436, citado por Guido y Chavarría, “*El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras*”, 13.

¹⁰⁹ Camacho, “El contrato de agencia comercial”, 1.

¹¹⁰ Ana Isabel Messina, “El contrato de agencia”, *Gaceta Judicial*, 27 de agosto, 1998: 1, <https://vlex.com/vid/contrato-agencia-360761430>

¹¹¹ Marzorati, *Sistemas de distribución comercial: distribución, concesión y franquicia comercial*, 9.

como representantes o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos de aquel.”¹¹²

Asimismo, se entiende como contrato de agencia “aquel por el cual una parte, llamada agente, actuando autónomamente y en virtud de una relación estable, promueve contratos y genera clientela a favor de otra, llamada preponente, mediante el pago de una retribución.”¹¹³

Además, se ha indicado que “el contrato de agencia es el acuerdo de voluntades mediante el cual una parte llamada agente se compromete frente al agenciado, a promover los negocios de este último, de manera permanente y con sus propios recursos, cooperando en la negociación y celebración de contratos relativos a los bienes o servicios del agenciado.”¹¹⁴

Los autores costarricenses Mauricio Guido Núñez y Adriana Chavarría Araya, determinan, basándose en la doctrina argentina, que se trata de “un convenio por medio del cual una parte denominada comitente (otros autores lo llaman fabricante, comerciante, principal o prestador), encarga a otra llamada agente (representante o vendedora) la promoción de negocios por su cuenta y orden; es decir, un medio para que el fabricante comercialice su producción a través de un tercero, quien no solo promueve la venta de bienes sino también de servicios.”¹¹⁵ Agregan además que se diferencia por el hecho de que el agente es un sujeto que goza de independencia y autonomía al desempeñar sus funciones.

En países europeos como España, se ha acuñado una definición del contrato de agencia que dicta que “en virtud de este contrato un empresario mercantil, llamado agente, se obliga a promover y/o estipular contratos en una zona determinada, por cuenta y en

¹¹² Roque, “Apuntes sobre la regulación del contrato de agencia”, 1.

¹¹³ Ana María Meirovich de Aguinis, *Contrato de agencia comercial* (Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991), 21.

¹¹⁴ Alfredo Soria y Fabiola Ríos, “El contrato de agencia comercial”, *Revista Derecho & Sociedad [Online]*, n.º 35 (junio 2010): 180, <https://repositorioacademico.upc.edu.pe/upc/bitstream/10757/604689/1/contratocomercial.pdf>

¹¹⁵ Guido y Chavarría, “El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras”, 4.

nombre de otro, durante un tiempo, determinado o indeterminado, a cambio de una retribución.”¹¹⁶

Autores como Valenzuela Garach definen el contrato de agencia mercantil como “la relación contractual de intermediación por la que una persona, el agente comercial precisamente se encarga de manera permanente y profesional bien sea de promover o negociar con un tercero las operaciones mercantiles -en concreto, la compraventa de las mercancías- del empresario por cuenta de quien actúa, bien sea de negociar y concluir esas operaciones no solo ya por cuenta de tal empresario sino también en su nombre.”¹¹⁷

A modo de resumen, entonces, se reitera que, en un contrato de agencia, el agente, quien puede ser una persona física o jurídica, “se configura como un intermediario independiente que asume frente a la otra parte contratante (principal) el compromiso de promover actos y operaciones de comercio por cuenta del principal; a cambio del desarrollo de esta actividad dentro del ámbito territorial establecido en el contrato, el agente recibe una remuneración.”¹¹⁸

A pesar de contar con amplias definiciones en la doctrina, el contrato de agencia no encuentra mucha regulación en una gran cantidad de países en los que se aplica el *civil law*, dentro de los cuales se incluye Costa Rica, por lo que su desarrollo se ha dado a través de la jurisprudencia y el uso y costumbre mercantiles.

Sin embargo, en cuanto a lo mencionado anteriormente, es conveniente agregar que, en otros países, como Francia, Italia y Alemania, sí se ha regulado este tipo de contrato en la legislación¹¹⁹, entonces, “como figura contractual típica, el contrato de agencia aparece

¹¹⁶Francisco Vicent Chuliá, *Compendio crítico de Derecho Mercantil* (Barcelona: Editorial Bosch, 1990), citado por Eduardo Vicent Chuliá y Teresa Beltrán Alandete, “Capítulo III: el contrato de agencia”, en *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, tomo II, vLex. (Barcelona: Editorial Bosch, 2005), 5.

¹¹⁷ Fernando Valenzuela Garach, *El agente comercial: algunos apuntes sobre la delimitación y la disciplina jurídica de su actividad mercantil*, citado por Vicent y Beltrán, “Capítulo III: el contrato de agencia”, 5.

¹¹⁸ María Elena Crespo Collada y Cristina “Contratos mercantiles internacionales”, *Revista Internacional del Mundo Económico y del Derecho [Online]*, Volumen II (2010): 6, <http://www.revistainternacionaldelmundoeconomicoydelderecho.net/wp-content/uploads/CONTRATOS-MERCANTILES-INTERNACIONALES.pdf>

¹¹⁹ De esta manera, el Código Civil italiano de 1942, en su artículo 1742 señalaba que “por el contrato de agencia una parte asume de manera estable el encargo de promover por cuenta de otro, mediante retribución, la conclusión de negocios en una zona determinada”. El decreto francés Número 58-1345 de 1958, por su parte, establecía que el agente comercial es “el mandatario que a título profesional habitual e independiente sin estar ligado por un contrato de arrendamiento de servicios, negocia y eventualmente concluye compras, ventas, arrendamientos, prestaciones de servicios en nombre y por cuenta de productores, industriales y comerciantes. El Código de Comercio alemán, por último, indicaba que “el agente es un

primero en las legislaciones alemanas e italianas, siendo especialmente esta última la que ha influenciado a varias legislaciones latinoamericanas como la colombiana.”¹²⁰

C. Características del contrato de agencia

El contrato de agencia, como contrato moderno de empresa, posee una serie de características que son indispensables para poder realizar un análisis integral de la figura. Siendo así, algunos autores costarricenses¹²¹ se han preocupado por definir las y lo han distinguido

a) Bilateral

Se imponen obligaciones a ambas partes, por lo que constituye un régimen obligacional recíproco.¹²²

b) Oneroso

La prestación realizada o pactada para realizarse es la ventaja que le atañe a una de las partes.

En cuanto a esto, corresponde agregar que “las ventajas que el contrato confiere a cada una de las partes no le son dadas sino en virtud de otras prestaciones que cada parte, en el ámbito obligacional, tiene a su cargo.”¹²³

representante independiente encargado en forma permanente de mediar en negocios para otro empresario o bien concluirlos en su nombre”.

¹²⁰ Pedro Suárez Baltodano, “Las empresas colaboradoras del comercio”, (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1989), 328, citado por Rebeca Alvarado Santamaría y Alberto Gurdíán Arango, “Los derechos adquiridos por los representantes de casas extranjeras frente al Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos” (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2009), 60.

¹²¹ Mauricio Guido y Adriana Chavarría atienden a lo señalado al respecto por Pablo Barbieri en su libro *Contratos de empresa* y por Osvaldo Marzorati en su libro *Sistemas de distribución comercial: distribución, concesión y franquicia comercial*; en “El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras”, 8-11.

¹²² Roque, “Apuntes sobre la regulación del contrato de agencia”, 2.

¹²³ *Ibíd.*, 3.

c) Conmutativo

Oswaldo Marzorati señala que se trata de un contrato conmutativo en tanto que “las prestaciones recíprocas de las partes son de apreciación cierta en el acto constitutivo, pudiendo estimarse de inmediato las ventajas y perjuicios que la ejecución del contrato reportará.”¹²⁴ Es decir, la retribución económica que percibirá el agente se establece de forma fija, independientemente de que este celebre o no contratos.

d) Informal

No existen requerimientos de forma, pero se fomenta el uso de contratos escritos para “evitar la confusión acerca de la naturaleza jurídica del agente.”¹²⁵

e) Carácter personal o *intuitu personae*

El empresario escogerá a un agente basándose en su profesionalidad y en su capacidad organizativa empresarial, por lo que dicha condición es fundamental para el primero. En otras palabras, “la consideración de la persona de los contratantes es la causa principal del contrato.”¹²⁶

f) Consensual

Necesita del consentimiento de las partes, expreso o tácito, para perfeccionarse; sin necesidad de que efectivamente se cumpla alguna de las prestaciones para que nazca.

g) Atípico

Carece de tipicidad puesto que no cuenta con legislación especial en el Código de Comercio costarricense. En este sentido, el Código de Comercio solamente hace referencia a ciertas figuras de agentes, específicamente las relativas al agente de viajes (art. 349 y ss.) y a la representación de casas extranjeras (art. 360 y ss.).

En este sentido, especial mención merece el agente viajero independiente, quien según el CCOM es aquel que viaja por su cuenta y riesgo, actuando en beneficio de un

¹²⁴ Mario Rotondi, *Contrato de agencia y corretaje*, XI-85, citado por Marzorati, *Sistemas de distribución comercial: distribución, concesión y franquicia comercial*, 16.

¹²⁵ Guido y Chavarría, “El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras”, 8.

¹²⁶ Javier Rodríguez Velarde, “Contratación empresarial”, *Notaría Rodríguez Velarde*, 1998: 1, http://www.rodruiguezvelarde.com.pe/pdf/libro2_parte4_sec3_cap4.pdf

comerciante o de varios. Es este tipo de agente viajero el que tiene congruencia con las características ofrecidas por la doctrina para el agente comercial, especialmente, tomando en cuenta, que según el artículo 352 del CCOM indica que “desarrollará sus actividades del modo que estime conveniente, y está en libertad de dedicarse a cualquier otra clase de negocio”.

Por lo tanto, el agente viajero independiente que se describe en la legislación comercial no se encuentra en una relación laboral con respecto a su principal, como si lo está el agente viajero dependiente. Es así, en tanto que ostenta libertad en el ejercicio de su actividad, sin embargo, necesitará de la ratificación del principal con el fin de que los contratos que concrete el agente lo obliguen.

Como apoyo a esta tesis, el autor Fernando Mora indica que “la actuación permanente, en todo caso no implica “subordinación” del agente al comitente. Ciertamente es que este propone al agente sus encargos o labores y le da instrucciones; pero estos se refieren al aspecto interno o contenido de los negocios a realizar y no en cuanto a la forma de realización o a los medios para alcanzar esta”¹²⁷.

A lo anterior, deben agregarse algunas particularidades. Así, el contrato de agencia se distingue como un contrato colaborativo, lo cual se relaciona con la función económica que cumple, es decir, es un contrato en el que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica (empresa) de la otra.¹²⁸ No obstante, prevalece el impedimento de que una de las partes de instrucciones u órdenes que puedan perjudicar la independencia de la otra.¹²⁹

Se trata, además, de un contrato de duración de largo plazo o por término indeterminado, en el que es usual que se incluya la posibilidad de que se prorroguen sus efectos después de haberse alcanzado el plazo, tácitamente o a petición de parte. Lo anterior, debido a que se persigue una estabilidad y permanencia en la relación desarrollada.¹³⁰ Entonces, contrario a los contratos de ejecución instantánea, la vinculación

¹²⁷ Fernando Mora Rojas, “Delimitación del concepto de auxiliares del comerciante”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 15 (1970), 266.

¹²⁸ Javier Arce, “Los contratos de agencia y distribución mercantil”, *Revista Perspectiva Jurídica de la Universidad Panamericana campus Guadalajara [Online]*, n.º 4, <http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/ediciones/los-contratos-de-agencia-y-distribucion-mercantil#sdfootnote6sym>

¹²⁹ Rodríguez, “Notas sobre la nueva Ley de Contrato de Agencia”, 782.

¹³⁰ *Ibid.*

propia del contrato de agencia entre agente y principal es una que se prolonga en el tiempo¹³¹, pues lo que se busca es que se permita realizar la actividad y verla producir frutos.¹³²

Es debido a dicha relación duradera o continua, que no debe confundirse con una relación necesariamente larga ni exclusiva, que las legislaciones suelen reconocer indemnizaciones por la terminación anticipada del contrato o por la terminación injustificada del mismo.¹³³

Asimismo, se ha advertido que el agente debe contar con una organización empresarial propia, es decir, un establecimiento que cumpla con ciertas propiedades y que posea un patrimonio propio, con el cual sea posible desarrollar la actividad que se le encomienda.

Por otro lado, ha de mencionarse lo relacionado con la representación y la remuneración. Refiriéndose al primer aspecto, se ha aludido a que el agente puede actuar en representación o sin representación del empresario, pero siempre por su cuenta. Tratándose de la remuneración, esta depende, en la mayoría de los casos, de los resultados de la labor desplegada por el agente.¹³⁴

A propósito de esto, debe rescatarse que se trata, entonces, de un contrato remunerado, lo cual implica que el cumplimiento de las obligaciones que le son asignadas al agente hace nacer a su favor el derecho a obtener una remuneración.¹³⁵

Por último, se agrega que el contrato de agencia es un contrato mercantil, lo cual se deriva de la naturaleza mercantil de la actividad profesional del agente.

¹³¹ *Ibid.*, 776.

¹³² Ana Lucía Espinoza, "Contratos mercantiles: El contrato de agencia", *Derecho Comercial Costarricense*, 2010, http://www.derechocomercial-cr.com/yahoo_site_admin/assets/docs/Esquema_de_clase_sobre_el_Contrato_de_Agencia_-_2010-10-07.281134607.pdf

¹³³ *Ibid.*, 3.

¹³⁴ Arce, "Los contratos de agencia y distribución mercantil".

¹³⁵ Rodríguez, "Notas sobre la nueva Ley de Contrato de Agencia", 778.

D. Elementos del contrato de agencia¹³⁶

A falta de tipicidad legal en Costa Rica, ha de acudir a la doctrina y las prácticas comerciales para determinar los elementos propios del contrato de agencia. En este apartado se utilizará la división establecida por Alfredo Soria y Fabiola Ríos para tratar el desarrollo de los elementos del contrato de agencia.¹³⁷

a) Elementos subjetivos¹³⁸

Los dos grandes intervinientes en el contrato de agencia son el agente y su principal, quien, dependiendo del país podrá también ser conocido como agenciado, empresario, mandante, preponente o representado.

Lo anterior dependerá de la forma en la que estos dos elementos, que configuran el aspecto subjetivo del contrato de agencia, sean desarrollados en la legislación, la práctica comercial y la jurisprudencia.

(1) Principal o agenciado

El agenciado puede ser una persona física o una persona jurídica (sociedad comercial o empresa), que celebra un negocio jurídico para expandir el ámbito territorial de su mercado, para lo cual faculta a otra persona para la apertura del comercio y la clientela, obteniendo nuevas relaciones contractuales.

(2) Agente

El agente es aquel que recibe el objeto primordial del contrato y sobre quien recae la actividad dirigida a la apertura del mercado en una zona determinada. Dicho agente podría ser una persona física, quien ofrezca sus servicios de forma independiente; o, una persona jurídica, que se dedique a las actividades de agencia como giro comercial y ofrezca

¹³⁶ El término elementos se refiere a aquellos aspectos esenciales que debe incorporar el contrato para que se tipifique como tal. En este caso en concreto, son aquellos aspectos esenciales que deben estar presentes para poder denominar un tipo contractual como un contrato de agencia.

¹³⁷ Soria y Ríos, "El Contrato de agencia comercial", 180-181.

¹³⁸ Franz Leonardo Marcelo Bedoya Rubio, "La cesantía comercial elemento determinante del contrato de agencia", *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi* 6, n.º2 (julio-diciembre 2011): 9, https://app.vlex.com/#WWW/vid/314322606/graphical_version

servicios de promoción de negocios mediante un personal especialista en este tipo de actividad.

b) Elementos objetivos

(1) Promoción de negocios

La promoción constituye la principal obligación a cargo del agente, pues su labor está dirigida a impulsar las ventas del negocio de su principal, sea promocionando sus productos o sus servicios.

La función del agente no es otra que la intermediación entre su principal y la clientela a la cual se dirige, promoviendo sus negocios. En esta línea, ha de indicarse que esta actividad estará encaminada a la contratación del producto o servicio de que se trate, sin que implique que dicha contratación deba presentarse. Es decir, los contratos relacionados con los bienes y servicios que promueve el agente a través de sus estrategias son parte de la cooperación de este con el agenciado.

Dentro de las actividades que desempeña como gestor de operaciones se incluyen “difundir los productos o servicios que comercializa, contactar distintos clientes potenciales, efectuar ofertas, recibir pedidos, etc.”¹³⁹ Es por esta razón que se asegura que el término promoción engloba una serie de actividades, “de tal forma que a lo que se obliga el agente es a la prestación de los medios necesarios para conseguir un cierto objetivo, objetivo este que consiste en hacer posible la conclusión de contratos con clientes.”¹⁴⁰ Lo anterior, ha de entenderse en el sentido de que la promoción que realiza el agente es una actividad que debe atender o estar encaminada a la distribución del producto o servicio en el mercado, situación que, por lo general, implica la creación, el aumento o mantenimiento de la clientela y del volumen de negocios¹⁴¹; pero solo en ciertos casos unida a esa actividad de promoción el agente deberá asumir además la obligación de concluir actos u operaciones de comercio.¹⁴²

¹³⁹ Pablo Barbieri, *Contratos de empresa* (Buenos Aires: Universidad, 1998), 142, citado por Guido y Chavarría, “El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras”, 5-6.

¹⁴⁰ Quintáns, “Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración”, 11.

¹⁴¹ *Ibíd.*, 11.

¹⁴² *Ibíd.*

Por último, debe destacarse que es necesario que esa actividad de promoción se desarrolle de manera continua, con lo cual se evidencia la necesidad de que medie estabilidad.¹⁴³

(2) Independencia

Se ha establecido que el agente es un comerciante independiente, no un trabajador del empresario o mandante, y esa independencia le permite organizar su actividad profesional y el tiempo que le invierte de acuerdo con su criterio¹⁴⁴. Esto implica entonces que es el agente quien soporta el riesgo del negocio.

Lo anterior debe de complementarse con lo estipulado por Alfredo Soria y Fabiola Ríos acerca de la autonomía, puesto que afirman que el agente no se encuentra en relación de subordinación respecto del agenciado, siendo que su obligación es desempeñada con autonomía, organizando su personal y sus recursos.¹⁴⁵

A pesar de esto, en un contrato de agencia la coordinación entre los esfuerzos del agente y del agenciado, son esenciales para alcanzar el objetivo de este. Por consiguiente, el agenciado cuenta con la facultad de dictar pautas acerca de aspectos técnicos, de marketing o comerciales, que ayudarán al éxito de la operación. Es a raíz de esto que el agente debe informar de sus actividades al principal y que este último tiene la posibilidad de fiscalizar el cumplimiento de las pautas que ha dictado.

Finalmente, debe hacerse hincapié en el hecho de que, aunque el agente vende de forma independiente productos o servicios del principal, es su representante y actúa en su cuenta, asume el riesgo del negocio.

(3) Estabilidad

La relación que mantienen las partes no se agota en la realización de un solo acto o negocio en concreto, sino que, por el contrario, goza de estabilidad; en tanto que el agente realizará los negocios necesarios, independientemente de su número (es decir, hay estabilidad aun y cuando no siempre se realicen negocios), para llevar a cabo su encargo de promocionar activamente para estimular el crecimiento del mercado y la operación de

¹⁴³ Soria y Ríos, "El contrato de agencia comercial", 181.

¹⁴⁴ Arce, "Los contratos de agencia y distribución mercantil".

¹⁴⁵ Soria y Ríos, "El contrato de agencia comercial", 181.

su principal. Por lo tanto, se trata de un contrato en el que el recurso a una pluralidad de operaciones es necesario para ejecutar a cabalidad la prestación del agente.

A propósito de lo anterior, se ha rescatado que *“la estabilidad no solo conlleva que el agente promueva el negocio del agenciado y no uno o más contratos determinados, sino que la actividad en mención deberá desarrollarse con cierta continuidad. ... En tal virtud, de haber continuidad, el agente podrá cumplir con su obligación de promoción.”*¹⁴⁶

(4) Asignación geográfica

El agente posee la exclusividad de promover los negocios del agenciado en un territorio o zona específicos y determinados, siendo la determinación fundamental en el caso de violaciones a lo pactado en el contrato, cuando otros agentes ingresan al territorio asignado a realizar por cuenta propia la comercialización de productos del principal.

Por otro lado, existen ciertos elementos que podrían o no presentarse en un contrato de agencia, siendo estos no necesarios para la validez de dicho tipo contractual. Algunos de estos elementos ocasionales, son los siguientes: exclusividad, representación e indemnización.

¹⁴⁶ Sidney Alex Bravo, *Contratos atípicos e innominados: contratos modernos empresariales* (Lima: Editoriales Legales Iberoamericana, 2003), 715, citado por Soria y Ríos, “El Contrato de Agencia Comercial”, 181.

E. Derechos y obligaciones de las partes¹⁴⁷

Los principales derechos y obligaciones del contrato de agencia para las partes son:

a) Derechos del agente¹⁴⁸

(1) Derecho a la retribución

Se considera el principal derecho del agente y constituye la satisfacción de comisiones o remuneraciones, pactadas entre el agente y su principal.

Oswaldo Marzorati, en lo tocante a esto, sugiere que “el interés económico del agente radica en el derecho a una retribución, que depende generalmente de su propia actividad y que puede consistir en una comisión –porcentaje sobre el precio de venta-, en la diferencia total o parcial entre el precio estipulado por el preponente y el obtenido en la operación o bien en una combinación de ambas formas, aunque lo habitual es la comisión.”¹⁴⁹

El autor agrega que esa retribución surge de los negocios concretados de manera satisfactoria gracias a la intervención del agente.

(2) Derecho de exclusividad

La cláusula de exclusividad, sobre la cual existe discusión en cuanto a su carácter esencial, obliga al principal. En virtud de dicha cláusula, al momento de realizar operaciones por sí mismo o mediante terceros, el agenciado deberá comisión al agente.

¹⁴⁷ Para este apartado se seguirán las divisiones acotadas por Rebeca Alvarado Santamaría y Alberto Gurdían Arango, “Los derechos adquiridos por los representantes de casas extranjeras frente al Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos” (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2009), 62-70; y, en cuanto al contenido, se seguirá lo establecido por Mauricio Guido y Adriana Chavarría Araya en su tesis “El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras y su aplicación frente al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos”, 14-15, citada con anterioridad, y complementado con lo dispuesto por Javier Arce en el artículo titulado *Los contratos de agencia y distribución mercantil*.

¹⁴⁸ Se utilizará, para la determinación de los derechos del agente comercial, lo señalado en cuanto al tema por Alvarado y Gurdían, “Los derechos adquiridos por los representantes de casas extranjeras”, 62-65.

¹⁴⁹ Marzorati, *Sistemas de distribución comercial: distribución, concesión y franquicia comercial*, 25.

Lo anterior, en tanto que “el agente tiene derecho a que se le respete su clientela frente a terceros, el crédito, propaganda y otros valores de su empresa que fueron creados por su propio esfuerzo.”¹⁵⁰

La exclusividad implica, entonces, una prohibición aplicable al principal, según la cual debe abstenerse de asignar a más de un agente en la zona determinada, en el mismo ramo de comercio, o también, implica la prohibición de no valerse de terceros distintos al agente, para promocionar el negocio.

En Costa Rica, dicha prohibición se consagra en el artículo 355 del Código de Comercio, mismo que dispone:

ARTÍCULO 355.- Si el agente independiente tuviere asignada en el contrato una zona determinada en forma exclusiva, le corresponderá una comisión por los negocios de su ramo que se realicen por el principal o por otro dependiente suyo en dicha zona, aunque el agente no haya intervenido en los mismos.

(3) Derecho de comprobación

En razón del derecho de comprobación, el agente “tiene la potestad de comprobar los negocios que haga el principal, con el fin de verificar si se le está cancelando el monto correspondiente, y si efectivamente se está respetando su exclusividad territorial y de representación. Cualquier diferencia que el agente identifique a razón de dicha comprobación, deberá resolverse en la sede judicial correspondiente, quedando en “manos” de los jueces, la decisión de revisar o no los registros contables.

(4) Garantías del cobro de la comisión

La garantía del cobro de la comisión consiste en la posibilidad de que, ante quiebra del principal, el agente comercial cuente con un derecho de retención de dicha comisión. Eso sí, para esta retención, dicho monto debe estar absolutamente identificado, caso contrario, deberá legalizarlo en el proceso concursal respectivo.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

b) Obligaciones del agente

(1) Promoción del negocio del principal

Promover o concluir negocios en interés del empresario, en tanto que el agente posee la obligación positiva de esforzarse en promover todos los contratos posibles en nombre y por cuenta del empresario en cuyo nombre actúa. Se señala que esta obligación es la función fundamental del contrato de agencia, puesto que se trata del principal compromiso consistente en la colaboración para alcanzar el fin propuesto por las partes.¹⁵¹

(2) Actuar únicamente dentro de la zona de exclusividad

El ámbito espacial de actuación del agente, cuando esté delimitado, es la zona en la que puede desempeñarse. Este ámbito puede ser exclusivo, “en cuyo caso se prevén las consecuencias que para el empresario o fabricante se producen por la vulneración del derecho de exclusividad.”¹⁵²

(3) Acatamiento de instrucciones

Corresponde al deber de desarrollar las operaciones que componen su actividad de promoción dentro de los parámetros fijados por su principal en lo relacionado con precios, plazos de entrega, formas de financiación, entre otros. Sin embargo, prevalece una noción de libertad en la realización de su labor, pues no es común que el agenciado dicte pautas con regularidad.

(4) Rendición de cuentas

En virtud de esta obligación, el agente deberá informar al agenciado sobre información relevante y favorecedora para el progreso de sus negocios. Al respecto, se ha indicado que “rendir cuentas en este tipo de contrato se refiere a la información que brinda el agente al principal sobre las negociaciones que se están desarrollando en un momento determinado, esta información se puede dar a requerimiento del principal o por voluntad del agente.”¹⁵³

¹⁵¹ Alvarado y Gudián, “Los derechos adquiridos por los representantes de casas extranjeras”, 67.

¹⁵² Bedoya, “La cesantía comercial elemento determinante del contrato de agencia”, 11.

¹⁵³ *Ibid.*

c) Derechos del principal

- (1) Determinar las pautas que guiarán el actuar del agente
- (2) Recibir la rendición de cuentas por parte del agente en cuanto a las operaciones realizadas.
- (3) Exigir al agente su actividad para obtener la conclusión de negocios

d) Obligaciones del principal

- (1) Lealtad y buena fe

El principal deberá actuar conforme a la lealtad y la buena fe, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 354 del Código de Comercio, el cual manifiesta que “Si por dolo o culpa grave del principal no se ejecutare el negocio en todo o en parte, el Agente conservará el derecho de reclamar el importe de la comisión”.

- (2) Deber de información

Se refiere a la obligación del principal de facilitarle a su agente los datos atinentes a la ejecución del contrato, sea potenciales clientes, volumen de trabajo, características del producto promocionado, entre otros.

- (3) Deber de comunicar la aceptación del negocio

El principal debe comunicar al agente el rechazo o la aceptación de contratos, por cuanto, por lo general, se requiere de dicha aceptación para tener por celebrado el contrato formalmente.

- (4) Deber de compensar los gastos

De acuerdo con Osvaldo Marzorati, el principal debe compensar a su agente los gastos en los que incurra en la realización de su gestión, independientemente de los gastos habituales de la agencia.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Luis Fernando Alfaro Ubico, “El contrato de agencia comercial, su regulación en nuestro ordenamiento jurídico” (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1993), 66.

(5) Deber de pagar la remuneración pactada

Corresponde a la obligación principal del agenciado y se fundamenta en otorgar la retribución en los términos pactados en el contrato. La forma de remuneración debe estar determinada y nace de cada negocio jurídico que se celebra gracias a su intervención.¹⁵⁵

(6) Deber de ayuda

Proveer las herramientas necesarias para un adecuado desarrollo del trabajo encargado al agente, incluida información y documentación relevante para los contratos y demás actividades desplegadas. En cuanto a esto, se determina que “el empresario debe poner a disposición del agente de comercio, en la cantidad necesaria y con la antelación requerida, los muestrarios, catálogos, tarifas y cualquier otra información o ayuda necesaria para el buen desarrollo de la actividad del agente.”¹⁵⁶

Por último, autores costarricenses agregan la obligación del principal de respetar la zona de exclusividad correspondiente al agente, por lo que la persona o empresa que lo contrate debe abstenerse de asignar otros agentes a la misma zona.¹⁵⁷

F. Terminación del contrato

En la doctrina se han distinguido variadas causas de extinción del contrato de agencia, dentro de las cuales se incluyen:

- El vencimiento del plazo o del cumplimiento, en caso de haber sido pactados. Esto implica que, habiéndose pactado un plazo, no es posible que sea rescindido el contrato previo al cumplimiento de este, por voluntad de alguna de las partes. Dicha revocación da paso a la respectiva indemnización del agente, por cuanto se le ha impedido la realización de los negocios que venía desarrollando con permanencia.
- Por las causas comunes a todos los contratos.
- Tratándose de un contrato sinalagmático, por resolución debida al incumplimiento de una de las partes.

¹⁵⁵ Bedoya, “La cesantía comercial elemento determinante del contrato de agencia”, 11.

¹⁵⁶ Alfaro, “El contrato de agencia comercial”, 64.

¹⁵⁷ Guido y Chavarría, “El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras”, 15.

G. Naturaleza jurídica

Siendo que el contrato de agencia no ha sido regulado en Costa Rica, debe atenderse a las diversas teorías que se han formulado en la doctrina, con el fin de presentar una noción comprensiva de la naturaleza jurídica que se le ha atribuido.

Dicha problemática se deriva de las diferentes nociones que el término “contrato de agencia” ha comprendido, puesto que bajo esta denominación se han acuñado diversos tipos de contratos en la práctica. En cuanto a esto, destaca Osvaldo Marzorati que “se identifican institutos que no siempre presentan regímenes uniformes, aunque usen el mismo nombre, así como, con distintas denominaciones, se observan tipos de contratación que poseen semejanzas.”¹⁵⁸

Siguiendo este orden de ideas, en el presente apartado se seguirá lo desarrollado por el doctor Marzorati al respecto¹⁵⁹.

a) Mandato

Parte de la doctrina italiana ha sido conteste en advertir que el contrato de agencia constituye una relación de mandato, mientras que otros autores aseguran que no se trata de un mandato, puesto que no siempre el agente cuenta con representación para realizar actos jurídicos, siendo que dicho poder no es necesario para procurar negocios.

Asimismo, se ha rescatado que el agente no actúa como mandatario, en tanto que “el empresario con el que trata no le confiere un mandato para que le administre negocios, sino un encargo para promover la conclusión de contratos.”¹⁶⁰

b) Mandato de interés común

Esta teoría, seguida por el derecho francés, asegura que es un contrato de interés común por cuanto se realiza en el interés del empresario (mandante) de vender el producto, así como en el del agente (mandatario) de percibir una retribución por dicha venta. En este

¹⁵⁸ Marzorati, “Sistemas de distribución comercial”, 17.

¹⁵⁹ *Ibid.*, 17-21.

¹⁶⁰ Manuel Broseta Pont, *Manual de derecho Mercantil*, 3ª edición (Madrid: Editorial Tecnos, 1977), 20, citado por Guido y Chavarría, “El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras”, 13.

caso, por lo tanto, cuando el mandante resuelve el mandato, sin mediar falta del agente, surge un derecho de indemnización a favor de este último.

c) Locación de obra

Otro sector de la doctrina italiana ha considerado que el contrato de agencia se corresponde con un contrato de locación de obra, pues el agente se obliga a la consecución de ciertos objetivos como resultado del despliegue de su actividad, independientemente de la prestación de servicios que realiza. Es decir, el agente debe procurar la conclusión de contratos en beneficio de su principal, sin derecho a reclamar su remuneración en caso de no lograr dicho cometido.

d) Contrato de empresa moderna

Los autores costarricenses Mauricio Guido y Adriana Chavarría agregan con respecto a esto que no debe interpretarse el contrato de agencia de acuerdo con reglas aplicables a otros contratos similares, pues guardan en cuanto al primero significativas diferencias. Por este motivo, subrayan que debe interpretarse atendiendo a lo estipulado en el contrato, el fin económico perseguido, los usos y costumbres del campo empresarial del que se trate y la causa misma de la obligación.

Por consiguiente, afirman que debe regularse el contrato de agencia como “aquel en el que dos partes se relacionan en forma estable, encargándose a una de ellas el modo autónomo de la promoción o concertación de negocios en interés de la otra.”¹⁶¹

¹⁶¹ Guido y Chavarría, “El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras”, 14.

II. SECCIÓN II – EL CONTRATO DE TRABAJO

A. Antecedentes históricos y origen

El Derecho de Trabajo, y su subsiguiente formalización mediante contratos de trabajo, surgen ante la necesidad de proteger al trabajador y pacificar el conflicto social surgido de la progresiva generalización del fenómeno del trabajo subordinado y por cuenta ajena.¹⁶²

Dicha reacción, la cual se produce a lo largo del siglo XIX en todos los países industrializados, alcanza un desarrollo desigual en ellos (en función del grado de industrialización).

Este desarrollo se produjo conforme a dos modelos distintos. De un lado, un modelo liberal de intervención, basado en la utilización preferente de la negociación colectiva y en la abstención de la ley en la regulación de las condiciones de trabajo. De otro lado, un modelo autoritario y paternalista, basado en el intervencionismo estatal.¹⁶³

En términos generales, puede decirse que las primeras normas laborales tuvieron carácter excepcional (trabajo de menores, de mujeres, normativa sobre accidentes de trabajo), para extenderse progresivamente a otros aspectos de la relación laboral (jornada, descansos, salarios, etc.) hasta constituir un conjunto de derecho especial, basado en principios distintos a los de derecho civil común.¹⁶⁴

Dichos antecedentes, a pesar de que no se vinculan directamente con la formalización de un contrato de trabajo, son necesarios para entender el posterior establecimiento de dicho instrumento. El surgimiento de normas laborales da paso al surgimiento de un contrato laboral que incorpora dichos elementos esenciales de una relación laboral.

En cuanto a los antecedentes históricos del contrato de trabajo como tal, se debe indicar que los primeros intentos de encuadrar en una figura jurídica la prestación de

¹⁶² Jesús García, Jose María Goerlich, Francisco Pérez de los Cobos, Juan Ramírez y Tomás Sala, *Curso de Derecho del Trabajo*, (Valencia: Tirant lo Blanc, 1999), 31.

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ *Ibíd.*, 32.

servicios personales se remontan al Derecho Romano, el cual regulaba, este tipo de relaciones, bajo la forma de un contrato de arrendamiento¹⁶⁵.

En la Edad Media, a razón de la influencia del Derecho Germánico, se recurre a la idea del vínculo personal entre el arrendador y el arrendatario, por el cual el primero quedaba bajo la potestad del segundo, estando este encargado de velar por la subsistencia del arrendador¹⁶⁶.

A medida que el tiempo transcurría e importantes acontecimientos históricos se suscitaban – *La Revolución Francesa en particular*- el tratamiento jurídico otorgado al trabajo se iba enriqueciendo. De esta manera, se configuraron diversas tesis relativas al fundamento de la relación individual de trabajo¹⁶⁷.

El Código Civil francés de 1812, se inspiró en el Derecho Romano para el tratamiento legislativo de las prestaciones de servicios. Este, reguló dicha prestación de servicios mediante la figura del contrato de arrendamiento, considerando al arrendador como alguien que da en arrendamiento su fuerza de trabajo por un tiempo determinado, mientras el arrendatario, en contraprestación, otorgaba la remuneración correspondiente.¹⁶⁸

Asimismo, anterior al establecimiento del contrato de trabajo como tal, se asemejó dicha figura a contratos como el de compra venta o el contrato de sociedad, tesis que fueron descartadas con el pasar de los años, ya que asemejaban la prestación de servicios a un tipo de “mercancía”¹⁶⁹.

A raíz de lo expuesto supra, se demuestra como el contrato individual de trabajo surgió posterior al intento de subsumir este tipo de relación (laboral) en tipos contractuales de naturaleza comercial. En el momento que se consolidó la idea de que ni el trabajo o el prestador del servicio (trabajador) eran mercancías o cosas, se desarrolló un modelo contractual propio (contrato de trabajo) el cual vino a normalizar la relación de trabajo propiamente.

¹⁶⁵ Eduardo de Rivero Santana, “Naturaleza Jurídica del Contrato de Trabajo y la Formulación de la Relación de Trabajo”, *THEMIS- Revista de Derecho [Online]*, n.º 3, 70, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/10514/10986>

¹⁶⁶ *Ibíd.*, 71.

¹⁶⁷ *Ibíd.*

¹⁶⁸ *Ibíd.*

¹⁶⁹ *Ibíd.* 71-72.

B. El concepto del contrato individual de trabajo

El contrato individual de trabajo se puede definir como todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada en esta, y por una remuneración de cualquier clase o forma.¹⁷⁰

Bajo esta misma línea, los autores Pilar Núñez y Antonio Cebrián, definen el contrato de trabajo como una convención, mediante la cual una persona llamada empleado o asalariado, se compromete a cumplir actos materiales, generalmente de naturaleza profesional, en provecho de otro llamado empleador o patrón, a fin de trabajar bajo la supervisión de este, mediante una remuneración o salario.¹⁷¹

Seguidamente, en continuación con las definiciones conceptuales sobre el contrato de trabajo, el autor Jorge Machicado lo conceptualiza como aquella convención por el cual una persona llamada trabajador (obrero y empleado) se obliga a poner su actividad profesional al servicio de otra persona llamada empleador y a trabajar bajo la dependencia y subordinación de este, mediando una remuneración llamada salario.¹⁷²

Por otro lado, el autor Manuel Alonso define el contrato de trabajo, como todo acuerdo de voluntades (negocio jurídico bilateral) en virtud del cual una persona se obliga a prestar personalmente un servicio por cuenta de otra, dentro del ámbito de organización y dirección de esta a cambio de una remuneración o salario.¹⁷³

Asimismo, existen autores que definen el contrato de trabajo propiamente desde la órbita de la relación entre patrono y trabajador. Este es el caso de la jurista Emilia Conde Marín, quien define el contrato de trabajo como la figura central del Derecho del Trabajo, ya que se trata de un contrato que se encuentra en una posición mixta de concordancia y contraposición, esto es, en una situación de posiciones enfrentadas entre empresario y trabajador y sin embargo, de forma paradójica, debe existir un ánimo conciliador de esos

¹⁷⁰ Código de Trabajo de Costa Rica, Artículo 18.

¹⁷¹ Pilar Núñez-Cortés Conteras y Antonio Cebrián Carrillo, "Lecciones de Contrato de Trabajo, base de datos de Derecho VLex, (Dykinson, 2014), 29. http://app.vlex.com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr:2048/#WW/search*/contrato+de+trabajo/WW/sources/12531

¹⁷² Jorge Machicado, *Contrato de Trabajo* (Bolivia: Universidad San Francisco Xavier, 2010), 5.

¹⁷³ Manuel Alonso Olea, *Derecho del Trabajo* (Madrid, Editorial Civitas, 2008), 124.

intereses diversos y contrapuestos para que se produzca la convergencia de ese éxito de la relación laboral.¹⁷⁴

La definición expuesta anteriormente, introduce distinciones conceptuales, dejando de lado el análisis de elementos esenciales del contrato laboral, como lo son la relación de subordinación y la onerosidad. Precisamente, esta conceptualización introduce elementos innovadores como el “ánimo conciliador” y los “intereses diversos y contrapuestos entre patrono y trabajador”, aspectos más sociales, pero de validez a la hora de conceptualizar el contrato de trabajo.

Por último, la autora Carmen Paniagua Hidalgo, en su tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho conceptualizó el contrato laboral como aquella prestación personal por medio del cual una persona física (trabajador) se obliga a prestar un servicio personal a otra persona física o jurídica (patrono), bajo dependencia a cambio de una remuneración.¹⁷⁵

Las anteriores definiciones desarrollan elementos del contrato individual de trabajo. Varios de los autores citados, coinciden en la prestación de algún servicio o en la ejecución de una obra a favor de un tercero, quien los contrata y a cambio de ese servicio u obra emite un pago. Asimismo, otros autores, prefieren utilizar figuras como la de un “negocio jurídico bilateral o introducir aspectos de índole social para explicar la relación laboral. Como podrían ser los intereses contrapuestos y el ánimo conciliador que introducen ciertos juristas como definidores de un contrato de trabajo.

C. Características del contrato de trabajo

Con base en criterios doctrinales, es posible desarrollar algunas de las características propias del contrato de trabajo.

¹⁷⁴ Emilia Conde Marín, “Lecciones de Contrato de Trabajo”, base de datos de Derecho vLex, (Dykinson, 2014), 49. <https://app-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/?r=true#WWW/vid/546461806>

¹⁷⁵ Carmen María Paniagua Hidalgo, “El contrato de trabajo fijo discontinuo en el derecho laboral privado costarricense”, *Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho*, Universidad de Costa Rica, 2010, 9.

En relación con las características del contrato de trabajo, la autora Emilia Conde Marín menciona las siguientes:

- Se trata de un contrato consensual, es decir, que se perfecciona por el libre consentimiento prestado por las partes contratantes.
- Es bilateral o recíproco, ya que la prestación de cada una de las partes ha de corresponderse en equivalencia con la contraria.
- Es un contrato oneroso, pues supone una carga u obligación patrimonial para los intervinientes en el negocio; y
- Es una convención reglada que debe ajustarse a una serie de normas jurídicas concretas y predeterminadas.¹⁷⁶

Adicionalmente a este listado de características, la misma autora Conde Marín, hace mención de otros elementos característicos del contrato de trabajo¹⁷⁷:

- El contrato es voluntario y libre: El pacto contractual depende del consentimiento de las partes. Es decir, se excluye aquella labor que se realice con carácter forzoso o venga impuesta por la Ley.
- El carácter personalísimo o *intuitu personae*: Se establece que es inevitable la implicación de la persona en el trabajo, de manera que sería imposible la sustitución del trabajador, esto debido a las cualidades que ostenta este.
- La ajenidad: Esto es, la atribución a un tercero de los beneficios del trabajo.
- Jornadas variables: El trabajador deberá prestar los servicios según la jornada que determine el patrono: jornada diurna, jornada mixta o jornada nocturna. Asimismo, según el cargo, el trabajador podría optar por una relación de confianza, dentro de la cual se modifica el sistema de jornadas expuesto en la normativa laboral costarricense. Asimismo, del tipo de jornada dependerá el horario de trabajo.¹⁷⁸
- Plazo de la contratación: la prestación de servicio por parte del trabajador puede ser por tiempo determinado o indefinido¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Conde, "Lecciones de Contrato de Trabajo", 50.

¹⁷⁷ *Ibid.*, 50-51

¹⁷⁸ Código de Trabajo de Costa Rica, Artículo 135-146.

¹⁷⁹ *Ibid.*, Artículo 26-28,

- Lugar de trabajo: El patrono deberá indicarle al trabajador el lugar o lugares donde debe prestar el servicio¹⁸⁰.

Es apreciable como la autora Conde Marín realiza un análisis característico tanto desde la perspectiva de un negocio jurídico genérico, como desde la óptica más propia de un contrato de trabajo.

D. Elementos del contrato de trabajo

a) Elementos subjetivos

(1) Trabajador

El primer sujeto del contrato de trabajo es el trabajador, quien además es el beneficiario de la legislación laboral proteccionista.

El artículo cuarto del Código laboral de Costa Rica define a la figura del trabajador como “toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros en virtud de un contrato de trabajo expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo.”

De allí se resalta entonces que debe, necesariamente, tratarse de una persona física, según su concepto jurídico, descartándose la posibilidad de que sea una persona jurídica.

Los trabajadores deben cumplir con ciertas condiciones para poder considerarse como tal, siendo una de ellas la edad. En este sentido, debe mencionarse que el artículo 92 del Código de la Niñez y la Adolescencia costarricense, establece una prohibición en cuanto a la prestación de servicios o actividad económica por parte de niñas y niños menores de quince años, cualquiera que sea su condición de trabajo, sea asalariado, no asalariado, independiente, familiar, etc.¹⁸¹

El trabajo de personas adolescentes mayores de quince y menores de dieciocho años es considerado trabajo adolescente, y es realizado bajo un Régimen Especial de

¹⁸⁰ *Ibíd.*, Artículo 24.

¹⁸¹ Cecilia Dobles Trejos, “Estudio cualitativo sobre el trabajo infantil y adolescente en Costa Rica”, *Instituto Nacional de Estadísticas y Censos*, 2003, http://www.inec.go.cr/sites/default/files/documentos/inec_institucional/publicaciones/05_estudio_cualitativo_sobre_trabajo_infantil_y_adolescente.pdf, 4.

Protección “que les garantiza plena igualdad de oportunidades, de remuneración y de trato en materia de empleo y ocupación.”¹⁸²

(2) Patrono o empresario

Al respecto, el artículo 2 del Código de Trabajo costarricense señala que “patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo.”

De lo anterior se desprende que la restricción en cuanto a ser una persona jurídica no opera, caso contrario al trabajador, en cuanto al empresario.

b) Elementos objetivos

Como se señaló anteriormente, en ocasiones la doctrina tiende a mezclar o igualar las características con los elementos del contrato laboral. En la presente sección se brindarán posiciones doctrinarias acerca de los elementos del contrato individual del trabajo, siendo posible que en ocasiones se repitan aspectos desarrollados en las características del contrato individual de trabajo, esto debido a los diversos criterios doctrinales respecto a dicho modelo contractual.

En cuanto a los elementos del contrato de trabajo, el autor Eugenio Vargas Chavarría hace mención de tres elementos esenciales del contrato de trabajo¹⁸³:

- Subordinación
- Prestación Personal del Servicio
- Remuneración.

(1) Subordinación

El mismo autor, Vargas Chavarría, define la subordinación como aquel estado de dependencia directa en que se coloca el trabajador ante su patrono o representantes, lo

¹⁸² Cecilia Dobles, “Estudio cualitativo sobre el trabajo infantil y adolescente en Costa Rica”, 4.

¹⁸³ Vargas, *El contrato individual de trabajo*, (San José: Investigaciones Jurídicas, 2006), 39.

que significa que el trabajador queda sujeto al poder de mando y dirección que ejerza el patrono en el desempeño de las labores.¹⁸⁴

Asimismo, sin perjuicio de lo anterior, se puede afirmar que, en las relaciones de trabajo, el patrono también se encuentra subordinado, pues este, si bien es cierto es quien impone las condiciones de trabajo, dicha imposición no puede ir más allá de lo que la ley permita, tomando en cuenta que la legislación laboral establece límites mínimos y máximos a las condiciones de trabajo.¹⁸⁵

Por otro lado, el Código de Trabajo costarricense, en su numeral 71 hace mención de dicho elemento:

*Artículo 71.- Fuera de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus Reglamentos y leyes supletorias o conexas, son obligaciones de los trabajadores: Desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono o de su representante, a cuya autoridad estarán sujetos en todo lo concerniente al trabajo;*¹⁸⁶

Asimismo, como otro criterio de referencia, la Sala Segunda de Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, emitió en el año 2001, en su sentencia N.º 685, otra definición acerca de la subordinación. Se detalla a continuación:

Subordinación. Definición. *“Por su parte, la subordinación se entiende como la capacidad del patrono, de darle órdenes al trabajador, y la correlativa sujeción de este a la dirección del empleador, para tener como existente, en un caso concreto, una relación de esencia laboral...” “Tal subordinación implica, para el patrono, tanto la potestad real de dirigir, dar órdenes y fiscalizar la labor del trabajador, como también la de disciplinarlo. Por consiguiente, frente a esta potestad, encontramos el deber correlativo e indiscutible, de aquel, de tener que someterse.”*¹⁸⁷

Este último criterio de la Sala Segunda engloba aspectos de importancia relacionados al elemento de la subordinación, como es el caso del poder de dirección que ostenta el patrono, entendiéndose este como la facultad de poder dar órdenes y dirigir la labor de sus subordinados. Aun así, como bien lo define el autor Eugenio Vargas, dicho poder de dirección, propio de la subordinación, no puede exceder los límites que impone la

¹⁸⁴ Vargas, *El contrato individual de trabajo*, 39.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ Código de Trabajo de Costa Rica, Artículo 71.

¹⁸⁷ Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 685 de las 10:10 horas del 16 de noviembre de 2001.

norma, necesarios para mantener intacta la integridad del trabajador, sin caer en relaciones abusivas de poder del patrono sobre este último.

Por otro lado, el autor Vargas Chavarría hace mención de que la subordinación puede ser concebida desde la óptica del patrono, en el sentido de que este se encuentra subordinado a lo que las leyes obligan. Es decir, a pesar de que el patrono cuenta con ese poder de dirección y de fiscalización, dicha potestad no puede en ningún momento exceder los límites normativos.

Seguidamente, los autores Pilar Núñez y Antonio Cebrián introducen otra característica importante de la subordinación, manifestando que la dependencia (o subordinación) parte de una decisión que adopta el trabajador, al decidir poner en disposición del empleador sus conocimientos, capacidades, aptitudes y tiempo.¹⁸⁸

Es decir, la relación de subordinación nace de un acuerdo de voluntades entre trabajador y patrono. Por un lado, el patrono tiene la voluntad de contratar a alguien para que ejerza un cargo o función determinada; y por el otro, el trabajador tiene el deseo de poner a disposición su fuerza laboral para cumplir esa función por la cual fue contratado, consciente de que recibirá un poder de dirección por parte de su empleador.

Bajo la misma línea, los autores Núñez y Cebrián hacen referencia a que la subordinación se manifiesta en una serie de facultades que se dan a lo largo de la relación laboral. Tradicionalmente estas facultades o poderes son: el poder de dirección, el *ius variandi* y el poder disciplinario.¹⁸⁹

i. Poder de dirección

En cuanto al poder de dirección, los autores supra hacen mención a que se manifiesta cuando el empleador organiza, dirige, controla, adopta las orientaciones que requiere la empresa para poder desarrollarse de manera exitosa. Asimismo, señalan que los trabajadores no tienen la posibilidad de involucrarse en la dirección de la empresa.¹⁹⁰

Además, resaltan que el poder de dirección no representa en ningún caso un poder absoluto, sino más bien es un poder relativo. La relatividad de tal poder está condicionada

¹⁸⁸ Núñez-Cortés y Cebrián “Lecciones de Contrato de Trabajo”, 34.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ *Ibíd.*

por diversos factores, en especial por los derechos de los trabajadores y las exigencias de la actividad productiva. Es por esto que, dicho poder debe ejercerse acorde con los marcos legales, por lo que no puede, como se ha expresado, conducir al abuso del derecho.¹⁹¹

En síntesis, el poder de dirección es aquella potestad que ostenta el patrono de organizar, dirigir, controlar y adoptar las orientaciones que requiere la empresa para cumplir sus fines determinados, siempre y cuando se dé en un marco de respeto de los derechos individuales de cada trabajador y en concordancia con la normativa laboral vigente del momento.

ii. *Ius Variandi*

En relación con el *Ius Variandi*, el autor Eugenio Vargas lo describe como aquella facultad con que cuenta el empleador para modificar condiciones no esenciales del Contrato de Trabajo de manera unilateral; sea, un derecho que la Legislación Laboral le concede a los empleadores para que estos puedan variar o modificar, contra la anuencia del servidor, ciertas bases del Contrato de Trabajo o relación laboral. Esta variación no procederá en aquellos casos en que la misma implique modificación de los elementos esenciales del contrato.¹⁹²

Asimismo, será improcedente cuando tal actuación (la de modificar el contrato) no está justificada por la presencia de situaciones que están obstruyendo la buena marcha o buen funcionamiento de estas para el cometido de sus fines; es decir, debe existir una necesidad que justifique el ejercicio del *Ius Variandi* en cada caso.¹⁹³

A su vez, debe quedar claro que, al no ejercitarse ese derecho con la concurrencia de los supra citados presupuestos de hecho, se estaría ante la presencia de una acción ilícita de parte del patrono, lo que daría lugar a invalidar cualquier acto. Esto por cuanto, al darse una situación como la anteriormente descrita, se estaría no ante la presencia del ejercicio de un derecho consolidado, sino, más bien, ante un abuso de poder con implicaciones perjudiciales para los trabajadores.¹⁹⁴

¹⁹¹ Núñez-Cortés y Cebrián "Lecciones de Contrato de Trabajo", 34.

¹⁹² Vargas, *El contrato individual de trabajo*, 147-148.

¹⁹³ *Ibid.*, 148.

¹⁹⁴ *Ibid.*

Lo anterior significa que el *ius variandi* debe ser ejercido dentro de ciertos límites, con el fin de que mediante el mismo no se lesionen aspectos materiales o morales del empleado, dado que el objetivo que se busca con tal facultad es que el patrono pueda facilitar el desarrollo de la actividad a que se dedica, sin que esto signifique que se deban sacrificar las condiciones relativas a garantizar la buena estabilidad del trabajador en el cumplimiento de sus funciones para satisfacer tal objetivo.¹⁹⁵

Por otro lado, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, también se ha involucrado en el proceso de definición de dicha figura jurídica. Precisamente, en su sentencia N.º 376 de las 14:00 horas del 16 de noviembre de 1994 define el *ius variandi* y manifiesta lo concurrente:

Ius variandi. Definición. “La doctrina ha definido que el “*ius variandi*” como la posibilidad de cambiar las modalidades del contrato de trabajo por decisión del empleador.

Sobre el particular, el conocido autor uruguayo Américo Plá Rodríguez expresa: “como se sabe, este consiste en la posibilidad de cambiar las modalidades del contrato de trabajo por decisión del empleador.

Si a este le pertenece la responsabilidad de la conducción económica de la empresa, a él le corresponde la facultad correlativa de organizar el trabajo y ajustar las diversas modalidades de funcionamiento de la empresa y, por tanto, de la prestación de tareas de cada uno de los trabajadores.

Pero cada acto en que se ejerce este derecho debe poder justificarse desde el punto de vista de la razón, en el caso de ser controvertido o resistido.

Es que esa potestad patronal debe ser razonablemente ejercida.

Y ello significa que el empleador debe poder invocar razones objetivamente válidas para justificar su ejercicio.

Y, por tanto, debe contrapesarlas, llegado el caso, con eventuales razones invocadas por el trabajador para oponerse en la situación concreta.

Si el trabajador puede justificar que la medida dispuesta le causa un perjuicio desproporcionado con la ventaja que ella representa para la empresa, se justifica la oposición o la resistencia del trabajador. Con mayor razón aún si se demuestra que está inspirada por móviles persecutorios de represalia, sin responder al legítimo interés de la empresa.

En definitiva, un derecho de la parte empleadora, tan amplio en su formulación, tiene la limitación intrínseca derivada que debe sustentarse no en bases arbitrarias sino en bases razonables.”¹⁹⁶

A raíz de lo anteriormente expuesto, se puede sintetizar el *ius variandi*, como esa potestad que tiene el patrono de modificar las condiciones laborales del trabajador. Ahora

¹⁹⁵ Vargas, *El contrato individual de trabajo*, 148.

¹⁹⁶ Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 376 de las 14 horas del 16 de noviembre de 1994.

bien, como bien la doctrina lo ha indicado, dicha modificación no puede ser arbitraria, y siempre debe estar dirigida a mejorar la organización a la cual el trabajador pertenece. También es importante advertir, que las condiciones esenciales no pueden ser modificadas, como podría ser por el ejemplo un cambio salarial “a la baja”, los máximos de las jornadas laborales o las medidas relativas a seguridad o higiene laboral.

A manera de conclusión, se puede afirmar que el *Ius variandi*, debe aplicarse dentro de un parámetro objetivo, enfocado en razones laborales y no personales, y siempre con el fin de mejorar la organización sin modificar, negativamente, condiciones esenciales del trabajador.

iii. Poder disciplinario

Por último, se analizará la última de las facultades que integran el elemento de la subordinación dentro de la relación laboral, siendo está el poder disciplinario que ostenta el patrono sobre el trabajador.

Se debe entender, que la relación jurídica entre patrono y trabajador, a pesar de tener una naturaleza jurídica contractual, posee características importantes que no existen en otro tipo de contrato o relación jurídica. Esto se debe a que, el trabajador, constantemente, presta servicios personales permanentes bajo subordinación del empleador, con el fin de que se utilicen correctamente los medios de producción, y, a su vez, que se mantenga el respeto y cordialidad, tanto entre los mismos trabajadores, como entre el patrono y sus dependientes.¹⁹⁷

Seguidamente, con el fin de que el empleador mantenga el orden de los trabajadores al interior de la organización y corrija las conductas contrarias, se le reconoce el poder de tipo disciplinario. De esta forma, con el poder disciplinario, el derecho laboral busca otorgar facultades efectivas al empleador, que sean idóneas para garantizar el desarrollo regular y la continuidad de la actividad de la empresa. Si no existiera la posibilidad del empleador de poder sancionar conducta de trabajadores que infringen las instrucciones que imparte, el poder de dirección sería una mera ilusión, al no poder el empresario castigar su transgresión o tener la posibilidad de ello. El poder disciplinario asegura y garantiza la efectividad del

¹⁹⁷ Raúl Fernández Toledo, “Límites del Poder Disciplinario del Empleador. Principios *Non Bis In Idem* y de Proporcionalidad en la Imposición de Sanciones Laborales”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social [Online]*, Volumen 4 N°8, (2013): 167, <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/download/42763/44725/>

ejercicio del poder de dirección, al permitir al empleador asegurar jurídicamente su autoridad y el cumplimiento de sus órdenes y mandatos, con el objeto de alcanzar los intereses de la empresa.¹⁹⁸

Con el fin de definir dicho poder, se ha señalado este como la facultad que ostenta el empresario para interponer sanciones a los trabajadores como consecuencia de la realización, por parte de estos, de conductas que impliquen un incumplimiento de la relación y disciplina laboral.¹⁹⁹

A raíz de lo anteriormente expuesto, se podría concretar que el poder disciplinario es esa facultad de sancionar que ostenta el patrono sobre sus dependientes, ante un incumplimiento de un deber laboral o un acto de indisciplina. Asimismo, otro elemento importante a subrayar es que el poder disciplinario está estrictamente ligado al poder de dirección, siendo el primero de estos la forma de poder ejercer la dirección de una forma segura y estable; es decir, en caso de que no existiese esa facultad de sancionar a favor del patrono, podría provocarse un perjuicio al poder de dirección, al no tener la potestad de sancionar para asegurar su cumplimiento.

Las tres facultades expuestas anteriormente, demuestran potestades que mantiene el patrono sobre el trabajador, siempre y cuando se ejecuten en un marco jurídico-laboral y estén dirigidas a un mejoramiento de los fines de la organización. En el momento que dichas facultades se presenten fuera de los límites, o estén justificadas en razones arbitrarias y no ligadas al fin de la empresa, deben considerarse como ilícitas, generando como consecuencia la restitución del estado anterior a dicha conducta inválida.

(2) Prestación personal del servicio

El segundo de los elementos del contrato individual de trabajo es la prestación personal del servicio.

Acercas de dicho elemento, nuevamente el autor Eugenio Vargas, anota que este consiste en que el trabajador es el que debe, de forma personal, prestar el servicio contratado y no a través de terceras personas.²⁰⁰

¹⁹⁸ Fernández, "Límites del Poder Disciplinario del Empleador", 167.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, 168.

²⁰⁰ Vargas, *El contrato individual de trabajo*, 40-41.

c) Remuneración

La remuneración es la contraprestación que el trabajador recibe por el servicio prestado, la cual se denomina *salario*. Este está destinado a subvenir a las necesidades más inmediatas del trabajador y su familia, debiendo, naturalmente, formar parte de su patrimonio, del cual puede y debe disponer libremente.²⁰¹

Asimismo, el Código de Trabajo de Costa Rica, dispone en el artículo número 162, que el salario o sueldo es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud del contrato de trabajo.²⁰²

Los tribunales laborales costarricenses, también han abundado en cuanto a la definición de salario o remuneración. La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia N.º 259 de las 10:20 horas del 29 de mayo del 2002, definió:

Salario. Definición. ... tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido uniformes en determinar que, por salario se entiende no solo el indicado en la escala respectiva, sino también las remuneraciones adicionales, sean estas bonificaciones, comisiones, premios, zonaje, antigüedad, etc., es decir, la totalidad de los beneficios que recibe por dicho concepto, el trabajador. Ahora bien, su regulación mínima, de acuerdo con la moderna teoría del Derecho del Trabajo, constituye una de las principales tareas interventoras en el poder público, que busca garantizar la base o "suelo" de contratación a nivel salarial. Debajo de la cual les está vedado a las partes negociar, todo ello en aras de tutelar el derecho del trabajador a un salario digno que le permita alcanzar un grado de bienestar y desarrollo humano adecuados.²⁰³

Los tribunales costarricenses, adicionalmente a las definiciones sobre salario estipuladas en la doctrina o normativa, hacen mención a la variedad de las formas de pago que se pueden dar dentro de la relación laboral, siempre en cumplimiento del pago de salario mínimo mediante suma líquida y no en especie.

Lo anterior induce a la necesidad de desarrollar tres tipos de formas de pago de interés para la presente investigación: Salario en dinero, por comisión y salario en especie.

²⁰¹ Vargas, *El contrato individual de trabajo*, 41.

²⁰² Código de Trabajo de Costa Rica. Artículo 162

²⁰³ Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 250 de las 10:10 horas del 29 de mayo de 2002.

i. Salario en dinero

En relación con el salario en dinero, el autor Eugenio Vargas sugiere que este es aquel que se realiza mediante dinero efectivo, cheque, giro o transferencia bancaria.²⁰⁴ Es decir, el pago mediante dinero es un pago líquido, en moneda vigente y en curso, que recibe el trabajador por la prestación realizada.

ii. Salario por comisión

Sobre el salario por comisión, la doctrina ha determinado que este se utiliza en actividades comerciales y consiste en que el trabajador realiza actividades de ventas de bienes o servicios a cambio de un porcentaje fijado sobre el precio de venta.²⁰⁵ Cabe aclarar que dicho salario también es una suma líquida.

iii. Salario en especie

El salario en especie corresponde a aquel beneficio que el trabajador y su familia reciben en alimentos, habitación, transporte, entre otros; como consecuencia de una relación laboral.²⁰⁶

Las partes de la relación laboral deben darle a este salario un valor en efectivo, pues sino se hace, se aplica el importe legal mínimo que establece el artículo 166 del Código de Trabajo, el cual manifiesta que, mientras no se determine en cada caso concreto el valor de la remuneración en especie, se estimará esta equivalente al cincuenta por ciento del salario que perciba en dinero el trabajador.²⁰⁷

Asimismo, dicho artículo 166 del Código de Trabajo de Costa Rica, expresa que el salario en especie se entiende únicamente como lo que reciba el trabajador o su familia en alimentos, habitación, vestidos y demás artículos destinados a su consumo personal inmediato. A su vez, en el mismo numeral, se dispone que los suministros de carácter indudablemente gratuito que otorgue el patrono al trabajador no podrán ser deducidos del salario en dinero ni tomados en cuenta para la fijación del salario mínimo.²⁰⁸

²⁰⁴ Vargas, *El contrato individual de trabajo*, 44.

²⁰⁵ *Ibíd.*

²⁰⁶ *Ibíd.*, 48.

²⁰⁷ *Ibíd.*

²⁰⁸ Código de Trabajo de Costa Rica. Artículo 166.

Sobre este tipo de salario, cabe destacar que se introduce la particularidad (a diferencia de las otras formas de pago) de que genera un beneficio no solo para el trabajador, sino también que abarca a la familia de este. Es decir, es un tipo de salario que tiene como finalidad un beneficio plural familiar, no solo individual laboral.

E. Derechos y obligaciones de las partes²⁰⁹

a) Derechos del trabajador

(1) Derecho al preaviso

En aquellos casos donde el patrono decida despedir al trabajador, este último tendrá derecho a que le den un aviso previo de acuerdo o según el tiempo laborado (el cual determinará el plazo del aviso previo) (art. 28).

(2) Derecho a un auxilio de cesantía

Cuando el contrato de trabajo, por tiempo indeterminado, concluye por despido injustificado, o por alguna de las causales ajena a la voluntad del trabajador, este último tendrá derecho a recibir un auxilio de cesantía o una indemnización, según el tiempo laborado (art. 29).

(3) Derecho a recibir una certificación laboral

A la expiración de todo contrato, el trabajador podrá solicitar al empleador, que le brinde un certificado laboral que describa la labor ejecutada por el trabajador en el tiempo laborado (art. 35).

(4) Derecho a una licencia de maternidad

La trabajadora embarazada gozará obligatoriamente de una licencia remunerada por maternidad, durante el mes anterior al parto y los tres posteriores a él. Estos tres meses también se considerarán como período de lactancia, el cual, por prescripción médica podrá ser prorrogado (art. 95).

²⁰⁹ A partir del presente apartado, se utilizará lo desarrollado por el Código de Trabajo de Costa Rica Ley Nº 2, por lo que su uso no será citado constantemente y solamente se hará referencia al artículo que desarrolla lo que esté bajo análisis.

(5) Derecho a descanso

El trabajador tendrá derecho a un día de descanso absoluto, después de 6 días de trabajo continuo (art. 152).

(6) Derecho a vacaciones

Todo trabajador tiene derecho a vacaciones anuales remuneradas, cuyo mínimo se fija en dos semanas por cada cincuenta semanas de labores continuas, al servicio de un mismo patrono (art. 153).

(7) Derecho a un salario mínimo

Todo trabajador tiene derecho a devengar un salario mínimo que cubra sus necesidades normales (art. 177).

(8) Derecho a un seguro por riesgos de trabajo

Todo patrono está obligado a asegurar a sus trabajadores contra riesgos del trabajo, por medio del Instituto Nacional de Seguros (art. 193).

(9) Derecho a un aguinaldo

Todo patrono particular está obligado a conceder a sus trabajadores, de cualquier clase que sean y cualquiera que sea la forma en que desempeñen sus labores y en que se les pague el salario, un beneficio económico anual equivalente a un mes de salario²¹⁰.

b) Obligaciones del trabajador

(1) Obligación de prestar el servicio por el cual fue contratado.

El trabajador deberá prestar el servicio y cumplir con las funciones por las cuales fue contratado. Esto significa que el trabajador debe prestar sus servicios por sí mismo, sin utilizar a un sustituto para que le colabore o le realice las tareas que le han sido encomendadas. Lo anterior es así porque en el momento en que se suscribe un contrato de trabajo, el patrono busca ciertas características que el trabajador debe cumplir, las

²¹⁰ Ley de Pago de Aguinaldo a Servidores Empresa Privada. Artículo 1.

cuales son personalísimas, por ejemplo, cierto grado académico, experiencia y aptitudes intelectuales, físicas e incluso psicológicas²¹¹.

La prestación personal del servicio es, además de un elemento esencial del Contrato de Trabajo, una obligación propia del trabajador. No cabe duda de que, el cumplimiento de las funciones por las cuales fue contratado el trabajador es la contraprestación principal (obligación) de este a favor del patrono.

(2) Deber de diligencia y colaboración

El trabajador debe ejecutar sus tareas con intensidad, cuidado y esmero, y en la forma y modo acordado, además, en caso de presentarse una catástrofe o riesgo inminente para la persona o intereses del patrono, deberá prestar el auxilio necesario para salir de dicha situación²¹² (art. 71).

(3) Deber de obediencia

En cuanto al deber de obediencia, esta proviene del elemento de subordinación propio de la relación laboral.

El trabajador deberá acatar las directrices emanadas de su patrono o el representante de este, siempre que estas se apeguen al ordenamiento jurídico y no comprometan su patrimonio ni su dignidad²¹³ (art. 71).

(4) Deber de cuidar los instrumentos de trabajo

Este deber implica que el trabajador procure mantener en buen estado todos los instrumentos que utilice para el cumplimiento de sus tareas, ello no implica que deba hacerse responsable por el deterioro normal que puedan sufrir esos instrumentos²¹⁴ (art. 71).

²¹¹ Karina Fernández Quesada, "Colisión Jurídica entre el Deber de Lealtad del Trabajador y su Libertad de Expresión, como Consecuencia de la Aplicación del Principio de Transparencia en la Administración Pública", (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2006), 44.

²¹² *Ibíd.*, 45.

²¹³ *Ibíd.*, 46.

²¹⁴ *Ibíd.*, 47.

(5) Deber de lealtad

Este deber consiste en una carga que tiene el trabajador sobre su conducta, pues debe procurar no incurrir en actos o conductas que lesionen los intereses de su empleador. En otro orden de palabras, este deber se deriva de la obligación que tienen ambas partes, dentro de una relación laboral, de actuar bajo los parámetros del principio de buena fe²¹⁵

(6) Deber de dar preaviso

En aquellos casos donde el trabajador decida ponerle fin a la relación laboral, tendrá que darle un aviso previo al patrono, según el tiempo laborado (art. 28).

(7) Otras obligaciones del trabajador

El artículo 71 del Código de Trabajo desarrolla:

Fuera de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus Reglamentos y en sus leyes supletorias o conexas, son obligaciones de los trabajadores:

- a. Desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono o de su representante, a cuya autoridad estarán sujetos en todo lo concerniente al trabajo;*
- b. Ejecutar este con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, y en la forma, tiempo y lugar convenidos;*
- c. Restituir al patrono los materiales no usados y conservar en buen estado los instrumentos y útiles que se les faciliten para el trabajo; es entendido que no serán responsables por deterioro normal ni del que ocasione por caso fortuito, fuerza mayor, mala calidad o defectuosa construcción;*
- d. Observar buenas costumbres durante sus horas de trabajo;*
- e. Prestar los auxilios necesarios en caso de siniestro o riesgo inminente en que las personas o intereses del patrono, o de algún compañero de trabajo estén en peligro, nada de lo cual le dará derecho a remuneración adicional;*
- f. Someterse a reconocimiento médico, sea al solicitar su ingreso al trabajo o durante este, a solicitud del patrono, para comprobar que no padecen alguna incapacidad permanente o alguna enfermedad profesional, contagiosa o incurable; o a petición de un organismo oficial de Salubridad Pública o de Seguridad Social, con cualquier motivo*
- g. Guardar rigurosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tenga conocimiento por razón del trabajo que ejecutan; así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicios al patrono, y*
- h. Observar rigurosamente las medidas preventivas que acuerden las autoridades competentes y las que indiquen los patronos, para seguridad y protección*

47-48. ²¹⁵ Quesada, "Colisión Jurídica entre el Deber de Lealtad del Trabajador y su Libertad de Expresión",

personal de ellos o de sus compañeros de labores, o de los lugares donde trabajan.

c) Derechos del empleador

(1) Facultad de dirección

En cuanto a la facultad de dirección, esta proviene del elemento de subordinación propio de la relación laboral.

Precisamente, dicha facultad consiste en la potestad que tiene el empleador para formular directrices, las cuales serán dadas mediante instrucciones y órdenes que le permitirían al trabajador comprender la forma en que debe desempeñar las tareas que le asignan. Asimismo, las directrices dictadas por el empleador tienen la finalidad de satisfacer las necesidades de la empresa o institución, de manera tal que permita organizar las tareas de la forma más eficaz posible. Cabe acotar que dicho poder no puede ser ejercido desmedidamente, pues correlativamente, el empleador, tiene un deber de tratar de forma respetuosa a sus trabajadores²¹⁶

(2) Facultad de organización

Esta facultad se deriva del poder de dirección que posee el empleador y que se manifiesta principalmente en la organización económica y en la subordinación del trabajador con el empleador.

Existen dos elementos que caracterizan esta potestad, las cuales son: estructurar y ordenar laboralmente a la empresa, otorgar un poder directivo general exteriorizado con medios propios, siendo el más común el reglamento interno de trabajo. El sistema de organización general de la empresa se desarrolla, normalmente, por medio de sistemas de delegación de poder y reparto de funciones²¹⁷.

²¹⁶ Quesada, "Colisión Jurídica entre el Deber de Lealtad del Trabajador y su Libertad de Expresión", 38-39.

²¹⁷ *Ibíd.*, 40.

(3) Facultad de ejercer el *Ius Variandi*

Nuevamente, la presente facultad, proviene de la subordinación que “cobija” toda relación entre trabajador y patrono.

El ejercicio del *Ius Variandi* implica la facultad que posee el patrono de modificar unilateralmente las formas y modalidades de trabajo, con el objeto de ajustar la relación laboral a las necesidades que vaya prestando la empresa o institución, a raíz de ciertos cambios económicos, sociales o de otra índole, que afecten la prestación del servicio. Su fundamento está en las facultades de dirección y organización supra citadas, por eso su ejercicio debe ser racional y sensato²¹⁸.

(4) Facultad disciplinaria

El poder disciplinario consiste en la potestad de llamar la atención a los trabajadores o de imponer sanciones, estas deben ser proporcionales a las faltas que el trabajador haya cometido. Lo que se pretende con esa facultad es mantener en buen resguardo las relaciones laborales, procurando siempre un ambiente tranquilo y pacífico para su desarrollo²¹⁹.

(5) Poder Reglamentario

Esta potestad conlleva a que el patrono organice el trabajo, determinando las formas y modalidades de este, pautas sobre el comportamiento a observar mientras se ejecutan las tareas y en general sobre derechos, obligaciones y prohibiciones del trabajador. El reglamento interior es de acatamiento obligatorio tanto para los trabajadores que ya brinden sus servicios a la empresa o institución, como para los que se puedan incorporar en un futuro²²⁰.

(6) Derecho a recibir una contraprestación por el pago de la remuneración

El patrono, a cambio del pago del salario, tiene derecho a recibir una prestación de servicios específicos por parte del trabajador.

40. ²¹⁸ Quesada, “Colisión Jurídica entre el Deber de Lealtad del Trabajador y su Libertad de Expresión”,

²¹⁹ *Ibíd.*, 43.

²²⁰ *Ibíd.*, 44.

(7) Derecho al preaviso

El empleador tendrá derecho a recibir un aviso de renuncia por parte del trabajador, según el tiempo laborado por este último (art. 28).

d) Obligaciones del empleador

(1) Cumplir satisfactoriamente con el pago del salario

Se ha considerado que el pago de la remuneración es la principal obligación del empleador. El salario tiene una especial connotación por constituir uno de los elementos más relevantes del contrato de trabajo y de la relación laboral, por ello debe ser cumplida puntualmente y en la forma en que fue pactada, es decir, respetando los montos establecidos, el lugar y modo de pago, el tiempo y las condiciones que para ellos se establezcan en los instrumentos normativos²²¹.

(2) Brindar un trato respetuoso al trabajador

Este deber consiste en tratar al trabajador con consideración, absteniéndose de maltrato de palabra o de obra²²² (art. 69).

(3) Garantizar la protección y seguridad del trabajador

El empleador tiene el deber de dar al trabajador oportunamente los útiles, herramientas y materiales para ejecutar el trabajo. Igualmente, debe proporcionar un lugar seguro y lo más salubre posible, tanto para establecer el centro de trabajo, como para resguardar las pertenencias del trabajador durante la jornada²²³ (art. 69).

(4) Resguardar la salud del trabajador

La presente obligación se enfoca más a que los trabajadores estén protegidos por un seguro de salud, y de ser posible, a que se le efectúen chequeos médicos de forma periódica²²⁴.

34. ²²¹ Quesada, "Colisión Jurídica entre el Deber de Lealtad del Trabajador y su Libertad de Expresión",

²²² *Ibíd.*

²²³ *Ibíd.*, 35.

²²⁴ *Ibíd.*

(5) No ejercer un *Ius Variandi* Abusivo

Se pretende con este deber, que el empleador evite tomar decisiones unilaterales que puedan afectar sensiblemente los intereses del trabajador, por ejemplo, que se hagan modificaciones de jornada, en la asignación de las tareas, o traslados forzosos a zonas lejanas que no se concertaron al momento de suscribir el contrato de trabajo²²⁵.

(6) No abusar del Poder Disciplinario

Este deber consiste en poner un límite a la potestad disciplinaria que tiene el patrono como parte de sus derechos, pues únicamente podrá aplicar aquellas sanciones que fueron previstas con anterioridad a la comisión de la falta²²⁶.

(7) Actuar con total apego a la legislación laboral vigente

El empleador deberá fomentar el cumplimiento de la ley entre sus trabajadores, así como permitir la inspección y vigilancia de las autoridades de trabajo dentro de las instalaciones de su empresa²²⁷ (art. 69).

(8) Realizar las deducciones pertinentes al salario del trabajador

El patrono debe descontar del sueldo de sus trabajadores las cuotas que este se haya comprometido a pagar a cooperativas, mutuales, sindicatos o simplemente las que sean con fines jubilatorios²²⁸ (art. 69).

(9) Deber de ocupación

Doctrinariamente se le considera una obligación de igual rango a la de pagar oportunamente la remuneración acordada. Consiste simplemente en garantizarle al trabajador su trabajo, es decir, que siempre se le asignarán las tareas para las cuales se le contrató, de acuerdo con sus aptitudes o grado profesional. En caso de que al trabajador

35. ²²⁵ Quesada, "Colisión Jurídica entre el Deber de Lealtad del Trabajador y su Libertad de Expresión",

²²⁶ *Ibid.*, 36.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*

se le asignen labores distintas que impliquen mayores esfuerzos, pero que tiene la capacidad de realizar, deberá percibir una retribución adicional por ello²²⁹

(10) Deber de dar un preaviso

El patrono, en aquellos casos que decida despedir al trabajador, tendrá que otorgarle un aviso de despido (preaviso) según el tiempo laborado por este (art. 28).

(11) Deber de brindar un auxilio de cesantía

En aquellos casos donde el empleador decida despedir al trabajador, tendrá que otorgarle un auxilio de cesantía o indemnización según el tiempo laborado (art. 29).

(12) Deber de brindar un certificado laboral

Si el trabajador, al concluir la relación laboral, le solicita al patrono un certificado por las labores realizadas, este tendrá la obligación de otorgarla (art. 35).

(13) Otras obligaciones según el Código de Trabajo de Costa Rica

El artículo 69 del Código de Trabajo establece:

ARTÍCULO 69

Fuera de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus Reglamentos y en sus leyes supletorias o conexas, son obligaciones de los patronos:

- a. *Enviar dentro de los primeros quince días de los meses de enero y julio de cada año al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social directamente o por medio de las autoridades de trabajo o políticas del lugar donde se encuentre su negocio, industria o empresa, un informe que por lo menos deberá contener:*
 1. *Egresos totales que hubiere tenido por concepto de salarios durante el semestre anterior, con la debida separación de las salidas por trabajos ordinarios y extraordinarios, y*
 2. *Nombre y apellido de sus trabajadores, con expresión de la edad aproximada, nacionalidad, sexo, ocupación y número de días que hubiere trabajado cada uno junto con el salario que individualmente les haya correspondido durante ese período, excepto en cuanto a los trabajadores que ocasionalmente se utilicen en las explotaciones agrícolas para la recolección de cosechas, peleas, macheteas y demás trabajos agrícolas que no tengan carácter permanente.*

37. ²²⁹ Quesada, "Colisión Jurídica entre el Deber de Lealtad del Trabajador y su Libertad de Expresión",

- b. *Preferir, en igualdad de circunstancias, a los costarricenses sobre quienes no lo son, y a los que les hayan servido bien con anterioridad respecto de quienes no estén en ese caso;*
- c. *Guardar a los trabajadores la debida consideración, absteniéndose de maltrato o de palabra o de obra;*
- d. *Dar oportunamente a los trabajadores los útiles, instrumentos y materiales necesarios para ejecutar el trabajo convenido, debiendo suministrarlos de buena calidad y reponerles tan luego como dejen de ser eficientes, siempre que el patrono haya consentido en que aquéllos no usen herramientas propia;*
- e. *Proporcionar local seguro para la guarda de los instrumentos y útiles del trabajador, cuando estos necesariamente deban permanecer en el lugar donde se presten los servicios. En tal caso, el registro de herramientas deberá hacerse siempre que el trabajador lo solicite;*
- f. *Permitir la inspección y vigilancia que las autoridades de trabajo practiquen en su empresa para cerciorarse del cumplimiento de las disposiciones del presente Código, de sus reglamentos y de sus leyes conexas, y darles los informes indispensables que con ese objeto soliciten. Los patronos podrán exigir a estas autoridades que les muestren sus respectivas credenciales;*
- g. *Pagar al trabajador el salario correspondiente al tiempo que esta pierda cuando se vea imposibilitado para trabajar por culpa del patrono;*
- h. *En los lugares donde existen enfermedades tropicales o endémicas, proporcionar a los trabajadores no protegidos con el seguro correspondiente de la Caja Costarricense de Seguro Social, los medicamentos que determine la autoridad sanitaria respectiva;*
- i. *Proporcionar a los trabajadores campesinos que tengan tres o más meses de trabajo continuo, la leña indispensable para su consumo doméstico, siempre que la finca de que se trate la produzca en cantidades superior a la que el patrono necesite para la atención normal de su respectiva empresa; y permitir que todos los trabajadores tomen de las presas, estanques, fuentes u ojos de agua, las que necesiten para sus usos domésticos y los de sus animales, si los tuvieren. A efecto de cumplir con la primera obligación quedará a elección del patrono dar la leña cortada o indicar a los trabajadores campesinos dónde pueden cortarla y con qué cuidados deben hacerlo, a fin de evitar daños en las personas, cultivos o árboles;*
- j. *Conceder a los trabajadores el tiempo necesario, sin reducción de salario, para el ejercicio del voto en las elecciones populares y consultas populares bajo la modalidad de referéndum.*
- k. *Deducir del salario del trabajador, las cuotas que este se haya comprometido a pagar a la Cooperativa o al Sindicato, en concepto de aceptación y durante el tiempo que a aquélla o a este pertenezca y con el consentimiento del interesado, siempre que lo solicite la respectiva organización social, legalmente constituida. Deducir, asimismo, las cuotas que el trabajador se haya comprometido a pagar a las instituciones de crédito, legalmente constituidas, que se rijan por los mismos principios de las cooperativas, en concepto de préstamos o contratos de ahorro y crédito para la adquisición de vivienda propia, con la debida autorización del interesado y a solicitud de la institución respectiva.*

F. Terminación del contrato de trabajo

En cuanto a la terminación del contrato de trabajo, se prevén diferentes razones por las cuales este puede darse por concluido, las cuales se expondrán a continuación:

a) Causas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo

El Código de Trabajo prevé causas justas por las cuales el patrono puede dar por concluido el contrato de trabajo (art. 81):

- Cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral, o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono;
- Cuando el trabajador cometa alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún compañero, durante el tiempo que se ejecutan los trabajos, siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina y se interrumpan las labores;
- Cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de este en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo;
- Cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio directo del patrono o cuando cause intencionalmente un daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados en forma inmediata e indudable con el trabajo;
- Cuando el trabajador comprometa con su imprudencia o descuido absolutamente inexcusable, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentren;
- Cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante dos días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes- calendario.
- Cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta y reiterada a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar

accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar, en perjuicio del patrono, las normas que este o sus representantes en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando;

- Cuando el trabajador al celebrar el contrato haya inducido en error al patrono, pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad este luego compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales ha sido contratado;
- Cuando el trabajador sufra prisión por sentencia ejecutoria; y
- Cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato. Es entendido que siempre que el despido se funde en un hecho sancionado también por las leyes penales, quedará a salvo el derecho del patrono para entablar las acciones correspondientes ante las autoridades represivas comunes.

b) Causas que facultan al trabajador a dar por terminado el contrato de trabajo

En cuanto al trabajador, este puede dar por terminado el contrato de trabajo en los siguientes casos (art. 83):

- Cuando el patrono no le pague el salario completo que le corresponda, en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados. Quedan a salvo las deducciones autorizadas por la ley;
- Cuando el patrono incurra durante el trabajo en falta de probidad u honradez, o se conduzca en forma reñida con la moral, o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra el trabajador;
- Cuando un dependiente del patrono o una de las personas que viven en casa de este, cometa, con su autorización expresa o tácita, alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra el trabajador;
- Cuando el patrono directamente o por medio de sus familiares o dependientes, cause maliciosamente un perjuicio material en las herramientas o útiles de trabajo del trabajador;

- Cuando el patrono o su representante en la dirección de las labores acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra el trabajador fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para el cumplimiento del contrato;
- Cuando el patrono, un miembro de su familia, o su representante en la dirección de las labores u otro trabajador esté atacado por alguna enfermedad contagiosa, siempre que el trabajador deba permanecer en contacto inmediato con la persona de que se trate;
- Cuando exista peligro grave para la seguridad o salud del trabajador o de su familia, ya sea por carecer de condiciones higiénicas el lugar de trabajo, por la excesiva insalubridad de la región o porque el patrono no cumpla las medidas de prevención y seguridad que las disposiciones legales establezcan;
- Cuando el patrono comprometa con su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentren;
- Cuando el patrono incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

c) Otras causas que dan por terminado el contrato de trabajo

Asimismo, el Código de Trabajo estipula otras causas que conllevan la terminación del contrato de trabajo. Precisamente, el artículo 85 señala:

ARTÍCULO 85.- Son causas que terminan con el contrato de trabajo sin responsabilidad para el trabajador y sin que extingan los derechos de este o de sus causahabientes para reclamar y el obtener el pago de las prestaciones e indemnizaciones que pudieran corresponderles en virtud de lo ordenado por el Código o por disposiciones especiales:

- a. La muerte del trabajador;*
- b. La necesidad que tuviere este de satisfacer obligaciones legales, como la del servicio militar u otras semejantes que conforme al derecho común equivalen a imposibilidad absoluta de cumplimiento;*
- c. La fuerza mayor o caso fortuito; la insolvencia, concurso, quiebra o liquidación judicial o extrajudicial, la incapacidad o la muerte del patrono. Esta regla solo rige cuando los hechos a que ella se refiere produzcan como consecuencia necesaria, inmediata y directa, el cierre del negocio o la cesación definitiva de*

los trabajos, y cuando se haya satisfecho la preferencia legal que tienen los acreedores alimentarios del occiso, insolvente o fallido, y

d. La propia voluntad del patrono

e. Cuando el trabajador se acoja a los beneficios de jubilación, pensión de vejez, muerte o de retiro, concedidas por la Caja Costarricense de Seguro Social, o por los diversos sistemas de pensiones de los Poderes del Estado, por el Tribunal Supremo de Elecciones, por las instituciones autónomas, semiautónomas y las municipales.

(...)

G. Naturaleza jurídica

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de trabajo, se ha señalado que este tiene una naturaleza propia, debido a que incorpora elementos distintivos o propios, distintos a otros tipos contractuales, siendo el más importante el elemento de la subordinación²³⁰.

Como bien se menciona, la subordinación es el elemento que tipifica el contrato de trabajo²³¹, ya que es la que define el tipo de relación que va a regirse entre las partes dentro de un contrato de este tipo. Como bien se ha desarrollado supra, en el contrato de trabajo el trabajador tiene un deber de obediencia con su patrono, a cambio de la remuneración. Dicho deber de obediencia o posición de subordinación, diferencia el contrato laboral con los otros modelos contractuales comerciales o civiles.

²³⁰ Eduardo de Rivero Santana, "Naturaleza Jurídica del Contrato de Trabajo y la Formulación de la Relación de Trabajo", 73.

²³¹ *Ibíd.*

III. SECCIÓN III – EL CONTRATO DE COMISIÓN

A. Antecedentes históricos y origen

El contrato de comisión es uno de los contratos de existencia más antigua en el ámbito del derecho mercantil.

Su origen se remonta a los siglos XIII y XIV y se vincula con el nomadismo como forma primitiva de comercio, ya que al asentarse los pueblos y generar una estabilidad de localidad, permitió que se desarrollara el comercio y hubiera una necesidad de expansión.²³²

Al principio, el comerciante ofrecía sus productos en todos aquellos pueblos que visitaba, pero, al verse en necesidad de concentrar sus operaciones en su domicilio, debido a la expansión de sus negocios, delegó el trabajo de recorrer mercados y hacer negocios en su representación en sus dependientes.²³³

A raíz de lo anterior, surge la figura del comisionista, quien inicialmente asistía al artesano a comercializar el exceso de su producción, en aquellas aldeas más próximas. En estos lugares, el comisionista comerciaba estos productos y regresaba con las ganancias obtenidas.²³⁴

Seguidamente, posterior a la instauración de la figura del comisionista, surgen las sucursales, producto del crecimiento del negocio en la localidad. Dichas sucursales, fueron atendidas inicialmente por auxiliares del propietario.²³⁵

No obstante, debido al desarrollo mercantil, se hizo imposible designar a un auxiliar para cada sucursal en la que se desenvolvía la actividad, situación que dio paso a la utilización de comerciantes que representaban al dueño del negocio y quienes actuaban a cuenta de este. Lo anterior se conoció como *comisionista nomine proprio*.²³⁶

²³² Fernando Díez Estella, "Tema 7. Los contratos de colaboración", *Temario de Derecho Mercantil Centro Universitario Villanueva*, 2015, http://www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil/tema_07.pdf, 58.

²³³ Leñena e Irákulis, "El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil", 29.

²³⁴ Óscar Vázquez del Mercado, *Contratos mercantiles* (México: Porrúa, 1982), 74, citado por Soyla H. León Tovar, "El contrato de comisión mercantil", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 62 (mayo-agosto 1988): 623, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2487/2743>

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Leñena e Irákulis, "El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil", 30.

En Grecia, intermediarios comerciantes también actuaban en su nombre y por cuenta de un tercero, utilizando una figura similar a la comisión, en virtud de la cual se entregaba una determinada cantidad de fondos a uno o varios comerciantes, quienes buscaban colocarlos y así generar ganancia mediante el pago de intereses. Asimismo, de los beneficios obtenidos, podían percibir una comisión.²³⁷

Dentro de las características iniciales del contrato de comisión, se menciona la confidencialidad del nombre del comitente, ya que el comerciante comisionista, al residir y comercializar en una localidad distinta al comitente, podía ofrecer los productos con los créditos que aplicaban en dicha “plaza de venta”. Asimismo, dicha confidencialidad traía consigo la ventaja de que lograba evadir los tributos que afectaban los comerciantes extranjeros”²³⁸.

Otro de los antecedentes que cabe mencionar es el de la *commenda*, figura relacionada con varios tipos contractuales asociativos, según la cual los viajeros de la época recibían mercancías de ciertas personas con el propósito de venderlas durante el viaje, a cambio de un tipo de comisión.²³⁹ La anterior es considerada antecedente de la comisión en tanto que “un sujeto comerciaba las mercancías de otro en nombre propio y se obligaba a rendir cuentas.”²⁴⁰

En el caso de Roma, desconociendo la representación y la posibilidad de que los efectos de un acto jurídico celebrado por una persona repercutieran en la esfera jurídica de otra, se hizo uso del *procurator*, figura que únicamente podía ejecutar actos jurídicos en su propio nombre.

Posteriormente, con la llegada de Justiniano, los romanos aceptaron excepciones a esta restricción, reconociendo efectos parciales a la representación, mediante el empleo de la *actio excercitoria* y la *actio institoria*.²⁴¹

Más adelante, en la Edad Media, se admite como un todo la representación ya que las necesidades del comercio y las dificultades en la comunicación hicieron de la comisión

²³⁷ León, “El contrato de comisión mercantil”, 624.

²³⁸ Leñena e Irákulis, “El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil”, 30.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Ibid.*

la institución jurídica por medio de la cual se encomendaban encargos entre comerciantes. De esta forma, se otorga más autonomía a los agentes de comercio.

En el siglo XVI surge el mandato mercantil, pero “en la práctica comercial por razones de crédito o comunicación el mandatario actuaba en su propio nombre; es decir, se hace patente la comisión; esta surge cuando el comerciante independiente desplaza al auxiliar del comerciante foráneo en la gestión de sus negocios.”²⁴²

B. El concepto de contrato de comisión

Como en el caso del contrato de agencia, en cuanto al contrato de comisión no existe consenso en lo que se refiere a su definición, así como sus notas características. Por dicha razón, se procurará abarcar las diferentes posiciones que en la doctrina se han plasmado con motivo de ello.

En cuanto a la naturaleza etimológica, el término comisión proviene del latín *comissio*, que a su vez se deriva de *comittere*, y significa encargar o encomendar a otro el desempeño o ejecución de un servicio o cosa.²⁴³

El vocablo comisión se encuentra por primera vez en el Derecho Canónico como la delegación que se daba a jueces nombrados específicamente para juzgar una causa determinada. Posteriormente, el comercio adoptó el nombre comisión, dotándole de un significado que consistía en las facultades transitorias para un negocio en concreto.²⁴⁴

De la comisión mercantil se ha indicado que es un “acto de comercio que surge como una relación para uno o varios actos aislados que propician accidentalmente una dependencia entre comitente y comisionista; es decir, los contratos de esta naturaleza se suscriben para realizar determinadas transacciones u operaciones y su periodo de vigencia concluye cuando estas finalizan.”²⁴⁵

²⁴² León, “El contrato de comisión mercantil”, 624.

²⁴³ Leñena e Irákulis, “El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil”, 28.

²⁴⁴ Priscila Egas de Castro, “Contrato de comisión”, *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* (setiembre de 1991): 49, http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1991/09/4_El_Contrato_De_Comision.pdf

²⁴⁵ José Pérez Chávez y Raymundo Fol Olgúin, “Manual de contratos y formatos laborales”, *Base de datos de Derecho vLex*. (Tax Editores, 2013): 169, https://app-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#WWW/vid/430049430/graphical_version

Asimismo, se ha establecido que el contrato de comisión mercantil es aquel “por virtud del cual una persona denominada ‘comitente’ transmite la disponibilidad, y no la propiedad, de uno o varios bienes muebles a otra persona denominada ‘comisionista’, para que le pague cierto precio en caso de que los venda en un término establecido, o la restituya, si ello no ocurre.”²⁴⁶

Entonces, se trata de un “contrato por el que el comisionista en su condición de empresario mercantil se obliga a prestar su actividad consistente en realizar un acto o negocio jurídico por cuenta del comitente.”²⁴⁷

En este orden de ideas, debe añadirse que cierta parte de la doctrina estima que la comisión mercantil surge cuando los comisionistas no ejecutan personalmente el trabajo, pues contratan a empleados para hacerlo, en operaciones aisladas.²⁴⁸

Cabe agregar que una de las particularidades del comisionista es que realiza su actuación por cuenta ajena, pero en nombre propio, y que su actividad se encamina a lograr la celebración de uno o más contratos. Es por ello que se ha estimado que la relación del comisionista con su comitente es ocasional y no permanente.

C. Características del contrato de comisión

Siguiendo las diferentes posiciones acuñadas en la doctrina, es posible establecer algunas de las características que se han asociado al contrato de comisión, a pesar de las disparidades que puedan surgir debido al tratamiento diverso que se ha dado de dicha figura.

Según Eduardo Vicent Chuliá, el contrato de comisión es un contrato de tracto instantáneo, en el cual el comisionista puede realizar la comisión por cuenta del comitente o en su propio nombre. Tratándose de esto, corresponde realizar entonces una división correspondiente a los modos de actuación del comisionista frente a terceros, que ha sido presentada por la doctrina²⁴⁹, y consiste en:

²⁴⁶ “Contratos de comisión mercantil y servicios profesionales. Análisis de sus elementos para determinar la existencia de una relación laboral, y con ello, la obligación de pagar cuotas al IMSS. Tesis de TFJFA”, *Revista Práctica Fiscal [Online]*, n.º 668 (noviembre de 2012): 21, <http://vlex.com/vid/determinar-existencia-obligacion-pagar-tfjfa-429235782>

²⁴⁷ Egas de Castro, “Contrato de Comisión”, 51.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Egas de Castro, “Contrato de Comisión”, 51.

- Actuación en nombre de su comitente: cuando existe un poder de representación, en virtud del cual las relaciones y los efectos del negocio de ejecución se producen entre el comitente y las personas que han contratado con el comisionista.
- Actuación en nombre propio, ocultando el nombre del comitente: cuando existe una representación indirecta, por cuanto el comisionista quedará obligado con el tercero contratante de forma directa, como si se tratara de un negocio entre ambos, trasladando los efectos o resultados del negocio de ejecución a su comitente.

En Costa Rica, el artículo 273 del Código de Comercio dispone que:

... Actuando en nombre propio; el comisionista asume personalmente la responsabilidad del negocio; el que contrate con él no adquiere derecho alguno ni contrae obligación respecto al dueño del mismo. Puede también el comisionista actuar a nombre de su representado, caso en el cual obliga, y el tercero que con él contrata, adquiere derecho y contrae obligaciones con el mandante y no con el comisionista.

Por lo tanto, se evidencia que el cuerpo normativo supra mencionado acoge la posibilidad de que se presenten los dos tipos de actuaciones defendidas por la doctrina para el comisionista, en tanto que recaerá sobre este la responsabilidad del negocio, según actúe en su nombre o en nombre del comitente.

Sin embargo, debe rescatarse que es en el primero de los supuestos, sea la actuación en nombre propio y por cuenta ajena, que la doctrina considera existe la figura del comisionista. En esta línea se pronuncia Manuel Broseta Pont, para quien, en el contrato de comisión, el comisionista contrata o estipula negocios jurídicos por cuenta del comitente, para lo cual recibe encargos singulares o individuales.²⁵⁰

En el caso de la actuación por cuenta y nombre ajenos, el legislador ha considerado que la labor del comisionista es una de mandato, toda vez que atribuye los efectos jurídicos directamente sobre el mandante.²⁵¹

²⁵⁰ Vicent y Beltrán, "Capítulo III: el contrato de agencia", 3.

²⁵¹ "Informe de investigación CIJUL: contrato de comisión", *CIJUL en línea*, 2007: 3, <https://cijulonlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=MjExNg==>

Debe rescatarse, además, una característica fundamental del contrato de comisión sea su naturaleza intuitu personae, dado que la experiencia, capacidad y profesionalismo del comisionista son elementos esenciales al momento de la contratación. Es por lo anterior que se ha asegurado que “la relación que liga al comitente y comisionista se nutre de confianza y por eso debe considerarse a la comisión como un contrato celebrado intuitu personae.”²⁵²

Unido a lo anterior, el contrato de comisión aparece como un contrato bilateral y consensual, admitiéndose para este la aceptación tanto tácita como expresa; es decir, se perfecciona por el consentimiento de las partes, cualquiera que sea la forma en que este se genere.

Como consecuencia de esto, el comisionista acepta la comisión cuando ejecuta alguna gestión en el desempeño del encargo que le asigna el comitente, mientras no se circunscriba a la custodia y conservación de los efectos que este le haya remitido.²⁵³ Así lo corrobora el CCOM (Código de Comercio costarricense) al plasmar en su artículo 274, en lo que interesa, que: “La comisión puede darse verbalmente o por escrito. Se presumirá aceptada una comisión cuando se confiera a persona que públicamente ostente el carácter de comisionista, por el solo hecho de que no la rehúse dentro de los dos días siguientes a aquel en que reciba la propuesta respectiva.”

Unido a esto, cabe mencionar que la comisión mercantil permite una colaboración aislada y esporádica entre las partes, por lo que los encargos a realizar por el comisionista son específicos.²⁵⁴ En este orden de ideas, debe añadirse que el servicio o encargo consiste precisamente en la intervención en un acto o en la estipulación de un negocio jurídico en el que comisionista declara su propia voluntad.²⁵⁵

En el contrato de comisión, el objeto del contrato es la obligación que tiene el comisionista de prestar algún servicio o a hacer alguna cosa, por cuenta ajena y en nombre propio.²⁵⁶ Entonces, es conveniente agregar que, en lo que concierne a su contenido, en

²⁵² “Informe de investigación CIJUL: contrato de comisión”, 3.

²⁵³ Fernando Castro Montero, “Contratos de comisión y corretaje” (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1964), 4.

²⁵⁴ Elena Leñena Mendizabal, “El contrato de agencia y la comisión mercantil”. *Cuadernos de derecho y comercio*, n.º 56 (2011): 156, <https://app.vlex.com/#vid/379522114>

²⁵⁵ Egas de Castro, “Contrato de comisión”, 50.

²⁵⁶ Vicent y Beltrán, “Capítulo III: el contrato de agencia”, 2.

esencia, en el contrato de comisión el comisionista debe procurar ejecutar la comisión sujetándose a las instrucciones del comitente; rindiendo cuentas de su gestión, la cual se enfoca en buscar a personas aptas para pactar el negocio de realización de la comisión, comprando o vendiendo cosas que el comitente desea vender o comprar.²⁵⁷

Asimismo, en cuanto a la retribución, esta suele consistir en un porcentaje sobre el importe bruto de las operaciones.²⁵⁸ Por lo tanto, se trata de un contrato oneroso en el que el comisionista recibe una comisión por la prestación de sus servicios. A propósito de esto, el CCOM apunta que:

ARTÍCULO 292.- El comitente está obligado a pagar sin demora al comisionista sus honorarios y gastos. Los honorarios serán expresamente los convenidos entre las partes; a falta de convenio, el comisionista tendrá derecho a la comisión usual en la plaza donde se cumpla el encargo ...

Otra de las características que se han rescatado del contrato de comisión, es que en ellos no se pacta, por lo general, cláusula de exclusividad y es revocable de manera libre por el comitente.²⁵⁹

En cuanto al área de actuación del comisionista, la doctrina ha indicado que el comisionista, salvo pacto en contrario, podrá actuar en cualquier zona que considere adecuada para realizar su negocio.²⁶⁰

D. Elementos del contrato de comisión²⁶¹

a) Elementos personales

(1) Comitente

Es la persona que encarga la gestión de un negocio, para lo cual puede actuar personalmente, contando con la capacidad civil para contratar, o a través de un representante legal, quien también debe ser capaz de ejercer el comercio.

²⁵⁷ Egas de Castro, "Contrato de comisión", 52.

²⁵⁸ Vicent y Beltrán, "Capítulo III: el contrato de agencia", 2.

²⁵⁹ Francisco Vicent Chuliá, *Compendio crítico de Derecho mercantil* (Barcelona: Editorial Bosch, 1990), citado por Vicent y Beltrán, "Capítulo III: el contrato de agencia", 2.

²⁶⁰ Alfaro, "El contrato de agencia comercial", 59.

²⁶¹ Egas de Castro, "Contrato de comisión", 51-52.

El comitente es quien confiere el encargo a un auxiliar del comercio, el cual, generalmente, es un comerciante.

(2) Comisionista

Aquel que ejerce actos de comercio, a nombre propio o de otros, pero siempre por cuenta de un comitente. En cuanto a esto, el Código de Comercio costarricense impone, en su artículo 273 que: “Es comisionista el que se dedica profesionalmente a desempeñar en nombre propio, pero por cuenta ajena, encargos para la realización de actos de comercio.” Entonces, el comisionista “es la persona designada por el comitente para la celebración de determinados actos comerciales.”²⁶²

b) Elementos objetivos

(1) Actos de comercio²⁶³

El contenido de la comisión son los actos de comercio, razón por la cual el artículo 273 CCOM, harto mencionado, hace alusión a que los comisionistas se dedican a “desempeñar en nombre propio, pero por cuenta ajena, encargos para la realización de *actos de comercio*”. (cursivas añadidas)

Acerca de esto, se ha indicado que la comisión es admisible o válida para “una o varias clases de actos, a condición de que no abarque todos.”²⁶⁴ Sin embargo, también se ha afirmado que esa prestación de hacer que corresponde al comisionista puede ser más o menos extensa, según se trate de una obligación de medios o de resultados, pues “en el primero de los casos, se está ante una actividad limitada a lograr la pura conclusión del contrato; en el segundo de los casos, se trata de la realización de una prestación que incluye no solo la búsqueda y procuración de los posibles clientes, sino además, los tratos preliminares y la rúbrica del contrato de ejecución, incluida la responsabilidad por la realización íntegra del contrato objeto.”²⁶⁵

²⁶² Christian Northcote Sandoval, “Principales aspectos del contrato de comisión mercantil”, *Revista Actualidad Empresarial*, n.º 162 (julio 2008): VII-2, http://aempresarial.com/servicios/revista/162_6_LHQPSIMMMGUEKXBQNKQFNISHWHHTTYWFFNVYWILIOFNYCOPQZF.pdf.

²⁶³ León, “El contrato de comisión mercantil”, 630.

²⁶⁴ *Ibid.*, 631.

²⁶⁵ “Contrato de comisión”, *ECURED*, 2018, https://www.ecured.cu/Contrato_de_comisi%C3%B3n

(2) Remuneración²⁶⁶

El comisionista percibe una comisión ordinaria a cambio de los servicios que presta, como concepto de honorarios (art. 289 y 292 CCOM).

Con respecto a esta retribución, se ha determinado que “puede pactarse en dinero, en especie o en ambos; el monto o las bases para determinarla se ajustarán a los usos de la plaza del comisionista; por ejemplo: una cantidad fija, un porcentaje sobre la mercancía vendida o comprada, parte del beneficio, etc.”²⁶⁷

E. Derechos y obligaciones de las partes

Al tratarse de un contrato bilateral, genera obligaciones para las dos partes contratantes, sean el comitente y el comisionista.

a) Derechos del comisionista

(1) Retribución

Como se venía mencionando, es el derecho que tiene todo comisionista a recibir remuneración por el trabajo realizado según la forma y la cuantía pactada o, en ausencia de pacto, de acuerdo con el uso y la práctica mercantil de la plaza donde se cumpla la comisión.

(2) Derecho de retención

El comisionista tiene derecho a ser remunerado por los servicios que brinda al comitente, por lo que recibirá, según lo acordado con este último, un pago.

Sin embargo, en caso de ignorar este proceder y mientras no se le realice el pago de su comisión, el comisionista conservará el derecho de retener aquello que sea necesario para cubrir el crédito que tiene a su favor, contando además con preferencia sobre otros acreedores. De esta forma se plasma en el CCOM, en cuyo artículo 292 se agrega además que dicho pago debe realizarse sin demoras.²⁶⁸

²⁶⁶ “Contrato de comisión”, *ECURED*, 2018, https://www.ecured.cu/Contrato_de_comisi%C3%B3n

²⁶⁷ Javier Morales, “Contratos Mercantiles”, 2016, <http://javier-morales-uame-derecho.blogspot.com/2016/01/contrato-de-comision-mercantil.html>

²⁶⁸ “Informe de investigación CIJUL: contrato de comisión”, 5.

Bajo este supuesto, el comisionista se convierte en acreedor del comitente, no solo en el caso de que no sea remunerado por su labor, sino también por falta de pago de los gastos de los que debe ser reembolsado o por anticipos concedidos.²⁶⁹

Cuenta, además, entonces, con el derecho de “percibir el importe de su crédito de modo preferente a los restantes acreedores del comitente con cargo al importe de tales efectos, una vez sea instada su ejecución.”²⁷⁰

b) Obligaciones del comisionista

(1) Cumplir con el encargo recibido²⁷¹

Constituye la principal obligación del comisionista y consiste en el cumplimiento del encargo que le es asignado por el comitente, sea realizar un acto o negocio jurídico con el tercero. El encargo puede ser un resultado o una simple actividad, e incluye también la obligación de pasar al principal el resultado económico positivo o negativo de la actuación realizada.²⁷² En el desempeño de dicha labor, el comisionista debe velar por el interés del comitente, siendo que los efectos y consecuencias de su actuación recaerán sobre el patrimonio de aquel. Para ello, deberá actuar con diligencia y cuidado.

Esta obligación se desdobra en otras obligaciones específicas que incluyen el deber del comisionista de sujetarse a las instrucciones que dicta el comitente. Sin embargo, en caso de que el comisionista considere que no debería proceder como lo indicado, pues podría ocasionar un daño a su principal, dadas las circunstancias, puede suspender la ejecución de la comisión y solicitar nuevas instrucciones. En esta línea se pronuncia el CCOM, el cual en su artículo 279 ordena que:

ARTÍCULO 279.- El comisionista se sujetará a las instrucciones recibidas del comitente, en el desempeño de su encargo. Sin embargo, cuando por circunstancias no previstas por el comitente, considerare el comisionista que no debe ejecutar literalmente las instrucciones recibidas, y que de hacerlo causarían daño a su

²⁶⁹ Egas de Castro, “Contrato de comisión”, 57.

²⁷⁰ “Informe de investigación CIJUL: contrato de comisión”, 58. En este sentido se pronuncia el CCOM en el artículo mencionado, determinando, en lo tocante, que “Mientras no se le cubra o garantice a satisfacción el monto de sus honorarios y gastos justificados, el comisionista tendrá derecho a retener lo necesario para cubrir el crédito a su favor, *con preferencia sobre cualquier otro acreedor.*” (cursivas añadidas)

²⁷¹ *Ibíd.*, 4-5.

²⁷² Díez, “Tema 7. Los contratos de colaboración”, 60.

principal, podrá suspender el cumplimiento de ellas y requerir nuevas instrucciones

...

Tratándose de cuestiones no previstas, el comisionista debe consultar al comitente y, de no ser posible, debe actuar según lo dicte la prudencia. En otras palabras, el proceder del comisionista ha de estar encaminado según el cuidado que utilizaría si se tratara de su negocio. De esta forma se manifiesta el CCOM, en cuyo artículo 280 se declara: En lo no previsto por el comitente, el comisionista debe consultarle, siempre que la naturaleza del negocio lo permita. Si no fuere posible la consulta o estuviere el comisionista autorizado para actuar a su arbitrio, hará lo que la prudencia dicte, procediendo con el mismo cuidado, que emplearía en un negocio propio.

Por otro lado, si surgieran circunstancias no previstas que tengan influencia en el negocio o pudieran perjudicarlo, el comisionista ha de comunicarlo y esperar instrucciones. De no dársele instrucciones, el comisionista actuará con la misma prudencia y cautela, como si se trata de su negocio.²⁷³

(2) Rendición de cuentas²⁷⁴

Se trata de una obligación común a todo mandatario y consiste en que el comisionista debe rendir cuenta detallada y documentada de su actuación, cuando haya concluido el encargo que le fue asignado. Con respecto a esto, el CCOM dispone que: “El comisionista está obligado, al terminar su trabajo, a rendir cuenta detallada y documentada de su actuación y podrá hacer en el mismo acto la liquidación de su comisión y gastos.”²⁷⁵

Para más precisión, se debe añadir que esta obligación también se refiere a que el comisionista debe “justificar, de acuerdo con lo que se deriva de sus libros, las cantidades que percibió para la comisión, reintegrando al comitente, en el plazo y forma que este le prescriba, del sobrante que resulte a su favor.”²⁷⁶

²⁷³ El artículo 282 del Código de Comercio costarricense así lo establece, indicando: ARTÍCULO 282.- Si en el curso de la comisión ocurrieran circunstancias que considere el comisionista que influyen de tal modo en la suerte del negocio, que de actuar puede venirle perjuicio al principal, lo comunicará a éste sin demora y esperará sus instrucciones. En ausencia de tales instrucciones y en la imposibilidad de comunicarse con el comitente, el comisionista actuará conforme a las circunstancias, con la misma prudencia y cautela como si se tratara de su negocio propio.

²⁷⁴ “Informe de investigación CIJUL: contrato de comisión”, 5.

²⁷⁵ Costa Rica. Código de Comercio, Artículo 294.

²⁷⁶ Adolfo Ruíz de Velasco y del Valle, *Manual de Derecho Mercantil* (Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2007), 837, <https://books.google.co.cr/books?id=FUrtlh4Vo->

c) Obligaciones del comitente

(1) Pago de la comisión pactada

Es la contraprestación a la obligación del comisionista y consiste en que el comitente debe remunerar los servicios que le son brindados por el comisionista, pago que tiene el nombre de comisión.²⁷⁷ El pago puede ser una cifra fija, aunque por lo general, se calcula como un porcentaje del valor del encargo.²⁷⁸

Dicha obligación se consigna en el artículo 292 CCOM mencionado supra, el cual al respecto manifiesta: “El comitente está obligado a pagar sin demora al comisionista sus honorarios y gastos. Los honorarios serán expresamente los convenidos entre las partes; a falta de convenio, el comisionista tendrá derecho a la comisión usual en la plaza donde se cumpla el encargo.”

Relacionado con esto, los autores expresan que “normalmente, la comisión se abona cuando se ha cumplido el fin perseguido o, lo que es lo mismo, cuando el comisionista estipula el negocio que se le ha encargado. No es necesario esperar ni la consumación del contrato, ni a su éxito.”²⁷⁹

(2) Proveer los fondos necesarios para cumplir el encargo

En los casos en las que se trate de una comisión para cuyo cumplimiento se exige provisión de fondos, el comisionista no está obligado a ejecutarla en tanto el comitente no entregue la cantidad suficiente para ello. Asimismo, podrá suspenderse dicha comisión cuando las sumas dispensadas al efecto se hayan agotado.

El CCOM se refiere a dicha situación y lo que procede cuando no hay disponibilidad de fondos en el desenvolvimiento de una comisión que así lo requiere, en cuyo caso determina que:

ARTÍCULO 278.- Si para cumplir la comisión se requieren fondos, no estará obligado el comisionista a suplirlos, a menos que en el contrato respectivo, o según la costumbre del lugar, deba hacerlo. Si no se ha comprometido a anticipar fondos, no

EC&printsec=copyright&hl=es&source=gbs_pub_info_r#v=onepage&q=concepto%20comisi%C3%B3n&f=false

²⁷⁷ *Ibíd.*

²⁷⁸ Díez, “Tema 7. Los contratos de colaboración”, 62.

²⁷⁹ Ruíz de Velasco y del Valle, *Manual de Derecho Mercantil*, 839.

Llevará a cabo la comisión en tanto el comitente no supla la suma necesaria. Lo mismo ocurrirá cuando se hayan agotado los fondos suplidos por el comitente. Si se ha obligado a anticipar fondos, así debe hacerlo, excepto en el caso de quiebra o notoria suspensión de pagos del comitente.

En virtud de lo anterior, únicamente cuando hubiera un pacto expreso en el que se haya previsto que el comitente se compromete a anticipar los fondos para el negocio, estará obligado aquel a suplirlos.

F. Terminación del contrato

Como contrato bilateral, la comisión puede terminarse por causas naturales tales como el incumplimiento del encargo; o por causas extraordinarias como la muerte del comisionista.

El artículo 295 del cuerpo normativo bajo comentario, comprende, como causa de extinción, la muerte o inhabilitación del comisionista, resultado de la cual quedará resuelto el contrato. Según algunos autores, esta causal tiene origen en el hecho de que, al tratarse de un contrato *intuitu personae*, es también un contrato de confianza y, por consiguiente, la desaparición del comisionista conllevará su extinción.

Por el contrario, desecha la posibilidad de que el contrato se termine por la muerte del comitente, en tanto que los representantes de la sucesión, o los herederos, pueden revocar el contrato dando al comisionista la liquidación que corresponda como pago de sus honorarios y gastos, por concepto del trabajo que hubiere llevado a cabo.

Esta última imposibilidad responde a que “el negocio mercantil del que la comisión es un acto auxiliar subsiste, aunque fallezca el titular o caiga en quiebra”, puesto que los representantes o herederos se subrogarán en el lugar del comitente.²⁸⁰

En resumen, puede afirmarse que el término del contrato de comisión puede darse:²⁸¹

- Por realización del encargo y liquidación del contrato;
- Por muerte o inhabilitación del comisionista; y

²⁸⁰ Egas de Castro, “Contrato de comisión”, 62.

²⁸¹ Fernando Mora Rojas, “Los agentes auxiliares en la ley costarricense”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 10 (1967), 173.

- Por revocación que los herederos hagan a la muerte del comitente previo pago de honorarios y gastos del comisionista (artículo 295 del código de Comercio)

G. Naturaleza jurídica

Se ha señalado que el contrato de comisión es un mandato sin representación, en tanto que, como se indicó anteriormente, en la comisión lo que existe es una actuación en nombre propio, pero por cuenta ajena.

Lo anterior, es resultado de la evolución del concepto de mandato, que ha devenido en la consecuente ruptura del ligamen entre mandato y representación, gracias a la cual se ha reconocido la posibilidad de que en el primero el mandatario adquiera “la facultad de actuar por cuenta del mandante si bien no necesariamente en su nombre, mientras que en la representación, el representante no resulta en principio obligado a nada, más adquiere, sin embargo, la facultad de obrar por cuenta y en nombre de otro.”²⁸²

La doctrina italiana ha respaldado esta concepción del contrato de comisión, referenciando al Código de Comercio italiano, mismo que expresa que el objeto de dicho contrato no es otro que el trato de negocios comerciales por cuenta del comitente, a nombre del comisionista.²⁸³

En virtud de lo anterior, no debe confundirse la noción de representación con la de mandato, toda vez que este último puede darse con representación o en ausencia de ella, es decir, se trata de institutos independientes.

Asimismo, cabe resaltar el concepto de la representación indirecta, según la cual se actúa por cuenta de otro, pero en nombre propio, apareciendo como ejecutor del negocio y el que expresa la voluntad.²⁸⁴

²⁸² Rosa Méndez y Esther Villalta, *Acciones sobre el contrato de mandato* (Barcelona: Editorial Bosch, 2001), 7, citado por Yaruma Vázquez Carrillo, “Reflexiones en torno al mandato mercantil en el derecho costarricense”, *Revista Judicial*, n.º 95 (2010): https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs_juds/rev_jud_95/principal.html

²⁸³ Umberto Navarrini, *Tratato elementare di diritto commerciale*, (Turín: 1935), 229, citado por Soyla H. León Tovar, “El contrato de comisión mercantil”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 62 (mayo-agosto 1988): 627, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2487/2743>

²⁸⁴ Sánchez, “El agente vendedor y el comisionista”, 189.

Sin embargo, en cuanto a esto se ha rescatado lo siguiente:

Podríamos ubicar al comisionista, jurídicamente considerado, sea cuando actúa por cuenta ajena pero en nombre propio, en la representación como un representante indirecto, o mandatario sin representación; o como algunas legislaciones, española, mexicana, incluso la nuestra (Costa Rica) contemplan la situación de que el comisionista pueda actuar por cuenta y en nombre de otro, es necesario ubicar esta figura dentro de la representación, como un representante directo, o lo que es lo mismo como un mandato con representación, caso en el cual se desnaturaliza por completo la actividad propia de los comisionistas.²⁸⁵

En este punto, cabe agregar entonces que en la doctrina se ha establecido la existencia de dos tipos de comisionista, sea el comisionista *strictu sensu*, cuando actúa en nombre propio y por cuenta ajena, y el comisionista *sui generis*, cuando actúa en nombre y por cuenta de su comitente.²⁸⁶

De esta forma, la diferencia entre uno y otro tipo recae en el nivel de responsabilidad con el que ejecutan su función, puesto que:

... si se actúa con base en un contrato de mandato representativo, no cabe duda de que el mandante es quien carga con la responsabilidad por la gestión de su representante, pudiendo los terceros contratantes ir en contra del representado y no contra quien lo representa. Si, por el contrario, el mandatario actúa a nombre propio, pero por cuenta ajena, su actuación es no representativa, por lo que los efectos jurídicos de su actuación le son propios, no obligando a su mandante, sino que los terceros tendrán acción directa en su contra.²⁸⁷

Acerca de esto, autores costarricenses resaltan que, en buena teoría, la comisión constituye un mandato no representativo, no obstante, en el Código de Comercio, el primer artículo que hace referencia a este tipo de contrato distorsiona la figura al añadir que el comisionista cuenta con la posibilidad de actuar también en nombre de su representado, supuesto en el que lo obligaría.²⁸⁸

A razón de lo anterior, se ha discutido que el legislador incurrió en dicho error al referirse al comitente como representado, lo cual puede deberse a haber considerado que el mandato es siempre representativo. Se rescata, entonces, la necesidad de trasladar el

²⁸⁵ *Ibíd.*, 207.

²⁸⁶ *Ibíd.*, 206.

²⁸⁷ Guiselle Murillo, "La delegación facultativa de las sociedades anónimas". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2009, 141.

²⁸⁸ Méndez y Villalta, *Acciones sobre el contrato de mandato*, 7, citado por Vázquez, "Reflexiones en torno al mandato mercantil en el derecho costarricense", 3.

eje central del mandato, abandonando la noción de “en nombre ajeno” y haciendo énfasis en la característica de que se trata de una modalidad de “por cuenta ajena”.²⁸⁹

Otros autores, por su parte, admiten que pueda existir comisión con representación o sin ella al sostener que “se trata de un contrato por el cual uno de los contratantes da el poder de realizar por él una o varias operaciones de comercio individualmente determinadas al otro contratante, sea bajo nombre social o el suyo propio.”²⁹⁰

En este orden de ideas, se hace importante resaltar la distinción que del comisionista y el mandatario se ha venido haciendo en cierta parte de la doctrina; en virtud de la cual se considera que es la naturaleza de la operación de la que está encargada una y otra figura, y no por el modo de concluirla, el parámetro para determinar si se trata de una comisión o de un mandato. Es decir, “hay comisión cuando el acto por ejecutar es comercial, independientemente de que el comisionista obre en su nombre propio o en el del comitente; en cambio, hay mandato cuando la operación a realizar es civil, con independencia de que el mandatario obre en nombre del mandato o en el suyo propio.”²⁹¹

²⁸⁹ Vázquez, “Reflexiones en torno al mandato mercantil en el derecho costarricense”, 3.

²⁹⁰ Delamarre y Lepoitvin, *Traité du commission* (París: 1840), 52, citados por León, “El contrato de comisión mercantil”, 627.

²⁹¹ León, “El contrato de comisión mercantil”, 627.

CAPÍTULO III – ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO ATINENTE A LOS TIPOS CONTRACTUALES

Se acudirá a las divisiones para realizar el análisis de derecho comparado correspondiente a este capítulo, en cuanto a características y elementos que de cada contrato han señalado diferentes autores, a partir de la legislación. Es decir, se buscará incluir lo dispuesto por la normativa y encuadrarlo en las divisiones que ya se han venido utilizando para el análisis de las figuras contractuales.

Unido a ello, se pretenderá dar más claridad a lo plasmado en la legislación con la ayuda de alguna doctrina referida a los preceptos que recogen la normativa más relevante, todo con el objetivo de favorecer una comprensión más precisa de lo determinado en cada cuerpo normativo y, a su vez, un estudio más completo.

Lo anterior, tanto por razones prácticas, como por la finalidad de que la asimilación de dichos apartados (antecedentes, concepto, características, elementos, obligaciones de las partes, terminación del contrato y naturaleza jurídica) facilite el posterior análisis integral que se ha de realizar, tomando en cuenta todo lo establecido en los capítulos referidos a la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia.

Esto responde a que, por lo general, “la clasificación de los contratos según sus características es propia de los ordenamientos jurídicos de la corriente romano-germánica”²⁹², cuestión que simplifica el análisis de tipo comparativo entre uno y otro contrato.

²⁹² Luis Guillermo Morales Arias, “El contrato de agencia mercantil”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 4 (diciembre 1988): 41, https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri410.pdf

I. SECCIÓN I – CASO ESPAÑA

A. Contrato de agencia

a) Antecedentes de la legislación del contrato de agencia

En España, previo a la promulgación de la actual Ley sobre Contrato de Agencia, la doctrina se preocupó por configurar un concepto de dicha figura, puesto que se había convertido en una práctica que contaba con tipicidad social pero no una regulación legal, aunque algunos tipos de agentes se encontraban parcialmente regulados.

El agente comercial, por ejemplo, fue una de las definiciones contenidas en el Estatuto General de Colegios de Agentes Comerciales, aprobado por el Real Decreto 3595/1977, de 30 de diciembre, en cuyo artículo 2 se desplegaba lo siguiente²⁹³:

*“Se entenderá por Agente Comercial... toda persona que se encargue permanentemente de promover, negociar o concretar las operaciones mercantiles en nombre y por cuenta de una o varias Empresas, mediante retribución y en zona determinada, cualesquiera que sean las características contractuales con que realice su cometido.”*²⁹⁴

En cualquier caso, la carencia de un régimen jurídico y sus similitudes con otros tipos de contratos, provocaban confusiones en la realidad práctica. A pesar de esto, la doctrina mercantil sí se preocupó por delinear los elementos definitorios de dicho contrato²⁹⁵.

Su principal antecedente legal, fue la Ley del 27 de mayo de 1992. Los autores señalan que su aparición era inminente, especialmente a raíz de la publicación de la directiva del 18 de diciembre de 1983 (86/653) del Consejo de las Comunidades Europeas.²⁹⁶

Entonces, el contrato de agencia carecía de tipificación legal en España previo a dicha ley, siendo que en el Código de Comercio español de 1885 únicamente se

²⁹³ Quintáns, “Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración”, 2.

²⁹⁴ *Ibíd.*

²⁹⁵ *Ibíd.*, 3.

²⁹⁶ Vicent y Beltrán, “Capítulo III: el contrato de agencia”, 3

preocupaba por regular el contrato de comisión, a pesar de que la realidad económica ya presionaba por la necesidad de dar lugar a nuevas formas de contratación.²⁹⁷

Dicha ley viene a llenar el vacío legal que, hasta ese momento, estaba cubriendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en cuanto al contrato de agencia, mediante la aplicación analógica del articulado atinente del Código de Comercio (artículos 244 a 280 referidos al contrato de comisión).²⁹⁸

Pese a ello, los mercantilistas criticaron esta normativa en la medida que contrariaba lo promulgado en el Real Decreto 1.438/85 de 1 de agosto, mismo que incluía a los agentes comerciales dentro del ámbito laboral. Pero, según el análisis jerárquico, una Ley era superior a un Real Decreto y tiene carácter imperativo en el ordenamiento jurídico español.²⁹⁹

b) Concepto legal

La Ley sobre Contrato de Agencia, n.º 12 del 27 de mayo de 1992 (en adelante LCA), en su artículo primero dispone que:

Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

Esta Ley, como se comentaba en el apartado anterior, responde a lo dictado por el Consejo de las Comunidades Europeas n.º 86/563, el mismo que se dirigía a armonizar los derechos de los Estados miembros de la Unión Europea en cuanto al agente comercial, de suerte que lo define como: “toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente, ya sea de negociar por cuenta de otra persona denominada en lo sucesivo ‘el empresario’, la venta o la compra de mercaderías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario.”

Siguiendo el análisis anterior, debe rescatarse que a pesar de contarse con una noción legal de lo que es el contrato de agencia en la LCA, no es de esta forma para el caso

²⁹⁷ Vicent y Beltrán, “Capítulo III: el contrato de agencia”, 3

²⁹⁸ *Ibíd.*

²⁹⁹ *Ibíd.*, 4.

de la figura del agente comercial. Esto se debe, de acuerdo con la Exposición de Motivos, a que la Ley no se apega al criterio centrado en el agente como sujeto que se plasmaba en la Directiva en mención, sino a un planteamiento que se armonizara con el sistema jurídico español.

Como consecuencia de esto, el legislador español decidió transformar la normativa a términos formalmente objetivos, por lo que estaría dirigida a regular la agencia como contrato, y no al agente.

Según María Rocío Quintáns Eiras³⁰⁰, esto tuvo fundamento en el hecho de que el contrato de agencia, hasta entonces, era un contrato atípico, y, mientras se contaba con algunas regulaciones parciales de ciertos tipos de agentes, lo que se pretendía era crear un régimen jurídico que pudiera ser de aplicación supletoria a estos últimos y sirviera como normativa a las modalidades que carecían por completo de legislación.

De esta definición legal se desprenden una serie de elementos esenciales del contrato de agencia.

c) Características del contrato de agencia³⁰¹

Atendiendo a la Ley sobre Contrato de Agencia, se podrían señalar como características del contrato de agencia, principalmente, las siguientes:

(1) Independencia

El agente es un intermediario independiente, se trate de una persona natural o jurídica, respecto de la persona por cuenta de la cual actúa. Ello se infiere de lo descrito en el artículo primero, harto mencionado, de la LCA. Esta independencia existe “cuando el agente pueda organizar su actividad profesional y el tiempo dedicado a la misma [se defina]

³⁰⁰ Quintáns, “Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración”, 4.

³⁰¹ Se utilizará, para dividir y determinar las características, la mencionada Ley sobre Contrato de Agencia española, el documento “Elementos definidores del contrato de agencia”, *Revista de Derecho vLex*, base de datos de Derecho vLex, (s.f.), <http://vlex.com/vid/elementos-definidores-contrato-agencia-101068> del autor Marcos Fernández Enríquez y las características acotadas por Álvaro Torrego Porro en “La indemnización por clientela en el contrato de agencia y en el contrato de concesión”, Tesis para optar por el Grado en Derecho. Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación, Universidad de Valladolid, 2015, <http://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/13850/1/TFG-N.284.pdf>

conforme a sus propios criterios (artículo 2 LCA) o dicho de otra forma cuando pueda organizar como estime oportuno sus medios personales y materiales.”³⁰²

Asimismo, es una característica que asiste para diferenciarlo de contratos como el de los viajantes o representantes de comercio, que se vinculan al empresario mediante una relación laboral, y que también existen en el ordenamiento jurídico español.

Lo mencionado previamente no impide que el agente pueda actuar en nombre de varios empresarios a la vez (artículo 7 LCA).

Por último, se hace importante recalcar que es en ocasión de esta independencia que figuras como la de los representantes y viajantes de comercio dependientes o cualesquiera otras figuras vinculadas por relaciones laborales comunes o especiales, no son consideradas agentes.

En ocasión de esta característica, la Exposición de Motivos de la LCA apunta que:

“a la colaboración aislada y esporádica para contratar, característica del comisionista, se opone la colaboración estable o duradera propia del agente, merced a la cual promueve o promueve y concluye este en nombre y por cuenta del principal, contratos de la más variada naturaleza”

(2) Actuación por cuenta ajena

El contrato de agencia es uno de colaboración en la gestión de intereses ajenos, pues el agente no actúa para sí, sino que promueve y, dado el caso, concluye actos (haciéndolo en nombre del principal) u operaciones de empresarios (art. 1 LCA).

(3) Promoción y conclusión de actos de comercio

En cuanto a esto, se ha señalado que el agente puede actuar como un mero negociador o asumir, además, la función que lo habilita para concluir las operaciones comerciales que promueve (arts. 6 y 9 LCA).

³⁰² Torrego, “La indemnización por clientela en el contrato de agencia”, 13.

(4) Contrato de duración

Esta característica también se colige del texto del artículo 1 de la LCA y es una condición que permite diferenciar al contrato de agencia de otros contratos afines, que poseen carácter esporádico, como lo es el contrato de comisión.

Se trata entonces de una relación continuada, estable y con carácter de permanencia, que se prolonga en el tiempo y que puede ser incluso indefinida, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 LCA.

(5) Contrato bilateral o sinalagmático

Así se desprende de las obligaciones recíprocas que se han estipulado para cada una de las partes (arts. 9 y 10 LCA).

(6) Consensual y oneroso

Atendiendo a lo indicado en el artículo 11, “la remuneración del agente consistirá en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de los dos sistemas anteriores.” Además, cuando no exista una estipulación expresa en el contrato que se refiera a la remuneración que debe percibir el agente, ello no implica que el contrato sea gratuito, sino que la remuneración se establecerá conforme a los usos.

Aunado a lo anterior, basta el simple consentimiento de ambas partes, incluso verbal, para que se constituya. Pero, no obsta lo indicado que se exija constancia escrita para algunas situaciones, como el pacto de garantía o incluso que las partes tengan el derecho de exigir de la otra, la formalización por escrito de los pactos contractuales y de sus modificaciones.

(7) Salvo pacto en contrario, el agente no asume el riesgo y ventura de las operaciones

Se trata de una característica útil para diferenciar a esta relación comercial de otras como el contrato de concesión. Pero, lo anterior no impide que se pueda pactar que el agente garantice el cumplimiento de los terceros.

d) Elementos del contrato de agencia

(1) Elementos subjetivos

i. El principal

El principal, a pesar de que el artículo primero incorporado supra no lo menciona expresamente, es quien se sirve de la actividad de promoción del agente. En cuando a su condición, debe señalarse que, al realizar una inferencia del articulado, se trata de un empresario.

Así se postula en el artículo 6, por ejemplo, el cual recoge lo siguiente:

ARTÍCULO 6

*Conclusión de actos y operaciones de comercio en nombre del **empresario**.*

*El agente está facultado para promover los actos u operaciones objeto del contrato de agencia, pero solo podrá concluirlos en nombre del **empresario** cuando tenga atribuida esta facultad. (énfasis añadido)*

De igual manera se dispone en el artículo 9.1 y 9.1(c):

ARTÍCULO 9

Obligaciones del agente.

1. *En el ejercicio de su actividad profesional, el agente deberá actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del **empresario** o empresarios por cuya cuenta actúe.*

...

c) *Desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del **empresario**, siempre que no afecten a su independencia. (énfasis añadido)*

Esta misma denominación se reproduce a lo largo de toda la Ley, por lo que, en principio, basándose en sus numerosas menciones, debería asumirse que se trata de un principal que ha de cumplir con las cualidades de un empresario.

Sin embargo, y siguiendo el análisis que de este tema hace la autora María Rocío Quintáns³⁰³, cabría la interpretación del término “empresario” plasmado en la Ley, en el sentido de que no debe serlo necesariamente, sino que, en lo que se debe hacer énfasis es en la conducta impuesta por la norma para los sujetos contratantes.

³⁰³ Este análisis se despliega en las páginas 6 a 7 de su publicación “Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración”, citada con anterioridad.

Asimismo, según la autora, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 3 de la normativa, cuyo inciso primero señala:

1. En defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades de contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa.

Debe entenderse que lo que se pretende es que la imperatividad a la que se alude, y que implicaría que el principal necesariamente debe ser empresario, ha de ser aplicada en los casos en los que se trata de un contrato de agencia en toda su extensión, puesto que, en cuanto a las modalidades, carecería de sentido.

Es así, pues, como lo estipula el artículo, a las modalidades que no cuentan con legislación, dentro de las cuales podría incluirse aquella en la que el principal no es un empresario, la Ley les es aplicada analógicamente y con carácter dispositivo. Lo anterior reforzado por el hecho de que, aplicar la imperatividad de la que se habla incluso sería desproporcional en estos casos, ya que el espíritu de la norma es proteger a la parte débil del contrato, el agente, frente al empresario que es económicamente más fuerte.

ii. El agente³⁰⁴

Se trata de la persona natural o jurídica que se encarga de desplegar una actividad de promoción, en beneficio de un empresario, para lo cual puede tener personal a su servicio, previa autorización (según lo expresa el artículo 5, inciso 1º: “El agente deberá realizar, por sí mismo o por medio de sus dependientes, la promoción y, en su caso, la conclusión de los actos u operaciones de comercio que se le hubieren encomendado.”)

El primer artículo de la Ley es también omiso acerca de la obligación de que el agente sea empresario. Resulta incluso más confuso, si se toma en cuenta que el articulado de la Ley conserva el calificativo de empresario para hacer alusión al principal. Pese a esto, esta condición sí es deducible, si se toma en cuenta el sentido de la totalidad del artículo, así como la regulación del contrato.

³⁰⁴ Para delimitar al agente, se utilizará la normativa de la Ley sobre Contrato de Agencia española y las distinciones realizadas por la María Rocío Quintáns en las páginas 8 a 10 de la misma obra.

En esta línea, se ha hecho un análisis a partir del artículo primero, el cual hace énfasis en la independencia con la que debe contar el agente, característica que, según la doctrina española, era inherente al empresario.

Sin embargo, se ha hecho hincapié en el hecho de que no es la independencia la que caracteriza al empresario, sino la capacidad organizativa patrimonial y funcional, que entraña la realización de su actividad coordinando los factores de la producción en el desempeño del servicio ofrecido.

En este punto, es pertinente hacer la aclaración de que, en la normativa española, el empresario es, naturalmente, comerciante. Entonces, ciertos deberes asignados al agente (como llevar una contabilidad independiente de los actos que realice para cada empresario, así como la posibilidad de declararse en quiebra o la admisión a trámite de un expediente de suspensión de pagos³⁰⁵), que son inherentes al comerciante, consolidan la necesidad de que sea un empresario.

(2) Elementos objetivos³⁰⁶

i. Actividad de promoción

El elemento real constituye la actividad a la que se obliga el agente, sea la de promoción o, dado el caso, conclusión de actos y operaciones de comercio. Lo anterior, por cuenta ajena o por cuenta y en nombre ajeno.

Para ahondar en lo que debe entenderse como promoción, objeto del contrato y obligación principal del agente, debe establecerse que se trata de “una labor constante, que no solo conlleva la consecución de nuevos clientes o el aumento del volumen de negocios con los ya existentes, sino que incluye el mantenimiento de la clientela ya consolidada y del volumen de negocios con los ya existentes; hasta el punto de que, podría llegar a suceder

³⁰⁵ Así lo disponen los artículos 9.2 inciso e y 26 sucesivamente: “ARTÍCULO 9 Obligaciones del agente. ... 2. En particular, el agente deberá: e. Llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe.”

“ARTÍCULO 26 Excepciones de las reglas anteriores. Cada una de las partes de un contrato de agencia pactada [sic] por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, en los siguientes casos: ... b. Cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso.”

³⁰⁶ Se tomará en consideración, para establecer los elementos reales, lo acotado por Eduardo Vicent Chuliá y Teresa Beltrán en su obra citada con anterioridad, 11-12, robustecido con lo señalado por la Universidad Nacional Estatal a Distancia (UNED) de España en el documento “Los contratos de colaboración mercantil”, *Documentación Teórica Curso de Práctica Jurídica*, (s.f.), <https://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/mercantil%20II%20apuntes%20contratos%20colaboracion.pdf>, 21-34.

que este objetivo de mantenimiento superase o sustituyese al de incremento de la clientela o del volumen de operaciones.”³⁰⁷

Se trata, además, de “la acción tendente a provocar en un tercero la aceptación de propuestas del principal dirigidas a la conclusión de un contrato ... actuaciones todas ellas que contribuyen a hacer efectiva la prestación promotora, es decir, la que consiste en facilitar al principal sus negociaciones con terceras personas.”³⁰⁸ Asimismo, “constituye una invitación dirigida a un tercero para que este formule una oferta contractual al agente, que será trasladada, normalmente, por este al empresario principal.”³⁰⁹

Por lo tanto, se evidencia que, mientras que la promoción es una constante que debe estar presente en todos los contratos de agencia, no sucede lo mismo con la actividad de concluir contratos, situación que requiere de un pacto específico. Siendo así, se ha establecido que la obligación es de medios y no de resultado. Ello puede deducirse de los artículos 5.1 y 9.2 de la LCA, mismos que rezan, consecutivamente: “El agente deberá realizar, por sí mismo o por medio de sus dependientes, la promoción **y, en su caso,** la conclusión de los actos u operaciones de comercio que se le hubieren encomendado” (énfasis añadido) y “ocuparse con la diligencia de un ordenado comerciante de la promoción **y, en su caso,** de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado.” (énfasis añadido)

La misma postura se evidencia en el artículo 6, el cual recoge lo siguiente:

ARTÍCULO 6

*Conclusión de actos y operaciones de comercio en nombre del empresario.
El agente está facultado para promover los actos u operaciones objeto del contrato de agencia, pero **solo podrá concluirlos en nombre del empresario cuando tenga atribuida esta facultad.** (énfasis añadido)*

Es este numeral la confirmación de que debe mediar un pacto entre agente y empresario, que sirva como autorización al primero para concluir los negocios que se le encarguen.

³⁰⁷ UNED, “Los contratos de colaboración mercantil”, 11.

³⁰⁸ Vicent y Beltrán, “Capítulo III: el contrato de agencia”, 12.

³⁰⁹ *Ibid.*

- *Exclusividad*

En España, es posible diferenciar dos tipos de exclusividad en el contrato de agencia: exclusividad a favor del empresario y exclusividad a favor del agente. La primera, consiste en una restricción al agente, dado que este, en principio, puede actuar por cuenta de uno o de varios empresarios, mediante varios contratos de agencia, con la salvedad de que debe existir consentimiento del empresario para ejercer por cuenta propia o de otro empresario una actividad profesional relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos cuya contratación se hubiera obligado a promover (art. 7 LCA).

En este sentido, la exclusiva a favor del empresario es un pacto en contrario, que obliga al agente a no contratar con ningún tercero la promoción o conclusión de actos u operaciones que compitan o no con los que se ha obligado a promover.

Por el lado de la exclusiva a favor del agente, se trata de un acuerdo en el que el empresario se obliga a no utilizar los servicios de otro agente para la promoción de actos u operaciones idénticos o similares a los asignados, evitando que el agente original tenga que competir con terceros.³¹⁰

Relacionado con esto, el artículo 12.2 de la LCA, exige que dicho pacto de exclusiva se limite a un área geográfica determinada y/o a un grupo determinado de clientes, al expresar:

ARTÍCULO 12

Comisión por actos u operaciones concluidos durante la vigencia del contrato de agencia.

...

Cuando el agente tuviera la exclusiva para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, tendrá derecho a la comisión siempre que el acto u operación de comercio se concluyan durante la vigencia del contrato de agencia con persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el acto u operación no hayan sido promovidos ni concluidos por el agente. (énfasis añadido)

³¹⁰ UNED, "Los contratos de colaboración mercantil", 27.

- ii. Posibilidad de realizar la prestación en nombre y por cuenta ajena y sin asumir el riesgo³¹¹

En la LCA no se hacen particulares aclaraciones en lo tocante a la obligación de que el agente cuente con representación para realizar su gestión. Únicamente en la Exposición de Motivos, apartado II, número 3, se declara que el agente se someterá a las normas generales de la representación.

No obstante, en la legislación española no existe una disciplina específica sobre la representación. Debido a ello, se carece de fundamento apto para ayudar a solucionar los conflictos provocados por el hecho de que la estabilidad que caracteriza la relación del agente con el agenciado puede provocar una apariencia jurídica de que efectivamente media entre ellos una representación.

La recomendación para evitar dichas confusiones, según algunos autores³¹², es hacer hincapié en el hecho de que la labor de promoción que realiza el agente no implica que haya “una declaración de voluntad que posea una trascendencia jurídica”, lo cual es propio de todas las actuaciones que entrañan una representación. En otras palabras, dicha actuación carece de contenido jurídico.

En lo que se refiere a la asunción de la responsabilidad por parte del agente de los riesgos que emanan de las operaciones que promueve y concluye, el artículo 19 instaura que:

ARTÍCULO 19

Garantía de las operaciones a cargo del agente.

El pacto por cuya virtud el agente asuma el riesgo y ventura de uno, de varios o de la totalidad de los actos u operaciones promovidos o concluidos por cuenta de un empresario, será nulo si no consta por escrito y con expresión de la comisión a percibir.

De lo anterior, cabe inferir que dicha situación sí es susceptible de pactar entre las partes, motivo por el cual esta garantía se convierte en un elemento cuya inclusión en el contrato no es obligatoria, sino debe constar por escrito y mediar comisión para ser válido.

³¹¹ Quintáns, “Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración”, 13-14.

³¹² *Ibid.*, 13.

iii. Continuidad y estabilidad de la prestación³¹³

Como se incluye en el artículo 1 de la Ley, la prestación se realiza de manera continuada y estable, por lo cual se está hablando entonces de un contrato duradero, que va a desplegar sus efectos a lo largo del tiempo, y sin sobresaltos en su desarrollo. Debe ser de esta manera, puesto que la acción de promoción implica que los encargos adjudicados al agente (como introducir productos o servicios en el mercado, ampliar la clientela, entre otros), no pueden consumarse de forma inmediata.

Esta continuidad puede encontrarse también en el contrato de comisión en el Derecho español, a pesar de que el interés del comitente se ve satisfecho en un único acto (la conclusión de un negocio). No sucede de esta forma con la estabilidad, dado que el tipo de actividad que realiza el comisionista se materializa en operaciones concretas y aisladas.

La estabilidad encuentra su fundamento en la circunstancia de que el agente desarrolla un encargo que, dependiendo de las condiciones, durará más o menos tiempo, pero siempre atenderá al mismo fin de promoción o conclusión de negocios.

Por consiguiente, la estabilidad de la relación entre el agente y el empresario está determinada por la condición de los actos que el primero realiza, pues se trata de actos duraderos y no es posible identificar cuántos de ellos deben llevarse a cabo para ejecutar el contrato.³¹⁴

iv. Carácter remunerado de la prestación³¹⁵

La agencia en el Derecho español, como se puede dilucidar a partir de la lectura del primer artículo de la LCA, es un contrato oneroso, debido a que se destaca que existe una necesidad de que haya una remuneración a cambio de la actividad llevada a cabo. La Directiva 86/653, por su parte, sugiere lo mismo, porque se descarta de su aplicación a los agentes que no reciben remuneración.

³¹³ Quintáns, "Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración", 14-16.

³¹⁴ *Ibid.*, 16.

³¹⁵ *Ibid.*, 16-17.

Aquello se deriva de la condición de empresario con la que cumple el agente, siendo que la actividad que realiza es su medio de vida, al punto que, en caso de que la remuneración no sea prevista por las partes, el artículo 11.1 LCA dispone que:

ARTÍCULO 11

Sistemas de remuneración.

1. La remuneración del agente consistirá en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de los dos sistemas anteriores. En defecto de pacto, la retribución se fijará de acuerdo con los usos de comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad. Si estos no existieran, percibirá el agente la retribución que fuera razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación. (Énfasis añadido)

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que existe libertad para fijar la modalidad de remuneración que recibe el agente, sea una cantidad fija o una comisión.

e) Derechos y obligaciones de las partes³¹⁶

El régimen jurídico de las obligaciones y derechos que tienen las partes en el contrato de agencia está comprendido en los artículos 9 y 10 de la LCA, y debe complementarse con lo descrito en los artículos 50 a 63 del Código de Comercio español, así como las normas de la comisión mercantil y del mandato, que tienen la condición de legislación subsidiaria de la LCA.

De entrada, cabe acotar que “tanto el empresario principal como el agente tienen un deber general de actuar con la diligencia de un ordenado comerciante y también tienen un deber de lealtad recíproca.”³¹⁷

Cabe, en este punto, hacer la aclaración de que no se realizará un examen exhaustivo de todos los derechos y obligaciones sino meramente una mención sucinta de aquellos que resulten más relevantes a la investigación.

³¹⁶ Vicent y Beltrán, “Capítulo III: el contrato de agencia”, 7-9.

³¹⁷ Álvaro Torrego Porro, “La indemnización por clientela en el contrato de agencia y en el contrato de concesión”, Tesis para optar por el Grado en Derecho. Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación, Universidad de Valladolid, 2015, <http://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/13850/1/TFG-N.284.pdf>, 13.

(1) Derechos del agente

i. Derecho a percibir una retribución

Esta, como se analizaba anteriormente (artículo 11), puede consistir en una cantidad fija o una comisión. Esta última variará en razón de la cuantía o el volumen y valor de los actos u operaciones promovidos o concluidos.

Asimismo, en principio, regirá lo que pactes las partes en el contrato, solo a falta de esto se acudirá a los usos y costumbres o, en su defecto, percibirá la retribución que resulte razonable.

ii. Derecho a la normalización por escrito

Se trata de un derecho que tienen en común ambas partes en el contrato, y consiste en la posibilidad de exigir al otro, en cualquier momento, la formalización por escrito del contrato, incluyendo las adendas que se hubieren incorporado. Así se plasma en el artículo 22:

ARTÍCULO. 22. Derecho a la formalización por escrito.

Cada una de las partes podrá exigir de la otra, en cualquier momento, la formalización por escrito del contrato de agencia en el que se harán constar las modificaciones que en su caso se hubieran introducido en el mismo.

iii. Derecho de información

Este derecho se desliga del artículo 15 LCA, que expresamente indica:

ARTÍCULO 15

Derecho de información del agente.

El empresario entregará al agente una relación de las comisiones devengadas por cada acto u operación, el último día del mes siguiente al trimestre natural en que se hubieran devengado, en defecto de pacto que establezca un plazo inferior. En la relación se consignarán los elementos esenciales en base a los que haya sido calculado el importe de las comisiones.

El agente tendrá derecho a exigir la exhibición de la contabilidad del empresario en los particulares necesarios para verificar todo lo relativo a las comisiones que le correspondan y en la forma prevenida en el Código de Comercio. Igualmente, tendrá derecho a que se le proporcionen las informaciones de que disponga el empresario y que sean necesarias para verificar su cuantía.

iv. Derecho a indemnización

Dicho derecho no se hace necesariamente presente, sino que, han de concurrir una serie de requisitos para que se configure. La LCA prevé esta figura como una protección para el agente y puede darse de dos formas: indemnización por clientela e indemnización por daños y perjuicios.

Sin el afán de analizar a fondo esta posibilidad, se dirá que la indemnización por clientela, recogida en el artículo 28 LCA, se fundamenta en la idea de que se considera que la clientela corresponde al agente y no a la empresa. Por tanto, al momento de extinguirse el contrato de agencia, sea determinado o indefinido, dado el caso de que el agente hubiera aportado nuevos clientes al empresario o incrementado las operaciones con la clientela que este ya poseía, tendrá derecho a una indemnización. Lo anterior, siempre que su actividad siga produciendo ventajas al empresario.

Procede también en casos de extinción del contrato por muerte del agente y no debe exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si este hubiere durado menos.

La indemnización por daños y perjuicios (artículo 29) a favor del agente procede cuando el empresario denuncia unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida. Esta indemnización es obligatoria porque la extinción anticipada hace presumir que el agente experimenta pérdidas por comisiones que no haya podido percibir, gastos en los que haya incurrido en virtud del contrato que no se le hayan cubierto, entre otras circunstancias.

Entonces, se evidencia que la revocación unilateral solo es posible en los supuestos de denuncia oportuna y de buena fe (cuando sea un contrato indefinido), porque se considera que existe en este caso una causa justificada. En tal situación no procederían, entonces, indemnizaciones por daños y perjuicios, únicamente reintegros por equidad, a fin de evitar -eventualmente- un enriquecimiento sin causa a favor del principal.

(2) Obligaciones del agente³¹⁸

Las obligaciones del agente se recogen en el artículo 9 de la LCA y algunas de las más importantes son:

- i. Obligación de promoción o conclusión de actos u operaciones de comercio que se le hubieren encargado

Esta consiste en la obligación esencial o prestación característica del agente y abarca todas las actividades que estén encaminadas a conseguir que los clientes contraten con el empresario. Esto puede hacerlo personalmente o mediante sus dependientes o subagentes (artículo 5 LCA).

- ii. Actuación leal y de buena fe en defensa del interés del principal

La actuación de buena fe se deriva de la obligación anterior y se encuentra plasmada en el artículo 9.1 LCA que describe que:

ARTÍCULO 9

Obligaciones del agente.

En el ejercicio de su actividad profesional, el agente deberá actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe.

Esto incluye la necesidad de que el agente actúe con la diligencia de un ordenado comerciante en el desarrollo de los actos que se le encomiendan (artículo 9.2.a).

- iii. Deber de cumplir con las instrucciones del principal

El agente debe desarrollar su gestión apegándose a las instrucciones del empresario principal, siempre que esto no afecte su independencia, como se infiere del artículo 9.2. c. y el 9.2.c (en tanto que este último hace referencia a “instrucciones razonables”). Estas instrucciones tienden a orientar y perfilar el “encargo genérico dado por el principal al gestor, evitando de alguna forma que se haya de renegociar o reelaborar ese mismo contrato de continuo.”³¹⁹

³¹⁸ Leñena e Irákulis, “El contrato de agencia y la comisión mercantil”, 175.

³¹⁹ *Ibid.*, 182.

iv. Deber de informar al principal

Según el artículo 9.2.b LCA, el agente tiene la obligación de poner a disposición del empresario toda la información necesaria para la buena gestión, así como la situación o solvencia de los terceros que se embarcan en la contratación con el principal, a través de la intermediación del agente.

v. Obligación de llevar una contabilidad independiente

De acuerdo con el artículo 9.2.e LCA, en las situaciones en las que el agente actúe para varios empresarios, debe llevar una contabilidad que, como se analizaba supra, corresponde una obligación que denota su carácter de empresario, para las operaciones que se relacionen con cada uno de ellos. Se ha señalado que esta obligación guarda relación con la rendición de cuentas del agente y la garantía de una actuación leal y conforme a la buena fe.

vi. Recibir reclamaciones de terceros en nombre del principal

Acorde con lo estipulado en el artículo 9.2 LCA, corresponderá al agente la recepción de las reclamaciones que tuvieren los terceros con ocasión a defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiere concluido.

vii. Respetar el pacto de no competencia

Con arreglo a lo establecido en los artículos 20 y 21 de la LCA incorporados supra, el agente podrá encontrar limitaciones para ejercer su actividad profesional, una vez finalizado el contrato. Esto puede implicar que el agente no pueda incurrir en negociaciones similares con terceros, sea personas físicas o jurídicas, durante un tiempo que dependerá de la duración del contrato suscrito.

(3) Obligaciones del principal

i. Actuación de buena fe y con lealtad

Esta obligación, como se anunciaba al inicio de este acápite, es común para ambas partes contratantes y se plasma en el artículo 10.1 LCA que indica:

ARTÍCULO 10

Obligaciones del empresario.

En sus relaciones con el agente, el empresario deberá actuar lealmente y de buena fe.

ii. Pago de la remuneración pactada

Dicha obligación se deriva del artículo 10.2.c y se fundamenta en la naturaleza sinalagmática y onerosa del negocio jurídico llevado a cabo. El artículo 11 LCA indica que esta remuneración puede hacerse de acuerdo con un monto fijo, una comisión o una combinación de ambos sistemas. Lo más frecuente es que la remuneración consista en una comisión calculada según el volumen de ventas, o el valor de las operaciones promovidas o concluidas por la intervención del agente.³²⁰

iii. Deber de poner a disposición del agente la información que pueda necesitar para llevar a cabo su gestión

De conformidad con los artículos 10.2 a y b LCA, el empresario principal debe otorgar la documentación y el material (muestrarios, catálogos y tarifas), con la antelación suficiente, para el adecuado ejercicio de su actividad profesional.

Aquí se incluye también la necesidad de que el empresario informe al agente de forma justificada y razonada sobre las comisiones que se hubieren devengado, el último día del mes siguiente al trimestre natural en que ese devengo se hubiese producido o, de ser un tiempo inferior, el plazo que hubieren pactado (art. 15.1 LCA).

³²⁰ Torrego, "La indemnización por clientela en el contrato de agencia", 14.

iv. Deber de comunicar al agente la aceptación o rechazo de la operación

Este deber cobra relevancia en las circunstancias en las que el agente solo se dedique a promover operaciones y no tenga poder de representación para contratar en nombre del principal y está identificada en el artículo 10.3 LCA.

(4) Terminación del contrato

Conviene establecer las causas de extinción del contrato, de acuerdo con los artículos 24, 25, 26 y 27 LCA, haciendo la salvedad de que solo algunas de ellas dan paso al surgimiento del derecho de indemnización aludido anteriormente.

- Por trascurso del tiempo convenido, cuando el contrato de agencia ha sido pactado por tiempo determinado. Sin embargo, en el caso de que, una vez terminado el contrato de duración determinada, se siga ejecutando, se reputará como indefinido, en atención al artículo 24 LCA.
- Por denuncia unilateral de algunas de las partes, solo en los contratos de duración indefinida y siempre que se haya respetado el plazo de preaviso que será de un mes por cada año de vigencia, con un máximo de seis meses, de acuerdo con el artículo 25 LCA.
- Por incumplimiento de las obligaciones contractuales o impuestas por la ley, tanto en los contratos de duración determinada, como en los indefinidos. Esto faculta a la parte afectada por el incumplimiento para dar por finalizado el contrato sin observar el plazo de preaviso (artículo 26 LCA).
- Por insolvencia de alguna de las partes (artículo 26 LCA).
- Por motivo de la muerte del agente, en el caso de personas físicas (artículo 27 LCA).

(5) Naturaleza jurídica

En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de un contrato de carácter mercantil, pues desde la perspectiva subjetiva, es un contrato celebrado entre dos empresarios, quienes se dedican profesionalmente a la intermediación. Asimismo, desde el punto de vista objetivo, el agente es encomendado con la obligación de promocionar o concluir actos

mercantiles, por cuenta del principal.³²¹ Unido a esto, la propia ley del contrato de agencia, en su Exposición de Motivos, expresa que: “El carácter mercantil de este contrato está fuera de toda duda.”

El régimen jurídico del contrato de agencia está basado en el principio general de la imperatividad de la Ley. Lo anterior significa que, salvo previsión en contrario, las disposiciones legales deben ser cumplidas, a fin de proteger a la parte contractual generalmente más débil y merecedora de protección jurídica, aunque se trate de una relación contractual entre dos empresarios.³²²

Se trata, también, de un contrato conmutativo, ya que las prestaciones son ciertas y conocidas desde su celebración, y guardan una relación de equivalencia, aun cuando el monto de los beneficios depende, al final, de la ejecución de las operaciones promovidas.³²³

³²¹ Leñena e Irákulis, “El contrato de agencia y la comisión mercantil”, 161.

³²² *Ibíd.*

³²³ Quintáns, “Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración”, 36.

B. Contrato de comisión

a) Antecedentes de la legislación del contrato de comisión³²⁴

En España, las normas relativas al contrato de comisión tienen valor de derecho supletorio para otras instituciones como el contrato de agencia, por lo que es útil hacer un recuento de la legislación que se ha construido alrededor de esta figura contractual.

Inicialmente, cuando se incorporó a la normativa del Código de Comercio español (en el Código de 1829), se consideró a la comisión como un negocio jurídico accesorio, puesto que “su finalidad no estaba en sí mismo, sino en el acto u operación que había de realizar el comisionista.”³²⁵ Esta particularidad provocó que se incluyera al comisionista entre los auxiliares de los comerciantes.

Según Elena Leñena, la “comisión mercantil es una institución tradicional del Derecho del comercio que ha sido habitualmente un instrumento jurídico y económico de colaboración entre comerciantes [que fue] codificada en el título III del Código de Comercio (artículos 244 a 280).”³²⁶

Así, en el Título que trataba sobre los comisionistas, se admitió que el mismo pudiera actuar en nombre propio y se desarrolló una legislación basada en el punto de vista personal del que practicaba la comisión, en otras palabras, desde una perspectiva puramente subjetiva.

El carácter esencial del mandato de comercio consistía en que el comisionista obraría por cuenta ajena, dándole poca importancia al hecho de que trabajara en nombre propio o ajeno. Pese a ello, el comisionista casi siempre obraba por nombre propio, pues el comitente extranjero se aprovechaba de su crédito y relaciones, para contratar con terceros, facilitando el secreto de la operación y eludir tributos.

En el Código de Comercio de 1885, por otro lado, el legislador tomó la materia relativa a los auxiliares de comercio y la incluyó en los contratos de comercio terrestre. La

³²⁴ Leñena e Irákulis, “El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil”, 32-38.

³²⁵ *Ibid.*, 32.

³²⁶ Elena Leñena Mendizábal, *Conflicto de intereses y comisión mercantil* (Madrid: Editorial Reus, 2009), https://books.google.co.cr/books?redir_esc=y&id=QUMnmLJqr3oC&q=elemento#v=snippet&q=elemento&f=false, 23-24.

comisión mercantil se incluyó en la Sección primera del Título tercero, mientras que las demás formas del mandato mercantil (como los factores y dependientes), fueron ubicados en la Sección segunda.

b) Concepto legal³²⁷

El Código de Comercio español vigente (en adelante CCOMe) regula lo relativo a la comisión mercantil en los artículos 244 y siguientes. Estos preceptos no solo sirven para regular a las modalidades de comisión, sino también, como se señalaba en el apartado anterior, “constituyen un cuerpo jurídico de aplicación supletoria a otros contratos de colaboración atípicos y generados por la práctica mercantil, provenientes, en su gran mayoría, del Derecho anglosajón.”³²⁸

Unido a lo anterior, a la comisión mercantil se le pueden aplicar de manera supletoria los artículos 1709 y siguientes de la normativa civil española, relacionados con el mandato.

En cuando a la definición legal del contrato de comisión, no es posible encontrarla en el artículo 244 del CCOMe, debido a que este se limita a indicar cuando el mandato, propio del Derecho Civil, adquiere naturaleza mercantil:

ARTÍCULO 244

Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.

El artículo 1709 del Código Civil español refiriéndose al mandato establece que “por contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.”

Existe, pese a ello, gran discusión alrededor de la identificación de la comisión con el mandato, siendo que en el contrato de comisión el comitente confiere, y el comisionista acepta, el encargo de concluir negocios mercantiles por cuenta del primero, pero en nombre propio, es decir, sin poder de representación. Por el contrario, el mandatario civil actúa en nombre ajeno y, como tal, está dotado de poder de representación.³²⁹

³²⁷ UNED, “Los contratos de colaboración mercantil”, 2-4 complementado con lo desarrollado por Leñena e Irákulis “El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil”, 39-42.

³²⁸ *Ibid.*, 2.

³²⁹ Leñena e Irákulis, “El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil”, 40.

Concretamente, de la definición que se recoge en el artículo 244, se desprenden las tres notas características de la comisión mercantil³³⁰:

- Es un mandato
- El objeto del contrato es un acto u operación de comercio
- En relación al elemento subjetivo del contrato, el comitente o el comisionista debe ser un comerciante.

Asimismo, las notas que, según el ordenamiento español, en específico el Código de Comercio, le han adjudicado al mandato para perder su carácter civil son:

- Que se trate de un acto u operación de comercio
- Que sea comerciante o agente de comercio el comitente o el comisionista
- Que exista una retribución, salvo pacto en contrario.

Consecuentemente, se hace posible concluir que el contrato de comisión es el contrato “en virtud del cual el comisionista se obliga a ejecutar por cuenta del comitente, actos concretos de comercio que este le encarga. En este orden de ideas, si la comisión mercantil es un mandato aplicado a los actos de comercio, entonces existe comisión con y sin representación, tal como ocurre con el mandato.”³³¹ Ello se confirma con lo dispuesto en el artículo 245 CCOMe, que insta a que: “El comisionista podrá desempeñar la comisión contratando en nombre propio o en el de su comitente.”

Entonces, es un contrato “por el cual uno de los contratantes da el poder de realizar por él una o varias operaciones de comercio determinadas al otro contratante, sea bajo un nombre social o el suyo propio, sea en nombre del comitente; es decir, admite que pueda existir comisión con representación o sin ella.”³³²

Pese a ello, se ha rescatado que la distinción entre mandato y comisión no debe hacerse sobre la base de la presencia o la ausencia del poder de representación, ya que en ambos casos el mandatario podrá actuar en nombre propio o del mandante, sino, más bien, según se trate de actos jurídicos con connotación mercantil o civil.

³³⁰ Leñena, *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, 28-29.

³³¹ Leñena e Irákulis, “El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil”, 41.

³³² *Ibid.*

c) Características del contrato de comisión³³³

(1) Relación de tracto único o instantánea

Internamente, entre comisionista y comitente, la relación no es duradera o de tracto sucesivo, pues se agota con la perfección y consumación del concreto acto de comercio que se le ha encargado al primero.

(2) Actos u operaciones de comercio

El objeto de la comisión, a diferencia del mandato civil, es la realización de actos de comercio, por parte del comisionista. En cuanto a esto, “debe distinguirse la comisión, propiamente dicha, de lo que es el acto o negocio jurídico que el comisionista debe realizar por encargo del comitente, generador de relaciones externas con terceros.”³³⁴

Se distingue entonces la comisión, en la medida que la actuación del comisionista debe encuadrarse bajo los parámetros de la actividad mercantil jurídicamente relevante, situación que, como se verá en el siguiente apartado, tiene repercusiones sobre las exigencias que se le imponen a este auxiliar del comercio y, a su vez, sobre la condición de comerciante que, por consecuencia, debe ostentar.

(3) Condición de comerciante

Al menos uno de los sujetos que forman parte de la relación jurídico contractual en la comisión mercantil, ha de ostentar, necesariamente, la condición de comerciante. Con respecto a esto, el artículo 2 CCOMe, indica que: “Los actos de comercio, **sean o no comerciantes los que los ejecuten**, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.” (énfasis añadido)

Sin embargo, lo mencionado en el artículo supra no resulta contradictorio, en la medida que objetivamente un contrato de comisión es un acto de comercio regulado en el Código, independientemente de que quienes lo realicen sean o no comerciantes. Si unido

³³³ UNED, “Los contratos de colaboración mercantil”, 3, y Díez, “Tema 7. Los contratos de colaboración”, 59.

³³⁴ UNED, “Los contratos de colaboración mercantil”, 3.

a esto, la ley exige la calidad de comerciante de una de sus partes, se reafirma la naturaleza comercial del acto realizado.

(4) Contrato consensual

El contrato de comisión mercantil, dado su carácter consensual, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes intervinientes, sin que el CCOMe exija formalidad específica a tal efecto.

Esto se ve secundado por el artículo 249 y 248.2, los cuales fijan que: “Se entenderá aceptada la comisión siempre que el comisionista ejecute alguna gestión, en el desempeño del encargo que le hizo el comitente, que no se limite a...” “la custodia y conservación de los efectos que el comitente le haya remitido hasta que este designe un nuevo comisionista.”

Por tanto, bastará el “mero concurso de oferta y aceptación para el nacimiento del contrato de comisión, aún de forma verbal. El consentimiento de ambas partes, en general, debe ser expreso, aunque se entiende tácitamente aceptada la comisión siempre que el comisionista efectúe alguna gestión, en el desempeño del encargo que le hizo el comitente, que no se limite a rechazar el mismo.”³³⁵

(5) Contrato oneroso

La comisión mercantil es naturalmente onerosa (pues no lo es esencialmente), salvo que las partes acuerden otra cosa, así estipulado por el artículo 277 del Código de Comercio, que determina lo siguiente:

ARTÍCULO 277

El comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de comisión, salvo pacto en contrario.

Faltando pacto expresivo de la cuota, se fijará esta con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliere la comisión.

Es este elemento retributivo el que le otorga carácter mercantil a la relación, sin perjuicio de que pueda ser gratuita, por acuerdo entre las partes. Ello, siendo que lo mismo no ocurre en el mandato, en el que, a falta de pacto en contrario, el encargo se tiene como

³³⁵ UNED, “Los contratos de colaboración mercantil”, 1.

gratuito. Lo anterior, a pesar de que en el Derecho español la gratuidad del mandato no es esencial, sino que las partes pueden pactar lo contrario.

(6) Carácter personal o *intuitu personae*³³⁶

La relación entablada en la comisión mercantil se ha tenido como *intuitu personae*, dado que la confianza ha sido tradicionalmente su base. En este sentido, se ha dicho que “se acude al comisionista fundamentalmente por sus cualidades de competencia, experiencia y prestigio, es decir, por el crédito que su persona despierta en el comitente.”³³⁷

Lo mencionado anteriormente encuentra tutela en el artículo 261 CCOMe, que determina que:

ARTÍCULO 261

El comisionista desempeñará por sí los encargos que reciba, y no podrá delegarlos sin previo consentimiento del comitente, a no estar de antemano autorizado para hacer la delegación; pero podrá, bajo su responsabilidad, emplear sus dependientes en aquellas operaciones subalternas que, según la costumbre general del comercio, se confían a estos. (énfasis añadido)

No obstante, autores como Elena Leñena comparten más la idea de que se trata de un contrato *intuitu instrumenti*, en tanto que, en la actualidad, se atiende más al grado de organización, el tamaño y recursos de que se dispone, toda vez que es más común que el comisionista sea una persona jurídica que se encargue de la gestión de negocios ajenos.³³⁸

Lo anterior no obsta que el contrato de comisión se siga fundamentando en la confianza, sea en las cualidades personales del comisionista o la calidad de su estructura organizativa.

(7) Contrato nominado y típico

Como última característica se debe señalar que el contrato de comisión, como desprende de lo incorporado hasta ahora, es, todas luces, un contrato típico y nominado, por cuanto es la ley quien le ha asignado una denominación específica y se encuentra previsto y regulado en ella, en específico el Código de Comercio español.

³³⁶ Leñena, *Conflicto de intereses y la comisión mercantil*, 37.

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ *Ibid.*

d) Elementos del contrato de comisión

(1) Elementos subjetivos

i. Comitente

Del comitente se ha establecido que es aquel “que confiere el encargo a un colaborador profesional e independiente, cuya actividad precisamente consista en la realización sistemática y continuada de operaciones de comercio por cuenta ajena.”³³⁹

El comitente podrá ser un empresario que requiere la colaboración de un comisionista para ejecutar ciertos negocios jurídicos, o una persona física, no un comerciante, que ordena a un intermediario que actúe en su nombre. Por consiguiente, el comitente puede, o no, ser un empresario comerciante.³⁴⁰

ii. Comisionista

Aquel que se encarga de obrar por cuenta de un principal o comitente frente a terceros, encargo que está relacionado con la realización de actos concretos de comercio.

A diferencia de la posibilidad descrita para el comitente, en el caso del comisionista se ha planteado que “a pesar de que el artículo 244 del Código de comercio considere suficiente que sea el comitente y no el comisionista quien tenga la condición de comerciante, únicamente el carácter profesional del comisionista como comerciante especializado en el comercio de gestión, justifica la imposición de especiales módulos de conducta y una serie de obligaciones al prestador de este tipo de servicios.”³⁴¹

Lo indicado tiene sentido si se toma en cuenta que no se asigna un encargo (un acto de comercio) a quien en principio no está capacitado profesionalmente para esto, ya que lo habitual es que sea el comisionista quien realice operaciones de comercio, “dedicándose profesionalmente a recibir y ejecutar encargos de sus clientes-comitentes y percibiendo por ello ganancias irregulares como remuneración de la mencionada actividad.”³⁴²

³³⁹ Leñena e Irákulis, “El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil”, 67.

³⁴⁰ Leñena, *Conflicto de intereses y la comisión mercantil*, 43.

³⁴¹ Leñena e Irákulis, “El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil”, 67.

³⁴² Leñena, *Conflicto de intereses y la comisión mercantil*, 43.

(2) Elementos objetivos³⁴³

i. Actos de comercio

El contenido del contrato u objeto del encargo en la comisión, según el cuerpo legal en cita, es calificado como “acto u operación de comercio”, para lo cual el comisionista deberá emplear la diligencia propia de un comerciante ordenado y ejecutarlo sujetándose a las instrucciones del comitente, así como rendir cuentas de su gestión.

De esta manera, el comisionista deberá realizar un acto o negocio jurídico con un tercero. Dicho encargo podrá ser un resultado o una simple actividad y conlleva también traspasar al principal el resultado económico positivo o negativo de la actuación que lleve a cabo.

e) Derechos y obligaciones de las partes³⁴⁴

El régimen jurídico de los derechos y obligaciones que tienen las partes en el contrato de comisión está recogido a lo largo de la normativa correspondiente al contrato de comisión en el Código de Comercio español, de la cual se procurará extraer lo más significativo para los propósitos de la investigación.

(1) Derechos del comisionista

i. Derecho al pago de la comisión

En el CCOMe, el artículo recoge este derecho en el artículo 277, que reza: “El comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de comisión, salvo pacto en contrario. Faltando pacto expresivo de la cuota, se fijará esta con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliera la comisión.”

Adicionalmente, el comisionista debe recibir la provisión de fondos, cuando el desempeño de la comisión lo exija, caso contrario no estará obligado a ejecutarla, aunque

³⁴³ Díez, “Tema 7. Los contratos de colaboración”, 60.

³⁴⁴ Se utilizará, para determinar las obligaciones legales de las partes en el contrato de comisión, el documento “Los contratos de colaboración mercantil”, 5-11 de la Universidad Nacional Estatal a Distancia (UNED), citado con anterioridad, y lo establecido en J.L. Fernández Ruíz y María de los Ángeles Martín Reyes, “Los contratos de colaboración y distribución”, en *Fundamentos de derecho mercantil, tomo II: títulos valores, contratos mercantiles, la insolvencia del empresario* (Madrid: Edersa, 2005), 2-5, <http://vlex.com/vid/contratos-colaboracion-distribucion-235359>

la haya aceptado, en tanto el comitente no haya puesto a su disposición la suma necesaria (art. 250.1 CCOMe). Incluso, podrá suspender las diligencias, una vez iniciadas, si el comitente no le diere nuevos fondos.

ii. Derecho de retención y preferencia

Dicho derecho se refiere, por un lado, a la posibilidad de retener los efectos que tenga en consignación, quedando afectos al pago de la comisión, anticipos y gastos realizados en cumplimiento del encargo, hasta que le sean abonadas las cantidades debidas (art. 276 CCOMe).

El mismo artículo que recoge esta retención señala que, respecto de esas cantidades, el comisionista cuenta con un derecho de preferencia sobre el resto de los acreedores del comitente, mientras cumpla con los requisitos que instaura el artículo.³⁴⁵ Se ha determinado que esto constituye lo que se conoce como “privilegio del comisionista”.

(2) Obligaciones del comisionista

i. Obligación de cumplir el encargo

La citada obligación es la primera y más esencial del comisionista y se cimienta en la ejecución de los negocios jurídicos objeto del contrato. De acuerdo con el artículo 252, el incumplimiento de esta obligación conllevará una indemnización de los daños y perjuicios provocados al comitente, pues expresa que: “el comisionista que, **sin causa legal**, no cumpla la comisión aceptada o empezada a evacuar, será responsable de todos los daños que por ello sobrevengan al comitente (énfasis añadido).” Se resalta esta parte del numeral, dado que existen causas legales que pueden impedir la ejecución del negocio jurídico.

Este deber tiene que ser cumplido personalmente por el comisionista, como consecuencia del carácter *intuitu personae* del contrato, pero, cabe la posibilidad de que lo haga por medio de dependientes, como se desprende del artículo 261. Esta última posibilidad solo será admitida cuando medie el consentimiento y aceptación del comitente de esta delegación. De esta manera, se configura la “subcomisión”, que origina la necesidad

³⁴⁵ Para referencia, el artículo 276 infine determina que: *Para gozar de la preferencia consignada en este artículo será condición necesaria que los efectos estén en poder del consignatario o comisionista, o que se hallen a su disposición en depósito o almacén público, o que haya verificado la expedición consignándola a su nombre, habiendo recibido el conocimiento, talón o carta de transporte firmada por el encargado de verificarlo.*

de que el comisionista responda (se responsabilice) por la actuación de su sustituto, si fue él quien libremente lo designó (art. 262).

La obligación de cumplir el encargo asignado solo puede suspenderse por motivos de los supuestos ya tratados acerca de la provisión de fondos (arts. 250.1 y 2). En virtud del primer supuesto, el comisionista podrá abstenerse de realizar la comisión cuando se trate de una que exija provisión de fondos, hasta tanto el comitente no ponga a su disposición la suma que corresponda. El segundo supuesto abre la posibilidad de suspender la comisión cuando el comitente se niegue a remitir nuevos fondos, una vez se hayan invertido las sumas iniciales.

Asimismo, debe contemplarse la situación prevista en el artículo 255.2, que prevé la posibilidad de suspensión cuando el comisionista considere que, por accidente no previsto, sea arriesgado o perjudicial el cumplimiento de las instrucciones.

Cabe agregar que en las ocasiones en las que el comitente especifica al comisionista, con detalle, los términos del negocio jurídico a ejecutar, el último deberá consultar al comitente todo lo que no se haya previsto expresamente (art. 255.1). De no ser posible la consulta, el párrafo segundo del artículo 255 establece que: "... Mas si estuviere autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuere posible la consulta, hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio." Lo que no puede hacer nunca el comisionista, de conformidad con el artículo 256.1, es contradecir una instrucción expresa del comitente, so pena de responder de todos los daños y perjuicios que se ocasionen.

Cuando se apegue a las instrucciones, el comisionista estará exento de responsabilidad (art. 254) y en caso de no observar lo establecido en las Leyes y Reglamentos relacionados con la negociación, será responsable solidariamente con su comitente.

ii. Deber de información

El comisionista está obligado a informar al comitente sobre las noticias que interesen al buen éxito de la negociación, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 260 CCOMe. Adicionalmente, comprende la comunicación del contrato que hubiera celebrado con el tercero, lo cual debe hacerse al mismo día o al siguiente a su celebración.

iii. Rendición de cuentas

Corresponde al comisionista “rendir y liquidar las cuentas de las cantidades que haya recibido para la comisión, con relación a sus libros, de forma especificada y justificada, reintegrando al comitente el sobrante a su favor en el plazo y forma que este le prescriba” (art. 263).³⁴⁶

Unido a ello, si hubiera morosidad, deberá abonar el interés legal, pero si obrara acorde con las instrucciones del comitente para la devolución, se le cobrarán a este el quebranto y extravío de fondos sobrantes.

iv. Defender los intereses del comitente³⁴⁷

Para cumplir con esta obligación, el comisionista debe cuidar el negocio como si fuera propio. Es una obligación que, de acuerdo con algunos autores, se desprende de numerales como el 258 (prohibición de concertar operaciones a precios más elevados del corriente), 264 (prohibición de dar a los fondos destino distinto al ordenado), 268 (evitar la confusión de efectos pertenecientes a distintos dueños) y 270 (prohibición de conceder crédito al tercero sin autorización del comitente).

v. Deber de satisfacer el producto de la venta

El artículo 272 introduce una situación que se suscita cuando el comisionista percibe una comisión extraordinaria llamada garantía, además de la comisión ordinaria. En este caso, correrán por su cuenta los riesgos de la cobranza y debe satisfacer al comitente el producto de la venta en los plazos pactados por el comprador.

Esto se conoce como “pacto de garantía” y según este, en la práctica mercantil, “como comisión de garantía (*star del credere*) el comisionista se obliga a responder del buen fin de la operación, a pesar de que, de ordinario, no responda en la comisión de venta de la solvencia del comprador ni de su retraso en el pago del precio.”³⁴⁸ Debe aclararse que dicha circunstancia aplica para los casos de comisión de venta.

³⁴⁶ UNED, “Los contratos de colaboración mercantil”, 9.

³⁴⁷ Díez, “Tema 7. Los contratos de colaboración”, 61.

³⁴⁸ Ricardo Yáñez Velasco, “La intermediación inmobiliaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 737 (mayo 2013): 1600, <http://vlex.com/vid/inmobiliaria-449778526>

Como consecuencia de esto, el comisionista se vincula a la solvencia del comprador y a su puntualidad del pago a favor del principal, para cobrar su remuneración por la operación. Es decir, salvo este pacto expreso en contrario, es la eficacia de la actividad profesional desplegada por el comisionista la que da derecho a la percepción de los honorarios que le corresponden.³⁴⁹

Por lo tanto, en principio, el comisionista no responde por el incumplimiento de un tercero al ejecutar el encargo.

(3) Derechos del comitente

- i. Derecho a que se ejecute el encargo en los términos que se hayan fijado y a revocar el contrato

Este derecho se deriva de la redacción del artículo 279, el mismo que estipula que: “El comitente podrá revocar la comisión conferida al comisionista, en cualquier estado del negocio, poniéndolo en su noticia, pero quedando siempre obligado a las resultas de las gestiones practicadas antes de haberle hecho saber la revocación.”

Por consiguiente, se pone en evidencia el derecho del comitente a llevar a cabo, libremente, una revocación unilateral, incluso si la comisión se pactó por tiempo determinado.

(4) Obligaciones del comitente

- i. Pagar la comisión pactada

La comisión, como ya se ha recogido en la presente investigación, puede ser una cifra fija o un porcentaje del valor del encargo, y, salvo pacto en contrario, solo se devengará cuando el comisionista haya efectivamente contratado con el tercero. Esto es especialmente aplicable en lo que se conoce como “comisiones de actividad”, “en las que el comisionista no se compromete a encontrar a un tercero que quiera contratar con él, pero a cambio no cobra la comisión si no alcanza dicho resultado.”³⁵⁰

³⁴⁹ Yáñez, “La intermediación inmobiliaria”, 1603

³⁵⁰ Díez, “Tema 7. Los contratos de colaboración”, 62.

La implicación directa de esto es que el nacimiento del derecho a la retribución del comisionista no se da por el mero perfeccionamiento del contrato, sino que se hace necesaria su consumación, habiéndose realizado el negocio jurídico correspondiente.

Lo mencionado se reúne en el artículo 277 párrafo primero del CCOMe, que dispone: “El comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de comisión, salvo pacto en contrario.”

No obstante, el segundo párrafo de dicho artículo admite que la determinación del premio de la comisión pueda fijarse con arreglo al uso y la práctica mercantil de la plaza donde se cumpliera la comisión, de faltar pacto expreso sobre la cuota.

ii. Efectuar la provisión de fondos al comisionista

Esto comprende el dinero y la mercadería, según sea la comisión de que se trate, y comprende una obligación previa al inicio del desarrollo de la comisión. Consecuentemente, corresponderá también al comitente la reposición de fondos, cuando estos se hayan agotado (art. 251).

iii. Reembolsar los gastos y desembolsos al comisionista

Para el correcto cumplimiento de esta obligación, el comitente deberá hacer dichos reembolsos al contado y según la cuenta justificada que se le presente y cubriendo el interés legal desde que los haya hecho el comisionista, hasta el día del reintegro (art. 278).

iv. Asumir los efectos del contrato celebrado por el comisionista

En este sentido, se ha establecido que la comentada obligación pertenece a la esfera interna del contrato y es independiente de que el comisionista haya actuado en nombre y representación de aquel o en nombre propio. En lo atinente, el artículo 253 del CCOMe dispone que: “Celebrado un contrato por el comisionista con las formalidades de derecho, el comitente deberá aceptar todas las consecuencias de la comisión, salvo el derecho de repetir contra el comisionista por faltas u omisiones cometidas al cumplirla.”

f) Terminación del contrato³⁵¹

Además de las causas ordinarias de extinción previstas para los contratos (transcurso del plazo, cumplimiento del objeto con la imposibilidad de realizarlo), la comisión mercantil se extingue por las siguientes causas:

- Muerte o inhabilitación del comisionista (art. 280).
- Quiebra del comisionista (art. 280).
- Revocación libre ejercida por el comitente, en cualquier estado del negocio y sin que sus efectos alcancen a las actuaciones anteriores a su comunicación (art. 279). Esta revocación deriva directamente de la ley (no necesita pacto expreso) y puede hacerse sin necesidad de alegar causa, pero debe realizarse antes de que el comisionista haya contratado con el tercero, de lo contrario el comitente quedará vinculado.

Si se cumplen con las condiciones anteriores, el comitente solo estará obligado a indemnizar al comisionista por las actuaciones preparatorias que haya llevado a cabo.

g) Naturaleza jurídica³⁵²

Tanto la comisión como el mandato “otorgan al intermediario la facultad para que este pueda actuar en nombre de su principal. Uno y otro se encuadran en el marco de la colaboración ajena y devienen instrumentos jurídicos relevantes para promover actos y operaciones por cuenta de otro.”³⁵³

El ordenamiento jurídico español clasifica a la comisión y al mandato dentro de los contratos de arrendamiento de obra, en tanto que se persigue una obra o resultado, situación que hace que se suscite el derecho del colaborador a recibir la contraprestación que le corresponde. Unido a lo anterior, se señala que la naturaleza del servicio o actividad desarrollada por el mandatario será siempre un “acto jurídicamente relevante”.

³⁵¹ Díez, “Tema 7. Los contratos de colaboración”, 63-64.

³⁵² Leñena, *Conflicto de intereses y la comisión mercantil*, 32-39.

³⁵³ *Ibid.*, 32

Como corolario de lo anterior, se tiene que el contrato de comisión es un contrato de colaboración, ya que persigue un resultado y su objetivo es la realización de un acto de naturaleza jurídica por cuenta de otro.

Por esta razón, el comisionista, en su papel de colaborador, sustituye al comitente en la orientación de sus intereses y cuenta con la legitimación, otorgada por este último, para que actúe en su nombre y tome las decisiones que él tomaría, por lo que se le exige al intermediario que actúe con la diligencia exigible a un comerciante o empresario.

Por otro lado, cabe agregar que en la legislación española la actividad de promoción y/o estipular negocios jurídicos en interés de otra persona, objeto del contrato de comisión, es de naturaleza jurídico-privada, como lo es la del agente. Es de este modo, pues el comisionista y el agente son sujetos independientes que no forman parte de la estructura organizativa de la empresa del comitente o principal.

Lo anterior se aleja de la relación entre otros auxiliares y el empresario, quienes sí forman parte de dicha estructura y no dependen del resultado obtenido para recibir una retribución.

C. Contrato de trabajo

a) Antecedentes de la legislación del contrato de trabajo³⁵⁴

En España, diferentes leyes recogieron lo atinente al contrato de trabajo. Dentro de ellas, pueden mencionarse la Ley sobre Contrato de Trabajo de 1930 y de 1944. Asimismo, la Ley 8/1980 del 10 de marzo fue la que aprobó el llamado Estatuto de los Trabajadores, y se encargó de recoger la regulación básica de las relaciones laborales en España.

Posteriormente, en 1995, se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que vino a introducir reformas a la mencionada ley y a otras disposiciones legales.

Posteriormente, y debido a que el Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, derogó esta normativa, fue entonces esta última la que pasó a regular todo lo relacionado con los derechos de los trabajadores en España, con diversos cambios que apuntan a una mejor adaptación a la situación económica y social del momento.

b) Concepto legal

El artículo 1254 del Código Civil español instauro que “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o a prestar algún servicio.”

En cuanto a esto, debe consignarse que no existe una definición legal per se del contrato de trabajo, pero sí varios artículos a lo largo del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante LET), que pueden utilizarse para encontrarla o inferir sus elementos.

En este sentido, artículos como el 7, que recoge la capacidad para contratar, el artículo 8, que establece la forma del contrato y el 9, que habla de su validez, mientras que el artículo 15 contiene regulación para la duración del contrato, entre otros.

³⁵⁴ María Lourdes Gago Garcia et al, *Formación y orientación laboral* (Madrid: McGraw-Hill, 2014), <https://www.mheducation.es/bcv/guide/capitulo/8448191595.pdf>, 8.

Sin embargo, más significancia para la extracción de una noción legal del contrato de trabajo tiene lo estipulado en el artículo 1 y 8 del Estatuto de los Trabajadores³⁵⁵. El artículo 1 se refiere al ámbito de aplicación de la LET e instaura que:

ARTÍCULO 1

Ámbito de aplicación.

1. ***Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.***
2. *A los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas. (énfasis añadido)*

El mismo artículo establece las exclusiones al ámbito regulado por la ley y menciona que:

3. *Se excluyen del ámbito regulado por esta ley:*
 - a. *La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regirá por las correspondientes normas legales y reglamentarias, así como la del personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias.*
 - b. *Las prestaciones personales obligatorias.*
 - c. *La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.*
 - d. *Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.*
 - e. *Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.*
 - f. *La actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma.*

³⁵⁵ Según la autora Cristina Sánchez-Rodas Navarro, el artículo 1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores es “clave a los efectos de determinar el concepto de trabajador, pues en el mismo se agrupan, por primera vez, los tres supuestos sustantivos de la relación laboral, a saber, la dependencia, la ajenidad y la remunerabilidad”. “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 37 (2002): 37, http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/37/inf2.pdf

g. En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1.

Por su parte, el artículo 8.1 se refiere a la forma del contrato de trabajo y dispone que: “El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. **Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel.**” (énfasis añadido)

De los artículos incorporados anteriormente se puede realizar una síntesis para determinar el concepto del contrato de trabajo que está contenido en la legislación española, cuyos trazos, en resumen, se pueden manifestar de la siguiente manera: El contrato de trabajo es un negocio jurídico bilateral a partir del cual se genera un acuerdo entre un trabajador que se compromete a prestar sus servicios de forma voluntaria, dependiente y por cuenta ajena, y un empresario que se compromete a pagar una retribución a cambio de esta prestación laboral.

c) Características del contrato de trabajo

i. Bilateral y sinalagmático.

Igual que en los contratos analizados hasta ahora, el contrato de trabajo es bilateral y sinalagmático, por cuanto a partir de él se crean obligaciones recíprocas para las partes que intervienen en él (art. 1.1 LET).

Por lo tanto, en la medida que el trabajador cumpla con su prestación de poner a disposición del empresario sus servicios, surgirá en el empleador la obligación recíproca de darle a cambio un pago como retribución por los mismos.

ii. Oneroso

El contrato de trabajo es oneroso, puesto que de él se derivan obligaciones de carácter patrimonial, esto reflejado en lo redactado por el legislador español en el artículo primero de la LET, mismo que señala la necesidad de que exista una retribución (salario) a favor de quien labora para el empresario, quien, a cambio, recibe sus servicios organizados de acuerdo a sus instrucciones y dirección.

En resumen, cada parte, trabajador y empresario, tienen cargas que están representadas, en el caso de trabajador, por la prestación de servicios, y en el del empleador, la remuneración que tiene a su cargo.

iii. Típico y nominado

Se habla de que el contrato de trabajo es nominado y típico por cuanto existen mínimos legales que se encuentran plasmados a lo largo del texto de la ley en cuanto a su contenido, la capacidad de contratar de las partes, los aspectos necesarios para su validez, entre otros.

A raíz de ello, las partes deben asegurarse de cumplir con dichas disposiciones como requisito para poder concertar una relación jurídico-laboral por medio de un contrato de trabajo y esto constituye un límite a su autonomía de la voluntad, por lo cual no pueden producir un convenio que se contradiga con lo ya estipulado por la ley en cuanto a los aspectos que *necesariamente* deben cumplirse.

Por consiguiente, la autonomía de la voluntad debe ejercitarse dentro del ámbito establecido por la normativa legal y, por ello, “tan pronto se establece el vínculo laboral entre un empresario y un trabajador, a esa relación jurídica individual de trabajo se le incorporan todas las prescripciones del Derecho necesario, como son la jornada máxima, la remuneración mínima, seguridad social, etc.”³⁵⁶

iv. Conmutativo

Se trata de un contrato conmutativo, siendo que, tanto trabajador como quien lo contrata por sus servicios, conocen las prestaciones y los beneficios que conlleva el perfeccionamiento del convenio. En otras palabras, las prestaciones están contenidas en el contrato de trabajo, razón por la cual las partes están informadas y tienen certeza de las mismas.

Con respecto a esto, se ha enunciado que el contrato de trabajo es conmutativo porque la “medida de la obligación de una de las partes es igual al cumplimiento que la otra

³⁵⁶ Luz Pacheco Zerga, “La naturaleza jurídica del contrato de trabajo en el marco de la globalización económica y cultural”, *Asesoría Laboral Temas de Actualidad*, 2010, <https://luzpacheco.files.wordpress.com/2011/06/la-naturaleza-jurc3addica-del-contrato-en-el-marco-de-la-globalizacic3b3n-econoc3b3mica-y-cultural.pdf>, 23.

haga de la suya.”³⁵⁷Pese a ello, se ha destacado que la igualdad que se suscita de esta situación no constituye una igualdad abstracta, sino, más bien, una fundamentada en una desigualdad de deberes derivada de las condiciones reales entre trabajador y empresario.

v. Consensual

El párrafo primero del artículo 8 de la LET se refiere a la forma que debe tener el contrato de trabajo y rescata que el mismo puede celebrarse por escrito o de palabra, y que se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel.

El párrafo segundo refuerza además que solo deben constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal, así como otros que se mencionan en el resto del texto del artículo (contratos de prácticas y para la formación, contratos a tiempo parcial, fijo-discontinuo y de relevo, de trabajo a domicilio, entre otros).

A partir de lo anterior, puede inferirse que el contrato de trabajo es consensual, en tanto que bastará el acuerdo de las partes para que se considere perfeccionado. Lo anterior, sin perjuicio de que cualquiera de las partes exija que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral (art. 8.2 LET).

Sin embargo, como se ha apuntado en el análisis de contratos anteriores, esta situación tiende solo a dar seguridad jurídica a terceros, en el entendido de que el contrato se considerará válido entre las partes, incluso en ausencia de formalización por escrito.

Como consecuencia de lo anterior, la “inobservancia de la forma en los casos establecidos por ley -tiempo parcial o sujeto a modalidad- [solamente] lleva a presumir que el contrato se ha celebrado a jornada completa o a plazo indefinido respectivamente y no que no se haya celebrado.”³⁵⁸

En síntesis, la forma del contrato, entendida como el medio que utilicen las partes para dejar constancia de sus declaraciones de voluntad, no es esencial al contrato de

³⁵⁷ Pacheco, La naturaleza jurídica del contrato de trabajo en el marco de la globalización económica y cultural”, 25.

³⁵⁸ Ibid., 24.

trabajo. Es así, siendo que existe un principio de libertad de forma genérico que rige en el Derecho español, que también está recogido expresamente en la legislación laboral.³⁵⁹

Esto, sin perjuicio de que, para algunas modalidades de contratación, la ley exija la forma escrita, lo cual no significa que la no observancia de esta exigencia haga ineficaz el contrato, por el contrario, “da lugar a una mera presunción ‘iuris tantum’ de que este se ha celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa.”³⁶⁰

vi. De tracto sucesivo

Se puede enunciar que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo ya que las obligaciones que de él se suscitan no se agotan con su cumplimiento. Es así, pues el trabajador tiene una obligación de prestar servicios de la cual no se libera por trabajar solo un día, sino que, por el contrario, debe repetirlo tantos días sean necesarios acorde con lo estipulado en la duración del contrato.

Por el lado del empleador, también está obligado este a otorgar al trabajador su remuneración en los términos pactados, y no realizar este pago por una única vez, en contraprestación por los servicios de los que se ha beneficiado.

d) Elementos del contrato de trabajo

(1) Elementos subjetivos

i. El trabajador

El artículo 1 de la LET establece que será considerado trabajador aquella persona física que preste sus servicios de forma voluntaria, por cuenta ajena, bajo el poder de dirección y organización del empresario, y a cambio de una retribución.

El artículo 7 del mismo cuerpo normativo recoge las condiciones que debe cumplir el trabajador para poder trabajar e instituye una necesaria capacidad que consiste en:

ARTÍCULO 7

Capacidad para contratar.

Podrán contratar la prestación de su trabajo:

³⁵⁹ Martínez, “Tema 25: el contrato de trabajo”, 10.

³⁶⁰ *Ibid.*, 10-11.

- a. *Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil.*
- b. *Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.
Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda esta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación.*
- c. *Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia.*

En cuanto al primero de los supuestos, el Código Civil español instauro que tendrán capacidad plena para contratar las personas mayores de 18 años de edad, así como los menores emancipados o con un representante legal.³⁶¹

Como consecuencia de lo anterior, se tiene que poseen una capacidad plena únicamente los mayores de edad, sin perjuicio de que los menores de 18 años, pero mayores de 16 puedan contratar, mientras cuenten con autorización de sus padres o tutores.

Como complemento, el artículo 6 estipula prohibiciones al trabajo de menores de 16 años, por lo cual se encuentran estos incapacitados para trabajar, a menos de que se trate de espectáculos públicos, cuando no sean peligrosos para su salud ni formación personal y humana. Para esto, deberán contar además con un permiso escrito.

ii. El empresario

El empleador, que en el caso del régimen jurídico laboral español es denominado empresario, según el artículo 1, incisos 1 y 2, posee las siguientes características:

1. *Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra **persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.***
2. *A los efectos de esta ley, **serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios***

³⁶¹ A propósito de los menores emancipados, el artículo 314 del Código Civil español establece que la emancipación tiene lugar cuando se cumple la mayoría de edad; por concesión de los que ejerzan la patria potestad o; por concesión judicial.

Unido a esto, el artículo 319 dispone que: "Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de estos. Los padres podrán revocar este consentimiento.", pero, una vez emancipados, de acuerdo con el artículo 323 *ibidem* señala que el menor estará habilitado para regir su persona y sus bienes como si tuviera la mayoría de edad.

de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.

Basándose en esta norma, puede afirmarse que el empresario puede ser tanto una persona física como jurídica, y es quien se beneficia de los servicios ofrecidos por el trabajador.

Igual que para el trabajador, el empresario deberá ser una persona física que cuente con capacidad para contratar (mayor de 18 años, menor emancipado o menor con un representante legal).

Unido a esto, debe entenderse que, al referirse a personas jurídicas, se refiere el artículo a “aquella corporación, fundación o asociación de interés público o privado, civil, mercantil o industrial, reconocida por la ley y a la que esta le otorga personalidad propia independiente de la que tiene cada uno de sus asociados.”³⁶²

(2) Elementos objetivos³⁶³

A partir de un mejor análisis del artículo primero de la LET, harto mencionado, se pueden determinar las notas esenciales de este tipo de contrato en España, mismas que se desarrollarán a continuación:

i. Dependencia

En cuanto a la dependencia, es útil constatar que esta consiste en una subordinación, puesto que los servicios del trabajador se prestan *dentro del ámbito de organización y dirección* del empresario. Esto, de conformidad con lo expresamente establecido por el Estatuto de los Trabajadores.

³⁶² Domenech, “Bloque temático segundo. El contrato de trabajo”, 49.

³⁶³ Leodegario Fernández Sánchez, “Tema 49. El derecho del trabajo: características. Principios constitucionales. Las fuentes del ordenamiento laboral. Especial referencia a los convenios colectivos. El personal laboral de la administración. Contratación de personal laboral. El convenio colectivo único”, *Temario General de la ESTT-OEP*, 2011, http://www.dgt.es/Galerias/la-dgt/empleo-publico/oposiciones/doc/2011/TEMA_49_-_Parte_General.doc, 4-6.

Dicho de otra manera, la dependencia del trabajador significa que “los términos singulares de su prestación están sometidos al poder contractual de organización productiva que corresponde al empresario.”³⁶⁴

Al respecto, se ha afirmado que dicha subordinación es el elemento que continúa siendo el rasgo esencial que permite distinguir una relación laboral, siendo que “el Derecho del Trabajo no protege todas las formas y modalidades de trabajo, sino solamente el trabajo subordinado o dependiente.”³⁶⁵ Ello no obsta que algunos autores, especialmente en las últimas décadas de desarrollo del contrato de trabajo, hayan encontrado en la ajenidad la nota diferenciadora por excelencia.

ii. Ajenidad

En lo relacionado a la ajenidad (a lo que el artículo primero hace referencia cuando habla de “trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por *cuenta ajena*”), se hace necesario apuntar que aquella “se traduce ... en la apropiación por parte del empleador del resultado de la actividad personalmente desarrollada por el trabajador [y] también puede ser referida a la no asunción por parte del trabajador de los riesgos de la explotación del negocio.”³⁶⁶

En este sentido, la ajenidad conlleva que los frutos de la actividad desplegada por el trabajador no le pertenecen al mismo, sino a la persona que contrata con él dicha prestación, a cambio de una remuneración.

Sin embargo, se ha rescatado que en el caso del contrato de trabajo:

No se trata de que el trabajador adquiera primero la titularidad del resultado de su esfuerzo, y posteriormente lo ceda o transmita al empresario, sino que existe una cesión anticipada o a priori, por el mero hecho de celebrar el contrato, en virtud del cual el ajeno (empresario) adquiere de modo originario la propiedad del resultado del trabajo.

³⁶⁴ Manuel Carlos Palomeque López, “Trabajo subordinado y trabajo autónomo en el ordenamiento laboral español”, *Gaceta Laboral* (10), n.º 1 (enero-abril 2004): 63, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33610104>

³⁶⁵ Sánchez-Rodas, “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario”, 41.

³⁶⁶ *Ibíd.*, 40.

iii. Voluntariedad

La voluntariedad se debe a que el trabajo que es objeto de regulación por medio de la LET es uno con carácter libre y voluntario, y no forzoso o impuesto. Por este motivo, se estima que “a través del contrato el trabajador asumirá libre y voluntariamente la obligación de prestar el trabajo pactado. Y de realizarlo, además, con sujeción a las órdenes del empleador y con la diligencia y colaboración que resulte legalmente exigible.”³⁶⁷

En ausencia de este elemento de voluntariedad, no podría aplicarse la LET, por cuanto el artículo 1.3 excluye de su ámbito de aplicación a “las prestaciones personales obligatorias”.

iv. Retribución

La ausencia de retribución desembocará en la inexistencia de la relación laboral, puesto que implicaría que no resulta aplicable lo incorporado en el artículo 8.1 de la LET. Como corolario de lo anterior, ha de mencionarse que el mismo artículo 1.2, dentro de la lista de trabajos que se consideran excluidos del ámbito de aplicación de la ley, incluye aquellos que son realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, puesto que carecen ellos de una remuneración.³⁶⁸

La retribución constituye la prestación salarial, que es la prestación básica del empresario. Dicho elemento se constituye en la relación jurídica laboral que nace del contrato de trabajo.

Esta prestación salarial posee características, dentro de las cuales se pueden enumerar³⁶⁹:

- Se trata de una prestación de dar que se fundamenta en el hecho de transferir al trabajador “la propiedad de dinero u otros bienes, aunque excepcionalmente puede consistir en una mera cesión del uso y disfrute no traslativa del dominio.”³⁷⁰

³⁶⁷ Sánchez-Rodas, “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario”, 38.

³⁶⁸ *Ibíd.*

³⁶⁹ Carmen Martínez Ramírez, “Tema 29: Prestación básica del empresario: Salario. Concepto y clases. Lugar, tiempo y forma de pago de los salarios. El salario mínimo interprofesional. Protección del salario”, *Preparadores de Oposiciones para la Enseñanza*, 2009, 2.

³⁷⁰ Martínez, “Tema 29: Prestación básica del empresario”, 2.

- Es una prestación de carácter patrimonial, instantánea, aunque de ejecución periódica, dineraria o en especie.

La definición legal del salario se encuentra en el artículo 26.1 de la LET, según el cual

ARTÍCULO 26 Del salario.

Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo.

Es posible notar que este concepto legal goza de mucha amplitud, motivo por el cual es posible realizar su cálculo y abono de diferentes maneras.³⁷¹

Debe apuntarse que, la prestación retributiva es una obligación salarial “independiente de los beneficios que el trabajo reporte al empresario, por lo que deberá abonar el salario en todo caso quedando el trabajador inmunizado frente a los éxitos o fracasos del negocio.”³⁷²

v. Prestación de servicios

La prestación de servicios es la obligación básica que le compete al trabajador. A propósito de ella, se ha asegurado que consiste en una prestación de actividad y no de resultado, pues “si bien toda actividad laboral es en principio útil o productiva, o conduce de manera más o menos inmediata a un resultado útil o productivo, la utilidad de este resultado es indiferente y no integra la deuda contractual del trabajador.”³⁷³

Con respecto a los servicios que se expresan en el artículo 1.1 de la LET, puede mencionarse que comprenden los trabajos manuales o intelectuales, prestados de manera personal por el trabajador, debido al carácter personalísimo de la prestación laboral.³⁷⁴

³⁷¹ Martínez, “Tema 25: El contrato de trabajo”, 9.

³⁷² *Ibíd.*,

³⁷³ Fernández, “Tema 49. El derecho del trabajo”, 4.

³⁷⁴ Fernández, “Tema 49. El derecho del trabajo”, 4-5.

e) Derechos y obligaciones de las partes³⁷⁵

Como consecuencia del contrato de trabajo, se deriva una serie de derechos y obligaciones recíprocos para las partes, de acuerdo con el régimen jurídico instaurado a partir de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Dichos derechos y obligaciones incluyen los siguientes:

(1) Derechos del trabajador

Los derechos de los trabajadores derivados de la relación laboral están contemplados en el artículo 4.2 de la LET y estos mismos se traducen en deberes correlativos para los empleadores.

A continuación, se enumerarán los derechos más relevantes y se adjuntará una explicación sucinta de aquellos derechos que necesiten más elaboración o que no hayan sido objeto de desarrollo en los apartados anteriores, haciendo la salvedad de que no todos los derechos que tiene el trabajador se circunscriben a la disposición legal, sino que también pueden emanar directamente del contrato de trabajo.

i. Derecho a la ocupación efectiva

El apartado a) del artículo mencionado hace alusión al derecho del trabajador a una ocupación efectiva. Esto, se ha entendido como la suposición de que “el empresario tiene la obligación de darle tareas reales, no pudiendo mantenerlo inactivo, aunque le pague el salario, a no ser por circunstancias de fuerza mayor.”³⁷⁶

Esto quiere decir que, durante la jornada de trabajo, el trabajador deberá poder ejercer o poner en práctica sus capacidades, sean estas las que fueren, y no podrá someterse a permanecer inoperante.

ii. Derecho a la formación profesional y promoción

El apartado b) *Ibíd.*, por su parte, se refiere a un derecho a la formación profesional y promoción en el trabajo. Esto conlleva que el empleador deberá preocuparse

³⁷⁵ Domenech, “Bloque temático segundo. El contrato de trabajo”, 61-63.

³⁷⁶ *Ibíd.*, 61.

por que el trabajador tenga acceso tanto a ascensos como a los aumentos de salario, cuando corresponda.

La LET procede a desarrollar más la cuestión de la promoción en los artículos 22, 23, 24 y 25. El artículo 22 desarrolla lo atinente al sistema de clasificación profesional, el cual deberá ordenarse a partir del acuerdo entre la empresa y los trabajadores, entablándose un sistema de clasificación profesional de los trabajadores, mediante grupos o categorías profesionales.

El artículo 23, continúa ampliando acerca del derecho a la formación efectiva y, en lo tocante, estipula que:

ARTÍCULO 23

1. El trabajador tendrá derecho:

- a. Al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional.*
- b. A la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional.*
- c. A la concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo.*
- d. A la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. La misma correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo.*

El artículo 24, estudia la promoción profesional y procede a designar que aquellos se producirán conforme a lo que se establezca en el contrato, de acuerdo con la formación, méritos, antigüedad del trabajador; así como las facultades organizativas del empleador.

Posteriormente, el artículo 25 habla de la promoción económica e instaura que el trabajador podrá adquirir el derecho a esta, de conformidad con el trabajo desempeñado y según los términos pactados en el contrato individual.

- iii. Derecho a la igualdad y no discriminación (directa o indirectamente) para el empleo o una vez empleados

Esta prohibición para el empleador, contemplada en el artículo 4.2.c), se refiere al derecho del trabajador a no ser afectado por criterios diferenciados en virtud del sexo, estado civil, edad, origen racial o étnico, entre otras.³⁷⁷

- iv. Derecho a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales

La implicación de este derecho para el empleador consiste en que este deberá velar por la salud e integridad de los trabajadores, preocupándose por adoptar las medidas de seguridad oportunas.

- v. Derecho al respeto a su intimidad y dignidad

Este derecho, contenido en el artículo 4.2.e. abarca la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

Se ha indicado que este derecho conlleva que “no se permitirán intromisiones del empresario en la vida privada del trabajador [y] comprende la protección del trabajador frente a ofensas verbales y sexuales, [además de ser] un límite al poder de vigilancia y control por parte del empresario.”³⁷⁸

- vi. Derecho a la percepción puntual del salario

Sin ahondar más en la cuestión de la remuneración, anteriormente estudiada, se dirá en este punto que el trabajador tiene derecho de percibir su salario de acuerdo con la periodicidad pactada, sea diaria, semanal o mensual.

³⁷⁷ El artículo 4.2.c) completo despliega todos los criterios y señala que el trabajador tendrá derecho:

A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

³⁷⁸ Gago et al, *Formación y orientación laboral*, 16.

(2) Obligaciones del trabajador

Los deberes que le corresponden al trabajador están contenidos en el artículo quinto de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y a continuación se consignarán, sin perjuicio, una vez más, de aquellos deberes que puedan derivarse del respectivo contrato de trabajo.

- i. Prestar sus servicios bajo la dirección del empresario
- ii. Deber de buena fe y diligencia

En el entendido de que la contratación se fundamenta en el principio de buena fe de las partes contratantes, esto supone que aquellas habrán de cumplir sus obligaciones de forma leal, sin tratar de obtener ventajas abusivas o acudir al engaño.

Esto se recoge en la LET, cuyo artículo 5.a) señala que: “los trabajadores tienen como deberes básicos: Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, **de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia.**” (énfasis añadido)

La diligencia, por su parte, se relaciona con la noción de que el trabajo desarrollado por el trabajador debe estar enmarcado dentro de una voluntad de obtener resultados satisfactorios para el empresario. Al respecto, el artículo 20.2 establece que:

*En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, **el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas** por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe. (énfasis añadido)*

La ausencia de la buena fe comentada supone una causa de despido disciplinario que se traduce en la terminación del contrato sin indemnización para el trabajador (art. 54.2.d)³⁷⁹

³⁷⁹ El artículo 54, inciso 2, apartado d) se refiere a esta causa de extinción y dispone que: 2. Se considerarán incumplimientos contractuales: d. La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

- iii. Observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten
- iv. Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario

Debido a las facultades directivas o al poder de dirección del empleador, el trabajador está obligado a cumplir las órdenes propias a la prestación del trabajo subordinado.

- v. No concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en la ley

La no concurrencia (competencia desleal) es un aspecto estudiado en el artículo 21 LET, el cual consigna que el trabajador no podrá competir con la empresa que lo emplea y establece que:

1. *No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan.*
2. *El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, solo será válido si concurren los requisitos siguientes:*
 - a. *Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.*
 - b. *Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.*
3. *En el supuesto de compensación económica por la plena dedicación, el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación.*
4. *Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.*

Lo mencionado comprende, además, la no divulgación de secretos o aceptación de sobornos.³⁸⁰

³⁸⁰ Gago et al, *Formación y orientación laboral*, 16.

vi. Contribuir a la mejora de la productividad

f) Terminación del contrato

El artículo 49.1 de la LET recoge las causas de extinción del contrato de trabajo, disponiendo que el contrato se extinguirá:

- a) *Por mutuo acuerdo de las partes.*
- b) *Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.*
- c) *Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.*
- ...
- d) *Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.*
- e) *Por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2.*
- f) *Por jubilación del trabajador.*
- g) *Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante*
- ...
- h) *Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el artículo 51.7.*
- i) *Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.*
- j) *Por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario.*
- k) *Por despido del trabajador.*
- l) *Por causas objetivas legalmente procedentes.*
- m) *Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.*

Asimismo, el artículo 50 establece las causas justas para que la extinción del contrato sea solicitada por voluntad del trabajador y las enumera de la siguiente manera:

- a) *Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.*
- b) *La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.*
- c) *Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.*

Por último, el artículo 52 señala las causas objetivas por las cuales puede extinguirse el contrato y las enlista como se incorpora a continuación:

- a) *Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.*
 - b) *Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación.*
 - c) *Cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo. Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado.*
 - d) *Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.*
- g) Naturaleza jurídica³⁸¹

Además de las características mencionadas del contrato de trabajo en España, se señala que aquel es un contrato personalísimo o *intuitu personae*, siendo que la sustitución del trabajador sea esta remunerada o no, no es posible en el contrato de trabajo, o, de ser admitida por el empleador, será establecida mediante un nuevo contrato de trabajo entre este último y el sustituto.

Dicho de otra forma, la prestación contenida en el artículo 1.1. LET implica, necesariamente, que quien la lleve a cabo sea quien *personalmente* contrató con el empleador al efecto, impidiéndose de esta manera que pueda sustituirse un tercero en la persona del trabajador, quien además recibirá la remuneración precisamente como contrapartida por haber prestado *sus* servicios.

Se señala, asimismo, que el contrato de trabajo tiene un carácter *sui generis*, motivo que lleva a asegurar que no es posible encuadrarlo técnicamente en otros contratos

³⁸¹ Pacheco, "La naturaleza jurídica del contrato de trabajo en el marco de la globalización económica y cultural", 24-26.

tipificados en España. En este sentido, este tipo contractual es una figura autónoma y está regulada como tal por el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, plasmándose, con ese objetivo, sus características, las obligaciones inherentes a cada una de las partes, la normativa que se aplicará, el contenido que debe tener, los aspectos relacionados con su forma y validez, entre otras.

Con esto en mente, se ha dilucidado la naturaleza jurídica del contrato de trabajo mediante la distinción de figuras que podría considerarse guardan afinidad con él. Esto, pues se ha querido encuadrar la prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena en otras figuras contractuales, razón que llevó a los juristas a idear un nuevo tipo de contrato, el contrato de trabajo.³⁸²

En este orden de ideas, se distingue el contrato de trabajo del contrato de compraventa, en tanto que, no solo por razones técnico-jurídicas, sino también de política social, el trabajo dependiente no puede ser regulado por la normativa del contrato de compraventa. Lo anterior, puesto que el Derecho del Trabajo ha sido conteste en acuerpar la noción de que “el trabajo no es mercancía”, cuestión que llevó a la creación del nuevo género contractual laboral, el cual se preocupa por tomar en cuenta los aspectos jurídico-laborales de la relación.³⁸³

Unido a esto, se diferencia del contrato de mandato, toda vez que la función socioeconómica de este es incompatible con la relación propia del contrato de trabajo, aunado al hecho de que, a falta de pacto en contrario, el mandato se tiene como gratuito.

Por último, el régimen jurídico del arrendamiento de servicios, al resultar su aplicación insuficiente, llevó a que el legislador buscara otro contrato que englobara la idea de que la actividad que realiza el trabajador no puede serle enajenada, y, por consiguiente, no es susceptible de arrendamiento.

³⁸² Carmen Martínez Ramírez, “Tema 25. El contrato de trabajo: concepto, elementos, capacidad para contratar. Forma del contrato de trabajo. Duración, Trabajos excluidos y relaciones especiales de trabajo. El período de prueba”, *Preparadores de oposiciones para la enseñanza*, 2009, 4.

³⁸³ *Ibíd.*, 4.

II. SECCIÓN II – CASO COLOMBIA

A. Contrato de agencia

a) Antecedentes de la legislación del contrato de agencia³⁸⁴

En Colombia, previo al Código de Comercio vigente, el Código de Comercio Terrestre enumeró dentro de los actos de comercio a las agencias de negocios y reguló también la agencia de cambio, pero no la agencia mercantil.

Así, dicho Código enmarcaba el tema desde el punto de vista de los sujetos mercantiles, en el libro primero “de los comerciantes y agentes de comercio”, pero no regulando el contrato de agencia mercantil, por lo que se trataba entonces de una figura atípica con naturaleza jurídica variada, dado que se consideraba similar a otras figuras contractuales.

A lo interno de la legislación colombiana, el contrato de agencia fue recogido por primera vez en el Código de Comercio de 1971 y fue el resultado de la combinación del proyecto de reforma al Código que databa de 1958 y otro proyecto de ley que había emergido de la Cámara de Representantes de Colombia en 1969.³⁸⁵

De esta forma, se convirtió en la primera ley que consagró el contrato de agencia como un contrato autónomo y fueron los artículos 1317 a 1331 del cuerpo normativo encargado de legislar la materia comercial, los que regularon las cuestiones atinentes; aunque lo dicho no significa que la agencia mercantil no fuera conocida en la práctica mercantil colombiana bajo otros nombres, puesto que las actividades que hoy se conocen como inherentes al contrato de agencia, se adaptaban a lo dispuesto para otros tipos de contratos.

En este orden de ideas, es conveniente añadir que se han realizado varias críticas a la manera en la que se tipificó el contrato de agencia mercantil, por lo que, incluso, se ha

³⁸⁴ Jaime Arrubla Paucar, “La agencia mercantil: su ubicación en el mandato”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 55 (1981): 105, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212533> y Carlos Julio Giraldo Bustamante, “La agencia comercial en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 47 (enero-junio 2012): 4-6, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033218006>

³⁸⁵ Bedoya, “La cesantía comercial elemento determinante del contrato de agencia”, 8.

llegado a asegurar que algunas de las normas atinentes a esta figura son las más confusas de todo el Código de Comercio.

Estas normas no cuentan con carácter de orden público, sino que más bien se consideran normas supletorias que se dirigen a la protección de los intereses de los agentes.

Sin embargo, se rescata la relevancia que tuvo esta normativa, toda vez que “la regulación del contrato de agencia resultó necesaria para efectos de establecer reglas claras, al igual que para proteger al agente frente a eventuales abusos del empresario, tanto en relación con el desarrollo de su oficio en sí, como en relación con posibles fraudes a la ley laboral.”³⁸⁶

b) Concepto legal

Como se mencionaba líneas atrás, la legislación del contrato de agencia, en Colombia, se hace a partir de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio colombiano (en adelante CCOMc). Específicamente, se encuentra nominado y regulado dentro del capítulo V del Título XIII del Libro Cuarto.

En este sentido, para encontrar la definición legal que se ha recogido en el ordenamiento colombiano, hay que referirse al artículo 1317, el cual habla del contrato de Agencia Comercial e indica que es aquel mediante el cual “un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. Unido a ello, la última parte del mismo artículo dispone que: “la persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente.”

Se ha señalado que el calificativo de “comercial” añadido a la agencia en el cuerpo normativo indicado tiene un carácter redundante, siendo que no existe un contrato de agencia civil y la agencia es uno de los actos de comercio que se describen en el artículo

³⁸⁶ Isabel C. García Velasco, “El proteccionismo jurídico de la agencia comercial en Colombia frente a los tratados de integración económica”, *Cuadernos de Administración* (27), n.º 46 (julio-diciembre de 2011): 158, <http://www.scielo.org.co/pdf/cuadm/v27n46/v27n46a12.pdf>

20 del mismo Código.³⁸⁷De igual manera, se ha discutido que la inclusión en el CCOMc de la definición del contrato de agencia dista de lo realizado por otras legislaciones, cuyo interés central está en las funciones del agente comercial.³⁸⁸

c) Características del contrato de agencia³⁸⁹

i. Bilateral

El contrato de agencia es bilateral, toda vez que ambas partes adquieren derechos y obligaciones recíprocas, es decir, existe una contraprestación a la obligación del agente. Por un lado, el agente se obliga a promover o explotar los negocios del agenciado, cuidándose de cumplir a cabalidad el encargo que se le asigna y por otro, el empresario se obliga a pagar la remuneración que deba reconocer al primero por su gestión.

ii. Oneroso y conmutativo

En atención al carácter oneroso de este contrato, debe entenderse que ambas partes derivan utilidades del mismo, siendo que el beneficio de una parte significa el perjuicio de la otra, y viceversa.

La agencia en el CCOMc es onerosa, pues se trata de un mandato remunerado, al cual la gratuidad no le corresponde. Así se colige del artículo 1322, que al referirse a la remuneración del agente insta que:

ARTÍCULO 1322. REMUNERACIÓN DEL AGENTE. El agente tendrá derecho a su remuneración, aunque el negocio no se lleve a efectos por causas imputables al empresario, o cuando este lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio.

Por otro lado, en cuanto a su carácter conmutativo, el artículo 1498 del Código Civil colombiano estipula que deberá reputarse que cumplen con esa circunstancia aquellos contratos en los que “una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.”

³⁸⁷ Giraldo, “La agencia comercial en el derecho colombiano”, 4.

³⁸⁸ Velasco, “El proteccionismo jurídico de la agencia comercial”, 158.

³⁸⁹ Morales, “El contrato de agencia mercantil”, 42-44.

Bajo esta perspectiva, puede afirmarse que el contrato de agencia en el CCOMc es conmutativo, puesto que existe un equilibrio entre las prestaciones recíprocas de las partes.

iii. Consensual

Al ser un contrato consensual en Colombia, la solemnidad sería convencional si las partes lo pactaran. El artículo 1320, determina que:

*El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y **será inscrito en el registro mercantil. No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos.** (énfasis añadido)*

Por lo tanto, se evidencia que el contrato requiere de registro mercantil e inscribirse, pero solo a efectos de oponibilidad ante terceros y no es un requisito para su validez. De conformidad con esto, los acuerdos contenidos en el contrato que no se haya registrado, son los que no serán oponibles “a terceros de buena fe exenta de culpa.”

Lo mencionado encuentra sustento en el hecho de que la agencia puede o no ser representativa, y si el agente no tiene la representación del empresario, entonces no habría necesidad de registrar un acuerdo que no está dirigido a que un tercero se vea afectado por el influjo de los efectos que el contrato produce entre las partes.

iv. Principal

El cuerpo de normativa civil colombiano indica, en su artículo 1499 que “el contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención.” Hecha esta observación, puede afirmarse que del articulado del CCOMc se infiere que la agencia mercantil es un contrato principal pues no se deriva de ningún otro contrato, es valioso en sí mismo.

v. De ejecución o tracto sucesivo

Se trata de un contrato de tracto sucesivo pues no se extingue con la realización de varios negocios, en la medida que “la labor del agente se ejecuta en forma continuada en

el tiempo y en el espacio, promoviendo y explotando negocios con el fin de conquistar, conservar, ampliar o recuperar una clientela.”³⁹⁰

Esto se infiere de la definición contenida en el artículo 1317 ya comentado, pues se señala que la actividad de promoción será estable y estará referida a *negocios*, o, lo que es lo mismo, que el agente realiza su encomienda de una manera que se prolonga en el tiempo y está dirigida a desarrollar una serie de actuaciones que, concatenadas, corresponden la prestación objeto del contrato.

d) Elementos del contrato de agencia

En este apartado, resulta oportuno hacer la aclaración de que se realiza la división entre los elementos naturales y los accidentales, de acuerdo con las distinciones que hace Juan Sebastián Alejandro Perilla Granados, quien, en cuanto a esto, ofrece que “los naturales son aquellos que sin ser esenciales se presumen incluidos en el contrato, salvo pacto en contrario. Y finalmente, los accidentales son aquellos que solo harán parte del contrato si las partes lo disponen expresamente.”³⁹¹

(1) Elementos subjetivos³⁹²

En principio, de la lectura del artículo 1317, se infiere que las partes de este contrato son dos comerciantes, sin embargo, se precisará lo respectivo para determinar que dicha condición no es necesaria.

i. Empresario

El CCOMc escogió utilizar un nombre genérico para designar al principal del contrato de agencia (el art. 1317 se refiere a él como “empresario”). A pesar de esto, se ha señalado que existe lo posibilidad de que se celebre un contrato de agencia por quien, teniendo la condición de empresario, no es comerciante, por ausencia del ánimo de lucro.

El empresario o agenciado es “la persona que requiere ampliar la red de distribución de sus bienes o servicios y que como su nombre lo indica es el titular de una empresa,

³⁹⁰ Morales, “El contrato de agencia mercantil”, 44.

³⁹¹ Juan Sebastián Alejandro Perilla Granados, “La agencia mercantil desde el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos”, *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas* (33), n.º17 (julio-diciembre 2017): 19, DOI: <http://dx.doi.org/10.22518/16578953.911>

³⁹² Giraldo, “La agencia comercial en el derecho colombiano”, 23.

puede ser una persona natural o jurídica, pública o privada, incluso con o sin ánimo de lucro.”³⁹³

ii. Agente

Corresponde a una persona natural o jurídica que tiene a su cargo la promoción o explotación de los negocios del empresario. Con respecto a este, ha de agregarse que, aunque del artículo 1317 se desprende que es un comerciante, no es necesario que ostente esa condición, pues “lo que sucede es que adquiere ese estatus con el desarrollo de su encargo, pero no es requisito previo para tener la calidad de agente.”³⁹⁴

Algunos autores señalan, sin embargo, que el agente comercial debe ser una persona calificada dentro del mundo de los negocios y ocuparse en forma profesional de una actividad que la ley considere mercantil.³⁹⁵

(2) Elementos objetivos³⁹⁶

De la definición contenida en el artículo 1317 CCOMc, harto mencionado, se derivan una serie de elementos esenciales que se detallarán a continuación:

iii. Independencia del agente

La norma establece que, mediante la Agencia Comercial, se “asume **en forma independiente** y de manera estable el encargo de promocionar o explotar negocios como representante o agente de un empresario.”

Cabe decir, en lo tocante a la independencia del agente, que esta se debe a que el mismo desarrolla su actividad mediante una empresa propia, e implica tanto la organización, como la estructura de quien desempeña la labor; teniendo además repercusiones en la ejecución y el desarrollo del contrato.³⁹⁷

³⁹³ Giraldo, “La agencia comercial en el derecho colombiano”, 23.

³⁹⁴ *Ibíd.*

³⁹⁵ Adriana Lucía López Álvarez, “El contrato de agencia comercial y los cambios introducidos en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los países andinos”, *Revista e-Mercatoria* (19), n.º 1 (enero-junio 2011): 11-12, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2905/2546>,

³⁹⁶ Perilla, “La agencia mercantil”, 19-21.

³⁹⁷ Giraldo, “La agencia comercial en el derecho colombiano”, 7.

Como resultado de esto, se ha afirmado que es la autonomía del agente la que lo excluye de la relación de trabajo, pues desvirtúa la dependencia y subordinación que caracteriza al trabajador.

Ahora bien, el artículo 1321 del CCOMc consagra que “el agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas”, de tal suerte que la independencia a que se hace referencia debe circunscribirse a las pautas que son dictadas por el empresario y no es irrestricta.

En lo tocante a esto, se ha apuntado que el agente decide, “en ejercicio de su independencia, el modo, el tiempo o la cantidad de su actividad, lo cual significa que no se encuentra sujeto a horarios de trabajo o a itinerarios. Pero, por ejemplo, no riñe con ella que el empresario le exija al agente un número determinado de personas para realizar su labor, o pueda establecer algunas de las condiciones de la distribución de los bienes que se encargan al agente.”³⁹⁸

iv. Encargo de promover y explotar negocios

Este elemento se vincula especialmente con la modalidad de contrato que es el de agencia. Dicho de otra forma, es este encargo el elemento que lo diferencia de otras figuras contractuales como la comisión y el mandato, ya que implica un tipo de intermediación distinta, pues “en la agencia comercial la intermediación no es para uno o varios actos, sino que va formando una cadena” y “la función del agente va mucho más allá de vender un producto o recibir ofertas, dado que debe actuar sobre la clientela para conquistar, ampliar o reconquistar un mercado a favor del empresario.”³⁹⁹

v. Estabilidad

La estabilidad es un elemento esencial del contrato de agencia, pues sin su presencia, el mismo podría degenerar en otros como la comisión. Como se consignaba, es el artículo 1317 el cual determina la necesidad de que el agente lleve a cabo su actividad con un carácter estable.

³⁹⁸ Giraldo, “La agencia comercial en el derecho colombiano”, 8.

³⁹⁹ López, “El contrato de agencia comercial y los cambios introducidos en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los países andinos”, 18,

De aquella circunstancia mencionada se desprende una permanencia en el tiempo que implica que “la labor de promoción o explotación no se puede hacer sin que haya un intervalo de tiempo adecuado que permita iniciar un mercado o penetrar uno ya existente.”⁴⁰⁰ Ello no implica que el contrato, necesariamente, deba tener una duración prolongada o un término indefinido, sino meramente una continuidad en el cumplimiento de la obligación del agente.

Tampoco conlleva esta circunstancia que el agente deba ejercer sin interrupción su encargo, al contrario, pues debe desarrollar la promoción entre tanto existan posibilidades de que esa labor pueda desembocar en la celebración de convenios, de conformidad con lo consagrado en el contrato.⁴⁰¹

La estabilidad es consecuencia de que el agente no es una persona que promueve o concluye uno o varios negocios determinados, sino una serie de negocios sucesivos.⁴⁰²

vi. Actuación del agente por cuenta del agenciado

Se ha planteado que este elemento no está incluido en la definición legal, pero es posible inferirlo de otros preceptos legales que reglamentan el contrato (art. 1321 con relación a las instrucciones del agenciado que debe seguir el agente, y la información que debe dar al agenciado en relación con las condiciones de la zona que se le asignó; art. 1322 en relación con la remuneración a la que tiene derecho el agente, aunque el negocio no se lleve a cabo por causas imputables al empresario o cuando este lo efectúe directamente).

Conviene establecer que la actuación del agente es por cuenta ajena, situación que desencadena en que los resultados de lo mandado se reflejan esencialmente en el estatus financiero del agenciado, y favorece sus intereses económicos. Es por ello que la clientela creada le corresponde al agente, puesto que ya el agenciado se beneficia patrimonialmente del éxito de las operaciones puestas en marcha.

En otras palabras, la labor que realiza el agente por cuenta del agenciado tiene un doble significado, en tanto que “las consecuencias jurídicas, los efectos jurídicos de los actos ejecutados por el agente, así no sea representante del empresario, se trasladan o

⁴⁰⁰ Perilla, “La agencia mercantil desde el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos”, 20.

⁴⁰¹ López, “El contrato de agencia comercial”, 17.

⁴⁰² Morales, “El contrato de agencia mercantil”, 45-46.

deben trasladarse a la órbita patrimonial del empresario, quien es el llamado a asumir los (i) riesgos de dichos actos tales como la pérdida o no venta de la mercancía, la cartera morosa, así como (ii) las ventajas de las actuaciones y operaciones realizadas por el agente.”⁴⁰³

Los riesgos que le incumben al agente (pues se trata de un contrato oneroso), por otro lado, se vinculan con la infraestructura y la estrategia diseñadas y empleadas para desarrollar la prestación, pues correrá esto por su cuenta.

vii. Zona geográfica delimitada

En cuanto a esto, la zona geográfica en la que se plantea que el agente ponga en acción sus habilidades como promotor de negocios, esto es, su zona de actuación debe estar definida; toda vez que el agenciado cuenta con la posibilidad de tener a su disposición varios agentes, cada uno en un territorio diferente.

Con este mismo propósito, el área de negocio sobre la cual va a recaer el negocio también deberá estar determinada, en este caso por el giro ordinario de los negocios del agenciado.

En este orden de ideas se pronuncian los artículos 1317 y 1320, el primero referido a la “zona prefijada en el territorio nacional” y, el segundo, además de referirse a esto, determina lo respectivo a la delimitación de las actividades del agente, en tanto que dispone que:

ARTÍCULO 1320

CONTENIDO DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL.

*El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, **el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen**, y será inscrito en el registro mercantil. (énfasis añadido).*

⁴⁰³ Bedoya, “La cesantía comercial elemento determinante del contrato de agencia”, 19.

(3) Elementos naturales

i. Remuneración a favor del agente

En Colombia, debido a que el contrato de agencia se encuentra enmarcado dentro del ámbito del derecho mercantil, es oneroso. En otras palabras, la agencia mercantil es, por naturaleza, remunerada; situación que habilita a las partes para pactar en contrario. La consecuencia de esto, por lo tanto, es que pueden existir contratos de este género que las partes determinen como gratuitos.

La remuneración del agente puede tomar algunas formas, pero, usualmente, consiste en una comisión equivalente a un porcentaje de los negocios que se realizan. Aun así, cabe la posibilidad de que se fije como una suma predeterminada, toda vez que, en la ley, específicamente los artículos 1323 y 1324 CCOMc solo se consigna, en lo tocante, que:

ARTÍCULO 1323

REEMBOLSOS.

*Salvo estipulación en contrario, el empresario no estará obligado a reembolsar al agente los gastos de agencia; pero estos serán deducibles como expensas generales del negocio, **cuando la remuneración del agente sea un tanto por ciento de las utilidades del mismo.***

ARTÍCULO 1324

TERMINACIÓN DEL MANDATO.

*El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la **comisión, regalía o utilidad recibida** en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.*

Como resultado de esto, se puede evidenciar que la ley solo agrupa algunas de las formas que puede tomar la remuneración dada al agente.

Aunado a lo anterior, el derecho del agente a recibir retribución por su labor queda consagrado en el artículo 1322, cuya redacción tiene una orientación proteccionista y determina las circunstancias que podrían conculcarlo:

- Cuando el negocio no se lleve a cabo por causas imputables al empresario
- Cuando el negocio sea efectuado por el empresario directamente, dentro del territorio asignado al agente.

- Cuando el empresario se ponga de acuerdo con el tercero para no concluir el negocio.

ii. Exclusividad a favor del agente

Siguiendo lo expresado en el artículo 1318 del CCOMc: “Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos.” Como consecuencia, el agenciado deberá tener un agente por cada uno de los territorios específicos asignados, a lo interno del territorio nacional.

iii. Prestaciones a la terminación del contrato

En el artículo 1324 del Código en cita, se recogen dos posibles prestaciones a la terminación del contrato de agencia. La primera, corresponde a la doceava parte de la comisión recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o el promedio de lo recibido en un período menor. La segunda, una indemnización equitativa cuando el agenciado revoque o termine el contrato de forma unilateral sin justa causa.

Pese a ello, se trata de un elemento natural en tanto que “la misma norma comercial abre la posibilidad para no pagar estas prestaciones si las partes lo acuerdan de forma bilateral o si las causas de terminación son atribuibles al agente”.

(4) Elementos accidentales

i. Término fijo o indefinido

Las partes en el contrato podrán determinar expresamente si desean que el contrato se pacte por un término indefinido o fijo, en cuyo defecto la ley no presume nada como regla general aplicable a cualquier caso.

ii. Exclusividad a favor del agenciado

En este sentido, el artículo 1319 establece: “en el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores.”

Por tanto, *a contrario sensu*, el agente podrá tener varios agenciados, en el dado caso de que no exista el pacto específico planteado en el párrafo anterior.

e) Derechos y obligaciones de las partes⁴⁰⁴

(1) Derechos del agente

i. Derecho a recibir la remuneración

Sin el afán de reiterar sobre la cuestión de la remuneración, únicamente se agregará que este derecho se deriva de lo dispuesto en el artículo 1322 CCOMc, que se refiere a esto e indica:

ARTÍCULO 1322

REMUNERACIÓN DEL AGENTE.

El agente tendrá derecho a su remuneración, aunque el negocio no se lleve a efectos por causas imputables al empresario, o cuando este lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga {de acuerdo con la otra parte para} no concluir el negocio.

ii. Derecho de retención y privilegio

La remuneración a que tiene derecho el agente está protegida por ley, mediante las acciones ordinarias y también dos derechos que recaen directamente sobre los bienes y valores del agenciado, que el agente tenga en su poder o a su disposición hasta cuando se le cancele lo adeudado. Esto, mientras no abarque más del límite de la remuneración más la indemnización.

Esto está contenido el artículo 1326, al consignar que:

ARTÍCULO 1326

DERECHO DE RETENCIÓN.

El agente tendrá los derechos de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización.

En relación con esta norma, se ha determinado que debe ser de aplicación restringida, en la medida que es un privilegio que la ley expresamente consagra para ciertos casos. Cabe afirmar, entonces, que no aplica para todos los casos en los que se le debe

⁴⁰⁴ Morales, "El contrato de agencia mercantil", 51-53.

dinero al agente, sino *únicamente* cuando las sumas adeudadas estén ligadas a la indemnización.

En el mismo orden de ideas se manifiesta el artículo 1324 comentado anteriormente, cuyo inciso segundo enuncia que la indemnización se origina en la revocación unilateral del contrato sin justa causa por el empresario o cuando lo haga el agente, por justa causa imputable al primero.

(2) Obligaciones del agente

i. Promoción o explotación

Habiendo ya analizado la actividad que le corresponde desplegar al agente en la sección correspondiente a los elementos, solo cabe entonces señalar que constituye esta la obligación primordial del agente y se desprende del texto del artículo 1317.

ii. Deber de información

De conformidad con el artículo 1321, corresponde al agente proveer a su agenciado la información de las condiciones relativas al mercado y las demás necesarias para la valoración de conveniencia del negocio planteado.

iii. Deber de entrega

Este deber se vincula a lo dispuesto en el artículo 1268 del CCOMc, mismo que recoge el deber de información del mandatario y, unido a esto, estipula una obligación de “entregarle [al mandante] todo lo que haya recibido por causa del mandato, dentro de los días siguientes a la terminación del mismo.”

En efecto, es un deber que surge por extensión de las normas del mandato.

(3) Obligaciones del agenciado

i. Obligación de dar la remuneración al agente

Constituye la principal obligación del empresario la de remunerar al agente, especialmente dado el carácter oneroso del contrato de agencia.

Lo anterior incluye además la obligación de cancelar, de acuerdo con lo incorporado en el artículo 1324 citado supra, la suma equivalente a la doceava parte del promedio de comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años, o al promedio de lo recibido si el tiempo fuera menor; y a pagar la indemnización equitativa fijada en el mismo artículo, cuando revoque unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada o el agente lo termine por justa causa imputable al empresario.

ii. Respetar la exclusividad

A falta de pacto en contrario, atendiendo al artículo 1318, ya incorporado y estudiado, el empresario debe respetar la zona de operación designada para el agente.

f) Terminación del contrato

En atención al artículo 1324, inciso primero, el contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato. Por este motivo, se hace necesario referirse a lo dispuesto en el Código Civil colombiano para determinar las causas de extinción de la agencia.

El artículo 2189 del Código Civil establece que el mandato termina por:

- El desempeño del negocio para que fue constituido.
- La expiración del término o por el evento de la condición prefijado para la terminación del mandato.
- La revocación del mandante. En cuanto a esto, el artículo 1279 de la misma normativa civil establece que “el mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato, a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso solo podrá revocarse por justa causa.” En consecuencia, el contrato de agencia, como el mandato, puede ser revocado en los mismos términos que indica el artículo por el empresario. Las consecuencias que se derivan de esta terminación unilateral por parte del empresario son, de acuerdo con el art. 1324 CCOMc, el pago de la prestación comercial del inciso primero y el pago de la indemnización equitativa plasmada en el inciso segundo, cuando la terminación sea sin justa causa.
- La renuncia del mandatario.

- La muerte del mandante o del mandatario.
- La apertura de proceso de liquidación judicial o insolvencia del mandante o del mandatario.
- La interdicción del mandante o del mandatario.
- La cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas.

Adicionalmente, el artículo 1325 reúne las justas causas para la terminación unilateral del contrato por parte del empresario y el agente, las cuales incluyen:

Para el empresario:

- Incumplimiento grave del agente de sus obligaciones contractuales o legales.
- Cualquier acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario.
- Apertura de proceso de liquidación judicial o insolvencia del agente.
- Liquidación o terminación de actividades.

Para el agente:

- Incumplimiento del empresario de sus obligaciones contractuales o legales.
- Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente.
- Apertura de proceso de liquidación judicial o insolvencia del empresario.
- La terminación de actividades.

g) Naturaleza jurídica⁴⁰⁵

El contrato de agencia comercial en Colombia es una especie de mandato, motivo por el cual fue clasificado en el título XIII del libro IV, referente al mandato.

En cuanto a esto, el artículo 1262 CCOMc señala que:

Artículo 1262. El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. El mandato

⁴⁰⁵ López, "El contrato de agencia comercial", 10-11.

puede conllevar o no la representación del mandante. Conferida la representación, se aplicarán las normas del capítulo II del título I de este libro.

Dadas las condiciones que anteceden, puede tenerse que el contrato de agencia comercial es una especie de mandato, en el sentido de que reúne la característica de ser un encargo para promover o explotar negocios de un principal, cuestión que constituye un acto de comercio como el recogido en el texto del artículo.

A pesar de esto, el mandato y la agencia tienen diferencias que radican principalmente en el hecho de que:

En la agencia comercial, la promoción y la explotación de negocios que desarrolla el agente tienen por fin conquistar, ampliar o reconquistar para el principal un mercado, meta que no persigue el mandatario, aun en el caso de que se le hubieran confiado varios negocios de un mismo mandante, pues ejecutados estos, el lazo entre mandante y mandatario y entre este y su ocasional cliente se extingue. En tanto que el agente busca crear una clientela para las cosas o servicios que distribuye, coloca o promueve por encargo del principal o empresario; de allí, la estabilidad de esta forma de intermediación, en contraste con la transitoria actividad del mandatario.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ López, "El contrato de agencia comercial", 10.

B. Contrato de comisión

a) Antecedentes legislativos del contrato de comisión

Los antecedentes legislativos del contrato de comisión se remiten al momento donde se producía una imposibilidad física para atender personalmente negocios cuya celebración, perfeccionamiento y ejecución, pueden darse en cualquier parte del mundo y en lapsos de tiempo reducidos, que impedían la presencia física del sujeto que contrata.⁴⁰⁷

Un referente histórico, que dio origen al contrato bajo análisis, fue la figura del *nuncio* que puede considerarse como la génesis de la intermediación y representación mercantil, ya que esta persona era delegada para servir como puente comunicante en la celebración de un determinado negocio. La importancia de este sujeto no estaba dada precisamente por sus facultades para tomar decisiones en cuanto a la celebración del contrato, como si su necesaria intervención para garantizar la comunicación en las expectativas y propósitos de quienes se obligan contractualmente⁴⁰⁸.

Con el desarrollo de las relaciones comerciales y tecnológicas, la intermediación como institución jurídica alcanzó trascendencia y la participación de los sustitutos no se limitó a servir como simple medio de transmisión de voluntad, pues también se empezaron a otorgar facultades para fijar las condiciones negociales⁴⁰⁹.

La intermediación y representación dan lugar a la consagración legal de figuras como el mandato comercial, comisión, agencia comercial, preposición, corretaje; todos estos regulados en el Código de Comercio de Colombia, otorgándole tipicidad a los contratos de referencia, permitiendo facilitar las relaciones de intermediación y representación⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Juan Pablo Montoya Palacio, "La responsabilidad civil del intermediario en el arrendamiento de inmuebles", Universidad de Medellín, (2015).
http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/2252/T_MD_3.pdf?sequence=1

⁴⁰⁸ *Ibíd.*, 28.

⁴⁰⁹ *Ibíd.*

⁴¹⁰ *Ibíd.*, 29.

b) Concepto legal⁴¹¹

El Código de Comercio de Colombia (en adelante CC) manifiesta que:

ARTÍCULO 1287

COMISIÓN

La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena.

Asimismo, se ha señalado que, en este, el comisionista se obliga a realizar, por cuenta y encargo del comitente o cliente, la suscripción, compra o venta de unos determinados valores⁴¹².

En cuanto al objeto de dicho contrato, este puede ser de compra, venta, transporte, de bolsa, de garantía y en general para la ejecución de todo tipo de negocios. La comisión es un tipo de mandato no representativo. El comisionista debe ser un profesional, exigencia legal que se observa como garantía para terceros⁴¹³.

c) Características del contrato de comisión

Tratándose de las características del contrato de comisión, se sostienen diversas posturas doctrinarias acerca de estas. A continuación, se detallan las más importantes:

- (1) El contrato de Comisión es un subtipo calificado de mandato⁴¹⁴.
- (2) Es un contrato consensual por lo cual se perfecciona mediante el acuerdo de voluntades⁴¹⁵.

El CC regula una presunción de aceptación tácita, señalando que “Se presumirá aceptada una comisión cuando se confiera a personas que públicamente ostenten el

⁴¹¹ A partir de este apartado, se utilizará para la exposición normativa, lo desarrollado por Código de Comercio de Colombia Decreto N°410 de 1971, por lo que su uso no será citado constantemente y solamente se hará referencia al artículo que desarrolla lo que este bajo análisis.

⁴¹² Superintendencia Financiera de Colombia, “Contrato de Comisión”, (2012). <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/contrato-de-comision-11206>

⁴¹³ Eduardo Espinoza Benedetti, “El Corretaje Inmobiliario en Colombia”, Universidad Pontificia Javeriana (2012). <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/9993/EspinosoBenedettiEduardo2012.pdf;sequence=1>

⁴¹⁴ Superintendencia Financiera de Colombia, “Contrato de Comisión”.

⁴¹⁵ *Ibíd.*

carácter de comisionistas, por el solo hecho de que no la rehúsen dentro de los tres días siguientes a aquel en que recibieron la propuesta respectiva” (art. 1288).

En los demás casos, en donde no aplique esta presunción, se perfeccionará con el acuerdo entre las partes.

(3) Es un contrato de mandato no representativo y especial que exige un mandatario profesional⁴¹⁶

(4) Como bien se manifestó en el concepto legal supra, se considera al mandatario como una persona que se dedica *profesionalmente* a ello, es decir, a la realización de un negocio jurídico en nombre propio, pero por cuenta ajena.

(5) Genera una obligación de medio y no de resultado⁴¹⁷

Como bien se definió anteriormente, el contrato de comisión pretende promocionar un negocio jurídico (medio), pero el resultado es propio del comitente.

(6) El comisionista es un mandatario especial, pues el encargo que se le hace es para un negocio mercantil determinado⁴¹⁸

(7) Frente al tercero, el comisionista actúa en su propio nombre, ocultando que gestiona un interés ajeno⁴¹⁹.

A pesar de que se establece que, en el contrato de comisión, el comisionista actúa en nombre del comitente, en la práctica comercial, a la hora de la intermediación entre el tercero y el comisionista, este último no comunicará que actúa a nombre de un empresario o comitente.

(8) Es bilateral⁴²⁰

⁴¹⁶ Superintendencia Financiera de Colombia, “Contrato de Comisión”.

⁴¹⁷ *Ibíd.*

⁴¹⁸ *Ibíd.*

⁴¹⁹ *Ibíd.*

⁴²⁰ Superintendencia Financiera de Colombia, “Contrato de Comisión”.

Es decir, nacen obligaciones para ambos contratantes.

(9) Es informal⁴²¹

Su informalidad se deriva de que la Ley no exige ninguna solemnidad para el perfeccionamiento del contrato.

(10) Es oneroso⁴²²

El ejercicio de promoción ejecutado por el comisionista, le devenga una comisión la cual debe ser pagada por el comitente.

d) Elementos del contrato de comisión

(1) Elementos subjetivos

i. Comitente

Este, es la persona que se encarga de la gestión del negocio. Él puede actuar personalmente, en cuyo caso es necesario que tenga capacidad jurídica para contratar. Asimismo, el comitente podría ser una persona jurídica que actúe a través de su representante legal, en cuyo caso él también debe ser capaz de ejercer el comercio⁴²³.

ii. Comisionista

Es la persona que ejerce actos de comercio, a nombre propio, pero por cuenta ajena, es decir del comitente. Deberá ser un profesional o comerciante dedicado a las labores de comisión⁴²⁴.

(2) Elementos objetivos

Se ha manifestado en la doctrina, que los elementos reales del contrato de comisión son los propios a los de un acto de comercio. El CC no aporta una definición precisa de lo que es acto de comercio, sino un listado de actos y actividades considerados como

⁴²¹ *Ibíd.*

⁴²² *Ibíd.*

⁴²³ Egas de Castro, "Contrato de Comisión", 54.

⁴²⁴ *Ibíd.*

mercantiles. A continuación, se desarrollan los elementos principales de los actos de comercio, según el CC y que son aplicables al contrato de comisión⁴²⁵:

i. Existe un ánimo de lucro o intención especulativa

Es decir, existe una intención de obtener un provecho económico, de una actividad determinada⁴²⁶. En el caso del contrato de comisión, el comisionista y comitente son comerciantes con objetivos de lucro.

ii. Intermediación⁴²⁷

En el contrato de comisión existe una actuación de intermediación. Se busca que el comisionista ponga en contacto, los bienes y servicios del comitente, con productores y consumidores.

iii. Carácter empresarial⁴²⁸

El contrato de comisión se encuentra envuelto normalmente en una figura empresarial. Existe un empresario o comitente que ostenta una estructura empresarial para ofrecer un bien o servicio. Por otro lado, el comisionista también podría ser un empresario independiente, con su propia estructura, dedicado al servicio de promoción. En síntesis, la relación de comisión sucede dentro de una estructura empresarial, por un lado, u otro, o de ambas partes.

iv. Es patrimonial.

Estos son los elementos reales asociados al acto de comercio y que la doctrina también considera como elementos reales del contrato de comisión.

⁴²⁵ Egas de Castro, "Contrato de Comisión", 55.

⁴²⁶ *Ibíd.*

⁴²⁷ *Ibíd.*

⁴²⁸ *Ibíd.*

e) Derechos y obligaciones de las partes

(1) Derechos del comisionista

Se debe hacer mención de que el CC no estipula expresamente los derechos del comisionista, por lo que se debe acudir a la doctrina para analizarlos. A continuación, se hace referencia a estos:

i. Retribución

El comisionista tiene derecho a recibir su remuneración en la forma y cuantía pactada⁴²⁹.

ii. Derecho a resarcimiento

El comisionista tiene derecho a que le sufraguen los gastos y reparen los perjuicios que la gestión le haya ocasionado, lo cual es consecuencia necesaria del hecho de que este actúa en interés y por cuenta del comitente⁴³⁰.

iii. Derecho de retención

El CC señala:

Artículo 1302. DERECHO DE RETENCIÓN

Tiene asimismo el comisionista derecho de retener las mercaderías consignadas o su producto, para que, preferentemente a los demás acreedores del comitente, se le paguen sus anticipaciones, intereses, costos y comisión, si concurren estas circunstancias:

1) Que las mercaderías le hayan sido remitidas de una plaza a otra, y

2) Que hayan sido entregadas real o virtualmente al comisionista

Hay entrega real, cuando las mercaderías están a disposición del comisionista, en sus almacenes, o en ajenos, o en cualquier otro lugar público o privado.

Hay entrega virtual, si antes que las mercaderías hayan llegado a manos del comisionista, este pudiera acreditar que le han sido expedidas con una carta de porte o un conocimiento a la orden del portador.

iv. Preferencia crediticia

⁴²⁹ Egas de Castro, "Contrato de Comisión", 56.

⁴³⁰ *Ibíd.*

Por último, el comisionista tiene derecho de percibir el importe de su crédito de modo preferente a los restantes acreedores del comitente con cargo al importe de tales efectos, una vez instada su ejecución.⁴³¹

(2) Obligaciones del comisionista

i. Prohibición de delegar su cometido sin autorización

El acto de comisión será desempeñado personalmente por el comisionista, quien no podrá delegar su cometido sin autorización expresa (art. 1291).

ii. Obligación de asumir la pérdida de las cosas

El CC manifiesta:

Artículo 1292. DE QUIEN ASUME LA PÉRDIDA DE LAS COSAS

Será de cuenta del comisionista la pérdida de las cosas que tenga en su poder por razón de la comisión. Pero si al devolverlas observa el comisionista las instrucciones del comitente, este soportará la pérdida.

iii. Responsabilidad por los bienes recibidos.

El comisionista responderá de los bienes que reciba, de acuerdo con los datos contenidos en el documento de remesa, a no ser que al recibirlos haga constar las diferencias por la certificación de un contador público o, en su defecto, de dos comerciantes (art. 1293).

iv. Deber de comunicar la pérdida de mercaderías por caso fortuito o vicio inherente a las mismas

Es obligación del comisionista hacer constar ante la autoridad policial del lugar de su concurrencia, el deterioro o la pérdida y dar aviso a su comitente sin demora alguna (art. 1294).

v. Deber de asegurar las mercancías

⁴³¹ Egas de Castro, "Contrato de Comisión", 58.

Es obligación del comisionista asegurar las mercaderías que remita por cuenta ajena, teniendo orden y provisión para hacerlo, o dar pronto aviso a su comitente si no puede realizar el seguro por el precio y condiciones que le designen sus instrucciones (art. 1295).

vi. Obligación de identificar las mercaderías

El comisionista no podrá alterar las marcas de los efectos que hayan comprado o vendido por cuenta ajena, ni tener bajo una misma marca efectos de la misma especie pertenecientes a distintos dueños, sin distinguirlos por una contramarca que designe la propiedad respectiva de cada comitente (art. 1296).

vii. Deber de rendición de cuentas

El comisionista deberá rendir cuentas, oportunas, de su gestión⁴³².

(3) Derechos del comitente

i. Derecho de ver sus intereses satisfechos

El comitente tiene derecho a que se cumpla su encargo y que se realicen los actos necesarios para esto⁴³³.

ii. Derecho a dar instrucciones

El comitente tiene derecho a girar órdenes e instrucciones para ver satisfechos sus intereses en el plazo previsto⁴³⁴.

iii. Derecho a recibir información

El empresario tiene derecho a que le informen detalladamente sobre la marcha del negocio, las transacciones y en general, sobre el detalle de la gestión del comisionista⁴³⁵.

iv. Derecho a restitución

⁴³² David Atuesta, "Mandato, comisión y corretaje", (2016). <https://prezi.com/jyggjpei824l/mandato-comision-y-corretaje/>

⁴³³ Superintendencia Financiera de Colombia, "Contrato de Comisión".

⁴³⁴ *Ibíd.*

⁴³⁵ *Ibíd.*

El comitente tiene derecho a que restituyan las cosas perdidas, a razón de la gestión del comisionista (art. 1292).

(4) Obligaciones del comitente

i. Pagar la remuneración

Como se ha expuesto anteriormente, la remuneración, en este tipo de relación contractual, es denominada comisión. Esta se considera como la *principal* obligación del comitente. Asimismo, en cuanto al monto de la comisión, no existe norma legal que permita determinar el porcentaje o monto que se cobra por dicho servicio⁴³⁶.

ii. Deber de protección.

El comitente debe procurar que el comisionista no sufra perjuicios derivados de su gestión⁴³⁷.

f) Terminación del contrato

El CC manifiesta, en su artículo 1303, que la comisión “*termina por muerte o inhabilidad del comisionista; la muerte o inhabilidad del comitente no pone término, aunque pueden revocarla sus herederos*”.

Es decir, la razón esencial del término del contrato se da por las dos razones supra asociadas al comisionista.

Asimismo, la doctrina ha señalado que son causales de extinción del contrato de comisión las siguientes⁴³⁸:

- Cuando se haya realizado el acto u operación de comercio que tuvo por objeto dicho contrato.
- Cuando el objeto se haya devenido imposible
- Revocación por parte del comitente
- Muerte o inhabilidad del comisionista (art. 1303).

⁴³⁶ Juan Pablo Montoya Palacio, “La responsabilidad civil del intermediario en el arrendamiento de inmuebles”, 40.

⁴³⁷ *Ibíd.*

⁴³⁸ Egas de Castro, “Contrato de Comisión”, 62.

En cuanto a esta última causal, Egas de Castro señala que, con respecto a la muerte del comisionista o su inhabilidad, esta norma ha cedido en el tráfico moderno, donde es frecuente conceder comisiones a sociedades mercantiles que no se extinguen con la muerte del socio, sino por otras casuales asociadas a las sociedades mercantiles.⁴³⁹

g) Naturaleza jurídica

De acuerdo con el CC (art. 1287), la comisión es una especie de mandato, cuyas características principales son dos⁴⁴⁰:

- Por una parte, se trata de un contrato que solo desarrollan personas que se consideran profesionales o expertos en determinada rama de la actividad mercantil, y;
- Se trata de un mandato sin representación, en tanto el comisionista lleva a cabo el objeto de la comisión en nombre propio, pero por cuenta ajena.

Las anteriores dos características definen la naturaleza jurídica de la comisión, según el ordenamiento jurídico colombiano.

⁴³⁹ *Ibid.*, 62.

⁴⁴⁰ Leonel Ariza, "El contrato de comisión en bolsa genera únicamente obligaciones de ejecución instantánea", 2016, <http://blogs.portafolio.co/el-coloquio-juridico/contrato-comision-bolsa-genera-unicamente-obligaciones-ejecucion-instantanea/>

C. Contrato de trabajo

a) Antecedentes legislativos del contrato de trabajo

Los antecedentes de la figura legal del contrato de trabajo en Colombia se remontan a 1934. En aquel año fue promulgada la Ley 10 que en su artículo 13 afirmaba que todo contrato de trabajo con empleados particulares se extendería por escrito, conteniendo, además de las estipulaciones acordadas por las partes, “las especificaciones del trabajo al que se obliga el empleado, la cuantía de la remuneración y la forma y período de pago; la duración, las causales que lo hagan caducar y un certificado de salud...”⁴⁴¹.

La primera definición específica de contrato de trabajo con referencia particular a su duración fue dada por la Ley 6 de 1945, según la cual “hay contrato de trabajo entre quien preste un servicio personal bajo la continua dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. No es, por lo tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla y sin que estas se sujeten a horario, reglamento o control especial del patrono”. En esta época, se impuso un tope de cinco años a la duración de los contratos de termino fijo, buscando que el trabajador “no quedara encadenado por lapsos excesivos”⁴⁴².

El Decreto 2127 de 1945, reglamentó la Ley 6 e introdujo los tres elementos hasta hoy considerados necesarios para que se configure un contrato de trabajo, a saber: i) la actividad del trabajador, ii) la dependencia del trabajador respecto del patrono, y iii) el pago de un salario⁴⁴³.

El avance de la legislación colombiana continuó en 1950 cuando se dieron los primeros avances hacia la expedición de un Código Sustantivo de Trabajo. Mediante los Decretos 2663 y 3743 se regularon tanto el derecho individual como el colectivo. En 1961 la Ley 141 convirtió esos decretos en legislación permanente. Desde entonces, ha sufrido cambios menores con la Ley 65 de 1966, Ley 11 de 1984 y finalmente, una reforma sustancial mediante la Ley 50 de 1990. Después de los procesos de reformas, el Derecho

⁴⁴¹ Juan Xarlos Guataquí, “La incidencia del contrato de trabajo en el mercado laboral colombiano”, *Revista de Economía del Rosario*, [Online], nº4 (2001): 174, http://www.urosario.edu.co/urosario_files/84/841cc157-8bf5-4eb6-a87d-0a7c83db849a.pdf

⁴⁴² *Ibid.*, 175.

⁴⁴³ *Ibid.*

del Trabajo ha experimentado cambios que tienen como denominador común el retorno a un sistema más garantista⁴⁴⁴.

b) Concepto legal⁴⁴⁵

En cuanto al concepto de contrato de trabajo según la normativa colombiana, el Código Sustantivo de Trabajo (en adelante “CST”) manifiesta que “*contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*” (art. 22).

Continuando con el desarrollo del concepto legal, se ha manifestado que por persona natural se debe entender al ser humano como tal, y a la persona jurídica como todo ente ficticio que debe estar representado por una persona natural, la cual ejerce la representación judicial y extrajudicial. De lo anterior se puede manifestar que en el contrato de trabajo debe estar presente siempre el elemento humano como parte integrante del mismo⁴⁴⁶.

Por último, en concordancia con la norma supra, se identifica que la constitución de un contrato de trabajo se distingue de las demás modalidades de vinculación por la realización por parte del trabajador de una actividad determinada, una evidente subordinación del empleado con el empleador, a cambio de un pago por sus servicios⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Guataquí, “La incidencia del contrato de trabajo en el mercado laboral colombiano”, 175.

⁴⁴⁵ A partir de este apartado, se utilizará para la exposición normativa, lo desarrollado por el Código Sustantivo de Trabajo Ley N°50 de 1990, por lo que su uso no será citado constantemente y solamente se hará referencia al artículo que desarrolla lo que este bajo análisis.

⁴⁴⁶ Alcira Muñoz Osorio, “Aplicación de la primacía de la realidad sobre la formalidad en los contratos de trabajo”, 10, (2012). <http://www.coruniamericana.edu.co/publicaciones/ojs/index.php/pensamientoamericano/article/download/105/100>.

⁴⁴⁷ Hector Cuesta Osorio y Ernesto Zota Correa, “Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a los elementos del derecho fundamental al trabajo”, 5, (2016). <http://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/752/Contrato%20realidad%20%20factor%20de%20vulneraci%C3%B3n%20de%20acceso%20a%20los%20elementos%20del%20derecho%20fundamental%20al%20trabajo%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

c) Características del contrato de trabajo

Según las clasificaciones de los contratos, el contrato de trabajo presenta una serie de características fundamentales y propias de la figura como tal que a su vez le permite diferenciarse de otras figuras como tal. A continuación, se exponen sus características:

i. Bilateral

Se considera bilateral, ya que surgen obligaciones para las partes intervinientes; es decir, el trabajador se obliga a la prestación personal del servicio bajo las órdenes y subordinación del patrono; y, por otro lado, el empleador se obliga a pagar una remuneración⁴⁴⁸.

ii. Oneroso

Es un contrato oneroso por cuanto tiene por finalidad la utilidad de ambas partes, prestación del patrono y remuneración del trabajador⁴⁴⁹.

iii. Tracto sucesivo

Se considera de tracto sucesivo ya que su ejecución o cumplimiento se prolonga en el tiempo⁴⁵⁰.

iv. Principal

Es principal debido a que no depende de otro contrato para producir efectos legales⁴⁵¹.

v. Consensual

Para su perfeccionamiento depende del consentimiento de las partes⁴⁵².

⁴⁴⁸ Miguel Piñeros Amaya, "Del contrato de trabajo y sus efectos económicos", 15, (2016). <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13717/4/DEL%20CONTRATO%20DE%20TRABAJO%20Y%20SUS%20EFECTOS%20ECON%3%93MICOS.pdf>

⁴⁴⁹ Piñeros, "Del contrato de trabajo y sus efectos económicos", 15.

⁴⁵⁰ *Ibíd.*

⁴⁵¹ *Ibíd.*

⁴⁵² *Ibíd.*

vi. Adhesión

Es un contrato de adhesión por el hecho de tener el trabajador que someterse a las respectivas normas convencionales encargadas de regular las relaciones obrero-patronales⁴⁵³.

vii. Nominado

Se considera así debido a que la Ley le asigna una denominación especial⁴⁵⁴.

viii. Conmutativo

Se manifiesta que el contrato de trabajo es conmutativo por cuanto el interés y extensión de los beneficios totales de una y otra de las partes deben determinarse de antemano⁴⁵⁵.

ix. *Intuitu personae*

Se considera así debido a que es un contrato celebrado por dos o más personas, trabajador y empleador, las cuales son las que deben, necesariamente, cumplir las obligaciones estipuladas en él⁴⁵⁶.

x. Garantista

El contrato de trabajo es una figura donde se reconocen algunas garantías a diferencia de los demás, como lo son: prestaciones sociales, liquidación, derecho a una estabilidad laboral, etc.⁴⁵⁷.

⁴⁵³ Piñeros, "Del contrato de trabajo y sus efectos económicos", 15.

⁴⁵⁴ *Ibíd.*, 16.

⁴⁵⁵ *Ibíd.*

⁴⁵⁶ *Ibíd.*, 15.

⁴⁵⁷ Diana Menjura, Marta Guerrero, Ana Silva y Smelich Witt, "Contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia, tratamiento jurisprudencial 2011 al 2014", 35, (2014). <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7715/MenjuraDiana2014.pdf?sequence=1>

d) Elementos del contrato de trabajo

(1) Elementos subjetivos

i. Trabajador

El CST profundiza poco en cuanto a los elementos personales del contrato de trabajo, no dedica ninguna norma para desarrollar lo que respecta al trabajador, simplemente señala que este es quien presta el servicio dentro de la relación laboral (art. 22).

Por otro lado, la doctrina manifiesta que el trabajador es quien presta su fuerza de trabajo al servicio de otro. Es en sí, la persona natural, apta y facultada legalmente (art. 29) para prestar sus servicios insustituibles en el desarrollo de una labor, ya sea física o intelectual⁴⁵⁸.

Asimismo, se establece que el trabajador tiene que ser una persona mayor a 18 años, ahora bien, se contempla que los adolescentes que se encuentran entre los 15 y 17 años pueden ser contratados previa autorización expedida por el Inspector de Trabajo o en su defecto, por el ente territorial local, junto a la aprobación de los padres o representante legal⁴⁵⁹.

Por último, Piñeros manifiesta que los elementos que caracterizan al trabajador son la prestación del trabajo de manera libre y consciente, bajo una estructura de subordinación, de permanente disposición y bajo las órdenes del empleador⁴⁶⁰.

ii. Empleador

En cuanto al empleador, el CST señala:

Artículo 22. DEFINICIÓN

1. ...
2. *Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma.*

⁴⁵⁸ Piñeros, "Del contrato de trabajo y sus efectos económicos", 17.

⁴⁵⁹ *Ibíd.*

⁴⁶⁰ *Ibíd.*

Como bien se aprecia en la norma supra, la normativa, al igual que con el trabajador, no desarrolla en cuanto al empleador, simplemente manifiesta que es quien recibe el servicio del trabajador y como consecuencia debe brindar una remuneración.

Por otro lado, el autor supra expresa que el empleador puede ser una persona natural o jurídica de derecho privado, como las sociedades comerciales, asociaciones y fundaciones. Asimismo, este es quien recibe el servicio prestado, ya sea que actúe directamente o a través de su representante⁴⁶¹.

(2) Elementos objetivos

El CST incorpora un artículo exclusivo para los elementos esenciales del contrato de trabajo, señalando:

Artículo 23. ELEMENTOS ESENCIALES

1. *Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:*
 - a. *La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*
 - b. *La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador, en concordancia con los Tratados o Convenios Internacional que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país, y;*
 - c. *Un salario como retribución del servicio*

El CST considera que, una vez reunidos los tres elementos señalados supra, se entiende que existe contrato de trabajo y no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen (art. 23).

A razón de esto, se desarrollan dichos elementos esenciales:

i. La actividad personal

Cuando existe un contrato de trabajo, el trabajador se compromete a realizar una actividad para su empleador. Esta puede ser manual o intelectual y debe ser prestada por el mismo trabajador, no por un tercero. En los casos en los que el empleado permita la

⁴⁶¹ Piñeros, "Del contrato de trabajo y sus efectos económicos", 16.

ayuda de un tercero para desempeñar sus funciones, su remuneración queda a su cargo, no como responsabilidad del empleador⁴⁶².

ii. La subordinación

Se entiende como la obligación del empleado a seguir las órdenes del empleador. En este caso, la legislación también protege al trabajador, entendiendo que la subordinación no puede ser justificación para irrespetar los derechos mínimos del trabajador. También es importante señalar que tales instrucciones no pueden ir en contra de la ley ni el reglamento interno de la organización⁴⁶³

iii. La remuneración

Es entendida como una obligación del empleador y un derecho del trabajador por la actividad desarrollada. Es importante aclarar que esta remuneración puede ser en efectivo o en especie, de tal forma que el salario en especie no puede superar el 50% de la remuneración⁴⁶⁴.

e) Derechos y obligaciones de las partes

Antes de iniciar el análisis específico de los derechos y las obligaciones del trabajador o empleador, cabe manifestar que el CST incorpora una norma sobre obligaciones de las partes en general, el cual señala: *“De modo general, incumben al empleador las obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a estas obligaciones de obediencia y fidelidad para con el empleador”* (art. 56).

(1) Derechos del trabajador

i. Derecho a igualdad de condiciones

Los trabajadores nacionales que desempeñen iguales funciones que los extranjeros, en una misma empresa o establecimiento, tienen derecho a exigir la misma remuneración y condiciones iguales (art 74).

⁴⁶² Hector Cuesta Osorio y Ernesto Zota Correa, “Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a los elementos del derecho fundamental al trabajo”, 6.

⁴⁶³ Cuesta, “Contrato realidad”, 7.

⁴⁶⁴ *Ibíd.*

ii. Derecho a una remuneración

Durante la vigencia del contrato, el trabajador tiene derecho a percibir un salario, aun cuando no haya prestado el servicio por disposición o culpa del empleador (art. 140). Asimismo, el trabajador tiene derecho a percibir un salario mínimo para subvenir sus necesidades normales y las de su familia (art. 145).

iii. Derecho a vacaciones

Los trabajadores que hubieren prestado sus servicios durante un año tienen derecho a quince días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas (art. 186).

iv. Derecho a auxilio

En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio no monetario hasta por ciento ochenta días (art. 227).

v. Derecho a licencia de maternidad

Toda trabajadora, en estado de embarazo, tiene derecho a una licencia de catorce semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso. El esposo o compañero tendrá derecho a ocho días hábiles de licencia remunerada de paternidad (art. 236).

vi. Derecho a cesantía

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (art. 249).

vii. Derecho a la pensión

Todo trabajador que preste sus servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco años de edad, si es varón, o a los cincuenta años si es mujer, después de veinte años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene

derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio (art. 260).

viii. Derecho a auxilio por enfermedad no profesional

Todo trabajador que preste servicios a una empresa de capital de ochocientos mil o superior, que sufra una incapacidad para desempeñar sus labores por causa de enfermedad no profesional, tendrá derecho, además de auxilio monetario establecido por el artículo 227, a la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria necesaria, hasta por seis meses (art. 277).

(2) Obligaciones del trabajador

En cuanto a las obligaciones del trabajador, el CST señala:

Artículo 23. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR. Son obligaciones especiales del trabajador:

- 1. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones de modo particular que la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.*
- 2. No comunicar con terceros, salvo la autorización expresa, las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al empleador, lo que no obsta para denunciar delitos comunes o violaciones del contrato o de las normas legales del trabajo ante las autoridades competentes.*
- 3. Conservar y restituir un buen estado, salvo el deterioro natural, los instrumentos y útiles que le hayan sido facilitados y las materias primas sobrantes.*
- 4. Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros.*
- 5. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios.*
- 6. Prestar la colaboración posible en casos de siniestro o de riesgo inminentes que afecten o amenacen las personas o cosas de la empresa o establecimiento.*
- 7. Observar las medidas preventivas higiénicas prescritas por el médico del patrono o por las autoridades del ramo; y*
- 8. Observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes o de enfermedades profesionales.*

(3) Derechos del empleador

i. Derecho a dar órdenes y direcciones

El empleador tiene la potestad de emitir órdenes o direcciones relativas a la modalidad del trabajo, con el fin del beneficio del negocio.⁴⁶⁵

ii. Ius Variandi

El empleador tiene la facultad de modificar las circunstancias, condiciones y modalidad en las que el trabajador ejecuta la prestación de labores contratadas; siempre y cuando se preserve el honor, la dignidad, los intereses y derechos mínimos de seguridad del trabajador y dentro de las limitaciones que le imponen la ley, el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento de trabajo⁴⁶⁶.

iii. Derecho a disciplinar

El patrono, a raíz de su derecho a girar órdenes y direcciones, tiene a su disposición el poder de disciplina, como forma disuasoria para intentar modificar un mal comportamiento del trabajador o un incumplimiento de sus obligaciones patronales⁴⁶⁷.

(4) Obligaciones del empleador

i. Obligación de pago

El empleador debe pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos (art. 57)

ii. Brindar suministros de trabajo

El empleador debe poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores (art. 57).

⁴⁶⁵ Cuesta, "Contrato realidad", 101.

⁴⁶⁶ Cuesta, "Contrato realidad", 7.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, 113.

iii. Suministrar un lugar adecuado de trabajo

En cuanto al lugar de trabajo, el empleador debe procurar que los trabajadores cuenten con locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales, en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud (art. 57).

iv. Obligación de no discriminación

El patrono debe guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, a sus creencias y sentimientos (art. 57).

v. Obligación de conceder licencias

El empleador debe conceder al trabajador las licencias necesarias para el ejercicio del sufragio; para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación; para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización o para asistir al entierro de sus compañeros, siempre que se avise con la debida oportunidad al empleador o su representante y que esto no afecte el funcionamiento de la empresa. También dentro de estas, se debe conceder una licencia de luto por cinco días hábiles, en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera, o familiar hasta el segundo grado de consanguineidad (art. 57).

vi. Deber de brindar constancia laboral

El patrono debe darle al trabajador que lo solicite, a la expiración del contrato, una certificación en que consten el tiempo de servicio, la índole de la labor y el salario devengado (art. 57).

vii. Obligación de pagar gastos

El empleador debe pagar al trabajador los gastos razonables de venida y regreso (art. 57).

f) Terminación del contrato de trabajo

El CST manifiesta acerca de la terminación del contrato de trabajo lo siguiente:

Artículo 61. TERMINACIÓN DEL CONTRATO:

1. *El contrato de trabajo termina*
 - a. *Por muerte del trabajador;*
 - b. *Por mutuo consentimiento;*
 - c. *Por expiración del plazo fijo pactado;*
 - d. *Por terminación de la obra o labor contratada;*
 - e. *Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento;*
 - f. *Por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte días y;*
 - g. *Por sentencia ejecutoriada.*

g) Naturaleza jurídica

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de trabajo, se ha manifestado que se trata de una figura propia autónoma, que no es similar a las figuras clásicas del Derecho Civil. El contrato de trabajo, integra una figura que no encaja dentro de los moldes de los contratos tradicionales, debido a que su contenido es la prestación de un servicio subordinado de carácter económico, que requiere esfuerzo físico, muscular e intelectual⁴⁶⁸.

Este, se trata de un contrato *sui generis*, a razón de que la causa del contrato es para el obrero, la de obtener una remuneración; y para el patrono, conseguir la aportación a la obra productora de la energía y fuerza física del trabajador⁴⁶⁹.

En síntesis, el contrato de trabajo tiene una naturaleza jurídica propia, por su elemento esencial de la subordinación a cambio de una remuneración, que lo diferencia de las restantes figuras contractuales, tanto civiles como comerciales.

⁴⁶⁸ Menjura, et al., "Contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia, tratamiento jurisprudencial 2011 al 2014", 19.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

III. SECCIÓN III - CASO ARGENTINA

A. Contrato de agencia

a) Antecedentes de la legislación del contrato de agencia

El contrato de agencia en Argentina no se encontraba legislado hasta la sanción de la Ley n.º 26.994⁴⁷⁰, y esto lo convertía en un contrato atípico, provocando que, en muchas ocasiones, tanto terceros como autoridades gubernamentales solían confundir este instituto con otras figuras contractuales o institucionales. Sin embargo, existían disposiciones aisladas en la materia, aquellas en relación con las agencias de viajes y turismo, de lotería y PRODE (pronósticos deportivos), agentes de seguros, marítimos, de colocación personal, de agentes de bolsa y otros.⁴⁷¹

A pesar de la atipicidad comentada supra, el contrato de agencia era ampliamente utilizado en el mundo de los negocios, y con gran número de antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios que se ocuparon de definir las características y los elementos que lo conformaron (y aún lo conforman) y lo diferencian de otros contratos.⁴⁷²

En cuanto a las sentencias judiciales, los tribunales argentinos solían recurrir para su conocimiento, en materia de agencia, a los antecedentes de la legislación extranjera, dado que el Código Civil italiano de 1942, señala que *por el contrato de agencia una parte asume de manera estable el encargo de promover por cuenta de otro, mediante retribución, la conclusión de negocios en una zona determinada* (art. 1742). En Francia, por su parte, en el decreto 58- 1345 de 1958, se sostenía que *agente comercial es el mandatario que, a título de profesional habitual e independiente sin estar ligado por un contrato de arrendamiento de servicios, negocia y eventualmente concluye compras, ventas, arrendamientos, prestaciones de servicios en nombre y por cuenta de productores, industriales y comerciales*. Asimismo, los Tribunales asumieron posturas provenientes de Alemania, España y Colombia.⁴⁷³

⁴⁷⁰ Ley N° 26994 del Honorable Congreso de la Nación de Argentina, 1 de octubre del 2014, Aprobación del "Código Civil y Comercial de la Nación, publicada en el Boletín Oficial del 8 de octubre del 2014, N° 32985.

⁴⁷¹ Roque, "Apuntes sobre la regulación del contrato de agencia", 2.

⁴⁷² *Ibid.*, 3.

⁴⁷³ *Ibid.*, 2.

Es hasta la promulgación del Código Civil y Comercial de la Nación que se modificó la situación de atipicidad, ya que se tipificó el contrato de agencia (artículos 1479- 1501)⁴⁷⁴. De esta forma, al existir una norma que regula específicamente el contrato de agencia, se han despejado muchas de las interpretaciones diversas que la doctrina pudo haber tenido, en el pasado, en relación con ciertas características y elementos esenciales de este contrato.⁴⁷⁵

Como consecuencia de lo anterior, cualquier análisis actual que pretenda efectuarse respecto de intentar encuadrar una relación jurídica concreta dentro de la figura del contrato de agencia, deberá atenerse al texto de la norma positiva que está hoy en vigencia.⁴⁷⁶

b) Concepto legal

El Capítulo 17 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CCCN”) regula lo atinente a la figura de la agencia. Posteriormente, el artículo 1479 de dicho cuerpo normativo, desarrolla la definición y forma de este tipo contractual. Precisamente, dicho artículo manifiesta que hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada proponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución.⁴⁷⁷

Asimismo, continuando con el desarrollo de la norma anterior, esta señala que el agente es un intermediario independiente, no asume el riesgo de las operaciones ni representa al proponente. Por último, estipula la obligación de que el contrato debe instrumentarse por escrito.⁴⁷⁸

Es decir, según la norma desarrollada en el CCCN, el agente es un tipo de representante del negocio de un determinado empresario, el cual actúa por cuenta ajena y a nombre propio. Asimismo, la norma tiene la clara intención de separar el concepto de la relación laboral con el derivado de una relación contractual de agencia.

⁴⁷⁴ Dentro del Capítulo 17 del Título IV, denominado “Contratos en Particular”; y dentro del Libro Tercero denominado como “Derechos Personales”.

⁴⁷⁵ Roque, “Apuntes sobre la regulación del contrato de agencia”, 3.

⁴⁷⁶ *Ibíd.*

⁴⁷⁷ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Ley N°26994. Artículo 1479 [Online]. http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

⁴⁷⁸ *Ibíd.*

c) Características del contrato de agencia

En cuanto al desarrollo de las características del contrato de agencia en el CCCN, dicho cuerpo normativo no dedica normativa atinente a desarrollar o abarcar detalladamente las características de este tipo contractual.

A pesar de lo anterior, el autor Daniel Roque realiza una interpretación del artículo 1479 del CCCN y desarrolla las características de dicho contrato, siendo estas las siguientes:

- (1) El agente promueve negocios por cuenta y orden del empresario.
- (2) Lo hace de manera estable y continuada.
- (3) Actúa en forma independiente
- (4) No hay relación laboral alguna.
- (5) Percibe una retribución por la tarea que desempeña, la cual normalmente es una comisión.
- (6) El agente no asume el riesgo de las operaciones.
- (7) El agente no requiere de una organización propia (aunque puede tenerla).
- (8) El agente no es un representante en sentido estricto del empresario.⁴⁷⁹

Asimismo, dicho autor, hace referencia a otras características que podrían derivarse de la interpretación de dicho articulado y no tanto de la lectura expresa de la norma. Algunas de las más importantes son las siguientes:

- El agente puede tener una exclusividad de un determinado ramo de negocios, zona geográfica o grupo de personas, aunque esto sea un derecho renunciabile.
- El agente no solamente puede promover negocios del empresario, sino también concretarlos.

⁴⁷⁹ Roque, "Apuntes sobre la regulación del contrato de agencia", 4.

- El agente no debe contar con una estructura empresarial propia, lo cual resulta innovador.
- El agente debe cumplir su cometido según las instrucciones del empresario y transmitirle a este toda la información derivada de su gestión.
- El agente debe informar al empresario de todos los negocios trazados y cumplidos.
- El agente debe recibir, a nombre del empresario, las reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de cantidad o calidad de los bienes.
- El agente debe asentar su contabilidad de forma independiente.
- El empresario debe poner a disposición del agente, todo lo necesario para promocionar de buena forma los bienes.
- El empresario debe pagar la comisión pactada.
- El agente no tiene derecho al reembolso de los gastos concurridos por su gestión.
- Se presume que el contrato de agencia es por tiempo indeterminado.⁴⁸⁰

Lo anterior, son características que se derivan de interpretar el artículo 1479 del CCCN. Con este desarrollo, se puede manifestar que las características supra van asociadas a lo expresado en la norma, es decir: actuación por cuenta propia por parte del agente, pero a nombre del empresario, la no existencia de la relación laboral, el deber de retribución y las diversas obligaciones del agente derivadas del actuar a nombre del empresario. La norma obvia las características genéricas del tipo contractual (consensual, bilateral, oneroso, formal, nominado, típico, de tracto sucesivo y de larga duración)⁴⁸¹ y prefiere concentrarse propiamente en la relación entre agente y empresario, permitiendo así desarrollar las características a partir de la práctica contractual y no tanto en las formalidades del modelo.

Como se mencionó anteriormente, el CCCN no estipula expresamente algún artículo que desarrolle las características del contrato de agencia. Aun así, y con base a las características interpretadas por el autor supra, existen normas que desarrollan lo dicho por este, que podrían ser consideraras como características del tipo contractual.

⁴⁸⁰ Roque, "Apuntes sobre la regulación del contrato de agencia", 4.

⁴⁸¹ *Ibíd.*, 3.

Una de estas características es la exclusividad. El CCCN desarrolla que el agente tiene derecho a la exclusividad en el ramo de los negocios, a una zona geográfica o respecto del grupo de personas, expresamente determinados en el respectivo contrato de agencia (art. 1480). Es decir, como bien desarrolló Daniel Roque, el agente puede tener una exclusividad en uno de estos aspectos, siempre que el contrato así lo determine.

Asimismo, dicho cuerpo normativo hace una referencia indirecta a la característica de independencia desarrollada por Roque. Precisamente el CCCN señala que el agente puede contratar sus servicios con varios empresarios (art. 1481), demostrándose así su independencia a la hora de actuar. Aun así, la misma norma señala que a pesar de esta independencia, el agente no puede aceptar operaciones del mismo ramo de negocios o en competencia con las de uno de sus proponentes.

En cuanto a la característica de no competencia señalada por el autor en cita, el CCCN manifiesta que las partes pueden pactar cláusulas de no competencia del agente para después de la finalización del contrato, si este prevé la exclusividad del agente en el ramo de negocios del empresario (art.1499).

Por otro lado, el CCCN hace referencia al elemento de la remuneración a favor del agente. Dicho cuerpo legal señala que en caso de que no exista pacto expreso, la remuneración del agente es una comisión variable según el volumen o el valor de los actos o contratos promovidos (art. 1486). Nuevamente, se cumple una de las características señaladas por Roque, siendo esta la remuneración mediante el pago de una comisión.

Seguidamente, dicho Código regula el tema del plazo, mencionado por Roque como una de las características de este tipo contractual, señalando que, excepto pacto en contrario, se entiende que el contrato de agencia se celebra por tiempo indeterminado (art. 1491).

A raíz de lo anterior, se puede apreciar como el Código sí desarrolla mucho de los aspectos señalados en la doctrina como características del contrato de agencia. Cabe resaltar que el CCCN no prevé una caracterización expresa y más bien prefiere desarrollar, mediante sus normas, aspectos propios de la relación entre agente y empresario.

Por último, a manera de referencia, se expone lo señalado por los autores Gustavo Papeschi e Ignacio Flores acerca de las características del contrato de agencia, quienes apuntan:

- **Promoción de negocios:** El agente no concluye las ventas al no tener representación.
- **Estable y continuado:** Contrato de duración.
- **Independiente:** No hay subordinación técnica ni económica.⁴⁸²

Es posible apreciar cómo estos autores hacen referencia a otro grupo de características, intentando describir el tipo contractual de una forma más general, contrario a lo que hace Roque, quien caracteriza el modelo tomando como punto de partida la relación entre las partes.

d) Elementos del contrato de agencia

(1) Elementos subjetivos

i. El agente

Como bien señala el CCCN, el agente es un intermediario independiente, que no asume el riesgo de las operaciones, ni representa al proponente (art. 1479). Asimismo, como se ha señalado anteriormente, el agente promueve y concluye por cuenta y orden del empresario, sin representarlo, la venta de bienes y servicios.⁴⁸³

Continuando con lo anterior, se puede referenciar que el agente actúa bajo una relación estable y continuada, de forma independiente, sin relación laboral, sin riesgo sobre las operaciones y con derecho a recibir una remuneración.⁴⁸⁴

⁴⁸² Gustavo Papeschi e Ignacio Flores, "Contratos de Agencia y Distribución en el Código Civil y Comercial de la Nación", (Estudio de abogados Beccar Varela, 2016), 5. <http://www.ebv.com.ar/images/publicaciones/contratosdeagenciaydistribucion.pdf>

⁴⁸³ Gonzalo Fontana, "Los contratos de comercialización en el Código Civil y Comercial", (Estudio Marval O' Farrel y Mairal, 2014), <https://www.marval.com/publicacion/los-contratos-de-comercializacion-en-el-codigo-civil-y-comercial-11870>

⁴⁸⁴ Roque, "Apuntes sobre la regulación del contrato de agencia", 4.

ii. El empresario o proponente

El empresario o proponente es el dueño del negocio, quien delega la promoción de su (s) negocio (s) en un agente, o inclusive en varios agentes. Este, es el responsable de la operación y de los riesgos que se derivan de esta (art. 1479).

Bajo esta misma línea, el empresario debe ver velados sus intereses comerciales, mediante el giro de instrucciones hacia el agente para que este cumpla su cometido de la forma deseada. Asimismo, podrá solicitar información sobre la gestión del agente, ya que como se ha dicho, este es el responsable directo ante cualquier riesgo (art. 1843).

Cabe mencionar, en este punto, que la parte para la cual el agente promueve negocios, mal llamada “proponente” en muchas de las normas del Código en cita, en realidad debe entenderse como “proponente”, tal como lo menciona la norma del artículo 1481 y la jurisprudencia en la materia⁴⁸⁵.

(2) Elementos objetivos

i. Actividad de promoción

Normalmente el agente está a cargo de una actividad de promoción del negocio del empresario, es su obligación principal dentro de la relación de agencia (art.1479). Esta actividad podría llevarse hasta la conclusión de esos actos de promoción, siempre que exista pacto que así lo exprese (art. 1483). Cabe, en este punto, reafirmar el hecho de que el agente, en general, actúa por cuenta del proponente o empresario y que solo cuando se le autorice también en su representación.

Lo anterior es respaldado por el autor Daniel Roque, quien señala que como bien lo establece la Ley, el agente no solamente puede *promover* los negocios por cuenta y orden del empresario, sino que adicionalmente también puede *concretarlos y concluirlos*. Asimismo, manifiesta que dicha promoción es independiente, podría vislumbrarse mediante

⁴⁸⁵ Iván G. Di Chiazza, "El contrato de agencia en el nuevo Código Civil y Comercial. Razones para instrumentar el contrato por escrito", *Revista LA LEY – DCCyE [Online]*, febrero 2015: 70, <http://www.saij.gob.ar/ivan-di-chiazza-contrato-agencia-nuevo-codigo-civil-comercial-razones-para-instrumentar-contrato-escrito-dac160387-2015-02-24/123456789-0abc-defg7830-61fcanirtcod?&o=2&f=Total%7CFecha/2015/02%7CEstado%20de%20Vigencia%5B%2C1%5D%7CTema/De%20civil%5B%2C1%5D%7COrganismo%5B%2C1%5D%7CAutor%5B%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B%2C1%5D%7CTribunal%5B%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B%2C1%5D%7CColecci%F3n%20em%Etica%5B%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=9>

una organización propia o no, pero su labor no depende de esto, puede ejecutarse mediante estructuras sencillas, físicas o tecnológicas. Según el autor, lo que interesa es la realización del cometido de la promoción del negocio del empresario.⁴⁸⁶

Bajo esta misma línea, el presidente de la Comisión Redactora del CCCN ha señalado que la agencia es aquella actividad en la cual una persona encarga a otra de la promoción del negocio, con o sin representación, de manera estable. A su vez manifiesta que no hay transmisión de la propiedad de las cosas a vender entre las partes, ya que el agente promueve los negocios del empresario para beneficio de este, a cambio de una remuneración. El agente, a diferencia del cesionario, no tiene obligación de comprar, sino solo de promover contratos.⁴⁸⁷

Por otro lado, Roque manifiesta que existen elementos esenciales y típicos del contrato de agencia. Señala estos como parte de los elementos:

ii. Calidad de promotor de negocios

Este elemento caracteriza al agente comercial, quien cumple una función de intermediación entre el principal y la clientela, misma que no se encuentra desnaturalizada aun cuando adicionalmente tenga facultades representativas contratando a nombre de este.

iii. Independencia y autonomía

Dichos elementos describen la forma en que el agente desarrolla su actividad, entendida como ausencia de subordinación o dependencia, toda vez que este contrato no se inserta dentro del marco laboral.

iv. Unilateralidad

El agente realiza una gestión o acción promotora de negocios a favor de una sola de las partes y no ambas.

⁴⁸⁶ Roque, "Apuntes sobre la regulación del contrato de agencia", 4.

⁴⁸⁷ El presidente de la Comisión Redactora del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación es el señor Ricardo Luis Lorenzetti, quien mediante el decreto 191/11 señaló lo referido a la figura de la agencia.

v. Estabilidad

La relación que une al agente con su principal o proponente es de carácter estable, pues existe un desarrollo de la actividad sin presencia de variaciones abruptas en las condiciones, por un cierto plazo.

e) Derechos y obligaciones de las partes

El régimen de derechos y obligaciones de las partes se encuentra desarrollado en el Capítulo 17 del CCCN, referido al contrato de agencia. En cuanto a los derechos de las partes, estos se expresan mediante la estipulación de diversos articulados. Por el otro lado, en cuanto a las obligaciones, éstas se encuentran presentes en los artículos 1483 y 1484 del CCCN los cuales expresamente estipulan cuáles son las obligaciones correspondientes tanto al agente como al empresario.

(1) Derechos del agente

i. Exclusividad

La exclusividad constituye el primer derecho a favor del agente estipulado en el CCCN. Precisamente, dicho cuerpo normativo señala que el agente tiene derecho a la exclusividad en el ramo de los negocios, en la zona geográfica, o respecto del grupo de personas, expresamente determinados en el contrato (art.1480).

ii. Relación con varios empresarios

Seguidamente, el CCCN señala como derecho a favor del agente la posibilidad que tiene este para contratar sus servicios con varios empresarios. Sin embargo, se señala, que este no puede aceptar operaciones del mismo ramo de negocios o en competencia con las de uno de sus proponentes, sin que este lo autorice expresamente (artículo 1481).

iii. Remuneración.

El agente tiene derecho a una remuneración, así lo señala el Código Civil argentino:

ARTÍCULO 1486. Remuneración

Si no hay pacto expreso, la remuneración del agente es una comisión variable según el volumen o el valor de los actos o contratos promovidos y, en su caso, concluidos por el agente, conforme con los usos y prácticas del lugar de actuación del agente.

ARTÍCULO 1487. Base para cálculo

Cualquiera sea la forma de la retribución pactada, el agente tiene derecho a percibirla por las operaciones concluidas con su intervención, durante la vigencia del contrato de agencia y siempre que el precio sea cobrado por el empresario. En las mismas condiciones también tiene derecho:

- A) Si existen operaciones concluidas con posterioridad a la finalización del contrato de agencia;*
- B) Si el contrato se concluye con un cliente que el agente presentara anteriormente para un negocio análogo, siempre que no haya otro agente con derecho a remuneración.*
- C) Si el agente tiene exclusividad para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, cuando el contrato se concluye con una persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el agente no lo promueva, excepto pacto especial y expreso en contrario.*

ARTÍCULO 1488. Devengamiento de la comisión

El derecho a la comisión surge al momento de la conclusión del contrato con el tercero y del pago del precio al empresario. La comisión debe ser liquidada al agente dentro de los veinte días hábiles contados a partir del pago total o parcial del precio del empresario. Cuando la actuación del agente se limita a la promoción del contrato, la orden transmitida al empresario se presume aceptada, a los fines del derecho a percibir en el futuro la remuneración.

iv. Preaviso

Como se ha manifestado anteriormente, se entiende que el contrato de agencia se celebra por tiempo indeterminado (art.1491). Asimismo, cualquiera de las partes podría ponerle fin a dicho contrato, siempre y cuando se cumpla con el preaviso. Es por esto, que dicho elemento se considera como un derecho del agente, ya que, en aquellos casos donde el empresario desee ponerle fin al contrato, tendrá que conceder un preaviso a favor del agente. Este, debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato. El final del plazo del preaviso debe coincidir con el final del mes calendario en que aquel opera. Eventualmente, las partes pueden prever los plazos de preaviso superiores a los establecidos en este artículo (art. 1492).

v. Compensación por clientela

El artículo 1497 del CCNN señala lo siguiente:

ARTÍCULO 1497. Compensación por clientela

Extinguido el contrato, sea por tiempo determinado o indeterminado, el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario tiene derecho a una compensación si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a este.

Cabe señalar que dicha compensación presenta ciertas excepciones, a saber:

Artículo 1498. Compensación por clientela. Excepciones

No hay derecho a compensación si:

- a) el empresario pone fin al contrato por incumplimiento del agente;*
- b) el agente pone fin al contrato, a menos que la terminación esté justificada por incumplimiento del empresario; o por la edad, invalidez o enfermedad del agente, que no permiten exigir razonablemente la continuidad de sus actividades. Esta facultad puede ser ejercida por ambas partes.*

(2) Obligaciones del agente

El CCCN desarrolla expresamente, en una de sus normas, lo correspondiente a las obligaciones del agente. Precisamente el artículo 1483 de dicho cuerpo normativo señala:

ARTÍCULO 1483. Obligaciones del agente

Son obligaciones del agente:

- A) Velar por los intereses del empresario y actuar de buena fe en el ejercicio de sus actividades.*
- B) Ocuparse con la diligencia de un buen hombre de negocios de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que le encomendaron;*
- C) Cumplir su cometido de conformidad con las instrucciones recibidas del empresario y transmitir a este toda la información de la que disponga relativa a su gestión;*
- D) Informar al empresario, sin retraso, de todos los negocios tratados o concluidos y, en particular, lo relativo a la solvencia de los terceros con los que se proponen o se concluyen operaciones;*
- E) Recibir en nombre del empresario las reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque él no las haya concluido, y transmitírselas de inmediato.*
- F) Asentar en su contabilidad en forma independiente los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe.*

A raíz de lo expresado en dicha norma, queda demostrado que las obligaciones del agente se derivan de su deber principal de promocionar el negocio del empresario. Como se ha desarrollado en el presente acápite, esta es la gestión principal del agente, y por lo cual se configura per se el contrato de agencia; y de esta obligación genérica del agente, se derivan las demás responsabilidades señaladas en el artículo anterior.

(3) Derechos del empresario

i. Promoción del negocio

En concordancia con lo desarrollado supra, la principal gestión del agente la constituye la promoción, siendo esta, a su vez, el principal derecho del empresario. Es decir, el empresario tiene derecho a recibir una adecuada promoción, por parte del agente, de sus bienes y servicios (art. 1479).

ii. Derecho a que se vele por sus intereses

Al agente estar encargado de la promoción del negocio del empresario, este último tiene derecho a que el agente vele por los intereses de su negocio (art. 1483).

iii. Derecho a la conclusión de los actos

En aquellos casos donde el contrato de agencia pacte que el agente podrá, no solo promocionar el negocio del empresario, sino también concluirlos, este último tendrá derecho a que se concluyan de la forma debida (art. 1483).

iv. Derecho a girar instrucciones

Como parte de los derechos del empresario, este podrá dictar las instrucciones necesarias para transmitir todo su conocimiento y que la gestión de promoción se realice de forma correcta, todo en beneficio del negocio del proponente (art. 1483).

v. Derecho a recibir información sobre la promoción de su negocio.

Con el fin de conocer los resultados de la gestión del agente, el empresario tiene derecho a que se le informe de todos los negocios tratados o concluidos y, en particular, lo relativo a la solvencia de los terceros con los que se proponen o se concluyen operaciones (art. 1483).

Al respecto, se ha señalado que el deber de información se colige del hecho de que el contrato de agencia es uno de colaboración, en el que tanto el agente como el empresario actúan en forma independiente, pero con miras a un fin común, sea la ampliación de la clientela del último, como consecuencia de la actividad de promoción.

Es de esta forma que no podría hablarse de colaborar “si no se parte de la base de la reciproca información entre las partes”⁴⁸⁸ y de esta misma manera lo señala un reciente fallo de la Cámara que indica que “aun cuando el agente trabaje por su cuenta y riesgo, debe informar al principal sobre el resultado de sus gestiones.”⁴⁸⁹

De la anterior afirmación cabría interpretarse que el agente tiene la obligación de informar sin requerimiento previo por parte del proponente, pero a falta de un señalamiento expreso en este sentido, no podría aseverarse que necesariamente funcione de esta forma.

vi. Derecho a resolver el contrato

El empresario tendrá derecho a resolver el contrato en aquellos casos en que exista un incumplimiento grave o reiterado, por parte del agente, de sus obligaciones, de forma tal que razonablemente se ponga en duda la posibilidad de atender con exactitud las obligaciones sucesivas (art. 1494).

vii. Derecho a exigir la eficacia de las cláusulas de no competencia

En aquellos casos donde las partes hayan pactado cláusulas de no competencia, el empresario podrá exigir su eficacia con el fin de proteger su negocio, sin embargo, deberán cumplir con las condiciones de ser impuestas por menos de un año y aplicarse en un territorio o grupo de personas razonable (art.1499).

(4) Obligaciones del empresario

Al igual que en el caso del agente, el CCCN desarrolla expresamente en una de sus normas, las obligaciones del empresario. Precisamente, el artículo 1484 de dicho cuerpo normativo señala:

ARTÍCULO 1484. Obligaciones del empresario

Son obligaciones del empresario:

- A) Actuar de buena fe, y hacer todo aquello que le incumbe, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, para permitir al agente el ejercicio normal de su actividad;*
- B) Poner a disposición del agente con suficiente antelación y en la cantidad apropiada, muestras catálogos, tarifas y demás elementos de que se disponga y sean necesarios para el desarrollo de las actividades del agente;*

⁴⁸⁸ Di Chiazza, "El contrato de agencia en el nuevo Código Civil y Comercial. Razones para instrumentar el contrato por escrito"

⁴⁸⁹ *Ibíd.*

- C) *Pagar la remuneración pactada;*
- D) *Comunicar al agente, dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de su conocimiento, la aceptación o rechazo de la propuesta que se le haya sido transmitida;*
- E) *Comunicar al agente, dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de la recepción de la orden, la ejecución parcial o la falta de ejecución del negocio propuesto.*

f) Terminación del contrato

Se ha entendido en la doctrina, que al contrato de agencia se le aplican las normas correspondientes a la extinción de los contratos⁴⁹⁰, siendo estas las siguientes:

- Recisión bilateral

El contrato puede ser extinguido por recisión bilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, solo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros (art. 1076).

- Extinción por declaración de una de las partes

El contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante resolución unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad (art. 1077).

En el artículo 1494 inciso e), el CCCN plantea la posibilidad de que el contrato sea resuelto en aquellos casos en los que se da un *“incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de una de las partes, de forma de poner razonablemente en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud de las obligaciones sucesivas”*. Al respecto, el legislador establece que dicha resolución operará de modo tal que cada parte podrá resolver directamente el contrato (art. 1495).

De esta manera, se pone de manifiesto que la declaración de la parte afectada por el incumplimiento será justificante suficiente para resolver el contrato, de conformidad con lo indicado por la normativa.

⁴⁹⁰ Roque, “Apuntes sobre la regulación del contrato de agencia”, 5.

Unido a lo anterior, el CCCN recoge otras causales de resolución del contrato de agencia, que se corresponden con aquellas comúnmente determinadas por los legisladores para la mayoría de los contratos. Específicamente, el artículo 1494 previamente citado establece que el contrato de agencia se resuelve por:

- a) Muerte o incapacidad del agente;
- b) Disolución de la persona jurídica que celebra el contrato, que no deriva de la fusión o escisión;
- c) Quiebra firme de cualquiera de las partes;
- d) Vencimiento del plazo;
- e) Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de una de las partes, de forma de poner razonablemente en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas;
- f) Disminución significativa del volumen de negocios del agente.

Para el caso de los incisos a), b), c) y d), dicha resolución operará de pleno derecho, sin necesidad de preaviso o declaración de parte y para el caso del inciso f), sea la disminución significativa del volumen de negocios del agente, operará la situación descrita en el artículo 1492. Dicho artículo prevé la posibilidad de dar por terminado el contrato de agencia, dando un preaviso de un mes por cada año de vigencia del mismo u otro plazo mayor acordado por las partes. No obstante, se señala que, si la disminución se diera durante dos ejercicios consecutivos, el preaviso no debe exceder de dos meses, independientemente de la duración del contrato.

g) Naturaleza jurídica

Es importante recordar, que antes de la promulgación del CCCN en el año 2014, el contrato de agencia era considerado como un contrato atípico. Si bien existía en el mundo de los negocios, y tanto la jurisprudencia como la doctrina lo habían analizado, no existía una normativa legal que regulara su funcionamiento.⁴⁹¹

Por otro lado, como bien lo señala el autor Raúl Aguirre Saravia, el contrato de agencia pertenece a una serie de contratos comerciales que adquirieron tipicidad. Es decir,

⁴⁹¹ Raúl Aguirre Saravia, "Los contratos de comercialización en el Código Unificado" (Aguirre Saravia & Gebhardt Abogados, 2015), 1. <http://www.abogados.com.ar/los-contratos-de-comercializacion-en-el-codigo-unificado/16349>

su naturaleza es de carácter mercantil, en el cual el agente es un intermediario independiente y no asume el riesgo de las operaciones del empresario, capta clientes para su proponente y remite a este a los pedidos de mercaderías o bienes, cuya comercialización fue otorgada.⁴⁹²

En síntesis, las dos partes se encuentran en una situación de independencia y con fines particulares por los cuales se instauran en una relación mercantil, mediante el modelo de la agencia.

⁴⁹² Aguirre, "Los contratos de comercialización en el Código Unificado", 1.

B. Contrato de comisión⁴⁹³

a) Antecedentes de la legislación del contrato de comisión

Con el nuevo Código se ha reducido notablemente la extensión de la regulación dedicada a la consignación, con disposiciones breves y sencillas, a fin de presentar un conjunto de normas cuya redacción fuese lo más clara posible.⁴⁹⁴

Asimismo, el nuevo Código denomina la figura únicamente como “contrato de consignación” y elimina su clásico sinónimo de “comisión”. Las partes del contrato se denominan consignante y consignatario, en lugar de comitente y comisionista, empleados por la legislación anterior.⁴⁹⁵

Por último, otra de las particularidades legislativas del nuevo CCCN es que modificó el ámbito de aplicación y establece que dicho contrato actúa cuando se trata del otorgamiento de un mandato sin representación para la venta de cosas muebles.⁴⁹⁶

En vista de lo anterior, para los fines de la presente investigación, resulta poco práctico desarrollar lo correspondiente a la actual figura de la comisión o consignación en Argentina, debido a que, como se ha expuesto en los antecedentes legislativos supra, la figura de la comisión en dicho país se reduce al ámbito de representación para venta de bienes muebles.

En virtud de lo anterior, el presente apartado se desarrollará con la antigua figura de la comisión mercantil argentina, la cual presenta similitudes con la costarricense, y permitirá mayores resultados investigativos a la hora de realizar el análisis comparativo.

Pues bien, la tradicional figura mercantil de la comisión o consignación en Argentina se encontraba regulada en los artículos 222 y del 232 al 281 del Código de Comercio, único cuerpo de leyes que trataba este contrato. El Código de Comercio regulaba la materia de

⁴⁹³ A raíz de la promulgación del CCCN se modificó la figura del contrato de comisión, regulada en el antiguo Código de Comercio argentino, provocando que en la actualidad se le denomine jurídicamente como consignación. La modificación es provocada por un desarrollo en la legislación argentina.

⁴⁹⁴ *Ibíd.*

⁴⁹⁵ *Ibíd.*

⁴⁹⁶ *Ibíd.*

manera minuciosa, indicando los efectos que producía entre los contratantes y frente a terceros, así como sus obligaciones y derechos.⁴⁹⁷

b) Concepto legal⁴⁹⁸

De acuerdo con el anterior código de comercio argentino, el contrato de comisión era una especie de mandato comercial en la cual quien actúa por cuenta ajena lo hace con relación a uno o varios negocios determinados y obrando a nombre propio ante los terceros con quienes contrata (art. 221 y 22).⁴⁹⁹

Dentro de esa tesitura se afirmaba que en la comisión no había representación: no había relación entre el tercero y el comitente. El comisionista se obligaba directamente, por lo que el comitente carecía de acción contra el tercero.⁵⁰⁰

c) Características del contrato de comisión

(1) Actos concretos de comercio

Una de las características del contrato de comisión, siempre de acuerdo con el viejo código, era que los actos que el comisionista representaba eran los señalados o determinados en el contrato, y no cualquier acto de comercio. Es por lo anterior, que los actos por representar en este tipo de convenios debían ser determinados o determinables, uno solo o varios especificados o comprendidos en el mismo género o categoría⁵⁰¹.

(2) Consensual

El contrato de comisión era considerado de carácter consensual y se perfeccionaba por el simple acuerdo de las partes, fuera verbal o escrito⁵⁰². Asimismo, la aceptación del mandato podía ser expresa o tácita (art. 238).

⁴⁹⁷ Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015), http://www.saij.gov.ar/docs-f/ediciones/libros/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf

⁴⁹⁸ A partir de este apartado, se utilizará para la exposición normativa, lo desarrollado por el Código de Comercio de la República de Argentina Ley N° 2637 (CC), por lo que su uso no será citado constantemente y solamente se hará referencia al artículo que desarrolla lo que este bajo análisis.

⁴⁹⁹ Claudio Javier Albornoz Venegas, "Contrato de Comisión Naturaleza Jurídica y Tributación", Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011, http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111832/de-albornoz_c.pdf;sequence=1, 34.

⁵⁰⁰ *Ibíd.*

⁵⁰¹ León, "El contrato de comisión mercantil", 630-631.

⁵⁰² León, "El contrato de comisión mercantil", 631.

(3) Oneroso

La comisión era un contrato oneroso, en donde el comisionista recibía una retribución a cambio de eficacia de los actos que le eran encomendados⁵⁰³.

(4) Bilateral

Otra de las características del contrato de comisión era la bilateralidad existente entre las partes. Se consideraba un convenio de este tipo ya que, desde el momento de su celebración, producía obligaciones para ambas partes contratantes⁵⁰⁴.

En el caso del contrato de comisión, el comisionista se obligaba a ejecutar un acto de comercio a cuenta del comitente; y este último se comprometía a cambio, al pago de una remuneración.

(5) Típico

Específicamente en el caso de Argentina, el contrato de comisión, al encontrarse regulado en el CC, se consideraba como típico.

(6) No formal

El contrato de comisión podía celebrarse bajo la forma que las partes juzgaren más conveniente a sus intereses⁵⁰⁵.

(7) Tracto instantáneo

La comisión no era un contrato que se agotara con un solo acto, pues podía encargarse más de uno. La posición que se asumía al respecto era en buena medida definida en el momento de conceptuar el contrato, según se admitiera uno o varios actos. Esto, quedaba a criterio de la voluntad de las partes⁵⁰⁶.

⁵⁰³ Alejandro D. Dabah, "Contrato estimatorio", (s.f.), 296, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/contrato-estimatorio.pdf>

⁵⁰⁴ *Ibíd.*, 295.

⁵⁰⁵ *Ibíd.*, 297.

⁵⁰⁶ EcuRed, "Contrato de comisión", 2018, 1, https://www.ecured.cu/Contrato_de_comisi%C3%B3n

d) Elementos del contrato de comisión

(1) Elementos subjetivos

i. Comitente

Era la persona que encargaba la gestión de un negocio. Podía actuar personalmente, en cuyo caso requería de la capacidad para contratar; o podía hacerlo a través de la figura del representante legal⁵⁰⁷.

ii. Comisionista

Era la persona que ejercía actos de comercio frente a terceros, a nombre de otro o propio, pero siempre por cuenta de un comitente⁵⁰⁸.

En distintas legislaciones se considera que el comisionista debe ser un empresario o comerciante. En el caso argentino, la legislación era omisa en cuanto a este requisito.

(2) Elementos objetivos

i. Negocio de ejecución

Consistía en una prestación de hacer, encaminada a ejecutar un mandato por cuenta del comitente orientado a lograr la finalidad de colaboración mercantil prevista para este tipo contractual. Esa prestación de hacer por parte del comisionista podía ser más o menos extensa en dependencia de si las obligaciones pactadas eran de medio o de resultados⁵⁰⁹.

Siguiendo con lo anterior, la actividad encargada al comisionista podía ser limitada a lograr la conclusión del contrato. En este caso, se trataba de la realización de una prestación que incluía no solo la búsqueda y procuración de clientes, sino además los tratos preliminares y la ejecución del mismos⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ Egas de Castro, "Contrato de comisión", 51.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, 52.

⁵⁰⁹ EcuRed. "Contrato de comisión", 1.

⁵¹⁰ *Ibid.*

ii. Comisión

Era la retribución o remuneración que le correspondía al comisionista por la actividad desplegada, sin embargo, podían existir otro tipo de retribuciones si así lo decidían las partes (art. 256)⁵¹¹.

iii. Mercantilidad del encargo

El encargo debía tratarse de una operación mercantil⁵¹². Esto es correlativo a la característica sobre actos de comercio, en virtud de la cual, según se ha venido manifestando, los actos que ejerce el comisionista siempre serán mercantiles.

iv. Determinación del encargo

Se exigía que la comisión recayera sobre operaciones individualmente determinadas. El mandato del comisionista era determinado, restringido, en muchas ocasiones, a una sola operación⁵¹³.

v. Indivisibilidad de la comisión

La comisión era indivisible. Aceptada en una parte, se consideraba aceptada en el todo, y duraba mientras el negocio encomendado no estuviera completamente concluido (art. 239).

vi. Consentimiento

El anterior Código de Comercio argentino establecía como indispensable el consentimiento expreso del comitente, para que el comisionista pudiera ejecutar una adquisición que le estaba encargada con efectos que tuviera en su poder, ya fueran suyos o ajenos (art. 263).

⁵¹¹ EcuRed. "Contrato de comisión", 1.

⁵¹² Albornoz, "Contrato de Comisión Naturaleza Jurídica y Tributación", 40.

⁵¹³ *Ibíd.*, 41.

e) Derechos y obligaciones de las partes

(1) Derechos del comisionista

i. Libertad de aceptación

El comisionista era libre de aceptar o rehusar el encargo que se le hacía. Si rehusaba, debía dar aviso al comitente dentro de las veinticuatro horas; si no lo hiciera, sería responsable de los daños y perjuicios que hubiera soportado el comitente, por no haber recibido dicho aviso (art. 235).

ii. Derecho a una remuneración

Todo comisionista tenía derecho a exigir del comitente una comisión por su trabajo, la cual, no habiendo sido expresamente pactada, sería determinada por el uso comercial del lugar donde se hubiese ejecutado la comisión (art. 274).

A su vez, el artículo 275 del derogado CC desarrollaba:

ARTÍCULO 275

Si se ha concluido la operación o mandato, la comisión debe ser íntegra; pero en caso de muerte o separación del comisionista, se debe únicamente la cuota correspondiente a los actos que haya practicado. Sin embargo, cuando el comitente revoque el mandato antes concluido, sin causa justificada procedente de culpa del comisionista, nunca podrá pagarse menos de la mitad de la comisión, aunque no sea la que exactamente corresponda a los trabajos practicados.

iii. Sufragación de gastos

El comisionista tenía derecho a que le sufragaran los gastos y repararan los perjuicios que la gestión le hubiera ocasionado, lo cual era consecuencia necesaria del hecho de que este actuaba en interés y por cuenta del comitente; no obstante, debía probar su importe⁵¹⁴.

⁵¹⁴ Egas de Castro, "Contrato de comisión", 57.

En concordancia con lo anterior, se desarrolla lo que establecía el artículo 276 del CC:

ARTÍCULO 276

El comitente está obligado a satisfacer al contado, no mediando estipulación contraria, el importe de todos los gastos y desembolsos verificados en el desempeño de la comisión, con los intereses respectivos por el tiempo que mediere entre el desembolso y pago efectivo.

iv. Derecho de retención

Frecuentemente, el comisionista se convertía en acreedor del comitente, por anticipos concedidos, por gastos de los que debe ser reembolsado o incluso por premios o comisiones devengadas y no pagadas. En estos casos, el comisionista tenía derecho de retener mercancías del comitente que no se hubieren vendido por completo, con el fin de asegurar su crédito⁵¹⁵.

v. Posición preferente sobre otros acreedores

El comisionista tenía derecho a percibir el importe de su crédito de modo preferente a los restantes acreedores del comitente⁵¹⁶.

(2) Obligaciones del comisionista

i. Obligación de realizar el negocio encomendado

El comisionista tenía como obligación principal la de ejecutar el negocio encomendado. Es de esta condición que se deriva también la obligación de cumplir estrictamente las órdenes del comitente⁵¹⁷

El artículo 238 del CC manifiesta:

ARTÍCULO 238

El comisionista que aceptase el mandato, expresa o tácitamente, está obligado a cumplirlo, conforme a las órdenes e instrucciones del comitente. En defecto de estas o en imposibilidad de recibirlas en tiempo oportuno, o si le hubiese autorizado para obrar a su arbitrio u ocurriese suceso imprevisto, podrá ejecutar la comisión, obrando

⁵¹⁵ Egas de Castro, "Contrato de comisión", 57.

⁵¹⁶ *Ibid*, 58.

⁵¹⁷ Albornoz, "Contrato de Comisión Naturaleza Jurídica y Tributación", 44.

como lo haría en negocio propio, y conformándose al uso del comercio, en casos semejantes.

ii. Facultad de contratar a un subcomisionista

La legislación argentina mostraba una particularidad en este aspecto, debido a que diferencia de otros países, el CC era expreso en cuanto a la facultad que tenía el comisionista de subcontratar su función y delegarla en un subcomisionista.

Precisamente el artículo 251 preveía:

ARTÍCULO 251

El comisionista puede sustituir en otro la comisión aun cuando para ello no tenga expresas facultades, si así lo exigiere la naturaleza de la operación, o si fuere indispensable por algún caso imprevisto o insólito. La sustitución puede hacerla a su nombre, o al del comitente. En el primer caso, continúa la comisión por medio del subcomisionista. En el segundo, pasa enteramente a este.

Asimismo, el artículo 252 del CC señalaba que:

El comisionista que ha hecho la sustitución, en virtud de facultades que al efecto tuviera, o por exigirlo la naturaleza de la operación, o por resultado en un caso imprevisto, no responde por los actos del subcomisionista, probando que le transmitió fielmente las órdenes del comitente y que aquel gozaba de crédito en el comercio. Si la sustitución se hubiera hecho sin necesidad o sin mediar autorización, el comitente tiene acción directa contra el sustituido y el sustituyente.

iii. Obligación de custodia y conservación

El comisionista estaba obligado a resguardar las mercaderías hasta que el mandante se enterara de su repulsa. Esta obligación nacía en el momento en que la mercadería se encontraba en poder del comisionista. Se presume que la mercadería entregada tenía la calidad que el comitente indicaba. En caso contrario, el comisionista debía hacerlo constar⁵¹⁸.

Asimismo, este debía responder de su conservación en el estado que la había recibido, a menos que la destrucción o menoscabo se debieran a caso fortuito, fuerza mayor, transcurso del tiempo o vicio propio de la cosa. Su carácter de poseedor de cosa

⁵¹⁸ Albornoz, "Contrato de Comisión Naturaleza Jurídica y Tributación", 46.

ajena le imponía al comisionista la obligación de conservar la cosa por la función accesoria de depositario que asumía⁵¹⁹.

iv. Obligación de comunicación

El comisionista debía comunicar oportunamente al comitente de todas las noticias relativas a la negociación encargada. Por lo tanto, la regla general era que el comisionista informara permanentemente a su mandante⁵²⁰.

Asimismo, el artículo 245, relativo a esto, señalaba:

ARTÍCULO 245

El comisionista debe comunicar puntualmente a su comitente, todas las noticias convenientes sobre las negociaciones que puso a su cuidado, para que este pueda confirmar, reformar o modificar sus órdenes, y en el caso de haber concluido la negociación, deberá indefectiblemente, darle aviso dentro de las veinticuatro horas, o por el correo más inmediato al día en que se creó el convenio. De no hacerlo, además de las responsabilidades ordinarias, serán de su cargo todos los perjuicios que pudieran resultar de cualquier mudanza que acordare el comitente sobre las instrucciones.

A su vez, el artículo 248 del CC, manifestaba que el comisionista estaba obligado a dar aviso al comitente dentro de 24 horas o por segundo correo, de cualquier daño que sufriesen los efectos existentes en su poder, y hacer constar en forma legal el verdadero origen del daño.

vii. Obligación de rendir cuentas

El comisionista debía rendir cuenta de haber ejecutado el encargo, de haber vendido o comprado las mercaderías encargadas, por el monto indicado, de haberlas recibido y enviado, etc. Esta obligación nacía una vez realizado el encargo⁵²¹.

El artículo 277 del CC desarrollaba:

ARTÍCULO 277

El comisionista, por su parte, está obligado a rendir al comitente, luego de evacuadas la comisión, cuenta detallada y justificada de todas las operaciones y cantidades entregadas o percibidas, reintegrando al comitente, por los medios que este le

⁵¹⁹ León, "El contrato de comisión mercantil", 634.

⁵²⁰ Albornoz, "Contrato de Comisión Naturaleza Jurídica y Tributación", 47.

⁵²¹ *Ibíd.*

prescriba el sobrante que resulte a su favor. En caso de mora, responde por los intereses desde la fecha de la interpelación.

viii. Obligación de conservar la marca

El comisionista no podía alterar las marcas de los efectos que hubiere comprado o vendido por cuenta ajena. Dichas alteraciones serían de provecho del comitente (art. 255).

(3) Derechos del comitente

i. Derecho a recibir cuenta justificada del cumplimiento de la obligación

El comitente tenía derecho a que el comisionista le rindiera, en relación con sus libros, una cuenta completa y justificada del cumplimiento de su obligación, y de entregar el saldo de lo recibido e incluso el pago de intereses en caso de mora⁵²².

ii. Derecho de inspección de los bienes

El comitente tenía derecho a inspeccionar los bienes adquiridos para él e informar sin retraso al comisionista de los vicios encontrados en esos bienes⁵²³.

iii. Derecho a girar instrucciones

El comitente ostentaba el derecho de girarle instrucciones al comisionista, con el fin de que el mandato se cumpliera conforme a lo estipulado (art. 238).

iv. Derecho a indemnización

En caso de que el comisionista se apartare de las instrucciones recibidas, o en la ejecución de la comisión no satisficiera a lo que es de estilo en el comercio, el comitente tendría derecho al pago de los daños y perjuicios (art. 242).

v. Derecho a recibir comunicaciones por parte del comisionista

El comitente tenía derecho de recibir comunicaciones por parte del comisionista sobre la ejecución contractual (art. 245).

⁵²² León, "El contrato de comisión mercantil", 643.

⁵²³ *Ibid.*, 644.

(4) Obligaciones del comitente

i. Pago de la comisión

El pago de la comisión, de acuerdo con el derogado Código de Comercio argentino, constituía la obligación principal del comitente, la cual debía efectuarse de acuerdo a lo pactado, o en defecto, según el uso comercial del lugar donde se celebrará la comisión, o en el lugar en que se llevará a cabo⁵²⁴ (art. 274).

ii. Obligación de reembolso

El comitente estaba obligado al reembolso de las cantidades que el comisionista hubiera desembolsado en desempeño de la comisión: gastos, anticipos, seguros, etc. Además, debía librarle de las obligaciones contraídas⁵²⁵ (art. 276).

Se trata en este punto de una obligación de restitución al comisionista a una situación patrimonial que, de no ser por el encargo del comitente, no hubiese tenido que afrontar. La misma implicaba sufragar los gastos que hubiera generado la gestión⁵²⁶.

f) Terminación del contrato

El contrato de comisión finalizaría cuando se hubiera realizado el acto u operación de comercio que tenía por objeto. Asimismo, este se extinguiría en aquellos casos donde el objeto del contrato hubiera devenido en imposible, o cuando existiera una revocación por parte del comitente. Por último, este podría concluir en caso de muerte del comisionista, al ser este la persona elegida para ejecutar el acto de comercio (independientemente de su facultad para subcontratar según el derogado CC argentino)⁵²⁷.

g) Naturaleza jurídica

La naturaleza de la comisión no era otra que la de un mandato sin representación, tomando en cuenta que el objeto del contrato era la gestión de negocios comerciales por cuenta del comitente a nombre del comisionista⁵²⁸. Asimismo, este se consideraba un

⁵²⁴ Albornoz, "Contrato de Comisión Naturaleza Jurídica y Tributación", 47.

⁵²⁵ *Ibíd.*, 48.

⁵²⁶ EcuRed, "Contrato de comisión", 1.

⁵²⁷ Egas de Castro, "Contrato de comisión", 61-62.

⁵²⁸ León, "El contrato de comisión mercantil", 627.

mandato cualificado por la naturaleza del acto de ejecución (acto de comercio) y de las partes intervinientes (en muchas ocasiones empresarios)⁵²⁹.

Lo anterior era respaldado por el CC argentino, el cual manifestaba en su artículo 232 lo siguiente:

ARTÍCULO 232

Entre el comitente y el comisionista, hay la misma relación de derechos y obligaciones que entre el mandante y mandatario, con las ampliaciones o limitaciones que se prescriben en este capítulo.

⁵²⁹ EcuRed, “Contrato de comisión”, 1.

C. Contrato de trabajo

a) Antecedentes de la legislación del contrato de trabajo

En el año 1949, la lucha y sangre de los trabajadores argentinos se torció lo suficiente hasta poder volcarse con sentido y claridad sobre papel. La reforma constitucional de aquel año, llevada a cabo por el primer gobierno de Juan D. Perón, el cual incorporó a su texto los derechos del trabajador fundado en baso al concepto de justicia social, superaba hondamente el concepto individualista liberal imperante hasta entonces y asignaba un nuevo rol al Estado en el proceso económico y social. Posterior a esto, la sociedad argentina vivió un proceso de complicaciones civiles- políticas, de golpes de Estado y reformas constitucionales que debilitaron los derechos consagrados en dicha reforma constitucional.⁵³⁰

Con anterioridad al dictado de la Ley de Contrato de Trabajo N.º 20.744 (en adelante LCT), el marco normativo de las relaciones laborales se encontraba atomizado en múltiples regulaciones, muchas de ellas dictadas en gobiernos de facto⁵³¹, mucho a raíz de las crisis políticas comentadas supra.

La LCT fue promulgada el 20 de setiembre de 1994 y constaba de 301 artículos. Se trató de la primera ley nacional que sistematizó la totalidad de las regulaciones atinentes a un contrato de trabajo. La lectura global de la norma trasluce un marcado matiz protectorio del trabajador. Precisamente, la Ley expresamente disponía que *“las desigualdades que crea esta ley a favor de una de las partes, solo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación”*⁵³²

El dispositivo legal establecía con claridad los principios del derecho de trabajo y ordenaba que cualquier duda sobre la interpretación de las normas o acerca de la prueba en juicio sea resuelta a favor del trabajador⁵³³, siendo esto una importante innovación.

⁵³⁰ Leando Bosero, “Hacia una Ley de Contrato de Trabajo”, *Revista Derecho del Trabajo [Online]*, n.º 9, http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/revistas/DERECHO_DEL_TRABAJO_A3_N9.pdf

⁵³¹ Mariano Candal, “Los 40 años de la ley 20.744 Apogeo, decadencia y reconstrucción”, *Revista Derecho del Trabajo [Online]*, n.º 9: 54, http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/revistas/DERECHO_DEL_TRABAJO_A3_N9.pdf

⁵³² Candal, “Los 40 años de la ley 20.744 Apogeo, decadencia y reconstrucción”, 55.

⁵³³ *Ibid.*, 56.

Posterior a este importante avance en materia laboral, nuevamente se entra a un estado de incertidumbre política. Con la entrada del Proceso de Reorganización Nacional, el cual arrebató el gobierno del Estado, entró en vigencia la ley 21.297 la cuál derogó el régimen de contrato de trabajo fijado en la LCT, eliminando importantes garantías laborales y regresando, nuevamente, a un estado de incertidumbre en cuanto a los derechos de los trabajadores.⁵³⁴

Posteriormente, durante el período de 1983-1989, se recuperó el estado de derecho; aun así, no se dictaron normas relevantes dirigidas a la recuperación de los derechos laborales derogados en el régimen de facto⁵³⁵.

Para el período de julio de 1989, el nivel de protección del trabajador subordinado decayó aún más, quedando al límite de la desaparición. La nueva legislación laboral alivió las responsabilidades empresariales frente a los riesgos laborales. Estas nuevas leyes laborales buscaron controlar el salario y limitar el papel de los convenios y el poder sindical, flexibilizando así los contratos de trabajo. Ello derivó en la aparición de nuevas modalidades contractuales precarias que llegaron a reemplazar (y eliminar) el clásico contrato por tiempo indeterminado impuesto por la LCT.⁵³⁶

Estas nuevas modalidades se caracterizaron por avalar la inestabilidad del trabajador y, por ende, daban derecho al empleador a disolver el vínculo sin responsabilidad indemnizatoria. Asimismo, la negociación colectiva ya no era una herramienta tendiente a ampliar los derechos de los trabajadores⁵³⁷. Lo anterior demuestra la incertidumbre, en cuanto a derechos laborales, que vivió Argentina durante el período de 1989 hasta el nuevo siglo.

El año 2003 marca un punto de inflexión respecto al papel asignado al Estado con relación al derecho de trabajo. Luego de más de una década en la que el Estado adoptó una postura demoledora de los derechos laborales consagrados en la LCT, se prosiguió a una recuperación de estos⁵³⁸.

⁵³⁴ Candal, "Los 40 años de la ley 20.744 Apogeo, decadencia y reconstrucción", 59-60.

⁵³⁵ *Ibid.*, 61.

⁵³⁶ *Ibid.*, 62-63.

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ Candal, "Los 40 años de la ley 20.744 Apogeo, decadencia y reconstrucción", 67.

Desde dicho año, las políticas públicas han cambiado notablemente. El Estado ha fomentado el incremento de la negociación colectiva. A su vez, se ha producido una expansión de la seguridad social. En suma, las cuatro décadas de la ley 20.744 se cumplen en un contexto en el que el Estado recuperó el rol que le compete como mediador y generador de políticas públicas tendientes a la expansión de los derechos y el bienestar de la población. La íntegra rehabilitación de los derechos consagrados por la Ley 20.744 en su redacción original representa una aspiración para los trabajadores.⁵³⁹

b) Concepto legal⁵⁴⁰

En cuanto al concepto del contrato de trabajo, según la normativa argentina, se ha manifestado que, constituye trabajo, toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración. El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Asimismo, debe entenderse que entre las partes media una relación de intercambio y un fin económico (art. 4).

Por otro lado, desde el punto de vista doctrinario, se ha señalado que existe relación laboral cuando una persona en forma voluntaria y personal desarrolla tareas para otra persona física o empresa, bajo su dependencia, recibiendo una remuneración a cambio. La LCT presume que, si se cumplen las condiciones anteriores, aun cuando las partes (trabajador y empleador) no celebren un contrato de trabajo por escrito, existirá una relación de trabajo, generándose para ambas partes todos los derechos y obligaciones propios de ella⁵⁴¹.

Asimismo, se ha manifestado que, del concepto de contrato de trabajo englobado en la LCT, surge que el trabajador no es un recurso económico más, sino que es digno por ser persona y debe ser respetado como tal. Es por esto, que el Derecho de Trabajo tiene la

⁵³⁹ Candal, “Los 40 años de la ley 20.744 Apogeo, decadencia y reconstrucción”, 74-75.

⁵⁴⁰ A partir de este apartado, se utilizará para la exposición normativa, lo desarrollado por la Ley de Contrato de Trabajo nº 20.744, por lo que su uso no será citado constantemente y solamente se hará referencia al artículo que desarrolla lo que este bajo análisis.

⁵⁴¹ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Gobierno de Argentina. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. “El contrato de trabajo”. (s.f.) <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/buscastrabajo/marcolegal#1>

finalidad de proteger a los trabajadores, mediante la imposición de una herramienta para igualar a empleados y empleadores.⁵⁴²

Seguidamente, la normativa en análisis supone que habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obliga a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo la dependencia de esta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres (art. 21).

A raíz de lo anterior, se puede sintetizar que el contrato de trabajo busca formalizar una relación entre trabajador y patrono, en la cual el primero de estos ingresa en una relación de subordinación con el empresario a cambio de una remuneración. Asimismo, la doctrina hace bien en señalar que dicho contrato puede ser escrito o no, dándole validez a la relación de trabajo per se, sin necesidad de la obligatoriedad de su formalización en papel. Asimismo, el concepto engloba la importancia de proteger a los trabajadores, dando a entender su posición de desigualdad a lo interno de la relación laboral.

c) Características del contrato de trabajo

La normativa supra no desarrolla expresamente las características del contrato de trabajo. Es por esto, que se debe recurrir a la doctrina para determinar los caracteres principales de este tipo contractual. Según los autores, Grisolia y Ahaud, las principales características del contrato de trabajo son las siguientes:

i. Consensual

Se considera que este modelo contractual es consensual porque queda perfeccionado por el mero consentimiento de las partes⁵⁴³

⁵⁴² Julio Grisolia y Ernesto Ahaud. *Ley de Contrato de Trabajo comentada* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Estudio S.A., 2009), <https://es.scribd.com/document/342455049/Ley-de-Contrato-de-Trabajo-Comentada-Julio-Grisolia-1>

⁵⁴³ Grisolia y Ahaud, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 57.

ii. Personal

Se considera así, dado que es personalísimo respecto del trabajador y se sustenta en las características personales de la persona contratada⁵⁴⁴

iii. Carácter dependiente

Se trata de un trabajo subordinado. Existe una subordinación técnica, jurídica y económica entre el trabajador y el empleador. Ella comprende la facultad de dar órdenes, con el consecuente deber del trabajador de acatarlas. Esencialmente es una vinculación jerárquica en la que el empresario, dueño del capital, tiene la potestad de organizar y dirigir el trabajo de conformidad con los fines de la empresa, mientras que el trabajador no asume riesgos, ya que el trabajo se efectúa por cuenta ajena⁵⁴⁵.

iv. De tracto sucesivo

El contrato de trabajo se considera de tracto sucesivo debido a que su ejecución es continuada, al desarrollarse por medio de prestaciones repetidas en el tiempo⁵⁴⁶.

v. No formal

Para este contrato, rige el principio de libertad de formas. No se exigen formas solemnes ni determinadas para su celebración, salvo en algunas modalidades, precisamente cuando la ley así lo estipula como sucede en los contratos a plazo fijo⁵⁴⁷.

vi. Oneroso

El contrato de trabajo tiene contenido patrimonial. La LCT establece que el contrato no se presume gratuito (art. 115) y adicionalmente dispone, que el pago de la remuneración es una obligación esencial del empleador (art. 76)⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ Grisolia y Ahuad, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 57

⁵⁴⁵ *Ibíd.*

⁵⁴⁶ *Ibíd.*

⁵⁴⁷ *Ibíd.*

⁵⁴⁸ *Ibíd.*, 58.

vii. Bilateral y sinalagmático

El carácter bilateral y sinalagmático del contrato se corresponde con la reciprocidad en las posiciones jurídicas de las partes: los derechos y obligaciones del trabajador se corresponden con los del empleador y viceversa⁵⁴⁹.

viii. Conmutativo

El contrato de trabajo es conmutativo porque existe equivalencia en las prestaciones y las ventajas para ambas partes no dependen de un acontecimiento incierto⁵⁵⁰.

ix. Típico

Dicho modelo contractual se considera como típico debido a que su regulación está contemplada en la LCT, que admite modalidades especiales relativas al tiempo o la forma de la prestación de los servicios que lo distinguen claramente de otro tipo de contrato⁵⁵¹.

d) Elementos del contrato de trabajo

(1) Elementos personales

El trabajador

En principio, en el derecho individual del trabajo los sujetos del contrato de trabajo son dos: el trabajador o dependiente y el empleador⁵⁵²

El trabajador o dependiente es siempre una persona física con capacidad jurídica, que se obliga a prestar servicios en relación de dependencia y en forma personal a cambio del pago de una retribución. El Derecho del Trabajo no considera trabajador ni a los incapaces, ni los autónomos o entidades colectivas. Asimismo, al tener un carácter de prestación de tipo personal, no se puede delegar en otros el cumplimiento de la actividad⁵⁵³.

Por otro lado, la LCT manifiesta lo siguiente acerca del trabajador:

⁵⁴⁹ Grisolia y Ahuad, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 58.

⁵⁵⁰ *Ibíd.*

⁵⁵¹ *Ibíd.*

⁵⁵² *Ibíd.*, 61.

⁵⁵³ *Ibíd.*

ARTÍCULO 7. TRABAJADOR

Se considera “trabajador”, a los fines de esta ley, a la persona física que se obligue o preste servicios en las condiciones previstas en los artículos 21 y 22 de esta ley, cualesquiera que sean las modalidades de prestación.

x. El empleador

El empleador es quien organiza y dirige el trabajo prestado por otros, mediante una relación de dependencia. Se trata de una persona física o jurídica, que se sirve para ello de facultades de control y disciplinarias conferidas por ley. Asimismo, pueden ser empleadores las entidades sin fines de lucro, las sociedades de hecho o, inclusive, un conjunto de personas físicas⁵⁵⁴.

Bajo esta misma línea, la capacidad de la persona física para ser empleador se obtiene con la mayoría de edad (21 años). Sin perjuicio de ello, también podrían ser empleadores las personas mayores de 18 años cuando hubieran sido emancipadas comercialmente por habilitación otorgada por quien ejerza la patria potestad; o si estuviesen emancipados debido a haber contraído matrimonio⁵⁵⁵.

Por otro lado, no pueden ser empleadores las personas incapaces. Esta definición incluye tanto a los menores no emancipados como a los interdictos, los dementes declarados en juicio, los inhabilitados judicialmente por embriaguez habitual o uso de estupefacientes, los disminuidos mentales que no llegan a ser dementes y fallecidos⁵⁵⁶.

En cuanto a lo expuesto por la LCT, este cuerpo normativo manifiesta que se considera “empleador” a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador (art.26).

A diferencia de la exposición sobre el trabajador, la legislación exige que el empleador sea mayor de edad (o por lo menos en estado de emancipación). Asimismo, el patrono podría ser persona física o jurídica, constituyendo así otra diferencia con respecto al trabajador. Por último, se le otorga la facultad de brindar órdenes y directrices con la finalidad de un beneficio para su empresa o negocio.

⁵⁵⁴ Grisolia y Ahuad, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 61.

⁵⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁵⁶ *Ibíd.*, 61-62.

(2) Elementos esenciales

Como bien se ha expuesto anteriormente, la LCT define con precisión lo que se considera como contrato de trabajo. Es así, como del análisis de la norma sobre dicho contrato (art. 21) se desprenden los elementos esenciales, mismos que se desarrollan a continuación:

i. Voluntariedad

Dicho contrato, presupone un acuerdo de voluntades, donde cada una de las partes se compromete a cumplir determinadas obligaciones. Asimismo, se señala que el contrato laboral se perfecciona cuando las partes prestan su consentimiento⁵⁵⁷.

ii. Personalísimo

Se considera el trabajo como un hacer infungible ya que se trata de un servicio personal, descartando la posibilidad de que una persona de existencia ideal o jurídica preste el servicio⁵⁵⁸. Asimismo, como se ha hecho referencia, el trabajador no puede delegar sus funciones en otro sujeto.

iii. Informal

La denominación que las partes le asignen al contrato laboral no tiene mayor relevancia ni tampoco las formas, inclusive la LCT, en su artículo 23, hace referencia a la siguiente expresión: "*cualquiera que sea su forma o denominación*". Esto pretende dar a entender que lo que importa en este tipo de contratos es el acuerdo en sí mismo, sin formalidades, esto en concordancia con el principio de primacía de la realidad (art. 23)⁵⁵⁹.

iv. No tiene importancia el plazo

Se establece que en este tipo de contratos el plazo no es importante, existe contrato independientemente que el tiempo sea determinado o indeterminado⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ Grisolia y Ahuad, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 57.

⁵⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁵⁹ *Ibíd.*

⁵⁶⁰ *Ibíd.*

v. Prestación de servicios

Constituye un elemento esencial del contrato la obligación para el trabajador de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo. Este deber se plasma cuando la norma establece que el dependiente se obliga a “realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios” (art. 21)⁵⁶¹.

vi. Remuneración

Como consecuencia de la prestación de servicios por parte del trabajador, el empleador asume la obligación o compromiso de pagar una retribución por la puesta a disposición de la fuerza de trabajo o por el trabajo recibido⁵⁶².

e) Derechos y obligaciones de las partes

Como consecuencia de la formación del contrato de trabajo, se desprende una serie de derechos y obligaciones para las partes. Precisamente, la LCT desarrolla detalladamente lo relativo a dicho tema (capítulo VII) e incluye obligaciones las cuales se detallan a continuación:

La LCT establece que *“Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no solo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad”* (art. 62).

Asimismo, se manifiesta que los derechos y deberes de las partes son las prestaciones recíprocas y las facultades que emergen del contrato de trabajo, y que abarcan tanto al trabajador como al empleador porque ambos actúan como acreedores o deudores. A su vez, cada obligación de una parte se corresponde con un derecho de la otra⁵⁶³

⁵⁶¹ Grisolia y Ahuad, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 57

⁵⁶² *Ibíd.*

⁵⁶³ *Ibíd.*, 101.

Seguidamente, las obligaciones se presentan como deberes de prestación, y consisten en obligaciones de dar, hacer o no hacer, las cuales deben ser cumplidas dentro del marco de la buena fe, la colaboración y la solidaridad⁵⁶⁴.

Estos deberes genéricos de conducta que resultan aplicables tanto al trabajador como al empleador al iniciarse, durante el desarrollo y al momento de la extinción del contrato de trabajo, incluyen la obligación genérica de las partes de comportarse correctamente, con colaboración y solidaridad, aun cuando no sea requerido por el derecho positivo de forma expresa, como así también el deber de actuar de buena fe (art. 63)⁵⁶⁵.

Por último, dichos deberes genéricos pretenden evitar el ejercicio abusivo de derechos, las conductas contradictorias y el actuar violatorio de la doctrina de los actos propios⁵⁶⁶.

(1) Derechos del trabajador

Del análisis de la LCT y lo correspondiente a las obligaciones del empleador (art. 73- 82), se puede sintetizar los siguientes derechos del trabajador:

- i. Derecho a poder manifestar sus preferencias u opiniones políticas, religiosas o sindicales.
- ii. Derecho a recibir una remuneración por la prestación de sus servicios.
- iii. Derecho a laborar en un ambiente en el cual se observen las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo.
- iv. Derecho a ver resarcidos sus gastos destinados al cumplimiento adecuado del trabajo.
- v. Derecho a recibir alimentación y vivienda adecuadas para su buen vivir y el de su familia, en aquellos casos en los cuales el trabajador deba habitar en el establecimiento.

⁵⁶⁴Grisolia y Ahuad, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 101.

⁵⁶⁵ *Ibíd.*

⁵⁶⁶ *Ibíd.*

- vi. Derecho a una ocupación efectiva, de acuerdo a su categoría profesional, garantizada por el trabajador.
 - vii. Derecho a ser tratado de igual forma en identidad de condiciones.
 - viii. Derecho a una formación profesional
 - ix. Derecho a recibir capacitación profesional para desarrollar sus tareas en la empresa⁵⁶⁷
- (2) Obligaciones del trabajador
- i. Deber de diligencia y colaboración

Los deberes de diligencia y colaboración constituyen obligaciones primordiales del trabajador y resultan indisolubles del deber de trabajar. Su incumplimiento hace incurrir al trabajador no solo en la inobservancia específica de sus deberes, sino también en el cumplimiento defectuoso de la prestación laboral⁵⁶⁸.

Asimismo, la LCT manifiesta que *“El trabajador debe prestar el servicio con puntualidad, asistencia regular y dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se le provean”* (art. 84).

- ii. Deber de fidelidad

En el marco de la disciplina laboral, la fidelidad es el cumplimiento de los compromisos asumidos en virtud del contrato de trabajo; incluye los compromisos expresos o tácitos, sea que hayan sido libremente pactados o que surjan de la ley. Asimismo, dicho deber está relacionado con el principio de buena fe y la conducta exigible al trabajador en la prestación del trabajo conforme a patrones de honestidad⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Grisolia y Ahuad, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 129.

⁵⁶⁸ *Ibíd.*, 124.

⁵⁶⁹ *Ibíd.*

Por otro lado, el artículo 85 de la LCT manifiesta:

ARTÍCULO 85

El trabajador debe observar todos aquellos deberes de fidelidad que deriven de la índole de las tareas que tenga asignadas, guardando reserva o secreto de las informaciones a que tenga acceso y que exijan tal comportamiento de su parte.

iii. Cumplimiento de órdenes e instrucciones

El trabajador debe observar las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el modo de ejecución del trabajo, ya sea por el empleador o sus representantes. Debe conservar los instrumentos o útiles que se le provean para la realización del trabajo, sin que asuma responsabilidad por el deterioro que los mismos sufran derivados del uso (art. 86).

iv. Deber de no concurrencia

El trabajador debe abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena, que pudieran afectar los intereses del empleador, salvo autorización de este (art. 88).

v. Deber de auxilio

El trabajador estará obligado a prestar los auxilios que se requieran, en caso de peligro grave o inminente para las personas o para las cosas incorporadas a la empresa (art. 89).

(3) Derechos del empleador

i. Facultad de organización

El empleador tiene el derecho y las facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa o establecimiento (art. 64). Asimismo, dicha facultad consiste en un conjunto de atribuciones jurídicas para determinar las modalidades de la prestación laboral⁵⁷⁰.

⁵⁷⁰ Grisolia y Ahuad, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 100.

ii. Facultad de dirección

La facultad de dirección es la potestad del empleador de emitir directivas a los trabajadores mediante órdenes e instrucciones relativas a la forma y modalidad del trabajo, según los fines y necesidades de la empresa.⁵⁷¹

Asimismo, dicha facultad debe ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador (art. 65).

iii. Facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo

El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen un perjuicio material ni moral al trabajador (art. 66).

La facultad que tiene el empleador de alterar las condiciones no esenciales del contrato se denomina *ius variandi*⁵⁷².

iv. Facultad disciplinaria

El empleador podrá aplicar medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador (art. 67).

La función del poder disciplinario es eminentemente punitiva y surge como consecuencia de la facultad de dirección, del poder reglamentario y de la facultad de control. Sirve al empleador como herramienta disuasoria y para intentar enderezar la mala conducta del trabajador materializada en incumplimientos a las obligaciones emergentes del contrato de trabajo.⁵⁷³

⁵⁷¹ Grisolia y Ahuad, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 101.

⁵⁷² *Ibíd.*

⁵⁷³ *Ibíd.*, 113.

(4) Obligaciones del empleador

i. Pago de la remuneración

El artículo 74 de la LCT manifiesta:

ARTÍCULO 74

El empleador está obligado a satisfacer el pago de la remuneración debida al trabajador en los plazos y condiciones previstos en esta ley.

Es así, como se constituye la principal obligación del empleador, siendo esta el pago de la remuneración en tiempo y forma debida⁵⁷⁴

ii. Deber de seguridad

Por otro lado, la LCT desarrolla acerca del deber de seguridad lo siguiente:

ARTÍCULO 75

5. El empleador está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo, y a hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal.

(...)

El deber de seguridad y protección es el conjunto de medidas y recursos técnicos que el empleador debe aportar durante la prestación de las tareas para proteger la salud psicofísica del trabajador y su dignidad, y evitar que sufra daños en sus bienes. Tiene por objeto prevenir la producción de accidentes y enfermedades; también se le denomina como deber de prevención⁵⁷⁵

iii. Reintegro de gastos y resarcimiento de daños

El empleador deberá reintegrar al trabajador los gastos suplidos por este para el cumplimiento adecuado del trabajo, y resarcirlo de los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión de este (art. 76).

La doctrina ha establecido este deber como de seguridad patrimonial o indemnidad y comprende todas aquellas medidas que el empleador debe adoptar para evitar que el trabajador sufra sus daños en sus bienes. Su finalidad es evitar que se le cause algún

⁵⁷⁴ Grisolia y Ahuad, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 113.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, 114.

perjuicio patrimonial a los bienes pertenecientes al trabajador o los que se vinculan con el trabajo⁵⁷⁶.

iv. Deber de protección

El empleador debe prestar protección a la vida y bienes del trabajador cuando este habite en el establecimiento. Si se le proveyese de alimentación y vivienda, aquella deberá ser sana y suficiente, y adecuada a las necesidades del trabajador y su familia. Debe efectuar a su costa las reparaciones y refacciones indispensables, conforme a las exigencias del medio y confort (art. 77).

v. Deber de ocupación

El deber de ocupación es la obligación del empleador de brindar trabajo adecuado (ocupación efectiva), a la categoría del trabajador, otorgándole trabajo en las condiciones legales y pactadas. Si el empleador no otorga ocupación efectiva, el trabajador puede exigirlo, y en caso de negativa, podría llegar a considerarse injuriado y darse por despedido⁵⁷⁷.

vi. Deber de diligencia e iniciativa del empleador

El empleador deberá cumplir con las obligaciones que resulten de la ley, de los estatutos profesionales, convenciones colectivas de trabajo y de los sistemas de seguridad social, de modo de posibilitar al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios que tales disposiciones le acuerdan. No podrá invocar en ningún caso el incumplimiento de parte del trabajador de las obligaciones que le están asignadas y del que se derive la pérdida total o parcial de aquellos beneficios (art. 79).

vii. Igualdad de trato

El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando

⁵⁷⁶ Grisolia y Ahuad, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 116.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, 117.

el diferente trato responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador (art. 81).

Es así, como se consagra el deber de no discriminar e igualdad de trato, el cual consiste en el derecho que tiene toda persona a no ser discriminada arbitrariamente⁵⁷⁸.

f) Terminación del contrato

El contrato de trabajo podrá terminar o verse extinto en los siguientes casos:

- Extinción del contrato por renuncia del trabajador
- Extinción del contrato por voluntad concurrente de las partes

Las partes, por mutuo acuerdo, podrán extinguir el contrato de trabajo. El acto deberá formalizarse mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo. Será nulo y sin valor el acto que se celebre sin la presencia personal del trabajador y los requisitos consignados precedentemente. Asimismo, se considerará igualmente extinguido si ello resulta del comportamiento concluyente y recíproco de las partes y que se traduzca inequívocamente en el abandono de la relación (art. 241).

- Extinción del contrato de trabajo por justa causa

El despido es una de las formas de extinción del contrato. Surge de la voluntad de las partes y puede fundarse en una justa causa o disponerse sin expresión de causa. Este emana de la decisión unilateral de una de las partes, pudiendo tanto el empleador (despido directo) como el trabajador (despido indirecto) extinguir el contrato. Se trata de un acto receptivo, pues es eficaz desde el momento en que el acto llega al conocimiento del destinatario; y extintivo pues produce efectos hacia el futuro⁵⁷⁹.

Asimismo, para que exista justa causa debe producirse una inobservancia de las obligaciones de alguna de las partes, que por su gravedad torne imposible la continuidad del vínculo⁵⁸⁰

⁵⁷⁸ Grisolia y Ahuad, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 120.

⁵⁷⁹ *Ibíd.*, 298.

⁵⁸⁰ *Ibíd.*, 299.

g) Naturaleza jurídica

Como bien se ha expuesto supra, la LCT desarrolla ampliamente lo relativo al contrato de trabajo, sus características, elementos, derechos y obligaciones; y, por último, su terminación. Aun así, dicha norma no expone acerca de la naturaleza de este modelo contractual. Es por esto, que se debe recurrir a doctrina que se refiera a dicha naturaleza.

El autor Eduardo de Rivero, manifiesta que el contrato de trabajo tiene una naturaleza propia, debido a que tiene características que no se corresponden con la de ningún tipo contractual. De estas, la más importante es la subordinación⁵⁸¹.

⁵⁸¹ Eduardo de Rivero Santana, "Naturaleza Jurídica del Contrato de Trabajo y la Formulación de la Relación de Trabajo", *THEMIS- Revista de Derecho [Online]*, n.º 3, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/10514/10986>

CAPÍTULO IV - RESOLUCIONES JUDICIALES RELEVANTES DE TRIBUNALES COSTARRICENSES

A. En cuanto al contrato de trabajo

a) Concepto y características del contrato de trabajo

Las características del contrato de trabajo son algunas de las cuestiones sobre las cuales la Sala Segunda se ha pronunciado de forma repetitiva a lo largo de los años, debido a la expansión y generalización del trabajo subordinado que ha tenido lugar en las economías del país.

Con el fin de ilustrar lo anterior, se procede a exponer las siguientes sentencias: Sentencia n.º 296 de las 9:40 horas del 30 de abril de 2004 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

En el texto de este voto se refiere al contrato de trabajo, mediante la exposición de sus características, apuntando que:

Los Profesores españoles Palomeque López y Álvarez de la Rosa, señalan que: "...El contrato de trabajo es el origen y el permanente fundamento de las obligaciones recíprocas entre dos partes (empresario y trabajador), en la cual el trabajador entrega libremente su trabajo, en un tiempo dado y bajo la potestad organizadora del empresario, quien debe retribuirlo. La categoría jurídica contractual cumple la función que le es propia de constituir y regular la relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario..." (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. Derecho del Trabajo. Séptima Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Arce, S.A, Madrid, 1999, p. 613).

Asimismo, se analiza lo atinente a la relación laboral, estableciendo que:

*Evidentemente, este contrato, como estructura jurídica que da nacimiento y forma a una relación de cambio –trabajo por salario– es una manifestación de la autonomía privada de voluntad, que "...da lugar a **una relación de trabajo (conjunto de situaciones y posiciones jurídicas que se desarrollan mientras dura el contrato)** cuya realidad no se agota, ni mucho menos, en los intercambios patrimoniales sino que inciden sobre aquellas otras situaciones que tienen que ver con derechos de la persona (derecho a la intimidad, libre expresión, etc.) o que son derechos exclusivos de los trabajadores o sus representantes (libertad sindical, huelga, negociación colectiva)..." (Ibídem., p.615). (Énfasis añadido)*

Corresponde entonces hacer hincapié en el hecho de que la relación laboral a que hace alusión la sentencia, no solo contempla algunas situaciones que tienen lugar durante

el contrato, sino también los derechos derivados de las posiciones jurídicas de las partes, por lo cual continúa la Sala señalando que: “De ahí que, la relación laboral se inicia con la mera inserción del trabajador en la empresa y al producir sus efectos jurídicos **no solo implica la integración del trabajador en esta, sino, también, la influencia que en ese convenio tiene la prestación de trabajo como compromiso de la propia persona del trabajador.**” (Énfasis añadido)

En relación con sus características, propiamente, la misma resolución agrega que:

Por ello, jurídicamente, este se perfecciona con el consentimiento de las partes; de ahí que se configure como un contrato de cambio, por lo que reviste las características de bilateral y oneroso al establecer obligaciones recíprocas. Por ello, es típico, con extensa y profunda regulación heterónoma, de carácter consensual, sinalagmático y oneroso. De ahí que “...la relación jurídico individual de intercambio (facio ut des) de trabajo por remuneración está disciplinada y organizada unitariamente por el contrato de trabajo...” (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., Op. cit., p. 619).

Se rescata entonces, que se obtiene confirmación, a partir de estas sentencias, de las características del contrato laboral pregonadas por la doctrina, siendo estas: bilateralidad, onerosidad, consensualidad, tipicidad y carácter sinalagmático.

(1) Sentencia n.º 8 de las 8:40 horas del 27 de enero de 2006 de la Sección Primera del Tribunal de Trabajo

En esta sentencia se refuerza la onerosidad del contrato de trabajo, al consignar que:

Por ende, el pago del salario se torna en una obligación del empresario que, a su vez, conlleva al correlativo derecho básico de todo trabajador de que sus servicios sean remunerados. De ahí que, el contrato de trabajo, sea bilateral, y oneroso y con "un doble e inverso desplazamiento patrimonial" (PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA Manuel. Derecho del Trabajo. Undécima Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Arces, S. A. Colección Ceura, Madrid, 2003 p. 917).

(2) Sentencia n.º 237 de 10:05 del 27 de febrero del 2015 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

Más recientemente, mediante la jurisprudencia, se han valorado características o indicios para determinar la existencia de una relación de índole laboral. En la sentencia de referencia, la Sala manifiesta:

A la anterior descripción, podemos sumar otros indicios que la doctrina y la jurisprudencia han venido resaltando como: 1.- Si la prestación de servicios que desarrolla el trabajador es o no la actividad principal de la empresa. 2.- Un elemento de ajenidad en todas sus extensiones, como son en los frutos (lo que el trabajador produce), en el riesgo (el trabajador siempre recibe su salario independientemente de que el trabajo que ejecuta produzca o no ganancias al patrono), y en los medios de producción (incluye las herramientas, la materia prima, los inmuebles). 3.- Si hay o no reembolso de gastos o si percibe o no viáticos. 4.- Uso frente a terceros de la identidad de la empresa (gafetes, uniformes, correos electrónicos con cuentas de la empresa, papel con logotipos, tarjetas de presentación, carnés de identificación, tarjetas bancarias para el pago de servicios como combustible y otros gastos típicos empresariales). 5.- Disfrute de beneficios de los demás trabajadores provenientes de instrumentos de negociación colectiva (transporte, actividades sociales, alimentación, cortesías, capacitación). 6.-Una exclusividad en la producción para con la empresa.

Se hace posible establecer, mediante la sentencia indicada, características o indicios más prácticos, que ayudan a identificar de manera más adecuada la existencia o no de una relación de este tipo.

b) Aplicabilidad de la normativa del derecho laboral

Como se ha venido enfatizando, las relaciones entre contratantes deben de cumplir con una serie de requisitos para poder gozar de la protección propia de las normas del ordenamiento jurídico laboral, así como los derechos y las obligaciones derivadas de dicho ordenamiento, con el fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores, ante su posición de subordinación común en la relación obrero- patronal.

(1) Sentencia n.º 221 de las 15:00 horas del 16 de febrero de 2000 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

*De conformidad con los artículos 1, 2, 4 y 18 del Código de Trabajo, la existencia de un contrato de trabajo constituye la esencia del proceso donde se pretende la aplicación de la normativa proteccionista del derecho laboral. La calidad de patrono y de trabajador - sujetos vinculados por un contrato de ese tipo -, **es presupuesto necesario para la aplicación de las normas laborales; consecuencia directa y***

necesaria de la celebración de un acuerdo material de voluntades, con esa particular naturaleza jurídica. En otras palabras, una persona deviene en titular de los derechos y de los deberes inherentes a la condición de trabajador, solo cuando ha nacido a la vida jurídica el vínculo laboral que se origina en un contrato de trabajo. (Énfasis añadido)

A raíz de lo anterior, se puede derivar que, para que se activen todos los presupuestos de una relación laboral (derechos y obligaciones), se debe analizar la naturaleza del acuerdo entre las partes, con el fin de asegurar que existe un vínculo laboral susceptible de la aplicación de los presupuestos que abrazan una relación de este tipo.

(2) Sentencia n.º 14 de las 14:10 horas del 22 de enero de 1997 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

Este voto señala que no es posible aplicar a un contrato mercantil el régimen jurídico del Código de Trabajo, instaurando que:

III.- Así pues, el vínculo laboral que reclama la recurrente como existente no ha quedado evidenciado entre las partes contratantes y de existir un contrato entre ellas será mercantil, caso en el cual queda excluida de aplicación del Código de Trabajo, ya que la legislación que los regula es mercantil, típica para los agentes vendedores, cobradores o de comercio, que no cuentan con la protección y demás beneficios que sí reconoce la legislación laboral para el resto de trabajadores que prestan sus servicios personales a otra bajo la dependencia permanente y la dirección inmediata o delegada de esta, quien a cambio ofrece una remuneración, elementos todos típicos del contrato de trabajo y que se recogen en el artículo 18 del Código de la materia; ausentes en el pleito en estudio.

c) Elementos que determinan la existencia de la relación laboral

(1) Sentencia n.º 220 de las 9:20 horas del 26 de julio de 1996 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

*II.- Para determinar si, efectivamente, estamos ante una relación laboral encubierta o, si más bien, es de otra índole, deben analizarse las particularidades de este caso en concreto. El artículo 18 del Código de Trabajo, define al contrato laboral, con independencia de la denominación que le den las partes, como "todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otras sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de esta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe". **Esta norma, contiene los tres elementos fundamentales de toda relación de trabajo, que han sido desarrollados por la jurisprudencia de esta Sala, a saber: prestación de servicios, salario y subordinación jurídica.** (Énfasis añadido)*

Como bien se señala en la cita anterior, si se logra determinar que, en una relación contractual entre partes se encuentran presentes los elementos esenciales de una relación de tipo laboral, deberá considerarse como tal, independientemente que las partes hayan acordado, contractualmente, una relación mercantil de objeto o denominación distinta.

De esta misma forma se pronunció la Sala en la Sentencia n.º 317 de las 10:40 horas del 3 de marzo del 2010, manteniendo su criterio acerca de los elementos que determinan la existencia de la relación laboral.

(2) Sentencia n.º 2 de las 14:10 horas del 8 de enero de 1997 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

La sentencia citada hace referencia a los elementos que determinan la existencia de la relación laboral, para lo cual se vale de los artículos del Código de Trabajo costarricense que disponen lo relacionado con el empleador, el trabajador y la relación laboral. En este sentido, dicta la resolución que:

*III. El artículo 2 del Código de Trabajo dispone: "Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo". El numeral 4 siguiente establece: "Trabajador es toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo, expreso, implícito, verbal o escrito, individual o colectivo". Por su parte, el artículo 18 dice: "Contrato de trabajo sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de esta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe". **Con fundamento en esa normativa, tres son los elementos que caracterizan la relación laboral: a) la prestación personal de servicios; b) la subordinación jurídica y c) el pago de salario. Sin embargo, si se comprueba la prestación personal de los servicios, se debe presumir la existencia del contrato de trabajo y es el empleador quien debe demostrar que la relación tiene otra naturaleza, a fin de poder desvirtuar los efectos de esa presunción. De lo expuesto debe deducirse que, una relación contractual no puede calificarse como laboral, si no media una prestación personal del servicio. (Énfasis añadido)***

Es importante destacar, a partir del extracto anterior, que jurisprudencialmente, también se ha respaldado que los elementos esenciales para definir una relación laboral son la subordinación, prestación personal y remuneración. Por otro lado, la Sala ha manifestado supra, que con solo que se identifique que existe una prestación personal, se

podrá presumir que se está en presencia de una relación de tipo laboral, siendo carga de las partes, demostrar lo contrario.

Asimismo, conforme a la sentencia citada se podría inferir que, en las relaciones de agencia o comisión, al existir una prestación personal, las partes podrían verse en la obligación de demostrar la no existencia de los elementos restantes propio de la relación laboral, es decir, la subordinación y la remuneración periódica.

Bajo esta misma línea, la Sección Tercera del Tribunal de Trabajo, en Sentencia n.º 172 de las 9:40 horas del 19 de abril de 2007 ha manifestado que:

*La actora, en su recurso, insiste en que existen suficientes elementos demostrados, para determinar que fue laboral. En la especie, la demandada ha aceptado que la actora era agente de ventas, pero en forma independiente, como comisionista. Ante este hecho, y **dada la presunción del artículo 18 del Código de Trabajo, la carga de la prueba corresponde al patrono. En autos existe prueba que es el contrato firmado entre las partes, para demostrar que esa relación fue mercantil, documento en el que se establece que se trata de "distribución no exclusiva". De ahí que la carga de la prueba se revierte en la parte actora quien debe demostrar que lo que ocurrió en la realidad dista de lo que tal documento indica. Ello aunado a que tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial se ha señalado que no importa el nombre que se consigne en el contrato, debe hacerse un estudio sobre lo que en la realidad ocurrió.** (Énfasis añadido)*

Por otro lado, la jurisprudencia costarricense destaca como característica del contrato laboral, que la prestación que corresponde al trabajador sea realizada personalmente por él, pues de lo contrario se trataría de otro tipo de contrato. Así lo revela la Sala en su sentencia XXX, en los siguientes términos:

*Con fundamento en el citado hecho sétimo de la demanda, aceptado por la contraria y corroborado con la abundante prueba testimonial evacuada en los autos, **es imposible calificar la referida relación jurídica como laboral; precisamente, por carecer de dicho elemento, o sea, de la prestación personal del servicio, lo que es indispensable.** Aunque el actor también realizara la distribución del periódico y el cobro a los suscriptores, para poder dar el servicio contratado, no eran suficientes sus propias fuerzas y, entonces, se vio precisado a organizar una verdadera empresa de distribución, con cuatro trabajadores dependientes de él, no de la demandada, y a quienes él mismo les cancelaba sus salarios (Énfasis añadido).*

En cuanto a la subordinación jurídica, el voto n.º 221 de las 15 horas del 16 de febrero del 2000, basándose en la Enciclopedia Jurídica OMEBA, define dicho concepto de la siguiente forma:

Sobre esta se han dado muchos conceptos en doctrina. Colin entiende por tal subordinación jurídica “un estado de dependencia real, producido por un derecho, el derecho del empleador de dirigir, de dar órdenes, de donde surge la obligación correlativa del empleado de someterse a esas órdenes; trátase de un derecho general de fiscalizar la actividad de otro, de interrumpirla o hacerla cesar a voluntad, de trazar sus límites, sin que sea necesario controlar continuamente el valor técnico de los trabajos efectuados. Dirección y fiscalización, tales son los dos polos de la subordinación jurídica.” (COLIN citado por J. RUPRECHT (Alfredo) Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, Driskill S.A, 1984, Tomo IV, pp. 426-427).

Asimismo, en la sentencia n.º 317 de las 10:40 horas del 3 de marzo del 2010, la Sala incorpora el criterio de Guillermo Cabanellas (*Contrato de Trabajo*, Volumen I, Buenos Aires, Bibliográfica Omega, 1963, pp 239) acerca de la subordinación, manifestando que “... por lo que basta con que exista no la posibilidad de dar órdenes, sino el derecho de hacerlo y sustituir la voluntad a la de quién presta el servicio, cuando el que ordena lo juzgue necesario...”

Es decir, en dicho voto se señala que el elemento de la subordinación está presente, siempre que una persona ostente el derecho o la facultad de dar órdenes (empleador) y sustituir la voluntad de quien las recibe (trabajador). Asimismo, esto implica que la subordinación se presenta aun de manera potencial; es decir, que, aunque el patrono momentáneamente no gire órdenes concretas ni sustituya la voluntad del trabajador, el requisito se cumple siempre que el patrono se encuentre en la posibilidad de dar órdenes y sustituir la voluntad del trabajador, debido a la situación de sujeción o disponibilidad en que se encuentra este último con respecto a aquel.

Continuando con lo tocante a la dependencia o subordinación, la sentencia n.º 296 de las 9:40 horas del 30 de abril de 2004 de la misma Sala decretó que:

Por su parte, la dependencia, “...en la actualidad continúa sirviendo para describir una realidad poliédrica que no puede ser reconducida a una sola consideración...” (ibid, p.612). De tal suerte que, pese a que “...es una noción históricamente evolucionada que, si bien nace unida al obrero industrial, se flexibiliza, buscando su caracterización de acuerdo con el tipo de trabajo real que subyace en el proceso económico. Caso contrario, si se quedara el concepto anquilosado en su primera versión, puede hacerse buena la clásica observación de que el principio de subordinación ejerce una cierta tiranía sobre el Derecho de Trabajo, retrasando su

progreso científico, mermándolo, reduciendo su ámbito, proletarizándolo y colocándolo detrás de la realidad...” (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M, Op.cit., p.621 citando a BAYÓN CHACÓN, G, «El concepto de dependencia en el derecho de trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?», en Revista de Derecho Privado, junio 1961, pág. 451).

A partir de la sentencia citada, la Sala ha buscado evitar que la subordinación se convierta en un concepto inflexible o rígido, que pueda perjudicar la verdadera voluntad de las partes. En este sentido, ha señalado lo siguiente:

*Para clarificar este concepto y ponerlo acorde con la realidad actual imperante, la jurisprudencia patria lo ha direccionado hacia un sistema de indicios. **Se trata, entonces, de buscar “señales” que evidencien una situación de subordinación. En otras palabras, esos indicios deben servir para reforzar o probar la existencia de una relación de trabajo con la organización por ello, la dependencia puede aparecer como consecuencia de la realización de una actividad dentro el ámbito de organización y dirección del empresario.** (Énfasis añadido)*

En esta línea de actualizar el concepto de la dependencia debido a la cambiante realidad económica y social, la Sala, en el mismo voto, realiza un análisis alrededor de la función que cumple la subordinación para que una relación pueda ser calificada como laboral, considerando que:

Para, el Profesor Sanguineti, esta interrogante gira alrededor de “...dos ejes básicos: a) la capacidad de este elemento para seguir actuando como criterio calificador de la laboralidad, dada la aparición de nuevas formas de empleo, posibilitadas por la introducción de nuevas tecnologías en los procesos productivos, cuyas características no aparecen fácilmente encuadrables en los moldes clásicos; y, b) su idoneidad para mantenerse como centro exclusivo de imputación de la protección que otorgan las normas laborales, visto el auge que experimentan ciertas modalidades de trabajo autónomo, impulsadas por los procesos de terciarización de la economía y de descentralización productiva, las cuales actúan muchas veces en sustitución de las tradicionales de subordinación, pero desenvolviéndose en contextos de dependencia económica muy semejantes...” (SANGUINETI RAYMOND, W. «La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?». Op.cit., p. 53 y 54).

Por este motivo, indica la Sala que, debido a la “descentralización productiva”, en la cual se da una “exteriorización de las fuerzas de trabajo”, y la injerencia que tiene esta en el empleo tradicionalmente dependiente, que se desenvolvía en el centro de labores, se suscita un problema fundamentado en la dificultad de encontrar los “indicios” que solían

determinar la relación laboral.⁵⁸² Más específicamente, en sentencia n.º 42 de las 10:15 horas del 16 de enero de 2009, este órgano se ocupa de los indicios y menciona que:

De igual forma, en la Recomendación número 198, adoptada el 15 de junio de 2006, que puede ser citada como la Recomendación sobre la relación de trabajo, se puntualizaron los indicios de laboralidad de la siguiente manera: “a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y / b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.

Dentro de estos indicios, la Sala incluye la jornada, la propia dependencia, la asistencia a un centro de trabajo previamente señalado por el patrono, la dirección y control constantes, entre otros.⁵⁸³

Retomando el análisis de la sentencia n.º 296 de las 9:40 horas del 30 de abril de 2004, la misma establece, a partir de los razonamientos esgrimidos, tres modalidades de trabajo; los cuales surgen gracias a la “recomposición del sistema indiciario”, a saber:

“...a) el trabajo dependiente de régimen común: cuando sea posible detectar, de todas formas, la existencia de un control continuo y directo sobre la actividad; b) la de trabajador a domicilio, cuando el poder de dirección empresarial se manifiesta exclusivamente a través de la especificación inicial del trabajo a desarrollar y el control de un resultado; o, c) la de trabajador autónomo, cuando ninguna de estas notas comparezca en realidad...” (SANGUINETI RAYMOND, W. «La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?», Op.Cit., p. 58).

En virtud de lo expuesto, la Sala determina formas de detectar la existencia de un control continuo y directo, siendo la primera, la de un régimen común, es decir, subordinación mediante la supervisión en un espacio de trabajo donde coinciden físicamente patrono y trabajador; por otro lado, analiza el trabajo a domicilio, donde la

⁵⁸² Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 296 de las 9:40 horas del 30 de abril de 2004.

⁵⁸³ *Ibid.*

dirección patronal se manifiesta mediante un control de resultados y una especificación del trabajo a realizar; y por último, hace referencia al trabajador autónomo, quien no es objeto de una subordinación por parte de un patrono.

Siguiendo con el análisis del elemento de subordinación, la Sección Tercera del Tribunal de Trabajo, en Sentencia n.º 172 de las 9:40 horas del 19 de abril de 2007, rescata lo siguiente:

Lo que sí se demostró es la prestación personal de la actividad de ventas y la existencia de una remuneración consistente en la comisión, pero generada solo por las ventas realizadas. Pero estos dos elementos que sí fueron demostrados, no son suficientes para concluir que existiera una relación laboral, ya que estos son también propios de los contratos de orden mercantil. Es por ello, según ya se hizo referencia, que el elemento determinante de laboralidad, es el de subordinación.

En el caso bajo análisis, dicha Sección del Tribunal de Trabajo, definió el caso considerando que no existía una relación de tipo laboral al no estar presente el elemento de la subordinación. Aun así, dicho criterio responde a una situación de hecho que no está instaurada jurídicamente. Asimismo, como se ha visto en otros casos analizados en la presente investigación, en ocasiones, con la sola prestación personal se considera la existencia de una relación laboral. Por lo tanto, se puede concluir que las instancias judiciales, al buscar determinar si se está en presencia de una relación laboral o mercantil, basan su análisis casuísticamente en los hechos para concluir el tipo de relación presente.

Sin embargo, se debe rescatar lo acotado por la Sala Segunda en sentencia n.º 538 de las 11:00 horas del 10 de agosto del 2007, misma que establece que:

*Claro está que **la presencia de algunos indicios considerados como propios de las relaciones de naturaleza laboral no necesariamente deben llevar a la conclusión acerca de la existencia de esta.** Es decir, no existen soluciones automáticas, debiendo analizarse en cada caso concreto la presencia de esos indicios que, según las circunstancias dadas, permitan concluir si se está o no en presencia de un contrato de trabajo. **Debe tomarse en cuenta que en estos tiempos modernos, con los procesos de globalización, se han generado nuevas formas de relación laboral que hacen más difícil identificar el elemento subordinación en los términos clásicamente señalados, como lo es la inspección directa, en el tanto el trabajo normalmente se desarrollaba dentro del mismo local de la sede de la empresa, lo que ahora no siempre ocurre, ejerciéndose el control sobre el empleado de otras formas, como son los sistemas de control por objetivos, más que el control por jornadas de trabajo.** La posición doctrinaria tradicional sobre la subordinación jurídica se ha flexibilizado, sobre todo con el surgimiento de nuevas formas de prestación del trabajo contratado,*

como lo es el teletrabajo, entre otras formas flexibles de prestación del servicio contratado por cuenta ajena. (Énfasis añadido)

Continuando con el análisis de la subordinación, la Sala ha interpretado, en su voto n.º 1178 de las 10:05 horas del 27 de febrero del 2015, que dicho elemento implica estar sujeto a disciplina, recibir órdenes, poder ser sancionado si no cumple las obligaciones preestablecidas, estar sometido a jornada y horario de trabajo.

La remuneración, por su parte, es un tema que se ha abordado en las sentencias de la Sala Segunda con el fin de analizar la existencia de relaciones laborales. Estudiando el concepto del salario, la sentencia n.º 534 de las 10:10 horas del 17 de junio de 2005 de la Sala Segunda, se manifestó sobre la importancia de la retribución que recibe el trabajador a cambio de su labor, asegurando que:

*No hay duda, entonces, que el salario nace del contrato de trabajo; sin embargo, este tampoco puede quedar al arbitrio de las partes, pues es, precisamente, el trabajador, como la parte más débil en esta clase de relación, quien podría ver lesionado sus derechos. El salario, recuérdese, tiene un significado distinto para ambas partes: el que lo recibe -asalariado- y el que lo da -capital-. Para el primero, **el salario lo es todo**; "(...) es el precio de su fuerza de trabajo con el que ha de abordar todos los problemas de la vida y satisfacer todas sus necesidades tanto primarias como secundarias. Él ve en el salario el precio traducido de su esfuerzo y por lo tanto la medida de toda su actividad. Es más, ve en él el precio del valor de su propia persona y de su aportación individual al progreso de la sociedad (...)" (Véase PICÓ LÓPEZ J. Op. cit, p. 55). (Énfasis corresponde al original)*

La misma sentencia continúa diciendo:

El tema del salario ha sido ampliamente discutido en doctrina. Dentro de la economía política, se ha considerado que es un ingreso monetario, a cambio de un servicio prestado, para satisfacer las necesidades. (Vid. FRIEDMANN Y NAVILLE. Tratado de Sociología del Trabajo. FCE, México, 1967, p. 15).

...

También, el salario se entiende como "(...) todo lo que recibe el trabajador, siempre que se obtenga por razón o en virtud del trabajo o el servicio prestado (...); o, en otras palabras, el trabajador "(...) recibe el salario en virtud de la ejecución de su contrato de trabajo ("por sus servicios", "en virtud del trabajo o servicio prestado") que a su vez es, "(...) algo que, se recibe por el trabajador es algo que se da por el empresario (...)" (Vid. ALONSO OLEA, M. "Consideración general sobre las clasificaciones del salario". En A.A.V.V, Dieciséis lecciones sobre el salario y sus clases. Universidad de Madrid, Madrid, 1971, p. 33).

Este examen del tema del salario se hace a raíz de la necesidad de definir la naturaleza de una relación existente entre dos contratantes que, a juicio de la Sala, en

realidad era laboral. En este orden de ideas, el órgano hizo hincapié en que, a pesar de que al accionante (trabajador) se le realizaba el pago en forma de comisiones, esto no implicaba que dicho pago no se pudiera considerar como una remuneración típica de un contrato laboral.

Seguidamente la sentencia manifestó:

Es evidente que la naturaleza del trabajo del actor era, fundamentalmente, vender lotes del proyecto. Precisamente, por eso, era el encargado de ventas y como tal, la lógica dicta que él recibía, producto de su trabajo, el pago de una comisión por la venta de los lotes, que se formalizaba de forma precontractual, por medio de un contrato de opción de compra venta suscrito entre el representante de la demandada Los Reyes S.A y el cliente respectivo, siendo que, en este precontrato, se estipulaba en la cláusula décima que el optante (sea, el potencial comprador) dejaba autorizada a la demandada para que cancelara por su cuenta la comisión y el impuesto de ventas al comisionista o comisionistas que intervinieron en la operación.

De esta forma, la sentencia formuló una presunción *iuris tantum* en virtud de la cual todo lo que recibe el trabajador de una empresa se debe encasillar bajo el concepto de salario, según se manifiesta a continuación:

*Al igual que sucede con el contrato de trabajo, el salario, supone, desde el punto de vista **de toda retribución del trabajador continua y predeterminada** "(...) una presunción *iuris tantum* de **que todo lo que recibe el trabajador de la empresa le es debido en el concepto amplio de salario**, con todas las importantes consecuencias que tal conclusión comporta, debiendo solo juzgar las excepciones legales cuando su existencia quede probada (...)"*. (Énfasis corresponde al original)

Del mismo modo lo confirma la sentencia n.º 148 de las 14:15 horas del 18 de febrero de 2009 del mismo órgano, al declarar que:

El mecanismo de pago por comisiones, no tiene ninguna característica que lo abstraiga de ser considerado como remuneración salarial, puesto que dentro de la institución "salario" tiene cabida toda remuneración recibida con ocasión o por consecuencia de la prestación de servicios subordinados. Por ello, no es cierto que el actor no devengara salario.

El razonamiento que se realiza deviene relevante para la investigación, siendo que las comisiones muchas veces suelen identificarse con el pago que se hace a otros individuos que no se identifican con la figura del trabajador (verbigracia, el representante de casas extranjeras, el agente comercial, los corredores jurados, entre otros), y es en virtud del principio de la primacía de la realidad y el principio protector que se hace un estudio que

favorece la interpretación de que el pago por comisión podría relacionarse, en algunos casos, con el contrato de trabajo.

En síntesis, la Sala Segunda tiene una tesis fundamentada en el hecho de que, cuando se trate de casos donde existe una confusión de si el pago es una remuneración o comisión (u otro modelo de pago), se encasillará como salario, existiendo excepciones que deberán ser demostradas.

Por consiguiente, se deberá hacer un análisis concienzudo de cada una de las situaciones que pueden presentarse en el tráfico laboral, con el fin de determinar si el método de pago es propio de una relación laboral o comercial.

(3) Sentencia n.º 296 de las 9:40 horas del 30 de abril de 2004 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

Esta sentencia significa la introducción de un cuarto elemento, la ajenidad, sumándose a los previamente analizados. En cuanto a este elemento se menciona que:

Esta figura jurídico-laboral, al tenor de la doctrina y la jurisprudencia, implica la presencia de cuatro elementos que la identifican, ellos son: el carácter personal y voluntario del trabajo prestado, la dependencia o subordinación, la ajenidad y la remuneración. De estos conceptos, el menos desarrollado es el de ajenidad, o sea, trabajar por cuenta ajena. El cual se apoya en "...dos pilares del capitalismo: propiedad de los medios de producción y venta en el mercado de los productos obtenidos..." (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., Op. cit., p.620). (Énfasis añadido)

*Sin embargo, las mutaciones experimentadas por la prestación de trabajo en el proceso productivo no se recogen en el concepto de ajenidad, que se ha entendido, dentro de la jurisprudencia española, como "...la **trasmisión a un tercero de los frutos o del resultado del trabajo...**" (Véase STS 29-10-1990. A 7721); o, también, cuando "...es el empresario quien incorpora los frutos del trabajo en el mercado (ajenidad en el mercado) percibiendo directamente los beneficios..." (Énfasis añadido)*

Sumado a lo manifestado por la Sala, esta ajenidad implica también una ajenidad en cuanto a los riesgos, siendo el empresario quien asuma los riesgos de las labores realizadas por el trabajador, al ser este primero, el dueño de los frutos y quien aporta el capital de trabajo.

d) Necesidad del contrato laboral escrito

Como bien manifiesta el Código de Trabajo, en su numeral 23, existe la obligación de extender el contrato por escrito, salvo las excepciones que enumera el artículo 22 de dicho cuerpo normativo⁵⁸⁴.

A pesar de la obligación que fija el numeral 23, la Sala se ha manifestado acerca de aquellos casos en los que no se redacta un contrato laboral y, por ende, se recurren a componentes prácticos para identificar la presencia de una relación de tipo laboral.

(1) Sentencia n.º 220 de las 9:20 horas del 26 de julio de 1996 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

De acuerdo con este texto, el tribunal, en 1996, consideraba obligatorio que el contrato laboral constara por escrito, al indicar que:

Sin embargo, para arribar a una conclusión adecuada, es necesario acudir al numeral 23 del Código in rito, donde se establece, como regla general, que todo contrato laboral, deberá extenderse por escrito, quedando acreditada su existencia con ese documento; y, a falta de él, podrá demostrarse con cualquiera de los medios de prueba que señala el ordenamiento jurídico procesal y para ello es indispensable la prueba de la existencia del contrato de trabajo, la cual debe dirigirse hacia la demostración fehaciente de que no solo se llegó a un acuerdo verbal sino, también, a comprobar la existencia de una relación jurídico laboral, entre esos los sujetos intervinientes: trabajador y patrono.

El artículo 23 al que se alude en dicho fragmento establece que:

ARTÍCULO 23.-En los demás casos el contrato de trabajo deberá extenderse por escrito, en tres tantos: uno para cada parte y otro que el patrono hará llegar a la Oficina de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, directamente o por medio de la autoridad de trabajo o política respectiva, dentro de los quince días posteriores a su celebración, modificación o novación. (Énfasis añadido)

En este numeral, en opinión del Tribunal, se instauraba una regla general, en virtud de la cual todo contrato laboral se debía constatar mediante escrito, con las excepciones del artículo 22 ya referido.

⁵⁸⁴ Código de Trabajo de Costa Rica, art. 22-23.

(2) Sentencia n.º 221 de las 15:00 horas del 16 de febrero de 2000 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

Esta resolución confirma la regla general que se viene estudiando, a propósito de la cual determina que:

*En otras palabras, una persona deviene en titular de los derechos y de los deberes inherentes a la condición de trabajador, solo cuando ha nacido a la vida jurídica el vínculo laboral que se origina en un contrato de trabajo. Por esa razón, el numeral 25 *Ibídem*, dispone la obligación de demostrar, en cada caso, la existencia de ese negocio jurídico bilateral. **La prueba plena de su existencia solo puede hacerse con documento escrito - contrato de trabajo -, cuya emisión constituye, con marcadas excepciones, un deber legal de los contratantes** (precepto 23 *Ibídem*). La falta de ese elemento probatorio se imputa siempre al patrono; resultando procedente, entonces, recurrir a cualesquiera de los medios generales de prueba, admitidos por la legislación procesal, para acreditar tanto la relación como su típica naturaleza laboral. En esta última hipótesis, la prueba de la existencia del acto contractual en cuestión, no se dirige a comprobar que se llegó a un convenio verbal, de ese tipo; sino a demostrar que se dio, realmente, una relación laboral entre un sujeto, en calidad de trabajador, y otro, en carácter de patrono.*

e) Sobre los denominados “casos frontera”

A pesar de lo anterior, se ha reconocido que existen lo que se conoce como “casos frontera”, los cuales constituyen zonas grises en donde no están claros o bien definidos los elementos supra mencionados (prestación personal del servicio, pago de un salario o remuneración y subordinación jurídica).

La Sala apunta, en lo tocante a estos casos, que se trata de “aquellas relaciones de servicio en las cuales resulta sumamente difícil distinguir o definir su naturaleza jurídica, por contener concomitantemente, elementos propios a una contratación laboral y civil o mercantil.”⁵⁸⁵

En virtud de ello, se ha reconocido la aplicación de herramientas que son útiles para asistir en la determinación de la existencia de una relación laboral. Así lo señala la sentencia bajo estudio, al expresar que:

Sin embargo, en los que han sido denominados los "casos frontera", representados por aquellas situaciones en que resulta en extremo difícil, acreditar la concurrencia

⁵⁸⁵ Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º de las 10:15 horas del 16 de enero de 2009.

de esos tres elementos, por tratarse de contrataciones análogas a la típicamente laboral -V. gr. servicios profesionales, ejecución de obra y agentes vendedores o comisionistas-, **se ha permitido utilizar dos fórmulas que tienden a preferir la existencia de un contrato de trabajo, en beneficio del trabajador: a) teoría del contrato realidad; y, b) determinación única del elemento subordinación.** (Énfasis añadido)

El voto n.º 392 de las 10:40 horas del 25 de noviembre de 1994 del mismo tribunal se refiere a lo anterior y expone, como complemento, lo siguiente:

*La experiencia ha enseñado que, en una relación laboral común, estos son apreciables con toda claridad; ... **existen casos, en los cuales, por la particularidad de los servicios prestados, es difícil apreciar una concurrencia total, motivo por el cual, en forma reiterada, esta Sala ha sostenido ... que basta con demostrar la subordinación jurídica,** entendida como la capacidad del patrono de dar órdenes al trabajador, la sujeción de este a la dirección del empleador, **para tener como existente, en un caso determinado, una relación de naturaleza laboral.** (Sobre el particular se pueden consultar los votos de esta Sala Nos: 268, de las 8:00 horas, del 13 de diciembre de 1991, y 25, de las 9:00 horas, del 24 enero de 1992). (Énfasis añadido)*

Se considera lo anterior, pues, en palabras de la Sala:

*En la definición de tal disyuntiva, la jurisprudencia se ha inclinado por la subordinación jurídica como el elemento caracterizador y definidor de una típica relación laboral. Esto **por cuanto en las relaciones de servicio libre o autónomo, lo propio es la libertad en el desempeño del servicio.**⁵⁸⁶ (Énfasis añadido).*

Seguidamente, la sentencia n.º 538 de las 11:00 horas del 10 de agosto de 2007 se la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia señala:

*Dadas las dificultades que pueden presentarse al momento de determinar si en una relación concreta media o no subordinación, precisamente en los denominados “casos frontera”, tanto doctrinal como jurisprudencialmente también se han venido estableciendo distintos criterios que se consideran como indiciarios de la existencia de subordinación. Así, Mangarelli enumera los siguientes: **1) No deben confundirse las condiciones del servicio con la existencia de subordinación pues a todo profesional debe indicársele por qué y para qué se necesitan sus servicios. 2) Inexistencia del carácter personal de la prestación. 3) Constituye un indicio de laboralidad del contrato el hecho de que la remuneración se pacte según las fijaciones y aumentos que se dispongan por ley. 4) La prestación de servicios en otros lugares -no exclusividad- ha sido considerado como indicio de que no media contrato de trabajo. 5) La inexistencia de un horario. 6) El no pago de los beneficios laborales durante la relación de trabajo.** (Mangarelli, Cristina. “Arrendamiento de servicios”, en: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización*

⁵⁸⁶ Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º de las 10:15 horas del 16 de enero de 2009.

empresarial y el Derecho del Trabajo, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, primera edición, 2000, pp. 273-275).

Por consiguiente, en los casos denominados como “frontera”, donde existe una verdadera duda sobre la existencia o no de una relación laboral, se realiza un análisis sobre la presencia o no del elemento de la subordinación, siendo este el aspecto principal para definir el tipo de relación que existe entre las partes.

f) Principio de la primacía de la realidad

(1) Voto 2001-136 de las 9:35 horas del 23 de febrero de 2001 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

En cuanto al principio de la primacía de la realidad, la Sala Constitucional se ha referido a este indicando lo siguiente:

*El principio de primacía de la realidad que tutela las relaciones laborales señala que **la existencia de una relación de trabajo depende, no de lo que las partes hubieran pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado (...)** La aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto, de una situación objetiva independiente, esto es, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad carecerán de todo valor. **El contrato de trabajo existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio.** (Énfasis añadido)*

(2) Sentencia n.º 2 de las 14:10 horas del 8 de enero de 1997 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Seguidamente, la Sala se ha manifestado de similar forma en la sentencia referida, afirmando:

II. ... en materia laboral privada impera el principio de primacía de la realidad (los hechos prevalecen sobre las calificaciones formales que las partes les hayan dado). Así, a pesar de la existencia de documentos que hagan referencia a esa relación como de carácter laboral o comercial, se debe analizar la situación de acuerdo con lo realmente acontecido.

En este mismo sentido se pronuncian las sentencias números 50 de las 14:30 horas del 3 de abril de 1991; 392 de las 10:40 horas del 25 de noviembre de 1994 y 217, de las 9:40 horas del 19 de julio de 1996.

(3) Sentencia n.º 139 de las 13:15 horas del 31 de octubre de 2017 del Tribunal de Apelación de Trabajo del II Circuito Judicial de San José

Asimismo, la Sala ha manifestado que ante la discordancia entre la práctica y lo documental, se le debe dar énfasis al primero de estos, según se manifiesta a continuación:

*Como se sabe, el Derecho Laboral está caracterizado por una serie de principios propios que marcan o establecen su particularidad respecto de otras ramas del Derecho. Uno de los principios clásicos lo constituye el denominado principio de primacía de la realidad, de conformidad con el cual, **en materia laboral, cuentan antes y preferentemente las condiciones reales que se hayan presentado, las cuales se superponen a los hechos que consten documentalmente; desde el punto de vista jurídico.** En efecto, dicho principio establece que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (PLA RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, segunda edición, 1.990, p. 243). (Énfasis añadido)*

Y más aún, el Tribunal haciendo eco de la doctrina caracteriza el contrato de trabajo como un “contrato realidad”, en los siguientes términos:

*Por esa razón, el contrato de trabajo ha sido llamado “contrato-realidad” -aunque, doctrinariamente, se prefiere aquella acepción de primacía de la realidad-; dado que, tanto legal como doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha aceptado, de forma pacífica, **que la relación de trabajo está definida por las circunstancias reales que se den en la práctica, y no por lo pactado, inclusive expresamente, por las partes.** En consecuencia, de conformidad con este principio, en materia laboral, **importa más lo que ocurre en la práctica, que aquello que las partes hayan pactado y hasta lo que aparezca en documentos** (En ese claro sentido pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias números 151, de las 9:10 horas del 28 de marzo; 428, de las 10:10 horas; 439, de las 15:30 horas, ambas del 13 de agosto, todas de 2003; y, la número 279, de las 9:35 horas del 28 de abril de 2004). (Énfasis añadido)*

En síntesis, debe resaltarse que, la aplicación del principio de realidad pretende poner en justa dimensión los alcances de los contratos laborales en aquellos casos donde las partes han denominado la relación de forma distinta, pero, lo que realmente se presenta es una relación laboral; y, también en los casos donde los pactos verbales o escritos, de una relación laboral, quedaron “cortos” en perjuicio del trabajador.

(4) Sentencia n.º 538 de las 11:00 horas del 10 de agosto de 2007 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

En esta resolución, en consonancia con la necesidad de ajustar a las circunstancias el principio de la primacía de la realidad, la Sala Segunda expone:

Cada decisión dependerá siempre de las características propias de cada caso concreto, por lo que no puede adoptarse una línea invariable, sino que se han de fijar parámetros generales para poder determinar, según las circunstancias dadas, si se está o no en presencia de un contrato de trabajo (sobre los temas desarrollados en este considerando, pueden consultarse también las sentencias de esta Sala N.º 628 de las 14:15 horas del 20 de julio del 2005, 675 de las 9:36 horas del 4 de agosto y 1141 de las 9:30 horas del 15 de diciembre, estas dos del 2006).

De lo anterior se deriva que, el juez costarricense, en su labor de interpretación de los contratos, toma en cuenta que la naturaleza jurídica de un contrato no es la que las partes le asignan, sino la que le corresponde por ley al mismo, según la finalidad que persigue y los elementos que comprende.

g) Características del trabajador independiente

A continuación, se analizarán sentencias que desarrollan los criterios para determinar la figura del trabajador independiente:

(1) Sentencia n.º 42 de las 10:15 horas del 16 de enero de 2009 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

La resolución supra expone los criterios utilizados por la Sala Segunda para diferenciar la figura del trabajador independiente, según se expone:

*Como con el desarrollo de la tecnología y las comunicaciones, la subordinación jurídica puede verse difuminada y difícil de distinguir, en el informe de la 91ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en el 2003, se presentaron una serie de **criterios o parámetros, utilizados en distintos ordenamientos jurídicos, que podrían ayudar a diferenciar entre un trabajador dependiente y uno autónomo. Así, se han enunciado las siguientes características como propias de los trabajadores independientes o por cuenta propia: a) es propietario de su propio negocio; b) está expuesto a riesgos financieros por el hecho de que debe soportar el costo de rehacer todo trabajo mal hecho o de inferior calidad; c) asume la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa; d) se beneficia pecuniariamente de la bondad de la gestión, programación y correcta realización de los trabajos encomendados; e) ejerce el control sobre los trabajos que hay que realizar y sobre cuándo y cómo se***

Llevar a cabo y determinar si debe o no intervenir personalmente en el cometido; f) tiene la libertad de contratar personal, con arreglo a sus condiciones, para realizar las labores a las que se ha comprometido; g) puede ejecutar trabajos o servicios para más de una persona simultáneamente; h) proporciona los materiales necesarios para realizar el trabajo; i) proporciona el equipo y las máquinas necesarios para desarrollar el trabajo; j) dispone de locales fijos donde funciona su razón social; k) calcula el costo del trabajo y fija el precio; l) dispone de sus propios contratos de seguro; y, m) ejerce control sobre las horas de trabajo realizadas para llevar a cabo el cometido. (Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, El ámbito de la relación de trabajo, Informe V, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2003, pp. 66-67). (Énfasis añadido)

(2) Sentencia n.º 538 de las 11:00 horas del 10 de agosto de 2007 se la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

Unido a lo anterior, la presente sentencia ha fijado las siguientes pautas con respecto al tema:

Por su parte, esta Sala, en su construcción jurisprudencial, también ha establecido algunos lineamientos que pueden servir para distinguir entre un trabajador dependiente y uno autónomo. Entre ellos, pueden enumerarse los siguientes: 1) La no existencia de una prestación personal del servicio ... 2) Exclusividad en la prestación de las labores ... 3) Prestación del trabajo en las instalaciones del empresario ... 4) La existencia de una retribución fija y periódica ... 5) El sometimiento a jornada y horario ... 6) La imposibilidad de rechazar el trabajo encomendado ... 7) La afiliación a la seguridad social ... 8) El suministro de herramientas y materiales de trabajo ... 9) El deber de vestir uniforme o atuendos con el logotipo de la empresa ... 10) La realización de actividades por cuenta y riesgo del empresario ... 11) El pago de vacaciones o aguinaldo ... 12) El pago de una remuneración que excede la normal de un trabajador ... 13) El hecho de que los honorarios se paguen mes a mes no los convierte en salarios ...

B. En cuanto al contrato de agencia

A continuación, se analizarán sentencias relativas al contrato de agencia, su aplicabilidad, características y su diferenciación en cuanto al contrato laboral.

a) Aplicabilidad de normativa del comisionista al agente

(1) Sentencia n.º 119 de las 16:00 horas del 5 de agosto de 2004 de la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo

La sentencia bajo análisis presenta un panorama importante para la presente investigación, en el sentido de que Tribunal Contencioso Administrativo acepta como una

posibilidad, que se aplique normativa atinente al comisionista, presente en el CCOM, para desarrollar la figura del agente mercantil, según se desarrolla a continuación:

Aunque bien conocida en la doctrina mercantil, nuestro Código de Comercio no contempla la figura del agente como un auxiliar comercial típico, subsumiéndola bajo la del comisionista. Ambas categorías poseen en común el hecho de que se trata de colaboradores independientes de su principal; es decir, se trata de personas jurídicas autónomas, no subordinadas o jerárquicamente dependientes del principal. No obstante, colaboran con este para fomentar su actividad externa de relación con la clientela, poniendo su organización y servicios a disposición del empresario representado, en virtud de un contrato de agencia o de comisión, según corresponda.

En Costa Rica, como se dijo, la figura genérica del agente no posee una regulación propia, aunque algunas de sus variantes específicas sí la tienen (como en el caso de los agentes de seguros). Por ende, debemos aplicar analógicamente las normas propias del comisionista, aprovechando que, respecto de este, nuestro Código de Comercio no hace distinción entre el carácter permanente o esporádico de la actividad. (Énfasis añadido)

Como se puede observar, el Tribunal marca una pauta en el sentido de que, comunica cuestiones atinentes del contrato de comisión al contrato de agencia, según se expone con estas afirmaciones:

En lo que interesa al sub examine, importa indicar entonces que, conforme al artículo 273 in fine de ese cuerpo legal, cuando el comisionista actúa en nombre del comitente -supuesto asimilable a la figura del agente ... - lo obliga y el tercero que con él contrata ... “adquiere derechos y contrae obligaciones con el mandante” ... “y no con el comisionista”. Además, indica el ordinal 277 ibídem, el comisionista (y, por ende, también el agente) que practique alguna gestión en desempeño del encargo que le hizo el principal, “queda obligado a continuarlo hasta su conclusión”, lo cual implica realizar cuantas actividades y servicios sean usualmente necesarios o indispensables para ejecutarlo, defendiendo los intereses de su representado.

b) Concepto y características del contrato de agencia

/A su vez, la Sala ha abordado el tema del concepto y características del contrato de agencia, tal como se verá en las sentencias seguidamente expuestas:

(1) Sentencia n.º 220 de las 9:20 horas del 26 de julio de 1996 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

En el considerando III de esta resolución, los juzgadores proceden a definir el concepto y características del contrato de agencia, señalando que:

III.- Los reparos formulados por el recurrente, giran en torno al contrato mencionado en el acápite anterior. Por ende, debe determinarse, prima facie, si la relación que surgió con la firma de ese documento era de naturaleza laboral o, más bien, mercantil. Luego de un examen exhaustivo del convenio y apartándose de la denominación que las partes le dieron -pues lo que importa es la naturaleza propia e intrínseca que presenta-, la Sala arriba a la conclusión de que nos encontramos en presencia de un típico "Contrato de Agencia" mercantil. Efectivamente, **la doctrina, define este convenio, como: "...el contrato por medio del cual un empresario mercantil asume, de modo permanente y mediante retribución, la tarea (sic) de promover o concertar contratos en nombre y por cuenta de otro, en una zona determinada..."** (Broseta Pont (Manuel). Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos, S.A, Madrid. 1978. p.422).

...

Ahora bien, **entre las características propias del contrato de agencia, se encuentran: a).- Es un contrato de duración: el agente no asume el cargo de un solo contrato, sino de todos aquellos que pueda promover y suscribir en la zona encomendada, en nombre del principal, mientras subsista el contrato; b).- Es un contrato estipulado entre empresarios: la profesionalidad del agente, estará caracterizada por hacer de la agencia su actividad económica habitual; c).- Es un contrato cuyo objeto es promover o concluir contratos en nombre y por cuenta del empresario representado. De este modo, el agente, en ocasiones, se limita a buscar clientes; aproximándolos para que contraten directamente con aquel; mientras que, en otras, cuando posee un poder de representación, contrata con terceros en nombre del empresario representado; y, d). - La retribución del agente depende, generalmente de los resultados de su gestión, en nombre y por cuenta del principal. Otra nota característica, es lo que la doctrina ha denominado "exclusiva de simple o doble signo", donde: "... el agente se obliga a no trabajar para los empresarios competidores de su representación y este a no designar otros agentes propios en la zona o incluso a evitar que sus productos sean en ella introducidos por conductos ajenos a la actividad del agente".** (Op. Cit; p. 423). En conclusión, el contrato suscrito entre ambas partes refleja, sin menor duda, que el señor L. M. se comprometió a promover, por su cuenta y riesgo, pero en nombre de la accionada, la ejecución y venta del diario "L. R."; cuyos recibos de pago, incluso, eran extendidos por aquélla [...] V.- Como corolario de lo anterior, se ha de declarar sin lugar el recurso interpuesto y, en consecuencia, se debe confirmar la sentencia recurrida. (Énfasis añadido)

Cabe, en este punto, hacer énfasis en el hecho de que la Sala alude al contrato de agencia como un contrato de naturaleza mercantil.

Asimismo, en cuanto a la remuneración del agente propiamente, la Sala Segunda en su sentencia n.º 8 de las 8:40 horas del 27 de enero de 2006, manifestó que "la forma de pago propia de un contrato de agencia depende, en general, de los resultados del trabajo del agente, por lo que no puede verse como signo distintivo de laboralidad..."

Es decir, el pago por concepto de comisión no se puede considerar, per se, como una forma de retribución propia de una relación de índole laboral, pero no sería de extrañar que se analice inicialmente bajo la óptica salarial, según se ha expuesto en la presente investigación.

(2) Sentencia n.º 8 de las 8:40 horas del 27 de enero de 2006 de la Sección Primera del Tribunal de Trabajo

Este fallo acude a la doctrina, específicamente al tratadista Farina y a su libro "Contratos Comerciales Modernos", para determinar los caracteres propios del contrato de agencia, indicando que:

*"El agente de comercio se obliga a desplegar una actividad adecuada para lograr clientes para su comitente y remitir a este los pedidos de mercancías, servicios y otros bienes cuya comercialización le ha sido encomendada. **El comitente, al aceptar el pedido, concierta el contrato que lo liga de modo directo con el cliente, el agente de comercio no es parte de dicho contrato, sino un intermediador**". (Énfasis añadido)*

Y continúa agregando

Más aún precisa sus características, así: "Prestigiosos expositores del tema han señalado las notas distintivas de este contrato, por nuestra parte, destacamos las siguientes: a) autonomía, b) relación estable con el comitente, se trata de un contrato de duración, c) es, generalmente, titular de un establecimiento mercantil, d) es un comerciante, e) generalmente se le atribuye una zona y dentro de esta, se le otorga exclusividad; f) no es parte de los contratos que se celebran a raíz de su intervención y g) su retribución consiste en un porcentaje (comisión) sobre el precio de cada contrato regularmente concertado, aunque puede pactarse otra forma de retribución." (Ver páginas 294-397. Editorial Astrea, 1era Reimpresión, Buenos Aires, 1994). -

Por último, el mismo texto manifiesta que: *"Expuesto lo anterior, resulta claro a juicio del Tribunal, que el actor no sostuvo con la demandada Los Reyes S.A. un contrato de agencia comercial. No, porque el actor no es un comerciante, no tiene un establecimiento mercantil, no trabaja en una zona determinada y bajo un criterio de exclusividad."*

En suma, la jurisprudencia ratifica la necesidad de que, quien se dedique a desempeñar la agencia mercantil, cumpla con la condición personal de ser un comerciante poseedor de un establecimiento mercantil, que trabaja exclusivamente para un principal en una zona preestablecida.

Asimismo, como bien se ha expuesto en la presente investigación, una de las características de la relación comercial de agencia, es que el agente actúa en nombre y por cuenta del principal.

La sentencia n.º 00221-2010 de la Sala Primera, en lo que interesa, manifestó:

Es claro, entonces, que el agente viajero actúa en nombre del naviero con carácter de mandatario o comisionista mercantil para todos los actos y gestiones que se le encomienden en relación con la embarcación en el puerto de consignación. Puede incluso estar legitimado para recibir notificaciones, aún de emplazamiento en representación del naviero, pero en ningún caso debe interpretarse que estas facultades se extienden al grado de que deba responder con su patrimonio propio de las obligaciones de su mandante o comitente. Una tesis así, violenta la teoría general de la representación, que no puede ser admitida

- c) Sobre la potestad de dirección que tiene el contratante sobre el agente sin que se configure el elemento de la subordinación.

A continuación, se analizarán sentencias que reflejan el poder de dirección que puede existir en una relación de agencia, sin significar esto que se esté en presencia de una subordinación jurídica propia de una relación laboral.

- (1) Sentencia n.º 317 de las 10:40 horas del 3 de marzo de 2010 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

En cuanto a la existencia o no de la subordinación en este tipo de contratos, la sentencia supra manifiesta lo siguiente:

“... En igual sentido, no puede tenerse como subordinación jurídica, elemento propio del contrato de trabajo, la existencia en el contrato de agencia, de una serie de obligaciones por parte del agente que lo que tiene es, según lo expuesto, a que el Instituto, en este caso, se garantice la confianza del cliente, la protección de sus productos y, tanto de su patrimonio como el de los particulares que con él contraten por medio del agente independiente. De ahí que estos últimos, dentro de sus obligaciones tengan: las de prestar sus servicios según las condiciones y directrices que emita el contratante, por ejemplo, en cuanto al uso de su papelería (Formularios de Depósitos Sobre Primas y Seguros Autoexpedibles), Trámite de Solicitudes de Cotización de Seguros y en cuanto a las funciones de los auxiliares o tramitadores; la establecida en la Cláusula Tercera de ese contrato, en relación a su obligación de someterse a control y medición de la producción, de las necesidades de capacitación y en

general a supervisión, o las establecidas en la Cláusula Décima Segunda, en la que se fija la forma y condiciones de prestación de sus servicios, el comportamiento ante los clientes y los empleados del Instituto demandado, el uso personal y de conformidad con las instrucciones que se le giren de los formularios, manuales de tarifa y documentos entregados por el empleador, rendición de informes de gestión, responsabilidad personal por los perjuicios que eventualmente puede causarle al empleador, deber de asistir a reuniones de supervisión a que se les convoque, asistir y aprobar los cursos de nuevos seguros, actualización de productos o técnicas de ventas, y, la obligación de acatar las directrices que se le giren con propósitos de promoción y venta. De la misma manera, es propio del contrato de agencia, tal como se explicó arriba, que se prohíba al agente (Cláusula Décima Cuarta) la realización de actividades incompatibles con la venta de seguros del Instituto, acudir a las instalaciones o ante los clientes en estado de ebriedad, no depositar las primas cobradas en los plazos y lugares señalados, emitir recibos en fórmulas no autorizadas, o distintas a las que el Instituto le provee, recibir o dar gratificaciones en razón de sus servicios, delegar la ejecución de los servicios contratados...

Asimismo, también la Sala Segunda ha manifestado que, en este tipo de contratos (agencia) se puede aplicar medidas sancionatorias sin que esto signifique una subordinación jurídica laboral. A continuación, se expone lo referido:

Tampoco es extraño a esa forma contractual, sino más bien propio de la necesidad de proteger su patrimonio, del que forma parte su buen nombre empresarial y comercial, el que se establezcan un sistema sancionatorio (Cláusula Décimo Quinta), mediante el que, según la gravedad del incumplimiento de las obligaciones o prohibiciones contractuales, el Instituto proceda a sancionar al agente infractor, pudiendo llegar a la resolución contractual. Muy propias del contrato de agencia, y alejadas de uno de naturaleza laboral, resultan ser las regulaciones establecidas en las Cláusulas Décima Novena y Décima Primera, en las que se autoriza al agente, en la primera, en caso justificado de imposibilidad para cumplir sus servicios, a “nombrar con el aval del supervisor, a otro agente independiente que atienda sus obligaciones” y, en la segunda, a que pueda contratar su propio personal auxiliar a fin de que le asista en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o incluso, a constituir una empresa Individual de Responsabilidad Limitada para la mejor organización del servicio. Incluso el testimonio invocado para probar la laboralidad de la relación, el de Alberto Mastroeni Villalobos, no hace otra cosa que ratificar lo que está en los contratos celebrados por los actores con la demandada, y la afirmación de que “Como agentes de seguros, ellos lo que dan es asesoría a los clientes y propician las ventas por que yo diría que desde el punto de vista técnico las funciones eran iguales antes de que se independizaran y como están actualmente”, solo corrobora que, efectivamente, existen actividades que pueden coincidir en una u otro tipo de relación jurídica, pero de ningún modo desvirtúa el análisis pormenorizado que, de las cláusulas contractuales que rigen la relación entre las partes, hizo la Sala y que le llevó a concluir la inexistencia de la relación laboral alegada. (Énfasis añadido).

Asimismo, la Autoridad supra en su sentencia n.º 42 de las 10:15 horas del 16 de enero del 2008, señaló que:

*“Por ello, si bien es cierto son abundantes el cúmulo de deberes y obligaciones que el instituto asegurador le impuso al agente contratado para el correcto y seguro ejercicio de su función, **tales lineamientos no pueden entenderse en este caso como la subordinación jurídica típica de un contrato de trabajo**, entendida como la posibilidad del patrono de regir la actividad del contratado. **Por el contrario, ese cúmulo de disposiciones en las que tanto el agente como el instituto acuerdan obligaciones recíprocas (ver cláusula décima) deja ver que se está en presencia de un típico contrato de agencia...**” (Énfasis añadido).*

A raíz de lo señalado anteriormente, se puede sintetizar, según criterio de la Sala, que quien contrata, ostenta una potestad de dirección y coordinación con el agente, todo con el fin de preservar y proteger la reputación y confianza de su negocio. Dicha Autoridad interpreta que esa intervención del contratante no tiene una finalidad laboral o de subordinación para el agente, sino que lo que busca es preservar su actividad comercial, la cual está siendo representada por un tercero.

Asimismo, este control tiene como finalidad, que el negocio en representación se ejecute de la forma prevista y a satisfacción de los consumidores. La Sala desarrolla una serie de directrices que son lógicas en una relación comercial de este tipo, sin que signifique esto que se configure el elemento de la subordinación y, por ende, la instauración de una relación laboral propia.

- d) Sobre la contratación personal del agente sin que se configure el elemento laboral de la prestación personal del servicio

Seguidamente, se analizarán sentencias que afirman que, en los contratos de agencia, también se podría configurar la exigencia de que el servicio deba ser prestado por una persona en específico, sin que esto signifique la presencia del elemento de prestación personal, propio de las relaciones laborales.

- (1) Sentencia n.º 42 de las 10:50 horas del 16 de enero de 2009 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

Como bien se ha desarrollado en divisiones anteriores, uno de los elementos característicos o esenciales de la relación laboral, es la prestación personal de servicios,

entendiendo esta como la obligación personalísima que tiene el trabajador de ser él quien presta el servicio para el cual fue contratado.

A pesar de lo anterior, se ha interpretado que, en los contratos comerciales de agencia, se puede configurar un elemento de individualidad personal, sin que se configure per se el elemento laboral descrito.

En cuanto a lo anterior, la Sala ha desarrollado:

La contratación de esos servicios fue a no dudarlo, de naturaleza personal, porque fueron personas físicas individualizadas, las contratadas para el cumplimiento de esa actividad. Pero si bien, frente al instituto el agente es el responsable de las gestiones y obligaciones expresamente establecidas en el contrato, es entendido que en el cumplimiento de ellas se puede asistir de una organización, lo cual es abiertamente contrario al carácter personal de una contratación laboral. En efecto, tal y como se desprende del enunciado 13, cláusula décima primera, “La prestación del servicio contratado es responsabilidad del agente, por lo que no podrá delegar su ejecución; salvedad hecha del personal de apoyo para funciones auxiliares tales como cobranza, tramitación administrativa, etc., lo cual se entiende como parte de su organización”. Y es que, dada la naturaleza de los productos que ofrece el instituto actor, la condición personal del prestatario del servicio reviste de una significación especial en tales contrataciones. La confianza y la seguridad en el gestor de la venta de seguros son factores fundamentales para una institución aseguradora porque de ello depende incluso, su patrimonio. Al estar de por medio cuestión tan sensible, no puede librar la venta de sus productos y las respectivas gestiones que garantizan la veracidad de ellas, sin exigir las debidas garantías y responsabilidades al contratado. Pero tal actividad la puede desarrollar el agente como parte de una organización en la que se puede asistir de otros colaboradores; lo cual elimina el carácter netamente personal de la prestación del servicio que establece el artículo 18 del Código de Trabajo, como supuesto para presumir la existencia de un contrato de trabajo. Esta situación resulta fundamental porque refleja que la contratación con determinadas personas, cuya responsabilidad ya conocía el instituto por haber sido precisamente trabajadores suyos, fue con el deliberado propósito de contar con personas conocedoras de la materia y personalmente responsables por el cumplimiento de los rigurosos trámites que tal actividad requiere. (Énfasis añadido).

En relación con lo anterior, la Sala interpreta que, el hecho de que la naturaleza personal del agente sea necesaria y lógica en este tipo de contratos comerciales, a razón de que se requiere que el agente contratado sea conocedor de la materia que representa, y sea capaz de transmitir la confianza y seguridad a los eventuales consumidores, no implica la configuración de una prestación personal.

Unido a lo anterior, dicha Autoridad también manifiesta que el agente puede disponer de una estructura organizativa para cumplir funciones accesorias propias del servicio que representa, a pesar de que, frente a su principal, es quien responde por las actividades que se realicen en cumplimiento de las obligaciones pactadas.

C. En cuanto al contrato de comisión

A continuación, se analizarán sentencias relativas al contrato de comisión, su aplicabilidad, concepto, características y su diferenciación en cuanto al contrato de agencia y laboral.

a) Concepto y características

Seguidamente, se analizarán sentencias relativa al análisis del concepto y características del contrato de comisión:

(1) Sentencia n.º 252 de las 9 horas del 11 de junio de 2007 de la Sección III del Tribunal Contencioso Administrativo

Para definir el contrato de comisión, esta sentencia acude a lo dispuesto en la normativa mercantil costarricense y establece que:

De acuerdo con el artículo 273, del mismo Código: "Es comisionista el que se dedica profesionalmente a desempeñar en nombre propio, pero por cuenta ajena, encargos para la realización de actos de comercio. Actuando a nombre propio; el comisionista asume personalmente la responsabilidad del negocio; el que contrate con él no adquiere derecho alguno ni contrae obligación respecto al dueño del mismo. Puede también el comisionista actuar a nombre de su representado, caso en el cual lo obliga, y el tercero que con él contrata, adquiere derechos y contrae obligaciones con el mandante y no con el comisionista."

Unido a ello, se vale de una distinción con el corredor jurado, figura que también encuentra cabida en el ordenamiento nacional, para determinar ciertas características del comisionista. Precisamente, señala que:

La intervención de uno y otro agente es diferente, en tanto mientras el corredor se limita a preparar el contrato; el comisionista debe celebrar por sí mismo el negocio, esto es, lo consume en nombre propio o de su representado.

Esta misma línea la sigue la sentencia n.º 228 de las 14:30 horas del 20 de diciembre de 1991 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, con la diferencia de que la

distinción se realiza entre el corretaje y el contrato de comisión, declarando entonces que: "No obstante, en el sublite, el actor realizó actividades de comercio en su nombre, pero por cuenta de la demandada, por lo que el contrato entre ellos celebrado puede catalogarse como de comisión."

En breve, estas dos sentencias contienen dos características de la comisión en Costa Rica, a saber: a) el comisionista realiza su actividad en su nombre, pero por cuenta ajena y b) el comisionista es un intermediario que celebra directamente, en su nombre o en el de su representado, los respectivos contratos que ayuda a preparar.

En vista de lo anterior, se desprende que el comisionista tiene una intervención final en el negocio que las partes concretan, esto es, las labores típicas del comisionista comprenden la celebración de contratos, sea en nombre propio o de su comitente; y no solo el acercamiento de las partes contratantes.

Acerca de lo anterior, debe agregarse que, desde el punto de vista jurídico, entonces, "no se puede decir que el comisionista esté interviniendo en negocio ajeno, porque, jurídicamente, el negocio que realiza es suyo; tanto así que el artículo 273 expresamente ha querido recalcar que del negocio entre el comisionista y tercero no nace ningún ligamen jurídico entre el último y el comitente."⁵⁸⁷

Por otro lado, desde el punto de vista económico, el comisionista frente al comitente sí actúa en negocio ajeno, pues económicamente pertenece a la esfera patrimonial del comitente. En esta línea se pronuncia el artículo de comentario, al manifestar "que si el comisionista actúa a su nombre deviene el único responsable del negocio sin que el tercero contraiga obligación o adquiera derecho 'respecto al dueño del mismo', es decir, al dueño del negocio, esto es, al comitente."⁵⁸⁸

Con respecto a esto, se ha determinado que, en el primer supuesto, cuando actúa en nombre propio y por cuenta ajena, el comisionista asume directamente la responsabilidad del negocio, y constituye la actividad que tradicionalmente se ha relacionado con la figura del comisionista, a pesar de que la ley también autoriza a que

⁵⁸⁷ Mora, "Delimitación del concepto de auxiliares del comerciante", 263.

⁵⁸⁸ *Ibid.*

actúe en nombre y por cuenta de un comitente (recayendo los efectos jurídicos sobre este último).⁵⁸⁹

No obstante, la sentencia n.º 8 de las 8:40 horas del 27 de enero de 2006 de la Sección Primera del Tribunal de Trabajo descarta la posibilidad de que el comisionista actúe en nombre de su representado, pues, al realizar el análisis de un caso, determina que:

*Es claro que la labor del actor, no era la de un comisionista, porque su participación en el negocio lo era en nombre ajeno y además no era él quien contrataba con el posible comprador de un lote. **El comisionista, actúa en nombre propio y, de hecho, como se desprende de la definición, es él a título personal quien contrata, pero por cuenta ajena, recibiendo una comisión pactada, conforme el artículo 292 del Código de Comercio.** (Énfasis añadido)*

Sobre esto, la doctrina costarricense ha determinado que, cuando el comisionista realiza los actos de comercio (art. 273 CCOM) a nombre del comitente, este contrato asume la característica de “un mandato con representación de derecho privado en general y no típico del Derecho comercial.”⁵⁹⁰

Otra de las características del contrato de comisión es la remuneración, fungiendo a su vez como un elemento diferenciador para identificar la presencia de un contrato de este tipo.

En relación con la remuneración que recibe el comisionista, el voto n.º 2 de las 14:05 horas del 22 de enero de 2003 de la Sección Primera del Tribunal Segundo Civil, al llevar a cabo un estudio de dicho elemento, consigna que:

IV. Con vista del escrito de demanda se observa que el mismo actor confunde los conceptos de comisionista y de corredor de bienes libre, probablemente ello obedece a que ambos auxiliares de comercio, por la actividad que desempeñan perciben una remuneración, la cual recibe el nombre de comisión.

En la cita supra, se vislumbra la confusión que existe entre el comisionista y corredor, decidiéndose mediante un análisis de remuneración, concluyéndose que esta tiene carácter de comisión y por ende, se facilita la determinación del tipo contractual que prevalece en la relación entre las partes.

⁵⁸⁹ “Informe de investigación CIJUL: Contrato de comisión”, 3.

⁵⁹⁰ Mora, “Delimitación del concepto de auxiliares del comerciante”, 263.

Bajo esta misma línea, la Sala Segunda en su voto n.º 1477 de las 10:10 horas del 20 de diciembre del 2013, señaló que: “...Nos encontramos frente a un contrato de comisión mercantil suscrito entre la actora y sus agentes vendedores (as), quienes laboran por **comisión** en relación con el monto de las ventas efectuadas. Estos agentes, por prestar sus servicios a la actora, reciben a cambio, como contraprestación, **un pago por concepto de comisión, consistente en un porcentaje sobre el total de las ventas**, el cual se les liquidaba semanalmente, siempre que se reportaran las ventas respectivas con una semana de anticipación...” (Énfasis añadido).

Es decir, se ha definido la remuneración, en este tipo de contratos, como una comisión consistente en un porcentaje sobre el total de las ventas. Este porcentaje depende de la voluntad de los contratantes.

Otra característica por analizar, que podría facilitar la determinación del tipo contractual presente, es la del horario. La Sala se ha manifestado en cuanto a esta característica desarrollando lo siguiente:

“... Además estos (as) realizaban aquella labor sin horario determinado debido a la clase de trabajo desempeñado. De esta forma, se trata de una relación caracterizada por la inexistencia de jornadas de trabajo y sin límites territoriales para la operación asignada al vendedor (a); toda vez que no se les obligaba a disponer de una cantidad de horas al día, o a la semana, para el cumplimiento de las ventas...” (Énfasis añadido).

Es decir, jurisprudencialmente se ha caracterizado el contrato bajo análisis, como un contrato sin sujeción horaria ni territorial, aspecto propio de una relación de índole mercantil y no laboral.

b) Distinción con el contrato de agencia

A continuación, se analizarán sentencias que diferencian las figuras de comisión y agencia, según se demuestra seguidamente:

(1) Sentencia n.º 220 de las 9:20 horas del 26 de julio de 1996 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

De ahí que es factible, confundir las figuras de comisión y de agencia; por lo que se hace entonces imprescindible señalar las diferencias esenciales entre ambas. La primera, permite una colaboración esporádica y aislada para contratar; la agencia, en cambio, implica una colaboración duradera y estable para que un empresario

desarrolle su actividad, por medio de un agente representante y en una zona determinada.

(2) Sentencia n.º 8 de las 8:40 horas del 27 de enero de 2006 de la Sección Primera del Tribunal de Trabajo

*Explica el tratadista Fariña, en su conocido libro "Contratos Comerciales Modernos" que históricamente la primera apertura de mercados, por parte de productores y mayoristas, sin intervención de una relación laboral, fue protagonizada por comisionistas, quienes se encargaron especialmente de la venta de mercaderías en una plaza o país distintos de la residencia de los comerciantes. No obstante, luego, **en la segunda mitad del siglo XIX nace la figura del agente de comercio, quien, de manera estable (a diferencia del comisionista) promueve la actividad principal del empresario, procurando clientela y concretando contrataciones para su comitente.** (Énfasis añadido)*

(3) Sentencia n.º 42 de las 10:15 horas del 16 de enero del 2008 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

Cabe añadir que la sentencia realiza una distinción entre la figura del comisionista y la del agente mercantil, tomando como punto de referencia el hecho de que el comisionista, a su juicio, actúa en nombre propio y tiene una intervención directa en la contratación final, mientras que la actividad del agente está dirigida únicamente a fungir como intermediador entre el agenciado y el cliente o tercero.

Lo mencionado, reforzado por el hecho de que el agente, cuando sí procede a intervenir en la contratación, lo hace en nombre de su principal, pues, en ese caso, cuenta con la representación de este. En otras palabras, no forma parte del contrato, sino que tiene la autorización para concertarlo en nombre del agenciado, quien queda directamente obligado. En suma, pese a que ambas figuras, comisionista y agente, actúan por cuenta ajena, al contratar, solo la primera de ellas lo hace a título personal, según el texto de esta sentencia.

(4) Sentencia n.º 119 de las 16:00 horas del 5 de agosto de 2014 de la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo

Este fallo, que había sido mencionado previamente, alude y apoya a la posibilidad de que el comisionista actúe tanto en nombre propio, como en el nombre de su representado, al proponer que:

*En doctrina, la diferencia entre ambas clases de auxiliares radica -entre otros aspectos- en que la relación del agente con su principal es estable y permanente, mientras que la del comisionista es esporádica u ocasional, agotándose con la realización del negocio convenido. Y **si bien los dos actúan por cuenta ajena, el agente siempre lo hace en nombre de su representado, mientras que el comisionista puede hacerlo tanto en nombre propio como ajeno.** En las hipótesis en que la función sea ejercida en nombre del principal, existe un poder de representación -que no es igual a un mandato- en virtud del cual las relaciones y los efectos del negocio o negocios que realice el auxiliar se producirán entre el primero y la parte o partes que contrataron con el agente o comisionista. (Énfasis añadido)*

Como corolario de lo anterior, se tiene que, según el criterio del Tribunal Contencioso Administrativo, el comisionista y el agente cuentan con la facultad de actuar en nombre y por cuenta ajena, con la diferencia de que el segundo es el único que puede actuar también en nombre propio, a la hora de desarrollar su encargo.

Lo dictado en esta sentencia es de gran importancia, pues se aleja de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales anteriores, comentadas a lo largo de este análisis, que se inclinaban por considerar que la labor *propia* del comisionista estaba conformada por una actuación que realizaba en nombre propio.

c) Posibilidad de que el comisionista sea considerado como trabajador

Debido a que muchas veces se ha hecho una calificación inexacta por las partes, del convenio concertado, es menester de los tribunales nacionales realizar un análisis minucioso de todos los factores que componen la relación. Sin embargo, dicho estudio resulta no ser sencillo, dado que, en numerosas ocasiones, las características inherentes a uno y otro contrato no son tan fáciles de discernir.

Por este motivo, la Sala Segunda ha echado mano de fórmulas que le permiten y facilitan, dado el caso, la recalificación de contratos que, muchas veces, se han pactado con el interés de encubrir la presencia de laboralidad.

(1) Sentencia n.º 25 de las 9:00 horas del 24 de enero de 1992 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

La sentencia en cita es un ejemplo del uso de mecanismos que simplifican la distinción de la laboralidad en los contratos, puesto que, admitiendo que existen zonas grises en las que dicha determinación no es tan evidente, se dota la Sala de la posibilidad de acudir a soluciones basadas en la protección del trabajador y la realidad efectiva en la que se encuadra el contrato.

*I. Establece el numeral 23 del Código de Trabajo, la regla general de que, todo contrato laboral deberá extenderse por escrito, y su existencia se acredita con el respectivo documento y, a falta de él, con cualquiera de los medios de prueba que señala el ordenamiento jurídico procesal. En ese orden de ideas, la prueba de la existencia del contrato de trabajo, se dirige, no a demostrar que se llegó a un acuerdo verbal, sino que realmente existía la relación jurídico laboral, entre un sujeto en calidad de trabajador, y otro, en carácter de patrono. Para ello, la doctrina y la jurisprudencia, han establecido que el mecanismo idóneo, consiste en acreditar la concurrencia de los tres elementos que integran la definición de contrato de trabajo: 1) prestación personal del servicio; 2) subordinación; y 3) remuneración o pago de un salario. **En lo que se ha dado en denominar “casos frontera”, representados por aquellas situaciones en que resulta en extremo difícil, acreditar la concurrencia de esos tres elementos, por ser la contratación análoga a la laboral -servicios profesionales, ejecución de obra y agentes vendedores o comisionistas-, se ha permitido utilizar dos fórmulas que tienden a preferir la existencia de un contrato de trabajo, en beneficio del trabajador: a) teoría del contrato realidad; y, b) determinación única del elemento subordinación. En el sub júdice, a fin de definir la razón o no de los reparos formulados por el recurrente, se tendrá que echar mano de las anteriores consideraciones. A mayor abundamiento, y como última solución al problema, en caso de duda sobre la normativa aplicable sobre los mismos hechos, el Juez de Trabajo, está obligado a aplicar el principio protector y su derivación en la regla del “in dubio pro operario”; de ahí que, la solución al problema, saldrá de alguna de esas alternativas.** (Énfasis añadido)*

En este mismo orden de ideas se pronuncia la sentencia n.º 618 de las 8:55 horas del primero de agosto de 2008 emitida por la Sala Segunda, misma que asegura que:

Debe quedar claro que las funciones de los agentes vendedores, comisionistas, distribuidores, etc., caen en lo que se conoce como “zonas frontera”, pudiendo calificarse de laboral o mercantil la relación, dependiendo de cómo se desarrolle en la práctica (léanse, al respecto, las resoluciones de esta Cámara N.º 887-00, 91-02, 390-02, 628-05, 257-06, 1141-06, 340-07 y 161-08), razón por la cual la mera aceptación de la existencia de un “Contrato de Comisión para la Venta de Gas Licuado de Petróleo” no implica la mercantilidad del ligamen. Aunado a lo anterior, debe recordarse que el numeral 18 del Código de Trabajo,

antes transcrito, hace abstracción del nombre que las partes le hayan dado al contrato. (Énfasis añadido)

Lo anterior trae a colación una circunstancia que ocurre en la realidad jurídica costarricense, cual es la confusión y la utilización indistinta y equivocada de figuras como el contrato de trabajo y el contrato de comisión.

Como ejemplo de lo mencionado, la sentencia n.º 8 de las 8:40 horas del 27 de enero de 2006, al examinar un caso de mala calificación, declaró que:

*El término "agente de ventas de comercio" no existe como figura jurídica en el Código de Comercio. En el artículo 272 del Código de Comercio se establece que son agentes auxiliares de comercio: los comisionistas, los corredores jurados, los factores, los porteadores, los agentes viajeros, los representantes de casas extranjeras, los dependientes y los agentes o corredores de aduana. **Revisado todo el Título III del Código de Comercio, se desprende con meridiana claridad, que no existe en nuestro ordenamiento un "agente de ventas de comercio" y que lo más cercano a la figura que la demandada hace referencia es el comisionista.** El artículo 273 define al comisionista así: "Es comisionista el que se dedica profesionalmente a desempeñar en nombre propio, pero por cuenta ajena, encargos para la realización de actos de comercio. Actuando en nombre propio, el comisionista asume personalmente la responsabilidad del negocio; y el que contrate con él no adquiere derecho alguno ni contrae obligación respecto del dueño del mismo (...)". **Es claro que la labor del actor, no era la de un comisionista, porque su participación en el negocio lo era en nombre ajeno y además no era él quien contrataba con el posible comprador de un lote.** El comisionista, actúa en nombre propio y, de hecho, como se desprende de la definición, es él a título personal quien contrata, pero por cuenta ajena, recibiendo una comisión pactada, conforme el artículo 292 del Código de Comercio. - Por otro lado, desde el punto de vista doctrinario, quizás la otra figura jurídica que se podría asemejar al término "agente de ventas comercial" sería la figura del contrato de agencia comercial. (Énfasis añadido)*

Primero, debe destacarse que una de las partes, en su escrito, aseguró la existencia de la figura que denominó "agente de ventas de comercio", cuestión que la Sala, al escanear el Código Comercial, desvirtuó en la medida que no es una noción contemplada dentro de este cuerpo normativo como un auxiliar de comercio, e incluso no es susceptible de ser ubicada en otros títulos de este.

Posteriormente procede resaltar que, no solo no se trataba de un “agente de ventas de comercio”, sino tampoco de un comisionista o un agente comercial, más bien un trabajador, como el mismo órgano lo asevera:

Expuesto lo anterior, resulta claro a juicio del Tribunal, que el actor no sostuvo con la demandada Los Reyes S.A. un contrato de agencia comercial. No, porque el actor no es un comerciante, no tiene un establecimiento mercantil, no trabaja en una zona determinada y bajo un criterio de exclusividad. Descartado que exista la figura de "agente de ventas de comercio" y que no estamos ante la figura del "comisionista" o bien ante un "contrato de agencia" no queda más que analizar cuál fue la naturaleza de la prestación del actor.

Concluyendo que:

*Él era un trabajador más y no resulta razonable creer que además de su actividad laboral con la demandada, ejercía de forma independiente una actividad mercantil. **La realidad es que el actor era un vendedor, sujeto a una relación de subordinación, sin ninguna independencia y que su prestación consistía en la venta de lotes,** objeto de la actividad comercial de la demanda, la cual además de su salario base, le pagaba una comisión por cada inmueble que vendiera.*

- d) Sobre la potestad de dirección que tiene el contratante sobre el comisionista sin que se configure el elemento de la subordinación.

A continuación, se analizarán sentencias que reflejan el poder de dirección que puede existir en una relación de comisión, sin significar esto que se esté en presencia de una subordinación jurídica propia de una relación laboral:

- (1) Sentencia n.º 1477 de las 10:10 horas del 20 de diciembre de 2013 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

La Sala Segunda se ha referido a la potestad que tiene el contratante de establecer pautas, las cuales debe acatar el comisionista, sin que esto signifique la configuración del elemento de la subordinación propio de una relación laboral.

Dicha Autoridad ha desarrollado:

*“... Aquí, debe precisarse que el hecho de que en el contrato se establecieran una serie de pautas, para regular la contratación entre los agentes y la sociedad actora, **no puede jurídicamente considerarse, per se, como constitutivo de una manifestación del elemento de subordinación,** indispensable, para la existencia de un contrato de trabajo; por el contrario, **se entiende que se trata de las***

instrucciones ineludibles emanadas de dicha sociedad, para el eficiente cumplimiento del encargo o comisión ahí contemplado... (Énfasis añadido).

Es decir, como también se ha desarrollado supra en el análisis jurisprudencial referido al contrato de agencia, en este tipo de contratos (mercantiles), el contratante tiene la facultad de fijar pautas orientadoras con el fin de que su servicio o bien, el cual está siendo representado por un tercero (llámese comisionista o agente), se preste de forma correcta y a gusto del consumidor, según las prácticas propias del negocio.

Por otro lado, en cuanto al elemento de exclusividad, en este tipo de contratos, como indicio para concluir la existencia del elemento de la subordinación laboral, dicha Autoridad ha expresado:

“...Nótese que la alegada exclusividad, la cual según el testigo Mata Arias (funcionario que avaló el informe del inspector), les permitió concluir la subordinación existente entre la actora y sus agentes, no es la que caracteriza un vínculo de naturaleza laboral. Ciertamente había una prohibición, a saber: “No prestar servicios de comisión mercantil a ninguna persona natural o jurídica si los productos que esta distribuye y comercializa compiten con los de Rena Ware” (punto o de las cláusulas sobre obligaciones de los comisionistas en el citado contrato), y “No distribuir ni vender productos iguales o similares a los que son materia del presente contrato, o de marca distinta, ni productos que directa o indirectamente sean competitivos, o que sean de la misma línea” (punto s, ídem), pero como se advierte esta está referida únicamente a la venta o distribución de productos de la misma línea que los de la actora, pero no respecto de otros de distinta naturaleza. Así, según afirmaron los (as) vendedores (as) cuyas declaraciones fueron incorporadas a los autos, ellos (as) vendían también productos Leonisa, lotes de camposantos, entre otros...” (Énfasis añadido).

En relación con lo anterior, se ha interpretado que en este tipo de contratos las cláusulas de exclusividad, no constituyen, per se, la configuración del elemento de la subordinación. Como bien se expone en la sentencia estudiada, las partes tienen la facultad de vender un conjunto de servicios o bienes, siempre y cuando no represente una competencia directa para algún producto (o servicio) que estén representando. Esto es un análisis lógico, propio de una relación comercial, en la cual las partes buscan beneficios mutuos y que se protejan los intereses de sus respectivos negocios. A *contrario sensu*, no tendría lógica comercial, que un comisionista represente un servicio o bien y que simultáneamente, promocióne otro de las mismas características o de la misma línea comercial.

Por último, el brindar instrucciones y capacitaciones tampoco generan el nacimiento del elemento de la subordinación. Precisamente la Sala Segunda, en el mismo voto, consideró que “... **la instrucción y capacitación que daba la actora, es parte del apoyo que presta a las personas que operan como vendedores de sus productos, lo que redundando en el éxito de las ventas (aspecto que les favorece), pero nunca una sujeción específica, tal y como ocurre cuando estamos frente a una relación de trabajo en sentido estricto.**” (Énfasis añadido)

- e) La suscripción de la póliza de riesgos de trabajo no representa un indicio de laboralidad.

/A continuación, se analizarán sentencias que muestran como la suscripción de la póliza de riesgos del trabajo por parte del contratante, en beneficio del comisionista, no implica la existencia de una relación laboral.

- (1) Sentencia n.º 1477 de las 10:10 horas del 20 de diciembre de 2013 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

En la sentencia analizada, el contratante, por las características del contrato con los comisionistas, consideró adecuado suscribir pólizas de riesgos del trabajo con el fin de protegerlos ante la presencia de eventuales accidentes, estipulando claramente entre las partes, la razón del por qué se suscribían dichas pólizas, sin la intención de constituir una relación laboral.

Ante esto, la Sala expresó:

“...Por otra parte, la suscripción de la póliza de riesgo de trabajo no puede constituirse en un indicio de laboralidad, pues su adopción, si bien es obligatoria en las relaciones obrero-patronales, no es exclusiva de ellas... Esta circunstancia corrobora la tesis de la demandante en torno a que este hecho constituyó un estímulo de su parte hacia aquellos (as) agentes, lo cual favoreció que la sociedad demandante negociara con cada uno (a) de los (as) comisionistas (as) que estaban incluidos en la póliza y eliminara de su planilla a quienes no se regían por una relación laboral, esto en virtud de que la demandada “ha satanizado el hecho de que la empresa en su oportunidad, y como parte de un plan de incentivos para los vendedores por comisión de productos de Rena Ware, incluyera a estos comisionistas en una Póliza de Riesgos del Trabajo del INS” y mediante una negociación ante un Centro de Conciliación (folios 347 a 381 del expediente administrativo)...”. (Énfasis añadido)

Según la interpretación de la Sala, en este tipo de contratos también es posible otorgar incentivos, tales como una póliza de riesgos del trabajo, sin que esto constituya el surgimiento de una relación laboral.

CAPÍTULO V - ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS ATRIBUTOS PROPIOS DE CADA CONTRATO

Se debe acudir a las características de uno y otro contrato, para llevar a cabo un análisis de esta especie, atendiendo a las similitudes y diferencias que guarden y haciendo énfasis en las cuestiones más significativas a los efectos de evidenciar, realmente, en qué podría fundamentarse el empleo, muchas veces erróneo, que se ha hecho de cada uno de ellos.

Se echará mano, para satisfacer este fin, de alguna doctrina, normativa y jurisprudencia muy relevante, que sirva como refuerzo para ayudar a determinar las particularidades de cada contrato y lo que se ha establecido en relación con circunstancias que pueden presentarse, y que cobran relevancia a la hora de precisar los aspectos en los cuales se reflejan diferencias importantes.

Lo anterior, dado que lo que se pretende, por una parte, es revelar por qué se escoge cada contrato, según sea la situación y las facilidades que comporta para el empresario según los objetivos que se persigue, así como, por otra parte, porque se busca concretar los motivos que provocan que un contrato denominado como de agencia o de comisión, en realidad deba ser tomado como uno de trabajo, por alejarse de las cualidades que se asocian con una relación comercial de independencia y autonomía, y más bien identificarse con los caracteres propios de una relación laboral.

Así las cosas, el estudio se desarrollará a partir de las divisiones entre notas comunes y desigualdades existentes entre el contrato de comisión y el contrato de agencia, y entre este último y el contrato laboral tomando en cuenta lo que hasta ahora se ha consignado en la investigación.

I. SECCIÓN I: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL CONTRATO DE AGENCIA Y EL CONTRATO DE COMISIÓN

A. Notas comunes

a) Mercantilidad

Tanto el contrato de agencia como el contrato de comisión tienen una naturaleza jurídica de orden mercantil.

De entrada, se hace necesario mencionar la dualidad que se suscita a partir de la creación de un Código Comercial diferente al Código Civil, lo cual se corresponde con la división de ciertas actuaciones según su mercantilidad, puesto que el primero se va a encargar de normativizar, precisamente, a aquellas que ostenten esta característica. De ahí que el carácter mercantil de un contrato o su “mercantilidad”, surge a partir de unos criterios diferenciadores, utilizados para separar las instituciones y relaciones sociales que son comunes al campo civil y al comercial.⁵⁹¹

Ahora bien, la característica mencionada va más allá de la inclusión del contrato en la normativa mercantil, puesto que el contrato de agencia, a pesar de no estar incluido en el articulado del CCOM, sigue gozando de esta cualidad. Esto es, el contrato de agencia es un contrato atípico de naturaleza mercantil, cuya finalidad se aloja en una intermediación mediante la cual el agente promociona y/o concluye negocios en nombre del agenciado.

En relación con ello, debe indicarse que el CCOM se limita a señalar, únicamente que: “Son comerciantes: d) Las sociedades extranjeras y las sucursales y **agencias** de estas, **que ejerzan actos de comercio en el país**, solo cuando actúen como distribuidores de los productos fabricados por su compañía en Costa Rica”.⁵⁹²

Ambos contratos responden a normas “cuya esencia [es] la profesionalidad y la asunción del riesgo”⁵⁹³. En cuanto a la *profesionalidad*, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia n.º 296 de las 10:50 horas del 26 de abril del 2007, ha señalado:

⁵⁹¹ Juan Manuel Murillas Escudero, “Unas notas sobre el concepto de la mercantilidad”, *REDUR*, n.º 0 (junio 2002): 102, <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero0/murillas.pdf>

⁵⁹² Costa Rica. Código de Comercio, artículo 5 inciso d.

⁵⁹³ *Ibid.*, 103.

El ejercicio profesional de una actividad, entendida aquella productora de riqueza, resulta ser un aspecto indispensable para adquirir la condición de empresario, aunque no es circunstancia suficiente de esta, porque hay actividades que a pesar de producir bienes o servicios y prestarse profesionalmente, no dan lugar a una empresa ... Por ende, el solo ejercicio de su carrera no los convierte en comerciantes, sino que se requiere de una estructuración empresarial, mediante la cual se dediquen a actos de comercio.

Por otro lado, en cuanto a la asunción del riesgo, conviene señalar que el agente aparece debido a la “necesidad económica del fabricante de expandir su mercado sin invertir capital ni asumir el riesgo.”⁵⁹⁴

Asimismo, ambos se fundamentan en nociones como la autonomía y la independencia, atributos propios de contratos de corte comercial, unido al hecho de que, tanto el agente como el comisionista ponen a disposición del principal y comitente, su organización y servicios.

Por otra parte, la actividad de intermediación que realizan es propia de la actividad comercial, como bien se describe en la siguiente doctrina:

*Normalmente la palabra comercio trae a nuestra mente la idea de una relación entre personas que dan y reciben recíprocamente, que compran y venden; pero el vocablo abarca además involucra la operación de cambio, **la aproximación, es decir el poner al alcance del otro lo que consume, la intermediación que además se realiza con intención de lucro. El comercio es entonces el cambio o intermediación con propósito de lucro.***⁵⁹⁵

Esto refuerza el hecho de que esa actividad de promoción de negocios que lleva a cabo el agente, que supone una función de intermediación entre el principal y la clientela, y que, en algunas ocasiones, puede llevar aparejada una función de celebrar contratos por cuenta del agenciado, es una actividad que está revestida de mercantilidad.

Lo mismo ocurre con el comisionista, quien también sirve como intermediador entre el comitente y terceros, y puede, a su vez, intervenir en el negocio final o contrato que se concrete entre las partes de forma directa.

⁵⁹⁴ Guido y Chavarría, “El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras”, 5.

⁵⁹⁵ Báez, “Marco jurídico de la empresa”, 14.

Más aún, el mismo CCOM en el artículo 273, harto mencionado, califica al comisionista como una persona que *se dedica profesionalmente a desempeñar encargos para la realización de actos de comercio*.

En resumen, la prestación que ambos llevan a cabo es típicamente comercial, y lo único que podría provocar que los contratos fueren de distinta naturaleza, es que, junto a esa prestación, estuvieren presentes otros elementos que son inherentes a un tipo contractual distinto, como lo sería si se diere, en la práctica, una subordinación jurídica.

b) Bilateralidad

En ambos casos, las partes que contratan quedan sujetas, de forma recíproca, de conformidad con los términos pactados. Es decir, en estos dos tipos contractuales las obligaciones son correlativas.

Relacionado con esto, la doctrina ha establecido que “los contratos bilaterales son aquellos de los que surgen al momento de constituirse el mismo, obligaciones recíprocas para cada parte, de tal modo, que la prestación de una constituye una contraprestación para la otra.”⁵⁹⁶

La ley, por su parte, menciona que “en los contratos bilaterales solo podrá exigir cumplimiento aquel que hubiera satisfecho lo que le concierne, salvo en los casos en que gozare de plazo legal o convencional.”⁵⁹⁷

Lo anterior se traduce en que, cuando uno de los contratantes no cumple, carece de derecho para exigir el cumplimiento de la obligación a la otra parte, y esta es la característica que los contratos bajo estudio comparten.

En el caso del agente, su principal obligación es la de promover o concluir contratos u operaciones de comercio, por cuenta y nombre de un principal, cuya prestación, a su vez, constituye la de otorgar la remuneración que se haya pactado, sin perjuicio de que esta última se haga depender, en lo que concierne a su cuantía, de la ejecución de las operaciones que se promuevan.⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ “Información de Investigación CIJUL: efectos de la ruptura de las obligaciones contractuales”, *CIJUL en línea*, <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=ODA4>, 3.

⁵⁹⁷ Costa Rica. Código de Comercio, artículo 425.

⁵⁹⁸ Quintáns, “Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración”, 36-37.

Para el comisionista, la prestación principal consiste en cumplir el encargo que se le encomienda, sea este estipular uno o varios negocios (celebrar contratos) o un acto jurídico. Para el comitente, la prestación será la misma de retribuir al comisionista a cambio de su actividad.

c) Onerosidad y remuneración

La onerosidad está fundamentada en el hecho de que las partes “estipulan provechos y gravámenes recíprocos”⁵⁹⁹, lo cual es lo mismo que decir que el provecho que se reporta no le corresponde, únicamente, a una de las partes.

En los dos contratos analizados las partes obtienen beneficios y deben cumplir con ciertas obligaciones, que están estructuradas alrededor de una relación de colaboración y coordinación.

Tratándose de la remuneración, ha de apuntarse que, en el contrato de agencia, el pago o bonificación consiste en una comisión, retribución que generalmente se materializa en un porcentaje de las operaciones concertadas.⁶⁰⁰ Asimismo, en el contrato de comisión, haciendo una remisión al artículo 294 del CCOM, el comisionista percibe una comisión por la prestación de sus servicios, que, de igual manera, suele ser un porcentaje sobre el monto bruto de las operaciones.

Por lo tanto, es prudente aseverar que en uno y otro contrato la remuneración está asociada a una comisión, que dependerá de los resultados de la labor ejecutada por cada uno de los protagonistas, sea el agente y el comisionista.

d) Independencia

Las figuras del agente y del comisionista coinciden en que en ambas lo que existe es un comerciante independiente que realiza un encargo.

El agente es un intermediario independiente respecto del principal con el que realiza el acuerdo. Esta figura se caracteriza por ejercer sus funciones sin estar sujeto a la dirección o fiscalización propias, por ejemplo, del contrato laboral.

⁵⁹⁹ “Informe de Investigación CIJUL: contratos comerciales”, *CIJUL en línea*, <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=Njl1>, 4.

⁶⁰⁰ Guido y Chavarría, “El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras”, 5.

Tratándose de esto, la jurisprudencia ha expresado que:

*Aunque bien conocida en la doctrina mercantil, nuestro Código de Comercio no contempla la figura del agente como un auxiliar comercial típico, subsumiéndola bajo la del comisionista. **Ambas categorías poseen en común el hecho de que se trata de colaboradores independientes de su principal; es decir, se trata de personas jurídicas autónomas, no subordinadas o jerárquicamente dependientes del principal.***⁶⁰¹ (Énfasis añadido)

Bajo estos términos, debe afirmarse que las figuras del agente y el comisionista comparten una libertad en el desempeño de gestiones relacionadas con las obligaciones que les han sido asignadas en virtud de un contrato de agencia y comisión, respectivamente.

Esta es una de las circunstancias que mayor relevancia toma a la hora de identificar a uno de estos auxiliares, siendo que la falta de fiscalización y la no necesidad de someter su voluntad a órdenes, es lo que más los separa de la relación que vincula a las partes en un contrato laboral.

De la misma forma sucede con la ausencia de horarios y de un centro en el cual realizan sus labores, puesto que tanto el agente como el comisionista cuentan con la facultad de ordenar su actividad de la forma que mejor lo consideren, enfocándose, por lo general, en obtener los resultados deseados.

En este sentido, debe entenderse que el encargo que realizan ambas figuras es, comúnmente, un resultado, lo cual no obsta que en ciertas ocasiones se trate de una mera actividad.

e) Encargo realizado por cuenta ajena

La jurisprudencia ha definido el contrato de agencia comercial como "...el contrato por medio del cual un empresario mercantil asume, de modo permanente y mediante retribución, la tarea de promover o concertar contratos en nombre y **por cuenta de otro**, en una zona determinada..."⁶⁰² (énfasis añadido)

⁶⁰¹ Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, sentencia n.º 119 de las 16:00 horas del 5 de agosto de 2014.

⁶⁰² Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 220 de las 9:20 horas del 26 de julio de 1996.

La doctrina, por su parte, lo ha conceptualizado como un convenio utilizado por un principal para encargar a una persona la promoción de negocios por su cuenta y orden, de manera independiente y autónoma, en una zona determinada y a cambio de una retribución.⁶⁰³ Como se evidencia, en el contrato de agencia la actividad desplegada se hace por cuenta ajena.

De igual manera ocurre con el comisionista, quien la misma normativa define como “el que se dedica profesionalmente a desempeñar en nombre propio, *pero por cuenta ajena*, encargos para la realización de actos de comercio.”

La expresión “por cuenta ajena” se refiere a que las repercusiones y las ventajas derivadas de los negocios concertados se reflejarán no en el patrimonio del agente y el comisionista, sino en su principal y comitente. Esto es, los efectos económicos serán apreciable en el patrimonio de una persona ajena a la que se encarga, en la práctica, de llevar a cabo la operación o pactar el contrato.

De esta manera lo confirma el CCOM al afirmar que: “actuando a nombre propio, el comisionista asume personalmente la responsabilidad del negocio; y el que contrate con él no adquiere derecho alguno ni contrae obligación respecto al dueño de este.” Por lo tanto, el artículo refuerza el hecho de que el verdadero *dueño* del negocio es una persona diferente de la del comisionista.

Esto es así, sin que signifique que los efectos jurídicos, en efecto, puedan recaer sobre la persona del auxiliar. Lo anterior sucede en el caso del comisionista, quien, actuando en nombre propio, contraerá obligaciones y responsabilidad ante los terceros o clientes con los cuales realiza el negocio.

f) Relación de coordinación y colaboración

Tocante a este atributo, se indica que el agente comercial y el comisionista desarrollan su actividad en colaboración comercial con el principal que lo designa. La jurisprudencia ha calificado de este modo la relación al fijar que, a pesar de que en ambos casos los colaboradores son independientes, coadyuvan con el principal “para fomentar su actividad externa de relación con la clientela, poniendo su organización y servicios a

⁶⁰³ Guido y Chavarría, “El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras”, 5.

disposición del empresario representado, en virtud de un contrato de agencia o de comisión, según corresponda.”⁶⁰⁴

La colaboración conlleva que los agentes no están subordinados al principal ni los comisionistas al comitente, pero no implica que estos no deban apegarse a las instrucciones que son dictadas por ellos para ordenar la actividad, así como tampoco que no deban rendir cuentas de las gestiones o, dado el caso, los montos empleados en el desarrollo de aquellas.

g) Intermediación

El agente y el comisionista, como se indicaba anteriormente, practican una actividad que se denomina intermediación, dado que cumplen la función de acercar a las partes para que concierten negocios jurídicos.

Uno y otro podrán, en ciertos casos, no solo intervenir en las negociaciones previas al contrato, sino también, directamente en la actividad de contratación. Es decir, el agente, contando con representación para hacerlo, tendrá la facultad de celebrar también el contrato con el tercero.

De la misma manera, estará capacitado el comisionista para participar en el contrato, mediante poder, en nombre propio o ajeno. Bajo la primera modalidad, acarreará responsabilidad para él y, en caso de contratar en nombre del comitente, no contraerá obligaciones.

Cabe en este punto hacer la aclaración de que, como harto se ha indicado, la actuación que típicamente se ha contemplado como propia del comisionista es en aquellos casos donde este actúa en nombre propio, pero por cuenta ajena; pero, como bien se ha expuesto, también se ha interpretado que el comisionista puede actuar en nombre ajeno.

⁶⁰⁴ Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, sentencia n.º 119 de las 16:00 horas del 5 de agosto de 2014.

h) En cuanto a los riesgos

En cuanto a los riesgos del negocio, son el propio agente y comisionista quien lo asumen, ya que su retribución depende del buen término de la actividad que están representando. Es decir, el pago se ve afectado por el resultado del negocio, pues dependiendo del éxito o no, se obtiene la retribución acordada entre las partes. Este tipo de situaciones (el pago asociado a un resultado) es propio de una relación comercial, en la medida en que solo en estas, puede pactarse este tipo de acuerdos.

Caso contrario sucede en las relaciones de corte laboral, por ejemplo, en las que el trabajador recibe, según lo pactado, un pago o salario, sin importar que la actividad realizada, reporte beneficios para el empresario. En estos supuestos, se ha declarado que los riesgos los soporta entonces el empresario, debido a que es él quien realmente sale favorecido por el trabajo, manual o intelectual, ejecutado por el empleado.

i) Naturaleza *intuitu personae*

Es inherente a los contratos de agencia y de comisión una relación que está fundamentada en la confianza en el profesionalismo, experiencia y capacidad de organización empresarial del auxiliar al que acude el empresario para acrecentar su mercado o aumentar su clientela.

Esto es, el principal y el comitente atienden específicamente a estas cualidades en la persona que escogen para desempeñar o llevar a cabo el encargo, puesto que es una actividad que requiere de conocimientos y pericia, sin dejar de lado que el agente y el comisionista cuentan con una empresa que, generalmente, es interpretada como respaldo o garantía de seguridad y confianza.

Con motivo de esta naturaleza es que el contrato de agencia y el de comisión se dan por terminados en la eventualidad de que fallezca el auxiliar mientras el contrato se está desarrollando.

Para el caso del comisionista, esta situación se contempla específicamente en el artículo 295 del CCOM, el mismo que establece, como causa de resolución, la muerte o inhabilitación de este.

j) Consensualidad

Como ha quedado claro con anterioridad, ambos convenios se perfeccionan con el mero consentimiento de las partes, independientemente de que se ejecuten, efectivamente, las prestaciones planteadas para cada una de ellas.

En relación con esto, el artículo 275 del CCOM indica que: “La comisión puede darse verbalmente o por escrito. Se presumirá aceptada una comisión cuando se confiera a persona que públicamente ostente el carácter de comisionista, por el solo hecho de que no la rehúse dentro de los dos días siguientes a aquel en que reciba la propuesta respectiva.”

k) Derecho de retención

Tanto el agente como el comisionista cuentan con un derecho de conservar, ante el impago de sus comisiones, los efectos que tenga del comitente a su disposición, con el fin de cubrir su crédito.

En el caso del comisionista, este derecho se encuentra incorporado en el artículo 292 del Código de Comercio, el cual determina que: “mientras no se le cubra o garantice a satisfacción el monto de sus honorarios y gastos justificados, el comisionista tendrá derecho a retener lo necesario para cubrir el crédito a su favor, con preferencia sobre cualquier otro acreedor.”

De conformidad con esto, se desprende que también se ha instaurado un derecho de preferencia frente a otros acreedores, a favor de estos auxiliares del comercio, gracias al cual podrán reclamar la satisfacción de su deuda con antelación.

B. Diferencias

a) Tipo de colaboración

Mientras que en el contrato de agencia la colaboración es estable y duradera, en el contrato de comisión lo que existe es una colaboración aislada y esporádica.

En este orden de ideas, según la jurisprudencia, se trata de un contrato en el que “el agente no asume el cargo de un solo contrato, sino de todos aquellos que pueda

promover y suscribir en la zona encomendada, en nombre del principal, mientras subsista el contrato.”⁶⁰⁵

De modo análogo, debe agregarse que los tribunales nacionales han optado por inclinarse hacia una posición que concibe que la diferencia entre ambos tipos de auxiliares, el agente y el comisionista, radica “en que la relación del agente con su principal es estable y permanente, mientras que la del comisionista es esporádica u ocasional, agotándose con la realización del negocio convenido.”⁶⁰⁶

Dichas razones han llevado a que los autores estimen que uno y otro auxiliar es utilizado dependiendo de la finalidad que motive al empresario a contratar, pues

“Cuando un empresario desea extender en forma masiva o constante su actividad en una zona, no [recurre] a un comisionista, sino a nombrar a un agente quien, con su propia empresa, en forma jurídica y económicamente independiente y, por ende, fuera de la empresa del empresario representado, se dedica profesionalmente a captar clientela para él, bien mediante su simple promoción o bien por medio de la conclusión de contratos por cuenta, en nombre e interés de aquel.”⁶⁰⁷

En suma, lo más importante es que la relación jurídica que se suscita a partir de un contrato de agencia, lejos de ser esporádica o dirigida a negocios aislados, como sí lo es en el caso del contrato de comisión, es más bien de “de ejecución continuada, pues se aplica a una pluralidad de operaciones.”⁶⁰⁸

b) Ejecución y duración

Muy relacionado con lo anterior, corresponde acotar como diferencia entre ambos contratos el hecho de que, en uno de ellos la duración y el modo de ejecución juega un papel importante, mientras que en otro no.

Es el primer caso para el contrato de agencia, el cual en pro de la permanencia y estabilidad de la relación, procura que su extensión sea considerable. Por estas mismas

⁶⁰⁵ Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 220 de las 9:20 horas del 26 de julio de 1996.

⁶⁰⁶ Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, sentencia n.º 119 de las 16:00 horas del 5 de agosto de 2014.

⁶⁰⁷ Guido y Chavarría, “El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras”, 13.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, 6.

condiciones es que se ha declarado que se trata de un contrato de duración de largo plazo o por plazo indeterminado.

Lo segundo, por el contrario, es propio del contrato de comisión, contrato en virtud del cual la ejecución es de tracto instantáneo, ya que no es necesario preservar la permanencia aludida, porque la prestación se consume en actos aislados y manifestados en uno o varios actos jurídicos y negocios; en otras palabras, se trata de una relación ocasional.

c) En cuanto a las obligaciones y la responsabilidad

En el contrato de agencia, el agente no contrae obligaciones a raíz del contrato concertado, pues la prestación del agente consiste en “**promover o concertar contratos en nombre y por cuenta de otro**”⁶⁰⁹. La consecuencia de esto, consiste en que los efectos jurídicos de la actividad del agente, recaen directamente en la esfera jurídica del principal, así como en su esfera patrimonial.

Con motivo de esto, el juez costarricense ha manifestado que “si bien los dos actúan por cuenta ajena, el agente siempre lo hace en nombre de su representado, mientras que el comisionista puede hacerlo tanto en nombre propio como ajeno.”⁶¹⁰

Según esta misma línea jurisprudencial, en los casos en los que se ejerce la función en nombre del principal, existe un poder de representación diferente al mandato, mediante el cual “las relaciones y los efectos del negocio o negocios que realice el auxiliar se producirán entre el primero y la parte o partes que contrataron con el agente o comisionista.”⁶¹¹

La jurisprudencia mencionada realiza un análisis en virtud del cual la actividad del agente se puede asimilar a la del comisionista que actúa en nombre de su comitente, debido a que no existe normativa especial que dicte lo que corresponde, en específico, para el caso de la agencia comercial. Esto es, se señala que “cuando el comisionista actúa en

⁶⁰⁹ Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 220 de las 9:20 horas del 26 de julio de 1996.

⁶¹⁰ Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, sentencia n.º 119 de las 16:00 horas del 5 de agosto de 2014.

⁶¹¹ *Ibid.*

nombre del comitente -supuesto asimilable a la figura del agente - lo obliga y el tercero que con él contrata adquiere derechos y contrae obligaciones con el mandante.”⁶¹²

Por lo tanto, en el caso del comisionista, pueden darse casos en los cuales, al actuar en nombre propio y por cuenta ajena, los efectos jurídicos de su actuación recaen directamente sobre su esfera jurídica, dejando de lado la opción de que el tercero cuente con facultades para ejercer acciones directamente contra el comitente.

De hecho, para la doctrina, la actividad tradicionalmente reconocida como de comisión es aquella en la que el comisionista asume directamente la responsabilidad del negocio.⁶¹³

Por estas razones, es menester señalar que existen opiniones contrastadas en cuanto a la representación y la comisión. Esta afirmación se hace puesto que la doctrina costarricense, haciendo un análisis de la figura de la comisión, estima que esta se trata, en realidad, de un mandato *sin* representación, mientras que la jurisprudencia sigue reconociendo la posibilidad de que el comisionista actúe en representación del comitente.

Lo anterior responde a que la doctrina, lleva a cabo un análisis que separa el mandato de la noción de la representación, unión que muchas veces lleva a confusiones y a asimilar ambas figuras. Por lo tanto, concluyen los autores costarricenses que el verdadero comisionista, es aquel que actúa por cuenta ajena y en nombre propio, es decir, como un representante indirecto.⁶¹⁴

El otro supuesto, aquel en el que actúa como un representante directo del comitente, es considerado por la doctrina como una desnaturalización de la actividad propia de los comisionistas, ya que, desde su perspectiva, el legislador incurrió en error al contemplarlo en la normativa.⁶¹⁵

La jurisprudencia, por su parte, sí avala la actuación en nombre y por cuenta del comitente, asegurando que, lo verdaderamente importante es el tipo de relación y la actividad mercantil que este desarrolla.

⁶¹² Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, sentencia n.º 119 de las 16:00 horas del 5 de agosto de 2014.

⁶¹³ “Informe de investigación CIJUL: Contrato de comisión”, 3.

⁶¹⁴ Sánchez, “El agente vendedor y el comisionista”, 207.

⁶¹⁵ Vázquez, “Reflexiones en torno al mandato mercantil en el derecho costarricense”, 3.

Por lo tanto, se tiene que la posibilidad de que el auxiliar asuma obligaciones no es congruente con el contrato de agencia, mientras que sí lo es a raíz de un contrato de comisión, en el que, actuando en nombre propio, el comisionista puede figurar como responsable ante los clientes con los que contrata.

d) Zona de actuación y exclusividad

Para el caso del agente, lo característico es que el agenciado le asigne un territorio o zona de actuación, en la cual podrá el primero desarrollar su actividad de promoción de negocios. Esto es, el agente goza de la exclusividad sobre un territorio, mismo sobre el cual se constituirá una imposibilidad de actuación para otros agentes del empresario, quienes no podrán ejercer sus propias funciones.

Es menester aclarar, sin embargo, que esta noción de exclusividad no necesariamente debe ser parte del contrato para que sea considerado de esta índole; lo que sí es cierto es que en el contrato de agencia el área territorial en la cual se desempeñará estará determinada.

Pese a ello, conviene mencionar que la consecuencia de que exista una exclusividad pactada, reside en que otros agentes no podrán ingresar al territorio asignado, ni podrán desplegar acciones dirigidas a comercializar productos o servicios del principal.

En el caso del comisionista, por otro lado, no sucede de la misma forma. Es así, en tanto que el comisionista, por lo general, no cuenta con una determinada zona de actuación, salvo pacto en contrario.

Asimismo, lo normal es que en el contrato de comisión no se pacte cláusula de exclusividad, por lo que el comisionista podrá actuar en una zona, simultáneamente, con otros auxiliares asociados a su comitente.

e) Tipicidad

Mientras que el contrato de comisión goza de regulación legal, puesto que se encuentra contemplado en el CCOM, el contrato de agencia carece aún de regulación en el ámbito de la normativa costarricense.

Por lo anterior, este último se conoce como un contrato innominado, a pesar de que existe normativa para ciertas clases específicas de agencia, como es el caso de los agentes de seguros o viajeros.

f) Indemnización

La Ley de Protección de Representantes de Casas Extranjeras es una legislación de carácter proteccionista y de orden público que insta una indemnización a favor del agente, cuando se da una terminación anticipada del contrato. Con respecto a esto, debe aclararse que consiste en que los contratos de agencia se renuevan automáticamente, a menos de que medie una indemnización para que dicha renovación no ocurra.

En otras palabras, el plazo del contrato de agencia no es realmente relevante, en el entendido de que, en ausencia de este, se supondrá la renovación y, en caso de haber sido pactado uno, el contrato no podrá ser revocado previo a su cumplimiento, sin que exista una compensación al agente como indemnización.

En el caso del comisionista, por el contrario, no está planteada una indemnización de esta índole y, lo más común, es que el contrato finalice una vez se concrete el encargo o negocio que se le encomienda.

La indemnización bajo comentario tiene sustento en el hecho de que al agente es un auxiliar que realiza una actividad continua, estable y permanente, y como tal, la desarrolla a lo largo de un período más extendido, por lo que una terminación anticipada le causaría el perjuicio de impedir la realización de negocios que ya se venían desarrollando.

La misma situación no ocurre con el comisionista, ya que este se vincula a su comitente mediante una relación planteada para ciertos actos u operaciones aisladas, celebrando uno o más contratos, pero no requiere, para el buen término de sus gestiones, de la permanencia que caracteriza al agente.

II. SECCIÓN II: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL CONTRATO DE AGENCIA Y EL CONTRATO DE TRABAJO

A. Notas comunes

a) Consensualidad

Tanto el contrato de agencia, como el contrato de trabajo, son convenios consensuales, es decir, que se perfecciona por el libre consentimiento prestado por las partes⁶¹⁶.

b) Bilateral o recíproco

En ambos tipos contractuales, son bilaterales; esto significa, que la prestación de cada una de las partes ha de corresponderse en equivalencia con la contraria⁶¹⁷.

Como bien se desarrolló supra, este tipo de contratos generan obligaciones recíprocas para cada una de las partes. En el caso del agente, como se mencionó anteriormente, su principal obligación es la de promover o concluir contratos u operaciones de comercio, por cuenta y nombre de un principal, cuya prestación, a su vez, constituye la de otorgar la remuneración que se haya pactado⁶¹⁸.

Por otro lado, en cuanto al contrato de trabajo, el trabajador se obliga a prestar servicios o a ejecutar una obra. El patrono, a cambio de esto, tiene como contraprestación, el pago de una remuneración denominada salario⁶¹⁹.

c) Oneroso

En cuanto a los contratos onerosos, se ha manifestado que estos, suponen una carga u obligación patrimonial para los intervinientes en el negocio⁶²⁰. En los dos contratos bajo análisis, una de las partes se compromete a girar una remuneración a favor de la otra, siempre y cuando esta cumpla con sus respectivas obligaciones.

⁶¹⁶ Conde, "Lecciones de Contrato de Trabajo", 50.

⁶¹⁷ *Ibíd.*

⁶¹⁸ Quintáns, "Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración", 36-37.

⁶¹⁹ Código de Trabajo de Costa Rica, Artículo 18.

⁶²⁰ Conde, "Lecciones de Contrato de Trabajo", 50.

Como bien se desarrolló supra, en el contrato de agencia, la remuneración se materializa en el pago de una comisión, mediante un porcentaje de las operaciones concertadas⁶²¹.

Por otro lado, en cuanto al contrato laboral, la remuneración se presenta bajo la figura del salario. Como se ha desarrollado en la presente investigación, el salario es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud de la prestación de sus servicios⁶²².

Asimismo, los tribunales costarricenses han manifestado que por salario se entiende no solo el indicado en la escala respectiva, sino también las remuneraciones adicionales, sean estas bonificaciones, comisiones, premios, zonaje, antigüedad, etc. Asimismo, su regulación mínima, busca garantizar que el trabajador tenga un salario digno para cubrir sus necesidades⁶²³.

Como bien se ha referenciado, una de las particularidades del contrato de trabajo, en cuanto a su onerosidad, es la imposición de un salario mínimo, es decir, una base económica, la cual debe cumplirse a cabalidad por parte del patrono, con el fin de garantizar una retribución que permita acceder a la satisfacción de las necesidades básicas del trabajador. Esto marca una diferencia con el contrato de agencia, en el cual, las partes, libremente y sin la imposición de una norma de orden público, fijan su monto remunerativo, sin considerar si es suficiente para cubrir necesidades básicas de alguno de los intervinientes.

Por otro lado, el salario puede reflejarse en dinero, comisión o especie; es decir, el contrato de trabajo es flexible en cuanto a la forma del pago, siempre y cuando se respete el salario mínimo. En el contrato de agencia, a pesar de que su regulación depende de la voluntad de las partes, lo común es el pago mediante comisión.

⁶²¹ Guido y Chavarría, "El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras", 5.

⁶²² Código de Trabajo de Costa Rica. Artículo 162

⁶²³ Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 250 de las 10:10 horas del 29 de mayo de 2002.

d) Carácter personalísimo o *intuitu personae*

Tanto el contrato de agencia, como el contrato de trabajo, son convenios de ejecución personalísima o *intuitu personae*, es decir, que debe realizarla la persona que fue contratada (agente o trabajador).

En ambos tipos contractuales, el contratante elige a una persona debido a sus características y aptitudes, con la idea de que esta es la persona ideal para prestar un servicio determinado, ya sea laboral o comercial.

En el caso del contrato de trabajo, el trabajador es el que debe, de forma personal, prestar el servicio contratado y no a través de terceras personas. No se le permite al trabajador enviar por su cuenta a sustitutos⁶²⁴. Esto se debe a que el patrono, eligió específicamente a una persona por sus cualidades y con la idea de que es la indicada para ejecutar el servicio u obra.

e) Poder de orientación⁶²⁵

En cuanto a esto, en ambos contratos una de las partes ostenta una facultad de orientación hacia la otra. Se debe entender dicha orientación como una potestad de girar indicaciones orientativas, con el fin de que el agente o trabajador conozcan a perfección la forma de ejecutar el servicio u obra.

En relación con el contrato de agencia, como bien se ha desarrollado en la presente investigación, el agente representa el servicio o bien de un contratista, el cual desea que su negocio sea representado de la mejor manera posible. Es por esta razón, que es lógico, que el contratista deba indicarle al agente cómo realizar el trabajo o cómo desea que se ejecute, todo con una finalidad de preservar y proteger sus intereses comerciales.

Por otro lado, en el contrato de trabajo, el patrono tiene la potestad de señalarle o indicarle al trabajador como desea que se ejecute el trabajo, de una forma orientadora y

⁶²⁴ Vargas, *El contrato individual de trabajo*, 40-41.

⁶²⁵ En cuanto a esta similitud, es importante aclarar que se está haciendo referencia a una potestad que tiene una de las partes, tanto en el contrato de trabajo, como de agencia, de brindar indicaciones con el fin de que la persona contratada sepa a cabalidad como realizar el trabajo o como el contratante quiere que se preste el servicio. No se está haciendo referencia a un poder de dirección o sancionatorio propios del contrato de trabajo. Es una potestad de dar indicaciones con el fin de orientar el trabajo del agente o trabajador.

con la misma finalidad que en el contrato de agencia, es decir, preservar y proteger los intereses del negocio o empresa.

Esto último ha sido reforzado por la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, quien en sus sentencias n.º 317 del 3 de marzo de 2010 y la n.º 42 del 16 de enero del 2008, señaló que el contratante de un agente tiene la potestad de brindar direcciones u orientación, sin significar esto, que se esté en presencia del elemento de la subordinación, exclusivo del contrato de trabajo.

f) Estabilidad y duración

Como se ha detallado supra, la relación entre el agente y su principal, en el contrato de agencia, es comúnmente estable y duradera⁶²⁶. Asimismo, en este modelo contractual normalmente se fijan plazos indeterminados.

Con respecto al contrato de trabajo, este también presenta la característica de estabilidad y duración, tanto es así, que la normativa laboral costarricense solo permite que se configuren contratos de trabajo con tiempo determinado en aquellos casos en que la naturaleza del trabajo así lo exija⁶²⁷. Asimismo, en aquellos casos donde el plazo estipulado por Ley para este tipo de contratos (1 año)⁶²⁸ sea superado, el contrato pasara a ser por tiempo indeterminado, esto en cuanto beneficie al trabajador⁶²⁹.

Lo anterior demuestra la clara intención del legislador, de que, en su generalidad, el contrato de trabajo se configure por tiempo indeterminado. Esto en cuanto, el contrato laboral a plazo indefinido brinda mayor protección al trabajador, ya que otorga estabilidad, se limita a las causales de justo despido y en este, se establece una indemnización por despidos arbitrarios, a diferencia de lo que sucede con el contrato a tiempo determinado⁶³⁰.

La estabilidad y duración son comunes en este tipo de contratos, pues ambos se refieren a servicios que deben ser ejecutados de forma permanente o por larga duración. Asimismo, en el caso del contrato de trabajo es claro que la norma tiene la intención de

⁶²⁶ Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, sentencia n.º 119 de las 16:00 horas del 5 de agosto de 2014.

⁶²⁷ Código de Trabajo de Costa Rica. Artículo 26.

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 666 de las 9:05 horas del 13 de agosto del 2018.

⁶³⁰ Costa Rica. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, resolución n.º DAJ-AE-121-08 del 13 de mayo de 2008.

otorgarle estabilidad al trabajador, consciente de que el trabajo constituye su principal fuente de ingreso para enfrentar y cubrir sus necesidades básicas.

g) Indemnización

En los contratos bajo análisis, la terminación en perjuicio del trabajador o del agente, configura el deber de indemnizar por parte del contratante.

Como bien se desarrolló supra, La Ley de Protección de Representantes de Casas Extranjeras regula una indemnización a favor del agente, cuando se da una terminación anticipada del contrato.

Por otro lado, en cuanto al contrato de trabajo, dicha indemnización se instaura en la institución del auxilio de cesantía, entendiéndose esta como ese derecho que tienen los trabajadores a ser indemnizados en caso de terminación de la relación laboral con responsabilidad patronal. Asimismo, dicha indemnización varía según el tiempo laborado por el trabajador⁶³¹.

B. Diferencias

a) Tipicidad

La primera de las diferencias a desarrollar es acerca de la tipicidad. En cuanto al contrato de trabajo, este es típico, ya que el mismo se encuentra expresamente regulado a partir del artículo 18 del Código de Trabajo de Costa Rica.

Por el otro lado, el contrato de agencia, como se ha mencionado, es un contrato innominado ya que no cuenta con regulación expresa en el CCOM, sin perjuicio a las regulaciones para ciertas clases específicas de agencia, como es el caso de los agentes de seguros.

b) Principio de la primacía de la realidad

Otra de las diferencias entre estos dos tipos contractuales, se presenta con lo relativo al principio de la primacía de la realidad, propio del contrato de trabajo.

⁶³¹ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Preaviso y Cesantía, (s.f.), 1, http://www.mtss.go.cr/temas-laborales/07_Preaviso_cesantia_ind.pdf

En cuanto a este principio, como se ha expuesto en la presente investigación, enfatiza la preferencia que se le debe dar a los hechos propios de la relación laboral, y no tanto a los documentos que la desarrollan, como bien podría ser uno de estos, el contrato de trabajo. Sobre esto se ha pronunciado la Sala Segunda, la cual ha indicado que se deben preferir las condiciones reales que se hayan presentado sobre lo que consta documentalmente, en caso de discordancia entre lo que sucede en la práctica y lo que surge de los acuerdos escritos⁶³²

En otras palabras, lo anterior significa que, eventualmente, el juez podría modificar lo estipulado en el contrato de trabajo, al verificar que en la práctica de la relación entre las partes (patrono y trabajador) se presentaba otra realidad. En decir, en materia laboral, el contrato laboral no solo se configura por lo expresamente pactado entre las partes de forma escrita, sino, también, en los hechos prácticos que presentaron durante la relación contractual. La relación no se limita a lo documental, debe tomar en consideración los hechos y en caso de diferencias, preferir estos últimos.

Bajo esta misma línea, para efectos de determinar la diferencia entre los tipos contractuales, dicho principio se sobrepone a la voluntad de las partes, al regular su relación laboral, prefiriendo los hechos prácticos que lo expresamente estipulado en documentos.

A diferencia de esto, el contrato de agencia se rige por el principio de autonomía de la voluntad. Es decir, se da preferencia al poder que la ley reconoce a los particulares para reglamentar por sí mismos, libremente y sin intervención de la ley, el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente⁶³³.

c) Principio de la autonomía de la voluntad

Como se mencionó en el inciso anterior, el contrato de agencia se rige por el principio de la autonomía de la voluntad, permitiéndole a las partes del contrato reglamentar por sí mismo las obligaciones que desean interponer.

Seguidamente, al ser el contrato de agencia un convenio atípico o innominado, se les presenta a las partes aun mayor libertad, a la hora de regular la relación de agencia que

⁶³² Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. 2005. Sentencia número 413 de las 14:20 horas del 25 de mayo.

⁶³³ Informe de investigación CIJUL: las limitaciones a la autonomía de la voluntad", *CIJUL en línea*, 2007: 3

desean conllevar, regulando los derechos y obligaciones entre estas, y renunciando a aquellos aspectos que no desean que se estipulen, siempre y cuando se respeten los límites de las buenas costumbres y orden público⁶³⁴.

A diferencia de esto, en el derecho laboral, rige el principio de la irrenunciabilidad de derechos, el cual consiste en la imposibilidad jurídica que tiene el trabajador de privarse voluntariamente de las ventajas concedidas por el Derecho Laboral, en beneficio propio⁶³⁵.

Como bien se ha desarrollado en la presente investigación, dicho principio rompe con la normativa civil⁶³⁶, según la cual las partes tienen derecho a renunciar a lo que ellas quieran, siempre y cuando se respeten los límites señalados supra.

En síntesis, las partes en el contrato de agencia pueden regular a su conveniencia el tipo de relación contractual que desean llevar. Por el otro lado, los contratantes en una relación de tipo laboral, no podrán modificar, bajo ningún modo, las ventajas concedidas por el Derecho Laboral, siendo esto una limitación clara a la autonomía de la voluntad, y creando así, una diferencia considerable entre ambos modelos contractuales.

d) *Ius variandi*

En relación al *Ius Variandi*, según lo desarrollado anteriormente, este representa la facultad con que cuenta el empleador para modificar condiciones no esenciales del Contrato de Trabajo de manera unilateral, como podría ser un derecho que la Legislación Laboral le concede a los empleadores para que estos puedan variar o modificar, contra la anuencia del servidor⁶³⁷.

En otras palabras, esta facultad que se le presenta al empleador, le pone en una posición de ventaja o superioridad en relación con el trabajador, ya que la normativa laboral le permite modificar unilateralmente lo estipulado en el contrato, con la finalidad de mejorar el rendimiento del negocio, siempre y cuando, condiciones esenciales de la relación laboral

⁶³⁴ Daza, "Aplicación de los principios contractuales a los contratos mercantiles", 11.

⁶³⁵ Informe de investigación CIJUL: Principios del Derecho del Trabajo", 6.

⁶³⁶ *Ibid.*

⁶³⁷ Vargas, *El contrato individual de trabajo*, 147-148.

(salario, horario, etc.) se mantengan inmodificables. Cabe mencionar que este derecho no se le presenta al trabajador, quien no ostenta esa facultad de modificación.

A diferencia de esto, las partes en el contrato de agencia se encuentran en condiciones y posiciones iguales; es decir, no se hace presente una relación de tipo vertical, como sí sucede en la relación de índole laboral. Los contratantes en el contrato de agencia, regulan sus derechos y obligaciones, presentan una bilateralidad en sus prestaciones, pero nunca ninguno de los dos, agente o empresario, se posiciona en un lugar de superioridad con respecto al otro.

En síntesis, en el contrato de agencia, a diferencia del laboral, ninguno de los dos contratantes se le presenta la facultad de modificar unilateralmente el contrato, aunque fuese un aspecto irrelevante. La modificación de este, depende del acuerdo de voluntad de partes.

e) Subordinación

Aunado a lo anterior, esa posición vertical que ostenta el patrono sobre el trabajador, se debe mucho a que este último se encuentra en una posición de subordinación con respecto al empleador.

Como se ha manifestado en la presente investigación, la subordinación se entiende como aquel estado de dependencia directa en que se coloca el trabajador ante su patrono o representantes, lo que significa que el trabajador queda sujeto al poder de mando y dirección que ejerza el patrono en el desempeño de las labores.⁶³⁸

Es decir, el trabajador debe una obediencia al patrono, debe seguir sus instrucciones y direcciones, con una finalidad de beneficiar el negocio.

Nuevamente, esta posición de subordinación no se presenta en el contrato de agencia. Como se desarrolló al hacer referencia a las similitudes entre ambos tipos contractuales, la jurisprudencia nacional ha entendido que el contratante, en la relación de agencia, si puede girar instrucciones con la finalidad de que sus intereses se vean protegidos sin significar esto una subordinación del agente hacia él, como sí sucede en la

⁶³⁸ Vargas, *El contrato individual de trabajo*, 39.

relación laboral. Las partes en el contrato de agencia se posicionan en condiciones de igualdad.

f) Poder disciplinario

En cuanto al poder disciplinario, y en concordancia con lo desarrollado, este busca otorgar facultades efectivas al empleador, que sean idóneas para garantizar el desarrollo regular y la continuidad de la actividad de la empresa. Si no existiera la posibilidad del empleador de poder sancionar las conductas de los trabajadores que infringen las instrucciones que imparte, el poder de dirección sería una mera ilusión, al no poder el empresario castigar su transgresión⁶³⁹.

En otro orden de ideas, al patrono se le presenta la facultad de castigar, ya sea con sanciones, apercibimientos y en última instancia, con el despido, las actitudes o prácticas contrarias a sus direcciones, amparado en la idea de que estas no benefician el negocio o empresa.

A diferencia de esto, en el modelo de agencia, ninguna de las dos partes ostenta esa facultad sancionatoria o disciplinaria. Eventualmente, algún incumplimiento de las obligaciones pactadas, que permitan la resolución contractual, tendrá que ser analizada en primer lugar por las partes, las cuales podrían llegar a acuerdos conciliatorios de recisión. En caso contrario, tendrá que ser visto por un tercero (juez o árbitro, según lo que se haya estipulado en el contrato), quien decidirá sobre el incumplimiento y la posterior resolución del contrato.

⁶³⁹ Fernández, "Límites del Poder Disciplinario del Empleador", 167.

CONCLUSIONES

La presente investigación planteó como hipótesis la necesidad de elaborar una herramienta teórica que detallara ampliamente las características de los tipos contractuales bajo estudio, con el fin de evitar posibles interpretaciones que modificaran la voluntad de las partes inicialmente acordada.

En el inicio de la investigación, se creyó que iban a encontrarse sentencias en donde se identificaran interpretaciones arbitrarias o que modificaran groseramente la voluntad de las partes. Lo cierto es que, los casos que se analizaron en donde el juez decidió recalificar el contrato, correspondían a situaciones de “zona gris” en las cuales se hacían presentes los elementos esenciales de una relación laboral, por lo que era necesaria la recalificación. En sentido contrario, se estudiaron fallos en donde se interpretó que no existían elementos suficientes para considerar la presencia de una relación laboral, por lo que se respetaba la voluntad de las partes, o incluso, se recalificaba la relación a una de tipo comercial.

Con esto, se descarta que la herramienta deba ser exclusiva para utilizar desde la óptica del juzgador, ya que la investigación ha mostrado que las recalificaciones han sido razonadas y acordes a la normativa que actualmente está vigente, tanto laboral como comercial. Sin embargo, la herramienta sí podría ser de gran utilidad para los individuos o partes del contrato, pues con ella pueden identificar los elementos y características esenciales de cada tipo contractual. Asimismo, con esta pueden detectar la forma de interpretación de los tribunales, la jurisprudencia vigente y la forma de encuadrar cada relación en la práctica para evitar recalificaciones válidas, pero posiblemente contrarias al deseo inicial de los contratantes.

El grupo de investigación considera que la ausencia de una norma que establezca las notas definitorias del contrato de agencia puede ocasionar que las partes, consciente o inconscientemente, utilicen la figura de manera contraria a la relación que se pretende encuadrar bajo estas condiciones. La tipicidad social que caracteriza al contrato de agencia en Costa Rica implica que, como se señalaba anteriormente, sean los tribunales, confrontados con casos específicos, los que deban determinar cuáles contratos pueden acogerse bajo la sombrilla de la relación de agencia.

La mayoría de las veces, el razonamiento de los juzgadores es coherente con las reglas que se recogen en la doctrina, e incluso es común el valerse de las obras de

reconocidos autores latinoamericanos para justificar la aplicación de uno u otro criterio con respecto al concepto de agencia. Por lo tanto, cobra especial relevancia la labor de la doctrina, al servir como marco de las decisiones jurídicas y sustento de las variadas sentencias producidas en virtud de la similitud entre los diferentes tipos de contrato estudiados.

Unido a lo anterior, se ha determinado que sería de gran utilidad la existencia de una normativa especial que abordara los elementos del contrato de agencia, sus cualidades y las obligaciones que competen a cada una de las partes intervinientes. Esto, ya que se considera que la claridad legislativa contribuye a una mejor aplicación y distinción de los diferentes tipos contractuales analizados en la presente investigación. Asimismo, reduce las diferencias de criterio que puedan producirse entre una y otra resolución judicial, al convertirse la legislación en el principal recurso del juzgador para declarar la existencia de una relación de agencia, comisión o laboral.

La presente investigación se estructuró con el fin de brindar de forma muy detallada todos los elementos, características, normativa e interpretaciones de cada tipo contractual. Se inició analizando lo que nacionalmente está vigente, para seguir con un estudio de Derecho Comparado que permitiera conocer la manera en la que se han tipificado cada uno de los contratos bajo estudio en otros países latinoamericanos. Posteriormente, se realizó un análisis de jurisprudencia que permitiera identificar la forma de razonamiento de los juzgadores y los motivos utilizados como fundamento para recalificar un contrato. Por último, se ejecutó un desarrollo de igualdades y diferencias entre el contrato de agencia y el de comisión, y entre este primero con el contrato de trabajo.

A partir de lo anterior, no cabe duda de que la presente investigación brinda todos los elementos formales necesarios para que las partes puedan acordar una relación de agencia, de comisión o laboral. Asimismo, bajo el entendido de que en la práctica los hechos pueden ser distintos a los que se pactaron en el contrato, esta investigación plantea un marco orientador de cómo se deben establecer las relaciones, según el tipo de contrato, para evitar recalificaciones provocadas por contratos mal estructurados o por comportamientos prácticos de las partes que pueden direccionar la relación a una “zona gris”.

A raíz de todo esto es que resulta necesario dirigir el presente apartado de conclusiones a señalar aquellos aspectos que este grupo de investigación califica como

determinantes para evitar que las partes estructuren una relación improcedente o se comporten contractualmente de forma errónea y que consecuentemente esto conlleve a una recalificación.

En primer lugar, es de importancia que se tenga conciencia de que los tres tipos contractuales bajo estudio comparten dos características fundamentales: remuneración y prestación personal. Tanto en el contrato de agencia, como en el de comisión y el laboral, se hace presente el acto de pagar una remuneración a cambio del servicio que presta una persona a favor de otra. Asimismo, la normativa laboral al ser una ley de orden público con sentido proteccionista obliga al juzgador a presumir que, si se presentan los elementos de prestación personal y remuneración, posiblemente se está ante una relación de tipo laboral, salvo prueba en contrario. Esta situación obliga a las partes contratantes que deseen definir una relación de agencia, a fijar de la forma correcta las cláusulas correspondientes a remuneración y forma de prestar el servicio, ante el entendido de que existe la presunción *iuris tantum* recién descrita.

El segundo aspecto determinante para analizar es lo relacionado con el *poder de dirección* propio de la subordinación laboral. A pesar de que, se ha desarrollado en la presente investigación que uno de los aspectos que absorbe el elemento de la subordinación laboral es el *poder de dirección*, resulta de suma importancia hacer énfasis en el hecho de que la Sala ha sido expresa en determinar que en las relaciones de agencia, el contratante puede emitir directrices o lineamientos al agente con el fin de que se ejecute el servicio según sus requerimientos, sin que esto signifique *per se* que exista una subordinación laboral entre las partes. Esto es de especial importancia, ya que es una interpretación que flexibiliza el elemento de la subordinación laboral y le brinda seguridad a los comerciantes para emitir lineamientos o directrices que permitan ver satisfechos sus intereses. En este sentido, la potestad que le atañe al principal o comitente de dictar instrucciones no debe entenderse como elemento determinante de una relación laboral, en tanto que dichas instrucciones son consideradas necesarias para el buen desarrollo del negocio que ejecuta el agente o comisionista.

Asimismo, debido a las nuevas formas en las cuales se desenvuelve el trabajo actualmente, el juzgador se ha visto obligado a variar sus criterios de laboralidad y reforzarlos con la presencia de otros indicios que, estando presentes, configuran una relación de obrero-patrono. Por lo tanto, debe el juzgador alejarse de decisiones o

recalificaciones fundamentadas en un solo elemento y más bien fijarse en aquellos que, conjugados, evidencian una realidad alejada del ámbito comercial.

Por este motivo, la jurisprudencia ha sido respetuosa al rescatar que, a pesar de girarse instrucciones o dictar pautas, las partes pueden preservar una relación de índole comercial, en la cual el agente y/o el comisionista no se verán obligados a reducir su forma de ejecución de la prestación pactada a la entera voluntad del principal, como sí ocurre en las relaciones laborales.

Seguidamente, hay otras variables que comúnmente se han asociado a un contrato laboral que la propia Sala ha señalado que no presumen per se la existencia de una relación laboral, como lo son: i) Que en los contratos de agencia comúnmente se pacten clausulados de exclusividad, no representa de antemano una subordinación laboral; ii) Que se presenten en este tipo de relaciones variables como capacitaciones, incentivos, pólizas de seguros y otros, no implica la existencia de una relación de trabajo, y sí pueden estar presentes en el contrato de agencia. Esto les brinda seguridad a las partes para que, en caso de que así lo deseen, puedan acordar este tipo de beneficios.

Continuando con el desarrollo del presente apartado, otro aspecto que merece especial énfasis es el elemento de la ajenidad, desarrollado por la Sala como parte del contrato de trabajo. La ajenidad debe entenderse como la no vinculación que tiene el trabajador con los frutos del negocio y los riesgos de este, tanto los propios de la compañía como los que se presentan a partir de la relación comercial con terceros. En las relaciones de agencia, cada contratante es el dueño de los frutos de su negocio y cada uno asume todo el riesgo que esto conlleva. En caso de que esto no sea así, se podría presumir una dependencia de una parte sobre la otra, asemejándose más a una relación laboral.

En virtud de lo anterior, únicamente podrá alegarse la existencia de una relación de agencia o de comisión, cuando quien se encarga de llevar a cabo la prestación se atiene a que el éxito o fracaso de la operación determinará su capacidad y posibilidad de percibir comisiones por ello. El trabajador, en cambio, no está sujeto a estas condiciones, sino que percibe su salario con independencia de la salud del negocio.

Otro aspecto que este grupo de investigación quisiera enfatizar y que ha sido definido a partir del desarrollo de la presente investigación, es la premisa de que, el *medio* que tiene el trabajador para satisfacer sus necesidades básicas es la relación laboral con

su patrono. Es decir, el trabajador depende exclusivamente del trabajo que le ejecuta a su patrono para poder obtener ingresos que le permitan satisfacer sus necesidades. A diferencia de esto, los agentes, tienen como medio para satisfacer sus necesidades un servicio comercial y este es el motor para satisfacerlas, no la relación individualizada con algún contratante.

Es de conformidad con lo señalado, que el agente se encuentra facultado para realizar su actividad de promoción para diferentes principales, siempre que esta no contradiga o afecte el buen desenvolvimiento de las demás, así como que sea respetuosa de los límites geográficos definidos para cada una. Por consiguiente, la agencia no se corresponde con una actividad fundamental para satisfacer las necesidades básicas del agente y, excepto pacto en contrario, este último podrá suscribir múltiples contratos con diferentes individuos, montos de comisión y condiciones.

Es menester señalar que la doctrina considera que el agente comercial se diferencia de otro tipo de colaboradores por su independencia y autonomía a la hora de realizar su encargo. Es debido a esta liberalidad con la que el agente define la forma de realización del negocio que se le encarga, que también se le asignan los riesgos empresariales de ella, afectando su patrimonio.

El trato relativamente homogéneo que se da del agente en los países estudiados se debe, en parte, a que los países latinoamericanos han derivado su concepción de legislaciones europeas que sí lo han definido, o por lo menos se apoyan en estas para delinear sus características. Por este motivo, a pesar de que su definición tiene variables, es admisible la extracción de atributos comunes a este tipo de colaboración mercantil. Sin embargo, como se recalca anteriormente, son las reglas sociales o costumbres, las que históricamente han fijado los elementos esenciales que son indispensables para conformar un contrato de agencia.

A manera de conclusión, este grupo de investigación considera que, con conocimiento de los elementos y características que envuelve cada tipo contractual, y con entendimiento de los aspectos determinantes que ha arrojado la presente investigación y que recién se desarrollaron en este apartado, la presente herramienta teórica podría ser de mucha utilidad para las partes privadas a la hora de querer convenir un contrato de agencia y poder diferenciarlo en la práctica del contrato laboral y de comisión. Asimismo, que sea de especial utilidad para las partes privadas, no resta que pueda ser también de mucha

ayuda para los juzgadores a la hora de tener que identificar si se está en presencia de una relación contractual de agencia, comisión o laboral.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS

Alonso Olea, Manuel. *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Civitas, 2008.

Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las obligaciones y contratos*. San José: Editorial Trejos Hermanos, 1923.

Broseta Pont, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. 3ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1977.

Cárdenas, Juan Pablo. *El contrato de agencia mercantil*. Bogotá: Editorial Temis, 1984.

García Ortega, Jesús; Goerlich Peset, José María; Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco; Ramírez Martínez, Juan y Sala Franco, Tomás. *Curso de Derecho del Trabajo*. Edición 8ª. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1999.

Garrigues, Joaquín. *Tratado de derecho mercantil*. Tomo III, vol. 1. Madrid: Editorial Revista de Derecho Mercantil, 1964.

Juncadella Gamba, Salvador. *Los contratos de agencia, distribución y representación en Centroamérica y Panamá*. San José: Publicaciones de la Cámara de Industrias de Costa Rica, 1973.

Kozolchyk, Boris, y Octavio Torrealba. *Curso de Derecho Mercantil*. Primer Tomo. San José: Editorial Lehmann, 1974.

Leñena Mendizábal, Elena. *Conflicto de intereses y comisión mercantil*. Madrid: Editorial Reus, 2009.

Leñena, Elena y Nerea Irákulis. *El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil y el mandato en el derecho de obligaciones y contratos*. Madrid: Dykinson, 2008.

Machicado, Jorge. *Contrato de Trabajo*. Bolivia: Universidad Francisco Xavier, 2010.

Marzorati, Osvaldo. *Sistemas de distribución comercial: distribución, concesión y franquicia comercial*. Buenos Aires: Astrea, 1990.

Meirovich de Aguinis, Ana María. *Contrato de agencia comercial*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991.

Mercadal Vidal, Francisco. *El contrato de agencia Mercantil*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1998.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 1996.

Sandoval López, Ricardo. *Derecho comercial*. Tomo III, vol. 2. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

Soto Coaguila, Carlos Alberto. "El pacta sunt servanda y la revisión del contrato", en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. Tomo IV, vol.1. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Temis, 2010.

Valenzuela Garach, Fernando. *El agente comercial*. Cuadernos de los Studia Albornotiana. Zaragoza: Cometa S.A., 1986.

Vargas Chavarría, Eugenio. *El contrato individual de trabajo*. 1ª edición. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas. 2006.

Vivante, César. *Tratado de derecho mercantil*. Vol. 1. Madrid: Editorial Reus, 1932.

II. ARTÍCULOS DE REVISTAS

Mora Rojas, Fernando. "Los agentes auxiliares en la ley costarricense". *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 10 (1967): 161-190.

Mora Rojas, Fernando. "Delimitación del concepto de auxiliares del comerciante". *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 15 (1970): 251-273.

III. LIBROS, REVISTAS, PERIÓDICOS Y OTRAS FUENTES DIGITALES

Arce, Javier. "Los contratos de agencia y distribución mercantil", *Revista Perspectiva Jurídica de la Universidad Panamericana campus Guadalajara [Online]*, n.º 4 (2014). <http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/ediciones/los-contratos-de-agencia-y-distribucion-mercantil#sdfootnote6sym>

- Arias Fonseca, Jaime Luis. "El enriquecimiento sin causa y la acción in rem verso en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal". *Revista Jurídicas CUC [Online]* 9, n.º 1 (2013): 143-181.
<http://revistascientificas.cuc.edu.co/index.php/juridicascuc/article/viewFile/444/pdf30>
- Bedoya Rubio, Franz Leonardo Marcelo. "La cesantía comercial elemento determinante del contrato de agencia". *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi [Online]* 6, n.º 2 (julio-diciembre 2011): 1-33.
https://app.vlex.com/#WW/vid/314322606/graphical_version
- Bonavento Correa, Pedro Felipe. "La autonomía privada de la voluntad frente a los contratos de derecho privado". Tesis de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 2000.
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis16.pdf>
- Bosero, Leandro. "Hacia una Ley de Contrato de Trabajo". *Revista Derecho del Trabajo [Online]*, n.º 9 (2014): 1-355. http://www.saij.gob.ar/docsf/ediciones/revistas/DERECHO_DEL_TRABAJO_A3_N9.pdf
- Camacho López, María Elisa. "El contrato de agencia comercial: análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano-germánico, en vista de una posible modificación de su regulación en Colombia". *Revista E-Mercatoria del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia [Online]* 7, n.º 2 (2008): 1-82.
<http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN7/PDF02/contrato.pdf>
- Candal, Mariano. "Los 40 años de la Ley 20.744. Apogeo, decadencia y reconstrucción". *Revista Derecho del Trabajo [Online]*, n.º 9 (2014): 1-355.
http://www.saij.gob.ar/docsf/ediciones/revistas/DERECHO_DEL_TRABAJO_A3_N9.pdf
- Castillo Arévalo, Rigoberto. "Agentes representantes y distribuidores". Tesis para optar al título de doctor en jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de San Salvador, 1978.

<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/3db6532d39e032fd06256b3e006d8a73/33bdac29312ac2fb06256b3e00747bfe?OpenDocument>

“Contratos de comisión mercantil y servicios profesionales. Análisis de sus elementos para determinar la existencia de una relación laboral, y con ello, la obligación de pagar cuotas al IMSS. Tesis de TFJFA”. *Revista Práctica Fiscal [Online]*, n.º 668 (noviembre de 2012): 21-22. <http://vlex.com/vid/determinar-existencia-obligacion-pagar-tfjfa-429235782>

Crespo Collada, María Elena y Cristina López Arriazu. “Contratos mercantiles internacionales”. *Revista Internacional del Mundo Económico y del Derecho [Online]* 2 (2010): 1-14. <http://www.revistainternacionaldelmundoeconomicoydelderecho.net/wp-content/uploads/CONTRATOS-MERCANTILES-INTERNACIONALES.pdf>

Dávalos Torres, María Susana. *Manual de introducción al derecho mercantil*. México D.F.: Nostra Ediciones, 2010. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3259/4.pdf>

De Rivero Santana, Eduardo. “Naturaleza Jurídica del Contrato de Trabajo y la Formulación de la Relación de Trabajo”, *THEMIS- Revista de Derecho [Online]*, n.º 3 (1985): 1-8. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/10514/10986>

Donaires Sánchez, Pedro. “El principio del consensualismo en el Derecho de los contratos”. *Derecho y Cambio Social [Online]*, n.º 30 (2012): 1-22. http://www.derechoycambiosocial.com/revista030/principio_del_consensualismo.pdf

Fernández, Raúl. “Límites del Poder Disciplinario del Empleador. Principios *Non Bis In Ídem* y de Proporcionalidad en la Imposición de Sanciones Laborales”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social [Online]* 4, n.º 8, (2013): 167. <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/download/42763/44725/>

Gago Garcia, María Lourdes, et al. *Formación y orientación laboral*. Madrid: McGraw-Hill, 2014. <https://www.mheducation.es/bcv/guide/capitulo/8448191595.pdf>

- García Velasco, Isabel. "El proteccionismo jurídico de la agencia comercial en Colombia frente a los tratados de integración económica", *Cuadernos de Administración [Online]* 27, n.º 46 (julio-diciembre de 2011): 156-168. <http://www.scielo.org.co/pdf/cuadm/v27n46/v27n46a12.pdf>
- García De Paz, Ana. "El contrato de agencia en el ámbito internacional". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Salamanca, 2016. https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/131820/1/TG_GarciaDePaz_Contrato.pdf
- Giraldo Bustamante, Carlos Julio. "La agencia comercial en el derecho colombiano". *Revista de Derecho Privado [Online]*, n.º 47 (enero-julio 2012): 1-31. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033218006>
- Grisolia, Julio y Ernesto Ahaud. "Ley de Contrato de Trabajo comentada". Ciudad Autónoma de Buenos Aires.: Editorial Estudio S.A., 2009. <https://es.scribd.com/document/342455049/Ley-de-Contrato-de-Trabajo-Comentada-Julio-Grisolia-1>
- Guataquí, Juan Carlos. "La incidencia del contrato de trabajo en el mercado laboral colombiano". *Revista de Economía del Rosario [Online]*, n.º 4 (diciembre 2011): 173- 198. http://www.urosario.edu.co/urosario_files/84/841cc157-8bf5-4eb6-a87d-0a7c83db849a.pdf
- Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Sebastián Picasso. "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado". Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015. http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf
- Leñena Mendizabal, Elena. "El contrato de agencia y la comisión mercantil". *Cuadernos de derecho y comercio*, n.º 56 (2011): 135-223. <https://app.vlex.com/#vid/379522114>
- León Tovar, Soyla H. "La agencia mercantil". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado [Online]* 1, n.º 68 (1 de enero de 1990): 519-535. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2720/2976>

- López Álvarez, Adriana Lucía. "El contrato de agencia comercial y los cambios introducidos en la negociación del TLC entre Estados Unidos y los países andinos". *Revista e-Mercatoria* (19), n.º 1 (enero-junio 2011): 4-95. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2905/2546>
- Messina, Ana Isabel. "El contrato de agencia". *Gaceta Judicial*, 27 de agosto, 1998. <https://vlex.com/vid/contrato-agencia-360761430>
- "Modalidades de la representación legal". *Revista Práctica Fiscal [Online]*, n.º 412 (octubre de 2005): B1-B4. http://app.vlex.com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr:2048/#WW/search/content_type:4/modalidades+de+la+representaci%C3%B3n+legal/WW/vid/43512026
- Morales Arias, Luis Guillermo. "El contrato de agencia mercantil". *Revista de Derecho Privado [Online]*, n.º 4 (diciembre 1988): 39-70.
- Murillas Escudero, Juan Manuel. "Unas notas sobre el concepto de la mercantilidad". *REDUR*, n.º 0 (junio 2002): 101-108. <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero0/murillas.pdf>
- Northcote Sandoval, Christian. "Principales aspectos del contrato de comisión mercantil". *Revista Actualidad Empresarial [Online]*, n.º 162 (julio 2008): VII-1 – VII-2. http://aempresarial.com/servicios/revista/162_6_LHQPSIMMMGUEKXQBQNKQFNISHWHHTTYWFFNVYWILIOFNYPQZF.pdf
- Ortega Giménez, Alfonso. "El contrato de agencia comercial internacional". *vLex International (vLex)*, n.º 4 (enero de 2009): 1-21. <http://vlex.com/vid/contrato-agencia-comercial-internacional-56275074>
- Palomeque López, Manuel Carlos. "Trabajo subordinado y trabajo autónomo en el ordenamiento laboral español". *Gaceta Laboral* 10, n.º 1 (enero-abril 2004): 61-71. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33610104>
- Parra Benítez, Jorge. "Teoría general del Derecho privado". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas [Online]*, n.º 99 (1998): 207-235. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/6660>

- Peñailillo Arévalo, Daniel. "El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones". *Revista de Derecho Universidad de Concepción [Online]*, n.º 200 (julio-diciembre 1996): 7-40. <http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2575>
- Pérez, Yina Constanza. "Los principios y su evolución en el derecho mercantil". *DIXI [Online]* 19, n.º 26 (mayo 2017): 1-33. <https://doi.org/10.16925/di.v19i26.1955>
- Perilla Granados, Juan Sebastián Alejandro. "La agencia mercantil desde el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos". *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas [Online]* 33, n.º17 (julio-diciembre 2017): 17-38. DOI: <http://dx.doi.org/10.22518/16578953.911>
- Quintáns Eiras, María Rocío. "Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración", en *Cuadernos Mercantiles*. Madrid: Edersa, 2006. <http://vlex.com/vid/concepto-caracteristicas-contrato-agencia-330647>
- Rodríguez Ruíz de Villa, Daniel. "Notas sobre la nueva Ley de Contrato de Agencia". *Anuario de Derecho Civil de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de España [Online]*, n.º 2 (1993): 765-810. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C
- Romero Pérez, Jorge Enrique. "Regulación jurídica contractual de la distribución comercial". *Revista de Ciencias Jurídicas [Online]*, n.º 129 (setiembre-diciembre de 2012): 93-118. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/10423/9788>
- Ruíz de Velasco y del Valle, Adolfo. *Manual de Derecho Mercantil*. 3ª edición. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2007. https://books.google.co.cr/books?id=FUrtlh4Vo-EC&printsec=copyright&hl=es&source=gbs_pub_info_r#v=onepage&q=concepto%20comisi%C3%B3n&f=false
- Roque Vítolo, Daniel. "Apuntes sobre la regulación del contrato de agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación". *El Derecho. Diario de Jurisprudencia y Doctrina [Online]*, n.º 14.054 (octubre 2016): 1-6. <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2016/10/05102016.pdf>

- Sánchez-Rodas Navarro, Cristina. "El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 37 (2002): 37-60. http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/37/inf2.pdf
- Sarmiento Bejarano, Roberto y Eduardo Flores Aristizábal. "Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles. Trabajo de Investigación Profesorado para optar al título de Abogado, Universidad de La Sabana de Colombia, 2002. <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5377/129377.pdf?sequence=1>
- Soria, Alfredo y Fabiola Ríos. "El contrato de agencia comercial". *Revista Derecho & Sociedad [Online]*, n.º 35 (junio de 2010): 179-188. <https://repositorioacademico.upc.edu.pe/upc/bitstream/10757/604689/1/contratocomercial.pdf>
- Tolosa Villabona, Luis Armando. "De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo". *Estudios Socio-Jurídicos [Online]* 19, n.º 2 (julio-diciembre 2017): 13-61. <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5701>
- Torrego Porro, Álvaro. "La indemnización por clientela en el contrato de agencia y en el contrato de concesión". Tesis para optar por el Grado en Derecho. Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación, Universidad de Valladolid, 2015. <http://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/13850/1/TFG-N.284.pdf>
- Velásquez Restrepo, Carlos Alberto. "El error común". *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas [Online]*, n.º 67 (1984): 129-139. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5403449>
- Vicent Chuliá, Eduardo y Teresa Beltrán Alandete. "Capítulo III: el contrato de agencia", en *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. Tomo II. Barcelona: Editorial Bosch, 2005. <http://vlex.com/vid/capitulo-iii-contrato-agencia-248499>
- Yáñez Velasco, Ricardo. "La intermediación inmobiliaria". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 737 (mayo 2013): 1583-1623.

IV. TESIS

Alfaro Ubico, Luis Fernando. "El contrato de agencia comercial, su regulación en nuestro ordenamiento jurídico". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1993.

Alvarado Santamaría, Rebeca y Alberto Gurdían Arango. "Los derechos adquiridos por los representantes de casas extranjeras frente al Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2009.

Castro Montero, Fernando. "Contratos de comisión y corretaje". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1964.

Murillo, Giselle. "La delegación facultativa de las sociedades anónimas". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2009.

Paniagua Hidalgo, Carmen. "El Contrato de Trabajo fijo discontinuo en el Derecho Laboral Privado Costarricense". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2010.

Sánchez Trejos, Ronald Antonio. "El agente vendedor y el comisionista: su problemática actual en el Derecho del trabajo costarricense". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1993.

V. LEGISLACIÓN Y DEMÁS NORMATIVA NACIONAL

Constitución Política de Costa Rica del 7 de noviembre de 1949.

Código Civil, Decreto No. 30 del 19 de abril de 1886, y sus reformas.

Código de Comercio, Ley No. 3284 del 24 de abril de 1964, publicado en La Gaceta No. 119 del 27 de marzo de 1964.

Código de Trabajo de la República de Costa Rica, Ley No. 2 del 27 de agosto de 1943.

Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, N.º 6209, de 9 de marzo de 1978.

VI. LEGISLACIÓN Y DEMÁS NORMATIVA EXTRANJERA

Argentina. Ley de Contrato de Trabajo, n.º 20.744 Decreto 390 de 13 de mayo de 1976.

Argentina. Código de Comercio, Ley n.º 2.637 de 9 de octubre de 1889.

Colombia. Código de Comercio, Decreto 410 de 1971.

Consejo de la Comunidad Europea. Directiva n.º 86/653 del 18 de diciembre de 1983.

España. Código de Comercio, Real Decreto de 22 de agosto de 1885.

España. Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889.

España. Ley sobre el Contrato de Agencia, n.º 12 del 27 de mayo de 1992.

España. Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre.

Italia. Código Civil, Decreto Real n.º 262 de 16 de marzo de 1942.

VII. JURISPRUDENCIA

Costa Rica. Tribunal Segundo Civil, Sección I. Sentencia n.º 2 de las 14:05 horas del 22 de enero de 2003.

Costa Rica. Tribunal Segundo Civil, Sección I. Sentencia n.º 67 de las 9 horas del 14 de marzo de 2008.

Costa Rica. Tribunal Segundo Civil, Sección I. Sentencia n.º 211 de las 16:17 horas del 7 de abril de 2017.

Costa Rica. Tribunal Segundo Civil, Sección II. Sentencia n.º 39 de las 4:10 horas del 28 de febrero de 2006.

Costa Rica. Tribunal de Trabajo, Sección I. Sentencia n.º 8 de las 8:40 horas del 27 de enero de 2006.

Costa Rica. Tribunal de Trabajo, Sección III. Sentencia n.º 172 de las 9:40 horas del 19 de abril de 2007.

Costa Rica. Tribunal de Apelación de Trabajo del II Circuito Judicial de San José. Sentencia n.º 139 de las 13:15 horas del 31 de octubre de 2017.

Costa Rica. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 227 de las 14:30 horas del 20 de diciembre de 1991.

Costa Rica. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 228 de las 14:15 horas del 20 de diciembre de 1991.

Costa Rica. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 711 de las 10:20 horas del 13 de junio de 2013.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 376 de las 14 horas del 16 de noviembre de 1994.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 220 de las 9:20 horas del 26 de julio de 1996.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 2 de las 14:10 horas del 8 de enero de 1997.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 30 de las 15:40 horas del 12 de febrero de 1997.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 221 de las 15:00 horas del 16 de febrero de 2000.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 685 de las 10:10 horas del 16 de noviembre de 2001.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 250 de las 10:10 horas del 29 de mayo de 2002.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 296 de las 9:40 horas del 30 de abril de 2004.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 418 de las 9:45 horas del 9 de junio de 2004.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 574 de las 9:30 horas del 14 de julio de 2004.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 538 de las 11:00 horas del 10 de agosto de 2004.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 413 de las 14:20 horas del 25 de mayo de 2005.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 523 de las 9:15 horas del 17 de junio de 2005.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 534 de las 10:10 horas del 17 de junio de 2005.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 618 de las 8:55 horas del primero de agosto de 2008.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º de las 10:15 horas del 16 de enero de 2009.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 317 de las 10:45 horas del 3 de marzo de 2010.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 1477 de las 10:10 horas del 20 de diciembre de 2013.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 263 de las 10:30 horas del 13 de marzo de 2013.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 237 de las 10:05 horas del 27 de febrero de 2015.

Costa Rica. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 212 de las 10:00 horas del 26 de febrero de 2016.

Costa Rica. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia n.º 1333 de las 10:15 horas del 2 de noviembre de 2007.

Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia n.º 252 de las 9 horas del 11 de junio de 2007.

Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sentencia n.º 119 de las 16:00 horas del 5 de agosto de 2014.

VIII. REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Aguirre Saravia, Raúl. "Los contratos de comercialización en el Código Unificado". Aguirre Saravia & Gebhardt Abogados, 2015. <http://www.abogados.com.ar/los-contratos-de-comercializacion-en-el-codigo-unificado/16349>

Báez Corona, José Francisco. "Marco jurídico de la empresa". Base de datos de Derecho vLex. Universidad de Xalapa, 2017. http://app.vlex.com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr:2048/#WW/search/content_type:4/definicion+costumbre+derecho+comercial/WW/vid/697783557/graphical_version

Centro de Información Jurídica en Línea. "Informe de investigación CIJUL: Contrato de comisión". *CIJUL en línea*. 2007. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=MjExNg==>

Centro de Información Jurídica en Línea. "Enriquecimiento sin causa". *CIJUL en línea*. 2005. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=MTg4Mw==>

Centro de Información Jurídica en Línea. "Informe de investigación CIJUL: las limitaciones a la autonomía de la voluntad". *CIJUL en línea*. 2007. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=MjE0Ng==>

Centro de Información Jurídica en Línea. "Teoría de la imprevisión contractual". *CIJUL en línea*. 2007. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/2007/teoria-de-la-imprevision-contractual/>

Conde Marín, Emilia. "Lecciones de Contrato de Trabajo". Base de datos de Derecho vLex. Dykinson, 2014. <https://app-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/?r=true#WW/vid/546461806>

Cuesta Osorio, Héctor y Ernesto Zota Correa. "Contrato realidad: factor de vulneración de acceso a los elementos del derecho fundamental al trabajo". Universidad Católica

de Colombia, 2016.
<http://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/752/Contrato%20realidad%20%20factor%20de%20vulneraci%C3%B3n%20de%20acceso%20a%20os%20elementos%20del%20derecho%20fundamental%20al%20trabajo%20.pdf?squence=1&isAllowed=y>

Daza Leguizamón, María Camila. "Aplicación de los principios contractuales a los contratos mercantiles". *Universidad La Gran Colombia*. 2012.
<https://es.slideshare.net/camiladaza/aplicacin-de-los-principios-contractuales-en-los-contratos-mercantiles>.

Díez Estella, Fernando. "Tema 7. Los contratos de colaboración". *Temario de Derecho Mercantil Centro Universitario Villanueva*. 2015.
http://www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil/tema_07.pdf

Domenech Roldán, José Manuel. "Bloque temático segundo. El contrato de trabajo". (s.f.).
[http://www.jomaneliga.es/PDF/Administrativo/RRHH/RRHH_DL\(2\)_Tema-3.pdf](http://www.jomaneliga.es/PDF/Administrativo/RRHH/RRHH_DL(2)_Tema-3.pdf)

Espinoza Blanco, Ana Lucía. "Contratos mercantiles: el contrato de agencia". *Derecho Comercial Costarricense*. 2010. http://www.derechocomercial-cr.com/yahoo_site_admin/assets/docs/Esquema_de_clase_sobre_el_Contrato_de_Agencia_-_2010-10-07.281134607.pdf

Espinoza Blanco, Ana Lucía. "Las fuentes formales del Derecho Comercial". *Derecho Comercial Costarricense*. 2008. http://www.derechocomercial-cr.com/yahoo_site_admin/assets/docs/Clase_2_-_Las_fuentes_formales_del_Derecho_Comercial_-_2008-03-21.75150520.pdf

Fernández Enríquez, Marcos. "Elementos definidores del Contrato de Agencia". *Revista de Derecho vLex*. Base de datos de Derecho vLex. (2001).
<http://vlex.com/vid/elementos-definidores-contrato-agencia-101068>

Fernández Sánchez, Leodegario. "Tema 49. El derecho del trabajo: características. Principios constitucionales. Las fuentes del ordenamiento laboral. Especial referencia a los convenios colectivos. El personal laboral de la administración. Contratación de personal laboral. El convenio colectivo único". *Temario General de*

la ESTT-OEP. 2011. [http://www.dgt.es/Galerias/la-dgt/empleo-publico/oposiciones/doc/2011/TEMA_49 - Parte General.doc](http://www.dgt.es/Galerias/la-dgt/empleo-publico/oposiciones/doc/2011/TEMA_49_-_Parte_General.doc)

Fontana, Gonzalo. "Los contratos de comercialización en el Código Civil y Comercial". Estudio de abogados O' Farrel y Marial. 2011. <https://www.marval.com/publicacion/los-contratos-de-comercializacion-en-el-codigo-civil-y-comercial-11870>

Guido Núñez, Mauricio y Adriana Chavarría Araya. "El contrato de agencia, distribución y representación de casas extranjeras y su aplicación frente al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos". Tesis de Maestría en Derecho, Universidad Interamericana, 2006. [http://www.poder-judicial.go.cr/salaprimeraphocadownload/Publicaciones/El contrato de agencia distribucion y representacion de casas extranjeras y su aplicacion frente al T ratado de Libre Comercio entre Centroamerica.pdf](http://www.poder-judicial.go.cr/salaprimeraphocadownload/Publicaciones/El_contrato_de_agencia_distribucion_y_representacion_de_casas_extranjeras_y_su_aplicacion_frente_al_Tratado_de_Libre_Comercio_entre_Centroamerica.pdf)

Martínez Ramírez, Carmen. "Tema 25. El contrato de trabajo: concepto, elementos, capacidad para contratar. Forma del contrato de trabajo. Duración, Trabajos excluidos y relaciones especiales de trabajo. El período de prueba". *Preparadores de oposiciones para la enseñanza*. 2009. s13e47ff29983e27c.jimcontent.com/download/version/.../module/.../Tema%2025.pdf

Menjura, Diana; Guerrero, Martha; Silva, Ana y Smelich Witt. "Contrato realidad frente al contrato de prestación de servicios en Colombia. Tratamiento Jurisprudencial 2011 al 2014". Universidad Libre de Colombia, Facultad de Derecho. *Área de Formación Investigativa del Centro de Investigaciones Sociojurídicas*. 2014 <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7715/MenjuraDiana2014.pdf?sequence=1>

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Gobierno de Argentina. "El contrato de trabajo". (s.f.) <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/buscastrabajo/marcolegal#1>

Muñoz Osorio, Alcira. "Aplicación de la primacía de la realidad sobre la formalidad en los contratos de trabajo", 2012.

<http://www.coruniaamericana.edu.co/publicaciones/ojs/indez.php/pensamientoamericano/article/download/105/100>.

Núñez-Cortés Contreras, Pilar y Antonio Cebrián Carrillo. "Lecciones de Contrato de Trabajo". Base de datos de Derecho vLex. Dykinson, 2014. http://app.vlex.com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr:2048/#WW/search/*/contrato+de+trabajo/WW/sources/12531

Pacheco Zerga, Luz. "La naturaleza jurídica del contrato de trabajo en el marco de la globalización económica y cultural". *Asesoría Laboral Temas de Actualidad*. 2010. <https://luzpacheco.files.wordpress.com/2011/06/la-naturaleza-jurc3addica-del-contrato-en-el-marco-de-la-globalizacic3b3n-econoc3b3mica-y-cultural.pdf>

Papeshi, Gustavo e Ignacio Flores. "Contratos de Agencia y Distribución en el Código Civil y Comercial de la Nación". Estudio de Abogados Beccar Varela. 2016. <http://www.ebv.com.ar/images/publicaciones/contratosdeagenciaydistribucion.pdf>

Pérez Chaves, José. "Taller de prácticas laborales y de seguridad social. Modalidades en las condiciones de trabajo: Trabajo de comisionistas". Base de datos de Derecho vLex. Tax Editores, 2017. <http://app.vlex.com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr:2048/#WW/sources/20574>

Pérez Chávez, José, y Fol Olgún Raymundo. "Manual de contratos y formatos laborales". Base de datos de Derecho vLex. Tax Editores, 2013. https://app-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#WW/vid/430049430/graphical_version

Pérez Gallardo, Leonardo. "¿Quo vadis derecho de contratos? Una reflexión crítica sobre los principios generales de la contratación inspiradores de las normas del Código Civil cubano". *El derecho de contratos en los umbrales del siglo XXI: memorias de las Jornadas Internacionales de Derecho de Contratos celebradas en la Habana, Cuba, en el período 2001-2007*. 2007. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/bfquo-vadis-derecho-de-contratos--una-reflexion>

Piñeros Amaya, Miguel Herman. "Del contrato de trabajo y sus efectos económicos". Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho. *Centro de Investigaciones*

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13717/4/DEL%20CONTRATO%20DE%20TRABAJO%20Y%20SUS%20EFECTOS%20ECON%20MICOS.pdf>

Rodríguez Velarde, Jorge. “Contratación empresarial”. *Notaría Rodríguez Velarde*. 1998.
http://www.rodriuezvelarde.com.pe/pdf/libro2_parte4_sec3_cap4.pdf

Universidad Nacional Estatal a Distancia (UNED) de España. “Los contratos de colaboración mercantil”. *Documentación Teórica Curso de Práctica Jurídica*, (s.f.),
<https://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/mercantil%20II%20apuntes%20contratos%20colaboracion.pdf>