

# LA FIGURA DEL COMISIONISTA DE TRANSPORTES Y EL CONCEPTO JURÍDICO DE PORTEADOR

Por Luis Manuel Piloñeta Alonso

ÍNDICE: 1. Planteamiento del tema. 2. La intermediación y el transporte. 3. El *commissionnaire de transports* en Francia. 4. El *Spediteur* alemán. 5. El *spedizioniere* italiano y el *commissionnaire de transports* en Bélgica. 6. El comisionista de transporte en el Código de Sáinz de Andino. 7. El comisionista de transportes en el Código de Comercio de 1885. 8. Comisionista de transportes o expedidor. 9. Las agencias de transporte de mercancías como comisionistas de transportes. 10. Actuación de las agencias de transporte.

## 1. Planteamiento del tema

En su día, el profesor Aurelio Menéndez, haciendo balance de los avances de nuestra doctrina en el campo de los contratos mercantiles, reconocía que, en general, la doctrina española no había sido muy pródiga en sus aportaciones a este sector del Derecho Mercantil; y que si bien se advertía ya entonces un mayor interés de los autores por estas cuestiones, la atención hacia unos y otros contratos tenía distinta suerte. Tomando como ejemplo –añadía- alguna de las modalidades especialmente representativas del Derecho Mercantil moderno, se puede afirmar que, mientras ciertos contratos (como los de seguro y los bancarios) iban siendo objeto de una estimable consideración, otros contratos (como el de transporte) estaban esperando todavía un tratamiento en consonancia con su importancia en el tráfico actual.

Esto decía el profesor Menéndez hace más de treinta años y, durante este largo periodo de tiempo, el progreso de nuestros estudios en el ámbito de la contratación mercantil, sobre todo en aquellos sectores que han experimentado profundas remodelaciones legales, es inmenso y no es menester recordar aquí citas concretas. Sin embargo, es un hecho real que todavía hoy puede repetirse lo que decía el profesor Menéndez respecto al contrato de transporte: «está esperando todavía un tratamiento en consonancia con su importancia en el tráfico actual». En contraste con el desarrollo de nuestros estudios en el campo de los transportes marítimos y, aunque menor, en el de los transportes aéreos, la que podemos llamar *parte general* del contrato de transporte y los transportes terrestres no

cuentan, entre nosotros, con aportaciones doctrinales comparables a las existentes años ha en otros países. No existen entre nosotros obras como las de Josserand y Rodière en Francia, Asquini en Italia o Helm en Alemania (sólo por citar nombres clásicos). Hace unos años se produjo una aproximación singular para iniciar el estudio riguroso del contrato de transporte pero, por las razones que fueran, no cuajó en lo que cabía esperar de aquellas «reflexiones preliminares». Así es que, por ahora, únicamente disponemos de las aportaciones, sin duda dignas de estima, de algunos prácticos.

El panorama de temas problemáticos que el contrato de transporte tiene abierto ante el estudioso español es, pues, muy extenso y dentro del mismo caben muchas opciones. El haberme centrado en el sector de las agencias de transporte se debe, en primer lugar, al protagonismo que estos operadores desempeñan en el mercado relativo, dentro del cual puede decirse que (al menos jurídicamente) pesan tanto como los porteadores efectivos. Por otro lado, se trata de una figura cuyos perfiles jurídicos en los textos legales (incluida la Ley del 87) y en las aportaciones doctrinales más recientes, aparecen confusos y faltos de una atención que cubra las exigencias propias, en todos los órdenes, de la función que desempeñan estas empresas (llámense agencias o de otra forma) de verdaderos motores del transporte actual en todos los países.

Las agencias de transporte constituyen una pieza capital en el tráfico interno e internacional de todos los países asumiendo un porcentaje muy importante de los transportes de mercancías. En nuestro país, según estimaciones de las Asociaciones y Federaciones de agencias de transporte, corresponde a estos empresarios la organización de más del 60 por 100 del tráfico terrestre.

En los últimos tiempos, la intensificación de los intercambios comerciales y la complicación técnica, siempre creciente, de las operaciones de transporte han incidido profundamente en la estructura económica del sector. Como consecuencia de ello, el antiguo oficio de «porteador de comercio» ha dejado paso a la moderna empresa de transportes concebida como una organización del trabajo ajeno, destinada a la realización de las operaciones asumidas por el empresario. Lo mismo que cuando los porteadores comenzaron a organizar el trabajo ajeno y a confiar la conducción de las mercancías a dependientes y *criados*, en la actualidad, gran número de ellos (en lugar de llevar a cabo con los medios de su organización la totalidad de las operaciones) recurren a la colaboración de otros empresarios del sector, sin que ello afecte al contenido esencial de sus obligaciones contractuales.

## **2. La intermediación y el transporte**

La figura del *intermediario* de transportes es muy antigua; casi tanto, puede decirse, como el propio transporte. Durante siglos, cuando el comercio se realizaba fundamentalmente por mar y el volumen del tráfico marítimo era infinitamente superior al terrestre, la propia naturaleza de la navegación

comercial hacía inevitable la presencia en los diferentes puertos de escala de los buques de personas encargadas de intermediar en la contratación de las operaciones de transportes. Posteriormente, el desarrollo del tráfico terrestre de mercancías hizo que, (a lo largo sobre todo del siglo XVIII) algunos comerciantes comenzaran a desempeñar estas mismas funciones en el ramo de los transportes terrestres. Aunque en la práctica estos auxiliares adoptaban diversas denominaciones (*corredores, comisionistas, expedicionarios* o, incluso, *agentes*), su cometido no era otro que el de favorecer la realización de los transportes por tierra en una época en la que las vías de comunicación y los medios de transporte apenas se diferenciaban de los históricos (malos caminos, tracción animal, carros y diligencias). Existían rutas e itinerarios conocidos, pero las comunicaciones eran lentas y estables llenas de dificultades. Los porteadores disponían de medios rudimentarios y operaban en un radio de acción limitado, por lo que se precisaba la intervención de varios de ellos para cubrir la mayoría de los itinerarios. La discontinuidad del tráfico hacía necesario proceder al depósito de las mercancías en los lugares de tránsito y el ejercicio del comercio se hallaba sujeto a continuos trámites aduaneros y al pago de derechos de aduana (portazgos). Además, la conveniencia de completar la capacidad de carga de los vehículos obligaba a agrupar mercancías procedentes de diversos comerciantes. El mercado era caótico y los porteadores operaban de forma muy desorganizada.

Para evitar las irregularidades del tráfico, los comerciantes confiaban el transporte de sus géneros a *comisionistas* que asumían la obligación de organizar las operaciones necesarias para verificar el traslado, buscando porteadores adecuados y ocupándose de las mercancías al final de cada etapa. Para cumplir su cometido, estos comisionistas solían ayudarse de corresponsales situados en los principales puntos de escala. La propia dinámica del tráfico hizo que estos *intermediarios* también mantuvieran ciertos vínculos de cooperación con los porteadores y navieros que empleaban ordinariamente para la ejecución de las operaciones. Por su importante función económica, los *comisionistas de transportes* pasaron a ocupar una posición nuclear en el mercado. Tanto es así que, antes de la promulgación del *Code* (a lo largo ya del siglo XVIII), un importante sector de la jurisprudencia francesa, apoyándose en la costumbre, optó por considerarlos responsables de la pérdida, avería o retraso en la entrega de las mercancías, superando los postulados del contrato de mandato.

### **3. El *commissionnaire de transports* en Francia**

De acuerdo con esto, el codificador napoleónico tendió a equipar jurídicamente al comisionista de transportes con el porteador. Sin embargo, con el paso del tiempo la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina han hecho hincapié en la necesidad de distinguir entre ambas figuras. Buena parte de los autores consideran que el comisionista de transportes promete hacerse cargo de un transporte de mercancías, constituyéndose en garante de la llegada a destino de las mercancías. Aunque, el Código

le hace responsable tanto de la pérdida avería de los efectos como del retraso en su entrega (a menos que fueran debidos a caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas), ello no significa que pierda su condición de comisionista, debiendo proceder en todo diligentemente y como convenga a los intereses de su comitente.

Mientras la doctrina tradicional destacaba la identidad sustancial entre el régimen de responsabilidad aplicable al comisionista de transportes y el del porteador, en la actualidad, la mayor parte de los autores mantienen un criterio diferente. En su opinión, el comisionista de transportes se halla sometido a un doble régimen de responsabilidad, dependiendo del carácter propio o ajeno de las obligaciones. Lo mismo que cualquier comisionista, el de transportes responderá a su comitente de las faltas en que haya podido incurrir en el cumplimiento de su comisión. Dicho régimen de responsabilidad no es de orden público y puede ser alterado por las partes. Las Condiciones Generales adoptadas por la Federación francesa de comisionistas de transportes limitan el importe de la indemnización a una cantidad por bulto y por envío, en proporción al peso de la mercancía. El tenor del artículo 99 del viejo Código ha servido a la doctrina para hacer responder al comisionista de transporte por las faltas que puedan cometer las personas a quienes encomienda la ejecución del transporte. Lo que en origen era una obligación de resultado (muy similar a la de un porteador) ha pasado de este modo a concebirse como un supuesto de responsabilidad legal por actos ajenos. Paralelamente, el centro de gravedad del sistema se desplaza de los artículos 97 y 98 al artículo 99 del *Code*. Cuando el comisionista deba responder como consecuencia de faltas ajenas, el principio general es que no puede ser condenado a más que la persona responsable de tales faltas. Así lo disponen expresamente las Condiciones Generales de la Federación.

De acuerdo con esta concepción, aunque el comisionista de transportes se encarga de gestionar el traslado de mercancías, responde *ope legis* del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los porteadores y demás personas que toman parte en la operación. No se trata, pues, de un empresario que promete un transporte de mercancías y lo ejecuta por medio de otros, sino de un comisionista sometido (por Ley) a un régimen de responsabilidad que la doctrina no duda en calificar de riguroso.

En general, la distinción entre la comisión de transporte y el transporte (propiamente dicho) plantea serias dificultades en la práctica, debido a que muchos empresarios operan indistintamente en el mercado como comisionistas de transportes y como porteadores. Los criterios utilizados para distinguir los contratos de transporte y de comisión de transporte se encuentran más en la mente de algunos juristas que en la realidad del tráfico. Por lo común, el cargador espera del empresario de transportes que haga llegar sus mercancías a destino en las debidas condiciones o que, en caso contrario, le indemnice por la pérdida, avería o retraso que pudieran haberse producido. No le importa quién sea el encargado de ejecutar materialmente la conducción. La realidad del tráfico está por encima de

cuestiones tales como el interés de algunos empresarios por gozar de las prerrogativas que comporta la atribución de un determinado régimen jurídico. El propio Rodière admite el hecho de que, en la práctica, los comisionistas de transportes asumen las obligaciones que los porteadores cuando afirma: «Que los comisionistas de transportes lleven a cabo por sí mismos una parte del desplazamiento prometido no tiene nada de extraordinario, pero lo más sorprendente es ver que, sin cambiar de denominación o sin creer cambiarla, aseguran y prometen ellos mismos los desplazamientos de extremo a extremo»; para acabar reconociendo que «entonces son pura y simplemente porteadores».

#### **4. El *Spediteur* alemán**

El Código de Comercio General Alemán (*ADHGB*), ateniéndose al Derecho tradicional, regula la figura del expedidor o *Spediteur* partiendo de los postulados del contrato de mandato. Durante los trabajos preparatorios del Código, se discutió acerca de las ventajas e inconvenientes de adoptar el régimen de responsabilidad del comisionista de transportes francés. Finalmente, a pesar del fuerte influjo que ejercía el *Code* en el tráfico comercial de la época y su incidencia en la jurisprudencia de algunos *Länder*, prevaleció la opinión de quienes consideraban que la construcción jurídica del negocio de expedición debía hacerse sobre los cimientos del contrato de mandato. De este modo, se optaba por llevar al Código la concepción del expedidor vigente en la mayor parte del territorio alemán y que (según los miembros de la Comisión) tanto había contribuido al desarrollo del comercio de expedición. El rechazo al sistema francés no fue sin embargo absoluto, apareciendo como una opción para futuros desarrollos del tráfico mercantil.

La disciplina del vigente Código de Comercio alemán responde, en la fundamental, a los fundamentos dogmáticos del Código anterior. En su virtud, se define al expedidor como aquella persona dedicada profesionalmente a gestionar expediciones de bienes a través de un porteador o naviero, en nombre propio y por cuenta ajena. El negocio de expedición pertenece a la categoría general de los contratos dirigidos a la gestión remunerada de negocios (en el sentido del § 675 del Código civil alemán). Además de los párrafos 407 a 415 el Código declara aplicables al contrato de expedición los preceptos relativos al comisionista. Sin embargo, el carácter dispositivo de esta normativa hace que las partes puedan estipular condiciones diferentes. Ello ha permitido que, en la práctica, el Derecho codificado haya quedado relegado a un segundo plano y, en su lugar, vengán en aplicación a las relaciones de expedición las denominadas Condiciones generales de los expedidores alemanes (*ADSp*).

Al hacerse cargo de un envío, el expedidor se compromete a realizar las operaciones necesarias para remitir los bienes de un lugar a otro y su tarea primaria es la de contratar el transporte con porteadores o fletantes, en nombre propio y por cuenta de su comitente. En esto coinciden los contratos de comisión y de expedición. Al negociar en su propio nombre, el expedidor deviene parte en los

contratos que celebra por cuenta de su comitente.

De igual modo, suelen desempeñar también otras funciones accesorias (entre las que se incluyen tanto actividades de carácter material como gestiones de orden negocial), relacionadas con el despacho de las mercancías. A diferencia del porteador (que se obliga a verificar el transporte), el expedidor se compromete a gestionar la remesa de bienes por cuenta y en interés de su comitente. Al igual que ocurre en Francia, muchos empresarios combinan el ejercicio de funciones de expedición y de transporte. El expedidor se halla autorizado para proceder a ejecutar con sus propios medios el transporte de los bienes que previamente se ha obligado a remitir.

En tanto que mandatario, el expedidor alemán responde de los daños causados en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales cuando hubiere faltado a la diligencia propia de un ordenado comerciante. Para exonerarse de responsabilidad debe probar que ha obrado en todo diligentemente. El Código sólo hace responder al expedidor por los actos de ejecución del transporte y por las gestiones del expedidor intermedio cuando hubiera incurrido en *culpa in eligendo*. Por lo demás, en caso de pérdida o avería de las mercancías o de retraso en la entrega, le basta con ceder sus acciones contractuales al comitente, para que el mismo pueda dirigirse directamente frente a la persona responsable.

## **5. El *spedizionario* italiano y el *commissionnaire de transports* en Bélgica**

La disciplina legal de la comisión de transporte responde en los sucesivos textos legales italianos a la influencia primero francesa, luego española y, por último, alemana. En el vigente *Codice civile*, ha desaparecido como figura jurídica autónoma el comisionista de transportes de nuestro Derecho, pasando a considerarse un tipo más de porteador. Al propio tiempo, se ha tipificado la figura del *spedizionario* o mandatario de transportes. La doctrina más reciente ha puesto de manifiesto que el expedidor puro, tal cual aparece regulado en el Código, apenas se utiliza en la práctica (si se exceptúa el tráfico internacional).

En Bélgica, el legislador modificó en 1891 los preceptos del *Code de Commerce* relativos al *commissionnaire de transports* para equipararlo en todo al porteador y someterlo a su mismo régimen jurídico. La asimilación entre ambas figuras ha sido valorada muy positivamente por la doctrina de aquel país (comenzando por el propio Van Ryn). Posteriormente, una Ley de 1967 vino a regular también la actividad del comisionista de expedición, que se encarga de gestionar la remesa de mercancías por cuenta de su comitente.

## 6. El comisionista de transporte en el Código de Sáinz de Andino

El análisis del precepto fundamental que nuestro Código de Comercio de 1829 dedica a los comisionistas de transportes permite concluir que, para el mismo, el hecho de realizar materialmente el transporte con medios propios es un dato jurídicamente irrelevante en orden a asumir la posición de porteador, con sus obligaciones y derechos respectivos. Antes bien, el dato jurídico determinante para atribuir a un sujeto la condición de porteador es que se haya comprometido a transportar, con independencia de quién sea (él mismo u otro) la persona que vaya a ejecutar materialmente la prestación. En suma, es el compromiso jurídico de transportar y no el acto material del traslado lo que identifica al porteador, sin que la realización efectiva del transporte sea condición necesaria para calificar a alguien como porteador.

Si tan porteador es quien se compromete a transportar con sus propios medios (porteador en sentido propio) como quien se compromete a hacerlo a través de otros (comisionista de transportes), está claro que en uno y otro caso el contrato que vincula a las partes (al cargador con el porteador y al comitente con el comisionista de transportes) tiene idéntica naturaleza: en ambos supuestos nos hallamos ante un contrato de transporte. A esta misma conclusión llegaba la doctrina más autorizada de aquella época.

Esta concepción, absolutamente novedosa respecto a lo que se establece en el Código francés, es la que está en la raíz y explica la configuración que hace del comisionista de transportes nuestro primer Código de Comercio. Se trata, además, de una idea progresiva que, como veremos, está en la línea de las orientaciones más modernas en torno al concepto de porteador. No sólo es importante, sino también *de justicia* destacar la valoración tan aguda y certera que, sobre esta cuestión, hizo el profesor Rubio, destacando el acierto pleno que supuso la posición adoptada por nuestro primer Código, al apartarse del criterio napoleónico y equiparar al comisionistas de transportes con el porteador, «porque (como decía el maestro) este último, no entendiendo que lo esencial a la naturaleza del porteador es la asunción del transporte, con independencia de que lo realice directamente o por medio de otros, esto es, que transporte o que haga transportar, introduce la distinción entre *voituriers* y *commissionnaires pour les transports*» y «configura a estos últimos como verdaderos comisionistas (mandatarios), siendo en realidad auténticos empresarios del transporte (arrendatarios de obra)».

## 7. El comisionista de transportes en el Código de Comercio de 1885

El Código de Comercio vigente no contiene innovación sustancial alguna respecto al derogado, cuyo precepto fundamental en materia de comisión de transporte reproduce a la letra. Sin embargo, es un hecho patente en el estado de nuestra doctrina y de la jurisprudencia (no sólo actual sino ya desde

antiguo) que, al interpretar los textos fundamentales del Código relativos al comisionista de transportes, se ha producido un confucionismo que desdibuja su verdadero sentido y oscurece la línea clara de nuestro sistema. A esta situación ha contribuido no poco el que haya pasada desapercibida a nuestro autores la originalidad de la fórmula que en su día adoptara el Código del 29 y, en general, un cierto descuido en el tratamiento del tema.

El primer factor de confusión en nuestra doctrina fue la introducción en el Código actual del artículo 275, que para muchos autores resultaba aplicable a la comisión de transporte al igual que el 379, con el que se decía que entraba en contradicción. Opinión errada que se hace sin tener en cuenta el texto de la propia Exposición de Motivos, en el que se aclara muy bien que la intención del legislador al introducir ese otro precepto no fue otra que la de distinguir claramente entre el comisionista «que para cumplir su encargo ha de contratar el transporte de las mercancías de su comitente y el verdadero comisionista de transportes». Consciente del distinto carácter de uno y otro, decidió equiparar «al primero con el cargador en las conducciones terrestres y marítimas», imponiéndole sus mismos derechos y obligaciones; mientras el comisionista de transportes continuaba rigiéndose por las disposiciones del contrato de transporte aplicables a los porteadores.

El segundo motivo de confusión en la valoración del sistema vigente se debe a la interpretación «afrancesada» hecha por Garrigues del artículo 379 vigente. En efecto, Garrigues piensa que el comisionista de transportes está construido en nuestro sistema bajo los mismos moldes que el Código francés. Aquí radica el vicio de origen de su posición, lo que le lleva a pensar que el comisionista de transportes es un comisionista idéntico como tal al de compraventa y a estudiar la comisión de transporte entre los supuestos especiales de comisión. Para Garrigues, aunque el comisionista está sometido a las mismas obligaciones y responsabilidades del porteador, ello no significa que la Ley confunda uno y otro concepto. A su juicio, significa solamente que, por causa de mayor seguridad en el tráfico, el Código somete a esta clase de comisionistas a una cláusula de garantía tácita e inderogable. Esto es, Garrigues, para interpretar el precepto español acoge una de las fundamentaciones hecho en la doctrina francesa para justificar su propio sistema (bien distinto al español).

Pese a la publicación, después del Curso de Garrigues, de la obra de Rubio sobre la codificación del 29, la tesis de Garrigues terminó por imponerse en la doctrina posterior, aunque no faltaron discrepancias dignas de relieve. En este sentido, es significativo el giro producido en el pensamiento de Uría en orden a la distinción entre el comisionista encargado de remitir efectos a otro punto y el comisionista de transportes propiamente dicho. No es lo mismo, ciertamente, ocuparse de *remitir efectos a otro punto* que comprometerse a *hacer el transporte por medio de otros*. El comisionista del artículo 275 es un simple mandatario mercantil, que se encarga de buscar porteadores y de concertar con ellos el traslado de las mercancías por orden de su comitente; de ahí que el Código le imponga el deber de

contratar el transporte cumpliendo las obligaciones propias de los cargadores. Al igual que cualquier otro comisionista, el de expedición deberá cumplir fielmente la comisión aceptada, acatando las instrucciones de su comitente, comunicándole las circunstancias que puedan afectar al buen fin del negocio y haciéndole participe de las consecuencias del mismo. De igual modo, tendrá que rendirle cuenta justificada de todo lo actuado. Pero el comisionista de transportes descrito en el artículo 379 no se limita a gestionar la remesa de mercancías por cuenta y en interés de otra persona, sino que asume la obligación de realizar el transporte (aunque sea por medio de otros), constituyéndose en responsable de toda la operación. Su función no puede coincidir con la de un simple comisionista, desde el momento en que se compromete a hacer transportar la mercancía. Por eso el Código lo equipara en todo al porteador y lo somete a sus mismos derechos y obligaciones. En efecto, por disposición expresa de la Ley, los preceptos relativos al contrato de transporte terrestre vienen en aplicación tanto a quienes contratan hacer el transporte por sí mismos, como a quienes se obligan a hacerlo por medio de otros, ya sea como *asentistas* de una operación particular y determinada o como *comisionistas de transportes y conducciones*.

El comisionista de transportes no es un mero garante del cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales de otro, ni pasa a ocupar frente al cargador el lugar del tercero con quien contrata. Su posición jurídica es la de un porteador que asume la prestación de transporte en su conjunto. En tanto que contratista de la operación, responderá de la pérdida, avería o retraso en la entrega de las mercancías salvo que hubieran sido debidas a caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas, conforme a lo dispuesto en la carta de porte.

La visión puramente contractualista del empresario de transportes se está imponiendo en todos los Ordenamientos. De otro modo, no sería posible entender instituciones tan arraigadas en el tráfico como el transporte acumulativo o el subtransporte. Cosa distinta es que, desde el punto de vista del Derecho administrativo, la posesión y el control de ciertos medios de transporte constituya un factor relevante en orden a la obtención de uno u otro título de habilitación.

No es dable afirmar que las obligaciones de transportar han de ejecutarse precisamente por aquellos que las asumen y que deben ser los deudores quienes se encarguen de realizar *personalmente* todas y cada una de las prestaciones necesarias para el traslado efectivo de los bienes. Por regla general, la prestación de hacer asumida por un porteador tiene carácter *fungible* y no personalista. En consecuencia, a menos que las partes hubieran dispuesto otra cosa, la persona que se compromete a transportar siempre puede hacerlo por medio de auxiliares (dependientes o independientes). A efectos de la calificación jurídica del contrato, resulta en principio irrelevante que el transporte haya sido realizado por el propio porteador o por un tercero. Lo que cuenta (como dice Asquini) es la asunción del «riesgo del transporte». Por haber contratado la realización de una obra, el comisionista de transportes puede ocupar en ella, bajo su responsabilidad, a otras personas. Al propio tiempo, nada impide a este

empresario proceder directamente a la ejecución del transporte (en todo o en parte) cuando disponga de medios para ello. Cuando el comisionista de transportes realiza el desplazamiento de la mercancía con sus propios medios no estamos propiamente ante un supuesto de autoentrada. Al haber asumido contractualmente el resultado de la operación, siempre puede ejecutarla por sí o por medio de otros, sin alterar por ello el objeto de su obligación.

El Código vigente (al igual que el de Sáinz de Andino) concibe al comisionista de transportes como un auténtico porteador, que asume frente al cargador la realización del transporte contra el pago de un precio. En nuestro Ordenamiento, el contrato de comisión de transporte participa de la misma naturaleza jurídica que el contrato de transporte. No será distinto el contrato (como decía Martí de Eixalá) porque la persona encargada de trasladar las mercancías se sirva de otra u otras para hacerlo.

Estos postulados informan hoy la regulación internacional del contrato de transporte en todos los ámbitos. En general, los tratados internacionales en materia de transportes no consideran que la obligación de ejecutar personalmente las operaciones constituya un requisito esencial del contrato de transporte, atribuyendo la condición de porteador al empresario que asume contractualmente la obligación de transportar, con independencia de quién sea el encargado de verificar la operación.

## **8. Comisionista de transportes o expedidor**

La existencia de un doble sistema de *intermediación* en el ámbito de los transportes no es algo exclusivo de nuestro Derecho. Se da también en otros Ordenamientos de nuestro entorno económico (como el alemán, el italiano, el francés o el belga). Por lo demás, la razón de ser de la distinción entre el comisionista encargado de una remesa de mercancías y el comisionista de transportes debe buscarse, antes que en el carácter ocasional o accesorio de la mediación, en el diverso contenido de las obligaciones y responsabilidades asumidas por los contratantes. Al regular la comisión de transporte, nuestro Código tuvo muy presente el hecho de que, en el mercado de los transportes, operaban empresarios que, sin disponer de medios de locomoción, prometían a los cargadores el traslado de sus mercancías. Este fue el origen del viejo artículo 232 del Código de 1829 y del vigente artículo 379. El artículo 275 se ha limitado a regular un contrato de contenido bien diferente, sin prejuzgar otras cuestiones acerca de las personas que ejercen dicha actividad.

Esta idea debe ponerse en conexión con el dato de que, mientras el Código regula la actividad del comisionista de transportes en el ramo de los transportes terrestres, no hace lo mismo con el simple comisionista, que puede intervenir en la contratación de todo tipo de transportes, con independencia del medio.

## 9. Las agencias de transporte de mercancías como comisionistas de transportes

Las agencias de transporte disciplinadas por la vigente Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres son la misma institución jurídica que nuestro Códigos denomina comisionistas de transportes, reconociéndolo así tanto la doctrina como la jurisprudencia. Lo que se ha producido en la legislación especial es un mero cambio de denominación, más acorde con la terminología habitual utilizada en la práctica por estos empresarios.

Siguiendo la pauta marcada por la legislación anterior, la vigente Ley de Ordenación (art. 120.1) define a las agencias de transporte como «*empresas, individuales y colectivas, dedicadas a intervenir en la contratación del transporte público por carretera de viajeros o mercancías, en calidad de organizaciones auxiliares interpuestas entre los usuarios y los transportistas*». La actividad empresarial de las agencias se concreta en la contratación de operaciones de transporte, tanto en calidad de porteador como en la de cargador o usuario. En tanto que porteador, la agencia se obliga a transportar personas o cosas contra el pago de un precio, a pesar de que no dispone en su organización de medios materiales para verificar el desplazamiento, teniendo que hacerlo por medio de otros empresario con quienes subcontrata la operación y frente a los que asume las obligaciones propias de los cargadores o usuarios. Pero la interpretación del texto legal no ofrece dudas, el reglamentario ha introducido en la definición un factor *distorsionante* al atribuir a las agencias la condición de *comisionistas en nombre propio*. Se trata de un error, puesto que las agencias no pueden ser al mismo tiempo *transportistas* y *comisionistas* frente a sus clientes, porque se trata de dos posiciones jurídicamente contradictorias y excluyentes. En consecuencia, una de ellas debe ser excluida e interpretando el Reglamento a la luz de los preceptos de la Ley, es indudable que la exclusión tiene que recaer en la condición de *comisionista*, que no figura en el texto legal, en el que sí se afirma la condición de transportista de la agencia. Lo mismo cabe decir acerca de la relación que mantienen con los porteadores encargados de verificar el transporte.

En nuestro Ordenamiento, las agencias de transporte no son comisionistas de los porteadores, ni tampoco de los usuarios. Si fuera así, la Ley no diría que, frente a los porteadores, su condición es la de cargadores o usuarios, ni les atribuiría la condición de porteadores, frente a los cargadores o usuarios. La relación que mantienen con unos y otros no es de comisión, sino de transporte. Lo que determina la condición de comisionista es el hecho de actuar en interés de otra persona y el estudio de la práctica nos demuestra que las agencias contratan con porteadores y usuarios por su propia cuenta y riesgo. Su función no es la de un comisionista que obra al dictado de su comitente, sino la de un verdadero empresario que, en lugar de ejecutar el transporte por sí, lo ejecuta por medio de otros. Por su conocimiento del mercado y su gran capacidad de organización, las agencias controlan y dirigen las actividades de multitud de porteadores, que operan al amparo de las mismas. La especialización, la atomización del sector y la creciente complejidad de los transportes hacen, a menudo, imprescindible la

contratación del transporte mediante agencias. Estos empresarios, además de ofrecer a los usuarios un servicio completo de transporte, desempeñan una importante labor de vertebración del mercado. Todo ello ha contribuido a potenciar su actividad, hasta el punto de convertirlos en auténticos protagonistas del transporte en determinados tráficos.

La Ley configura las agencias de transporte como empresarios dedicados a contratar operaciones de transporte por carretera. Sin embargo, el legislador es consciente de que su actividad no se circunscribe exclusivamente a dicho sector y les permite intervenir en relación con la totalidad de los modos de transporte. Así lo viene a reconocer también el Reglamento de Ordenación cuando las autoriza para contratar, no sólo servicios de transporte por carretera, «tanto internos como internacionales», sino también transportes por otros modos diferentes, «respetando las normas específicas que regulen éstos». Es un hecho que las agencias no sólo operan en el sector de los transportes por carretera, sino que, por la propia dinámica del mercado, tienden a proyectar su actividad hacia las demás modalidades de transportes. La Ley no podía obviar esta realidad. Cierto que, en su origen, las agencias han estado muy vinculadas al tráfico terrestre de mercancías (por el propio desmembramiento del sector y la incapacidad mostrada tradicionalmente por los porteadores para constituir redes y ofertar al mercado un servicio completo de transporte); pero, en la actualidad, la figura del empresario que, sin contar con medios en su organización, asume la realización de operaciones de transporte y se sirve de otros para llevarlas a cabo no puede considerarse exclusiva de un determinado tráfico. Por un lado, el contenido genérico de la prestación de transportar permite a los porteadores subcontratar la ejecución (total o parcial) de las operaciones. Por otro, la complicación técnica y jurídica de muchos tráficos hace necesaria la intervención empresarios que, por su capacidad organizativa, se hacen cargo de la operación en su conjunto y disponen su ejecución por medio de otros. En este sentido, las agencias de transporte constituyen un importante factor de integración de aquellas operaciones de transporte que requieren la intervención de una pluralidad de porteadores. Al aparecer como responsable de toda la operación un único empresario queda, en cierto modo, garantizada la unidad del servicio frente al cliente, sin tener que renunciar por ello a los beneficios del transporte multimodal. Ello permite superar, al menos en parte, los inconvenientes de la *segmentación* de este tipo de operaciones, preservando su unidad económica.

Por lo demás, la noción legal incluye tanto a las agencias que operan en el tráfico de mercancías como a las que se ocupan del transporte de personas. A pesar de esta noción unitaria, la Ley y el Reglamento de Ordenación distinguen perfectamente entre las agencias de transporte de viajeros (cuyas funciones encomiendan a las agencias de viaje) y las agencias de transporte de mercancías.

Las agencias de transporte pueden asumir un único servicio de transportes o bien concertar con sus clientes la realización de una serie de ellos. En efecto, la especialización y el deseo de reducir costes

han inducido a muchas empresas a renunciar al mantenimiento de su propia flota de transportes, optando por sistemas de logística externa. De este modo, contratan con agencias las operaciones necesarias para el abastecimiento de sus factorías o la distribución de sus productos en el mercado. El hecho de contratar globalmente o por unidades no afecta a la naturaleza jurídica de estas relaciones, que en uno y otro caso es de transporte.

Al lado de las agencias de transporte, la Ley de Ordenación regula la actividad de los transitarios en tanto que *organizadores de los transportes internacionales y, en todo caso, de aquellos que se efectúen en régimen de tránsito aduanero*. Al igual que ocurre con las agencias, los transitarios asumen frente a los cargadores de la mercancía los derechos y las obligaciones propios de un porteador y responden del buen fin de las operaciones. En este sentido, los transitarios son también comisionistas de transportes. Ahora bien, la normativa legal se circunscribe a los transportes por carretera y es evidente que los transitarios operan también y principalmente en otros ámbitos (como el marítimo). Más allá de los transportes por carretera, la actuación de estos transitarios vendrá determinada básicamente por el contenido de los contratos (de comisión o de transporte) que celebren con sus clientes. Los transitarios intervienen además en las operaciones de transporte internacional como consignatarios de las mercancías, encargándose de recibirlas en los lugares de tránsito y de ponerlas a disposición de las personas (transportistas o destinatarios) designadas por el remitente.

De acuerdo con los preceptos legales, la *mediación* entre cargadores y porteadores en el mercado del transporte por carretera ha quedado en manos, fundamentalmente, de las agencias de transporte. Con ello, el legislador ha querido fortalecer un mercado caracterizado tradicionalmente por su debilidad organizativa, convirtiendo las relaciones de mediación en relaciones de transporte. En determinados casos, la Ley permite a otros empresarios realizar funciones análogas a las desarrolladas por las agencias de transporte. Al propio tiempo, también admite otras formas de mediación diferentes, como la comisión o el corretaje.

## **10. Actuación de las agencias de transporte**

El análisis de la actuación práctica de las agencias de transporte en su relación con los remitentes confirma plenamente la tesis que aquí se sostiene. A saber: que las agencias no son jurídicamente *comisionistas* ni, por supuesto, *agencias*, sino que tienen la condición de porteadores, aun cuando no efectúen materialmente el transporte asumido. Esa identidad de posición entre el porteador *contractual* y el porteador *real* es, cabalmente, la peculiaridad que distingue al sistema español desde la primera codificación mercantil.

Aunque las agencias (de acuerdo con la Ley y el Código de Comercio) no se obligan a realizar

el transporte por sí mismas, en la realidad del tráfico, es frecuente que dispongan de vehículos y procedan a efectuar directamente algunas operaciones. Otras veces, son los propios porteadores quienes (al igual que las agencias) subcontratan con terceros la ejecución de los transportes que previamente han asumido.

La realidad nos demuestra que las agencias de transporte no operan aisladamente en el mercado, sino integradas en redes organizadas de transporte. Con frecuencia, las agencias que integran una misma red de transporte utilizan los mismos signos distintivos y se esfuerzan por aparecer ante el público como una sola empresa.

Pese al carácter consensual que tiene, en principio, el contrato de transporte, sin embargo, en la práctica operativa de las agencias con los remitentes, el contrato tiene carácter real, de modo que su perfección se supedita a la entrega de las mercancías, que se indica en la propia carta de porte. Las cartas de porte emitidas por las agencias son generalmente nominativas y no tienen carácter negociable según una cláusula tipo constante en todas ellas. El fenómeno es especialmente notorio en el ámbito del transporte terrestre, donde la brevedad de los plazos hace prácticamente innecesario dotar a este documento de valor circulatorio.

En la realidad actual, en cuanto a los aspectos formales, las agencias de transporte (en su calidad de porteadores) utilizan para sus cartas de porte impresos normalizados, que constan de un original y varios duplicados. Dichas cartas van firmadas o selladas tanto por la propia agencia como por el remitente de la mercancía. En ocasiones, un mismo documento sirve de título a más de un contrato de transporte. El tratamiento informático de las cartas de porte ha hecho posible la transmisión de los datos de las expediciones mediante el empleo de sistemas de *modem* o *teleproceso*.

Aparte de la carta de porte, en la práctica de nuestros días, es muy frecuente también la utilización de albaranes o notas de entrega, que son documentos que la agencia presenta al destinatario para su firma en el momento de hacerle entrega de la mercancía. Su utilización demuestra la evolución del transporte porque el cargador ha dejado de remitir al destinatario la carta de porte suscrita por el porteador, por lo que no va a ser posible su devolución. Como consecuencia de ello, la entrega en destino de las mercancías se salda con la emisión de un recibo firmado por el consignatario. Lo que el Código de Comercio planteaba, pues, como una excepción se ha convertido, de este modo, en regla general.

La emisión del documento denominado por la Ley declaración de porte es una exigencia de carácter administrativo que no afecta a la validez ni a la eficacia del contrato y su omisión sólo acarrea la imposición de una sanción.

Por regla general, el precio del transporte cobrado por las agencias consiste en una cantidad

global por toda la operación, incluyendo no sólo los portes en sentido estricto, sino también el de los demás servicios complementarios. El precio del transporte asumido por la agencia es independiente del que la misma deba pagar al porteador o porteadores que llevan a cabo el traslado material de los efectos. En algunos supuestos, la Administración fija tarifas obligatorias aplicables a los transportes por carretera.

Normalmente, las agencias operan con todo tipo de cargas, aunque algunas se han especializado en el transporte de determinados efectos de comercio. Es frecuente que excluyan ciertas mercancías por considerar que su transporte constituye una operación compleja o especialmente arriesgada. Otras veces, tratándose de objetos de valor extraordinario, imponen a sus clientes la obligación de que la mercancía viaje convenientemente asegurada. Aunque las agencias operen en relación con todo tipo de cargas, su actividad es especialmente intensa en el sector de los transportes urgentes de paquetería que, durante muchos años, ha estado en manos del servicio público de correos.

Aparte de esto, su penetración en el transporte urgente de cartas y documentos es consecuencia de la liberalización que, legalmente, se ha producido en la prestación de estos servicios.

La prestación básica fundamental debida por la agencia al remitente es la de que se produzca el traslado de las mercancías desde el lugar de origen al de destino contratados. El fin último perseguido es, pues, el mismo en la actuación de todo porteador: el desplazamiento de la cosa que se prometa realizar. La agencia promete realizarlo por medio de otros, mientras que, como sabemos, el porteador efectivo se obliga a hacerlo con sus propios medios empresariales. Pero, como hemos subrayado, asumir la obligación de hacer o la de que otros hagan carece de transcendencia a la hora de calificar jurídicamente a la agencia como porteador. Ésta es tan porteador como el porteador real. Sus derechos y obligaciones son los mismos. También sus responsabilidades.

En el cumplimiento de la prestación fundamental comprometida, la agencia, como todo contratante, debe obrar con buena fe y con la diligencia exigible a un ordenado empresario.

Alrededor de esa prestación fundamental, giran toda una serie de prestaciones complementarias que están pre-ordenadas a que aquélla se verifique en los términos en que ha sido estipulada con el remitente. Las agencias no sólo se comprometen a hacer transportar mercancías. A menudo prestan también a sus clientes otros servicios de carácter complementario y accesorio. Consciente de esto, la Ley ha incluido entre las funciones propias de las agencias de transporte, las actuaciones *previas* de gestión, información, oferta y organización de cargas o servicios, necesarias para contratar el transporte. En la práctica, las agencias de transporte suelen encargarse de la recogida y distribución a domicilio de las mercancías, de su entrega contra reembolso (o contra la presentación de documentos), de su manipulación y acondicionamiento para el transporte, de la carga y descarga de los envíos, del depósito o almacenaje de los mismos, de la contratación de seguros, del despacho de aduanas, del cumplimiento de formalidades administrativas, etc. El Reglamento también autoriza a las agencias para recibir

mercancías en tránsito, actuando tanto a instancia de los porteadores como de los remitentes o consignatarios.

El estudio de estas cuestiones nos sitúa ante el problema tradicional de seccionamiento o fragmentación de la operación de transporte. En general, partimos de la conveniencia de integrar estos servicios en el cuadro general del contrato de transporte, de acuerdo con el principio de unidad de causa. Como dice Asquini, el carácter accesorio de estas prestaciones no impide que su función económica siga siendo la propia de un contrato de transporte.

En nuestro Ordenamiento no hay diferencia alguna en materia de responsabilidad entre la agencia, como porteador contractual, y el porteador efectivo, que es para el Código el porteador prototipo. La única diferencia que, en su momento, presentó la disciplina peculiar del transporte por agencia respecto a lo previsto por el Código para el porteador efectivo de la mercancía fue en el punto relativo a la limitación del *quantum* de responsabilidad.

En la práctica, es frecuente (especialmente en el ámbito de los transportes por carretera) que las agencias sean empresarios mixtos que acumulan las funciones de porteador contractual y de porteador efectivo, ejecutando algunas operaciones con los medios de su propia organización, en todo o en parte, y procediendo a subcontratar las restantes con terceros.

La relación entre las agencias y quienes se comprometen a verificar el traslado efectivo de la mercancía no siempre puede configurarse como un verdadero transporte. La realidad y, en particular, determinados clausulados demuestran que la actividad de las agencias no se limita a la mera subcontratación con porteadores independientes del transporte de las mercancías de sus clientes, sino que, en ocasiones, intervienen activamente en el desarrollo de las operaciones y su función no se corresponde con la un simple cargador o remitente. La supremacía de la agencia en estas relaciones puede llegar a anular la capacidad organizativa de quienes ejecutan el transporte. Esto hace que prestación de estos últimos ya no sea de resultado sino de medios y que la relación de colaboración, al faltar esta autonomía, no sea el transporte que aparenta ser, sino un arrendamiento de servicios, de modo que la agencia aparecerá como único responsable, en términos absolutos, de la operación, mientras el «transportista» tendría la consideración de un mero dependiente.

Por exigencias de la propia actividad desarrollada, las agencias disponen normalmente de una infraestructura geográficamente amplia, con locales en los principales lugares de tránsito, así como en las plazas de destino de las mercancías. Esta necesidad es tanto más acuciante cuando se trata de agencias dedicadas al transporte de paquetería o que ofrecen servicios urgentes. De ahí la prohibición legal de que operen en provincias donde no tengan abierto un establecimiento o local de negocio. Para salvar estas exigencias, las agencias suelen optar entre la creación de delegaciones propias o utilizar la colaboración de otras agencias establecidas en tales puntos. Esta segunda opción, que se materializa a

través de los llamados «pactos de corresponsalía» ha sido la predominante en nuestro país. Los pactos de corresponsalía, por regla general, tienen carácter asociativo y, en sentido amplio, pueden ser considerados auténticos contratos societarios, aunque resulta discutible su configuración como relaciones sociales en sentido estricto. Sin embargo, hay un segundo tipo de pactos en los que la subordinación de una empresa a la otra, por un lado, y el hecho de que, en la práctica, la agencia dominante ceda a la corresponsal sus métodos o técnicas de trabajo, sus signos distintivos y le indique el aspecto externo de sus locales así como de los medios de transporte y la documentación que ha de emplear nos permite calificar la relación como una franquicia de servicios.

Por razón de su actividad, las agencias de transporte constituyen un tipo de empresarios que, como tantos otros, se encuentran sometidas a una reglamentación propia y peculiar. La Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres ha reservado a los poderes públicos amplias facultades de intervención y control en la actuación en el mercado de estos operadores. En particular, el ejercicio de las funciones de intermediación propias de las agencias de transporte y de los transitarios está supeditada a la previa obtención de un título administrativo de control. La Administración Pública también puede condicionar su autonomía contractual con el establecimiento de tarifas obligatorias o de referencia, imponiendo la cobertura de seguros o limitando su responsabilidad frente a los cargadores. Al propio tiempo, tiene atribuidas potestades de inspección y sanción sobre la actividad mercantil de estos empresarios.