LA PRACTICA DEL COMERCIO POR INTERMEDIARIO EN EL TRAFICO CON LAS INDIAS DURANTE EL SIGLO XVI

por

José Martínez Gijón

1. La actividad comercial puede realizarse personalmente o a través de un tercero. En este segundo caso nos encontramos ante la figura del intermediario comercial. Diversas causas de índole económica, política y geográfica contribuyeron al desarrollo de este tipo de comercio en el tráfico entre España y las Indias. Sobre la base de más de un centenar de documentos inéditos, procedentes todos ellos del Archivo de Protocolos de Sevilla, nos proponemos analizar la figura del intermediario comercial en sus diversas manifestaciones durante el siglo XVI. Una primera aproximación al tema puede verse en nuestro trabajo sobre *La comenda en el Derecho Español.* II, *La comenda mercantil,* en "Anuario de Historia del Derecho Español", 36 (1966) 379-456. Preocupados entonces por la evolución de la comenda, nos fijamos preferentemente en las relaciones que se establecían entre el principal y el intermediario de una manera transitoria, para un solo viaje, y que se agotaban, realizada la venta de las mercancías, con el retorno del intermediario y la consiguiente liquidación del negocio. Ahora, y sobre una base documental más amplia, pretendemos estudiar las diferentes formas que han sido utilizadas para estructurar ese comercio indirecto, exceptuando tan sólo las claramente asociativas, lo que nos permitirá concretar algunos de los puntos de vista expuestos en aquel trabajo.

2. Los documentos examinados nos muestran que el comercio por intermediario se ha canalizado a través de la *encomienda,* en unos casos, de la *comisión, consignación o cuenta aparte,* en otros. Son frecuentes los documentos de *factoría.* Otras veces los documentos aluden al *poder* que justifica la actuación comercial del tercero, o a las consecuencias que para éste se derivan de la relación jurídica estipulada, calificándose entonces el documento como *obligación.*

a) Por encomienda se entiende tanto la actividad mercantil que se realiza por cuenta de otro y previo acuerdo entre las partes, como la retribución del que acepta y realiza esa actividad.

De los documentos se desprende que las encomiendas no envuelven esencialmente relaciones permanentes ni exclusivas entre quienes las conciertan. Quiero decir con esto que las partes no acuerdan entre sí que durante un tiempo determinado todos los negocios de A, residente en la Península, deben ser llevados a cabo por medio de B, estante en las Indias, y que B deba aceptar y cumplir todos los encargos o encomiendas de A. De hecho podría darse esta situación, pero cuando jurídicamente así se pacta la relación que surge no se califica de encomienda, al parecer negocio ocasional concluido para una operación concreta (venta o compra de mercancías, cobro de deudas), que una vez cumplida libera a las partes de toda obligación. Por ellos, los compañeros, es decir, los miembros de una sociedad mercantil establecidos en las Indias para ejecutar los negocios de la misma, y a los cuales les está prohibido vincularse por esta vía a otros individuos, pueden en cambio aceptar encomiendas, determinándose las ganancias que por ese concepto pertenecerían al que las cumplía, y la parte que de esas ganancias correspondería a la sociedad. En algún caso se acuerda que el cumplimiento de las encomiendas se posponga al de los negocios de la compañía.

b) Consignación y encomienda suelen coincidir en la misma persona, en el sentido de que las mercancías son enviadas a la persona que se encarga de su venta, y que unas veces viaja en la misma nave que las transporta y otras reside en el puerto al que van dirigidas y en el cual debe normalmente realizar su actividad mercantil. Lo contrario también ocurre, y entonces el consignatario se nos muestra como un tercer intermediario en las relaciones del que encarga a otro una encomienda, y cuya misión consiste en el envío de las mercancías recibidas a la persona obligada a venderlas en un lugar distinto al de la consignación.

c) El término comisión no es de muy frecuente uso en la práctica mercantil indiana del siglo XVI, pero los documentos que lo contienen nos ofrecen un concepto que no difiere del que poseemos de encomienda sobre un número mayor de documentos.

d) Lo mismo puede decirse de las cuentas aparte, frecuentes en los contratos de compañía, y que no son otra cosa que encomiendas de unos socios a otros, las cuales reciben ese nombre porque la gestión y administración de las mismas no debe confundirse con las de los

negocios normales de la compañía. Ahora bien, al vincularse con este contrato, se observa que la encomienda experimenta una transformación, en cuanto que desaparece la libertad para aceptarla o rechazarla. Es decir, las encomiendas entre socios, a diferencia de las contraídas entre individuos no ligados por ese contrato de sociedad, se transforman en virtud del mismo y desde su celebración en obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse al compañero estante en las Indias de una manera ininterrumpida durante el tiempo de duración de la sociedad. En puridad, no son obligaciones que el socio que pudiéramos llamar capitalista imponga al que sólo aporta su trabajo, que es precisamente el que reside en las Indias. Hay un interés mutuo en la práctica de estos negocios, ya que son retribuidos con un tanto por ciento para el compañero ejecutor de la operación, y aunque a veces se divide por igual entre éste y los demás socios, el ejecutor goza de una participación independiente o en todo caso superior a la que le corresponde en las ganancias obtenidas en el tráfico usual de la compañía.

e) Veamos ahora el concepto de factoría. En principio se observa su equiparación con el de encomienda. Por factoraje o responsión se entiende la retribución de la persona que ha vendido por cuenta de otro mercancías en las Indias. Sin embargo, junto al concepto anterior los documentos reflejan otro en parte diferente, según el cual el factor es un hacedor de los negocios de otro o de una compañía, por cuenta de los cuales actúa, pero de una manera continua y permanente, durante el tiempo previsto en el contrato, de acuerdo con las instrucciones recibidas de sus principales, y con derecho a factoría o retribución económica. La factoría es pues una relación estable, con un tiempo de duración acordado por las partes.

Los documentos contienen dos tipos de factores: el factor-servidor o dependiente en unos, y el factor-compañero en otros. En ambos el factor trata con carácter exclusivo los negocios del principal. En los primeros sobresale la relación de servicio que une al factor con el principal, en virtud de la cual se obliga a servirle donde éste mandare, o en todo lo que justo sea, que no aparece en los segundos, que detallan con minuciosidad y precisión las obligaciones de los factores. A su vez, el factor-dependiente es retribuido mediante un salario anual, mientras que el factor-compañero hace suya la cuarta parte de las ganancias de la compañía, y unos y otros tienen derecho a resarcirse de los gastos de viaje, alojamiento, mantención, etc.

En los supuestos de factoría-compañía el factor se aproxima al com-

pañero que no contribuye con aportaciones dinerarias a la formación del capital social, sino tan sólo con su trabajo en industria. Es más, en los documentos el intermediario es llamado factor y compañero. Sin embargo, de esto, los factores declaran en estos contratos que les pueden ser impuestas "todas aquellas penas que pueden ligar contra factores no cumpliendo aquello a que se obligan" (13 de enero de 1550), y en algún caso renuncian expresamente al fuero de los compañeros. Salvo en lo que acabamos de decir, la comparación de estos contratos con los de compañía de capital y trabajo en sentido estricto no arroja elementos suficientes para distinguir ambas situaciones. De esto se desprende que la diferencia entre el factor y el socio industrial, que al igual que aquél desarrolla su actividad mercantil en las Indias, es exclusivamente procesal y penal, y que por tanto sólo se manifiesta cuando se produce el incumplimiento de la obligación contraída. En este sentido, la ley 21 del Ordenamiento para la administración de justicia dado por Pedro I en 1360 nos brinda un dato interesante para precisar el distinto fuero de unos y otros, al establecer que la prisión por deudas procede cuando éstas tienen su origen en el depósito o en la encomienda. Surge inmediatamente la siguiente pregunta: ¿tendría lugar la prisión por deudas cuando las partes hubieran estipulado entre si una compañía, y una de ellas —el socio gestor— resultara alcanzado en la liquidación? La respuesta es negativa porque el socio goza del beneficio de competencia, cuyos efectos son los siguientes: "si el compañero que administra los bienes de la compañía, aunque en ella no sea universal, sino singular, no tiene de qué poder pagar a los demás sus partes de ella, no puede ser convenido sobre ello en más de lo que puede hacer, y así no puede ser preso por ello" (Hevia Bolaños, *Curia Philipica* II, 1, 3, 50, p. 279 de la ed. de Madrid de 1797).

Existe, finalmente, una tercera figura de la institución, la del factor que mantiene relaciones permanentes con el principal por un tiempo que se determina, pero que se distingue de los anteriores al no quedar obligado a la gestión exclusiva de los negocios de éste. La relación se concierta de una manera estable por un período concreto, pero solamente comprende un trato o unos negocios específicos, quedando las partes en libertad para encomendar a otros factores o éstos para aceptar de otros principales negocios distintos. La figura se aproxima evidentemente a la encomienda con la que coincide incluso en la forma de retribuir la gestión del factor, mediante un porcentaje sobre el montante de las ventas conseguidas por su intermedio.

f) Según otros documentos, la actividad intermediadora adopta la forma de un poder, con libre y general administración en algún caso, concedido por la parte que permanece en la Península a la que reside en el Nuevo Mundo o emprende el viaje a esas tierras. El poderdatario es un sustituto del poderdante, por cuya cuenta y nombre actúa. El objeto de su concesión es mercantil primordialmente, y secundariamente judicial, y no supone la existencia de relaciones estables entre las partes, sino que se agotan en el cumplimiento de la operación prevista. Inicialmente no se prevé retribución alguna del poderdatario, lo cual no quiere decir que no exista, puesto que podría recibirla por su condición de solicitador de negocios ajenos, o por medio de un porcentaje sobre las cantidades cobradas, o sobre las mercancías vendidas o compradas.

3. En la tercera parte del trabajo se clasifican los documentos según la relación que se concluya para una sola operación comercial, o suponga un tráfico continuado durante el tiempo previamente establecido, y que también puede ser objeto de prórroga si las partes lo acordasen. Como es lógico, los primeros responden al concepto de encomienda más arriba apuntado y los segundos al de factoría-servicio o bien al de factoría-compañía. A continuación se describen los documentos, para adquirir una visión de conjunto de la relación pactada entre las partes según los casos desde su nacimiento hasta su extinción, analizando con detenimiento los derechos y obligaciones de los que en ella intervienen.

4. En las relaciones jurídicas que acabamos de examinar, el intermediario realiza, por lo general, actos de comercio, bien en nombre propio o en el del principal, pero siempre por cuenta de éste, que es el propietario del fondo de mercancías o de dinero con el que se negocia. ¿Cuál es el título jurídico que legitima la actuación del intermediario? Que no es la condición de socio aparece claro de los documentos que diferencian expresamente el status del compañero al del factor. Pero tampoco puede pensarse que el intermediario obre en virtud de un arrendamiento de obras bien que la figura del factor-dependiente plantee su vecindad con este contrato. En estos casos se sirve como factor, pero el término servicio carece de un contenido jurídico específico. La misión que el intermediario debe cumplir y cuya ejecución se le confía en virtud de su capacidad para los negocios mercantiles, y que presupone también la confianza del principal

en la persona del factor, no se adapta al concepto de arrendamiento. Y no es óbice para llegar a esta conclusión que el factor sea retribuido en estos casos mediante un salario fijo anual, porque esto ocurre cuando no existe un fondo económico previamente establecido sobre el cual, una vez negociado, el factor pueda gozar de un porcentaje sobre las ventas o en las ganancias.

A nuestro juicio, las relaciones descritas se estructuran en función del contrato de mandato o del poder que faculta al intermediario para actuar jurídicamente, con un contenido exclusivamente mercantil o también judicial en el segundo supuesto. De los documentos se deduce que el poder permite y exige una actuación del que lo recibe por cuenta y en nombre del representado con los mismos efectos que si éste obrase personalmente. Cuando no se concede un poder, y el intermediario actúa por cuenta del principal, pero en nombre propio, hay que pensar que nos encontramos ante un mandato comercial, dado que encierra actos mercantiles. En estos casos es el factor, comisionista, o ejecutor de encomiendas, el que adquiere derechos y obligaciones frente a los terceros con los cuales contrató. Ahora bien, como obra en virtud del mandato, y siempre que lo haga dentro de los límites que éste le confiere, sus actos repercutirán, finalmente, sobre el mandante. Aunque hay relaciones claras de poder y de mandato, y que pueden distinguirse en base a la forma de actuar del intermediario, no es extraño que ambas se confundan en algunos contratos en los que el mandatario actúa en nombre del principal. No existe posibilidad de precisar los motivos determinantes de la actuación del intermediario bien en nombre del principal o bien en el suyo propio, según los casos. Ambas formas de actuar aparecen utilizadas indistintamente, aunque siempre se recurre al poder o al mandato más el poder cuando el gestor precisa ostentar la representación del principal: cobro de deudas, liquidación de operaciones anteriores concertadas personalmente por el principal o a través de un tercero, actuaciones judiciales, etc.