

NOTAS SOBRE LA REPRESENTACION EN EL DERECHO PRIVADO MEXICANO *

Por Jorge BARRERA GRAF * *
Director del Seminario del Derecho
Mercantil de la Facultad de Dere-
cho de la U.N.A.M.

1.—*Fuentes de la representación.* La representación deriva, solamente, de la voluntad o de la ley (art. 1801 C. Civ.), por lo que en relación con estas fuentes se hace la distinción entre la *representación voluntaria* y la *representación legal*.¹

Como su nombre indica, la representación voluntaria es aquella que se otorga a virtud de un acto de voluntad, o sea, de la expresión del consentimiento del representado; la representación legal, en cambio, se impone por la norma jurídica, por el derecho positivo o la costumbre, aunque no necesariamente prescindida de la manifestación de voluntad del representado.²

Aquella, es *facultativa*, en cuanto que depende del criterio y de la libérrima voluntad del representado, quien libremente puede o no acudir a ella, porque puede o no ejecutar o realizar personalmente los actos encomendados al representante; la representación legal, por el contrario, es *impuesta* al representado por el Ordenamiento legal y así como éste (normalmente) no tiene facultad para designar a su representante, tampoco lo tiene para prescindir de él, ya sea actuando directamente o revocando y dejando sin efectos su nombramiento o sus funciones.

* Este trabajo forma parte de un libro en preparación sobre la representación.

* * Homenaje a la Escuela Libre de Derecho, con motivo de su 50o. Aniversario (1912-1962).

¹ En la doctrina, v. DE MARSICO, *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, Milán, 1915, pp. 2 y ss.

² V. gr., en el caso de la tutela, el pupilo debe ser consultado en lo relativo a la administración de sus bienes (art. 537 frac. IV C. Civ.); el órgano de administración de la sociedad, es nombrado y removido por la junta de socios o la asamblea de accionistas la que puede restringir sus facultades, aunque su naturaleza y su función sean obligatorias por la ley.

La representación voluntaria surge a virtud de un negocio jurídico (acto unilateral o contrato) en el que, consecuentemente, se exige la capacidad y el consentimiento de quien la otorga, o sea del representado (arts. 1800, 1794 frac. I y 1795 fracs. I, II y IV C. Civ.) y también en la generalidad de los casos,³ la capacidad y el consentimiento de quien la ejerce, o sea, el representante (arts. 1794 frac. I, 1795 frac. I, 2547 pfo. 1o. C. Civ.). La representación legal, en cambio, no siempre requiere la capacidad del representado, ni la expresión de su consentimiento para el nombramiento y la elección del representante, como lo demuestra el caso de los menores y de los interdictos; o el caso de los quebrados que sin ser incapaces, sufren de graves limitaciones legales para actuar; en cambio, siempre el representante debe ser una persona capaz de realizar los actos y de celebrar los contratos que constituyan la materia u objeto de representación legal (arts. 503 fracs. I y II, 622 C. Civ. y 151 Ley de Sociedades).

Además, en la representación voluntaria, por derivar del acuerdo del representado, éste le impone los límites y la amplitud que le venga en gana, y el representante está obligado a respetar dichos límites y las relativas restricciones (art. 2562 C. Civ.), so pena de que los actos relativos queden a cargo del representante si no fueran ratificados por el poderdante (art. 2565); en cambio, en la representación legal, las restricciones, los límites, y las cargas que pesaren sobre el representante, no es el representado quien las impone, sino el propio Ordenamiento las establece como sucede en el caso de la patria potestad (arts. 426 y ss. C. Civ.), de la tutela (arts. 535 y ss. C. Civ.), de la administración de la sociedad (arts. 10 y 152 LGSM), del síndico en la quiebra (arts. 46 y ss. LQ); y en el caso de que el Ordenamiento no establezca restricciones, se debe entender que el representante goza de las facultades más amplias de representación (el caso, v. gr., del representante del menor que hereda una negociación, a que se refiere el art. 556 C. Civ.), si bien siempre obrando en interés y a nombre del representado y para los fines propios de la representación relativa.⁴

Porque las limitaciones del representante, en este caso, son prohibiciones que provienen de la ley, la sanción que pesa sobre los actos ejecutados por él, que excedan de sus facultades y de sus funciones, o es la nulidad (art. 8o. C. Civ. en relación con art. 436 en materia de patria potestad; con arts.

³ Caso de excepción sería el encargo conferido a un profesionista que fuere menor de edad, en los términos del art. 2547 párrafo 2o.

⁴ Así sucede, por ejemplo, con los administradores de la Sociedad Colectiva (art. 41) y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, v. MANTILLA MOLINA, *Derecho Mercantil*, 4a. ed., México 1959, ns. 345 y 385, pp. 252 y 278.

561, 563, 569, 571 a 576 en materia de tutela) o la remoción y la responsabilidad del representante (arts. 155, 162 y otros LGSM; arts. 53 y 62 LQ), y en el caso de la sociedad, los actos ejecutados en exceso no de facultades sino de la finalidad social (los llamados actos *ultravires*) son ineficaces frente a la sociedad, salvo que ella los ratifique; si no hay ratificación tales actos sólo son válidos frente al administrador o administradores que los hubieran ejecutado. No procede en este caso la nulidad por no estar expresamente prohibidos los actos (arts. 26 C. Civ. y 10 LGSM) y sobre todo porque la nulidad que se decretara podría perjudicar más a quienes contrataran con los representantes de la sociedad, que a esta misma.⁵

2.—*Representación voluntaria.* Esta puede resultar de un acto unilateral o bien de un contrato;⁶ y en ambos casos la representación puede otorgarse expresamente y ser objeto del negocio jurídico relativo, o por el contrario, derivar de la naturaleza misma del acto o del contrato, sin que necesariamente se haga referencia a la representación que adquiere el *accipiens*. En este último caso, podría afirmarse que la representación no es voluntaria, sino legal, pero como en primer lugar queda a voluntad del *tradens* (representado) conceder el encargo o conferir el cargo y en segundo lugar la representación constituye materia u objeto importante del negocio relativo, sigue siendo determinante la voluntad del representado.

Puede también la representación otorgarse voluntariamente, pero mediante acto posterior, o sea mediante reconocimiento o ratificación de los actos realizados por el representante a nombre y por cuenta del representado.

De acuerdo con las distinciones anteriores, tenemos que distinguir los

⁵ MANTILLA MOLINA, n. 254 bis, pp. 190 y ss. de acuerdo con que la nulidad sería inconveniente y propone que a la sociedad que realice estos actos *ultra vires* se la deba tratar como irregular respecto a ellos, lo que traería como consecuencia la responsabilidad personal (subsidiaria, solidaria e ilimitada) de administrador o mandatario de la sociedad, respondiendo la sociedad del cumplimiento de los actos frente a terceros (art. 2o. párrafo 5o. LGSM), lo que indica la validez, no la nulidad del acto; esta solución, sin embargo, no puede ser compartida, tanto porque no tiene apoyo legal alguno, cuanto porque el régimen de la sociedad irregular, que se establece por incumplimiento de formalidades y "exigencias legales para la creación de una sociedad mercantil" (MANTILLA MOLINA, n. 295, p. 219) no tiene porque aplicarse a casos de excedencia (no de transgresión) del fin u objeto social, o de exceso de facultades del administrador de la sociedad. La solución de los actos *ultra vires*, en mi opinión, es la apuntada en el texto, que se basa en una norma expresa, o sea, el art. 2565 C. Civ.

⁶ VIVANTE, *Tratado de Derecho Mercantil*, trad. esp. de la 5a. ed. italiana, Madrid, 1932, vol. I, n. 247, pp. 303 y ss.

siguientes supuestos y casos de representación: a) Representación unilateral mediante poder o procuración; b) Representación unilateral que se confiere a profesionistas; c) Representación que se otorga o mejor dicho se acepta y reconoce mediante la ratificación; d) Representación contractual expresa: mandato y comisión; f) Representación que deriva del contrato de factoría; g) Representación derivada de contrato de agencia, mediación, prestación de servicios y trabajo, en los cuales, a pesar de que la representación no constituye su materia u objeto propio y principal, se confiere esta en grado mayor o menor, y de ella goza el *accipiens*, con límites más o menos amplios.⁷

Analicemos brevemente cada una de estas figuras.*

3.—*El poder o procura*. El acto o manifestación de voluntad de una persona que concede facultades a otra para que la represente, constituye el poder o la procura,⁸ y en forma más amplia, como dice VIVANTE, es el “acto mediante el que se verifica el nombramiento de un representante”.⁹

Se trata, por una parte, de un acto unilateral que existe independientemente de toda aceptación del apoderado,¹⁰ y que a diferencia también del mandato confiere facultades y no deberes al apoderado;¹¹ es por otra parte, una “declaración recepticia” del representado destinada y para hacerse valer frente a terceros determinados o indeterminados,¹² concediendo u otorgando al destinatario, la representación. Desde este punto de vista, que pudiéramos llamar externo, la procura es un acto ostensible, abierto, público inclusive (cuando el poder se inscribe), que tiende a dar a conocer la representación y el hecho de que el representante obra a nombre (*contemplatio domini*) y por cuenta del principal, o poderdante. En la procura o poder no cabe, pues, la representación indirecta, que se basa precisamente, en una

⁷ Para el derecho inglés. CHESHIRE, *The Law of Contract*, 3a. ed., Londres, 1952, p. 374, indica las siguientes fuentes: “a) por nombramiento expreso; b) a virtud de la doctrina de la apariencia (*estoppel*); c) por la subsecuente ratificación del principal de un contrato celebrado a su nombre, sin su autorización; d) por disposición de la ley, en casos en que sea urgentemente necesario que una persona actúe a nombre de otra, y e) por una presunción legal en los casos de convivencia”.

* En este trabajo no nos referimos a los contratos que se indican en los dos últimos incisos.

⁸ V. NATTINI, *La dottrina generale della rappresentanza*, Milán, 1910, p. 4.

⁹ Ob. cit., n. 254, p. 311.

¹⁰ POPESCO RAMNICEANO, *De la Representation dans les actes juridiques en droit comparé*, París, 1927, pp. 223 y ss.

¹¹ POPESCO RAMNICEANO, cit., p. 416, para el derecho alemán.

¹² NATTINI, cit., pp. 97, 103 y 145.

nota contraria, o sea, la naturaleza secreta, oculta, privada de las relaciones entre representado y representante.¹³

Por otra parte, y desde el punto de vista interno, la procura significa una “declaración de voluntad por medio de la cual el representado se apropia o hace suyos los efectos de un negocio celebrado a su nombre por otra persona”;¹⁴ es decir, tiene como efecto principal la procura o el poder, por lo que respecta tanto al representante como al tercero que con éste contrata, el indicar y precisar de manera clara, que el acto o negocio ejecutado por el representante no se celebra en interés de éste, sino del representado, quien es el *principal o dueño* del negocio concertado o del acto realizado.¹⁵ Y también desde este punto de vista, se rechaza que pueda existir una procura no representativa, es decir, que se pueda plantear un negocio de representación indirecta a través de una procura, porque lo propio de aquella figura es que el tercero contrate en la creencia de que el interesado real sea el representante, independientemente de que también en este caso los efectos del acto o contrato recaigan en el patrimonio del representado.

La declaración de voluntad en que consiste la procura fija la extensión de la representación conferida, tanto para conocimiento y gobierno del re-

¹³ LEREBOURS PIGONNIERE, *Du prête-nom, mandataire au Gerant d'affaires agissant en nom propre*, Tesis, París, 1899, en pp. 92 y ss. afirma que no cabe acudir al *prêtanombre* y otorgar —agregó— representación indirecta en los casos de donación o legado, porque ambos negocios están sometidos en el derecho francés (art. 1735) a formalidades sustanciales. Cosa semejante sucede con la procura, si bien no se trata de una mera formalidad sino de un presupuesto esencial, el hecho de que vaya dirigida y se dirija siempre al tercero destinatario, a quien se le hace saber el otorgamiento y la extensión del poder conferido al representante.

¹⁴ NATTINI, cit., p. 240, a diferencia de dicho concepto de procura, el propio autor indica que el mandato “es un contrato por el que alguien se obliga a cumplir un negocio por cuenta de otro, de quien recibió el encargo” (ob. cit., loc. cit.). V. también pp. 287 y ss. Es interesante notar que según los anteriores conceptos, NATTINI establece la diferencia entre procura y mandato en un momento ulterior al nacimiento de ambas figuras, porque en efecto, para que en la procura el poderdante se apropie los efectos de un negocio, puesto a su disposición, y para que en el mandato alguien se obligue a cumplir un negocio por cuenta de otro, se requiere previamente, en el primer caso la declaración de voluntad o el otorgamiento del poder al apoderado y los terceros; y en el segundo caso, la declaración de voluntad del uno (mandante) y la aceptación del encargo del otro (mandatario).

¹⁵ NATTINI, cit., pp. 207 y ss., llega a afirmar —afirmación que no compartimos— que la procura *per se*, no atribuye derechos al procurador o apoderado, por lo que éste no tiene derecho a indemnización, como sí la tendría el tercero con quien contrato, si es anulada por error.

presentante, como de quienes con él contraten;¹⁶ y el poder o procura, desde este punto de vista, determina los límites de la representación frente a terceros.¹⁷

Hay, pues, en la procura, como en todo negocio representativo, *efectos internos*, propios y exclusivos de la relación que exista entre representado y representante, y *efectos externos* que se plantean frente a terceros cuando al cumplir el representante el poder o procura que se le ha conferido, ejecuta a nombre del representado los actos y negocios relativos.

Aquellos efectos consisten en el poder, en las facultades que se otorgan al procurador o apoderado y que, de manera similar a la representación que *nace de contrato*, fijan la *amplitud del encargo* que se atribuye al representante, pero que a diferencia de dicha relación contractual, no requieren de la concurrencia del representante ni de su aceptación inmediata, sino que ésta la puede otorgar posteriormente, e inclusive la aceptación se puede manifestar —y ello es lo normal— al ejecutar el encargo.

Las relaciones externas entre el representante y el tercero, que en cierta forma sólo constituyen ejecución de las relaciones internas previas, plantean la celebración de actos o negocios dentro de los límites del poder conferido y sin posibilidad legal, consecuentemente, de rebasarlos o de contrariarlos, entre una de las partes que es el tercero y la otra que es el representado (si bien éste actúa y obra por y a través del representante).

La doctrina, al referirse a esta doble relación, suele hablar de mandato para referirse a la relación interna y de procura para referirse a la relación externa;¹⁸ entre nosotros, podría admitirse esta tesis que da énfasis y relevancia al aspecto exterior de la procura y que inclusive hace resaltar los efectos públicos del poder. No obstante, no nos parece aceptable esta postura que, por una parte, implica la existencia necesaria y previa de una relación contractual (mandato), y por otra parte restringe el concepto del poder o

¹⁶ NATTINI, cit., p. 42. Rocco, *La rappresentanza delle Società Commerciali*, I, p. 382 contraponen la procura voluntaria a la que él llama necesaria u orgánica, propia de las sociedades; de aquella —dice— son propias las limitaciones respecto a actos cuya ejecución se reserva el representado, lo que no sucede en la segunda.

¹⁷ VIVANTE, cit., n. 258, p. 316.

¹⁸ Véanse, por ejemplo, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1936, p. 548 al referirse a la representación del factor; NATTINI, cit., p. 10: las dos relaciones dice este autor, interna la una y externa la otra, que señalara IHERING, son, aquella de mandato, ésta de procura; y pp. 176 y ss. y 240 en que afirma que el mandato constituye la relación fundamental de la procura: V. también POPESCO RAMNICEANO, cit., pp. 424 y ss. con el análisis del problema, conectado con el carácter abstracto o causal de la procura, en el derecho alemán.

procura a relaciones entre representante y tercero, cuando lo esencial, lo propio y lo característico de la procura es la intervención del representado. Además, acudir al mandato para explicar la procura es no distinguir ambas figuras, que es lo que tratamos, teniendo en cuenta la naturaleza contractual de aquél y unilateral de ésta.

En México, a semejanza del derecho francés e italiano, la procura o poder como negocio jurídico, se confunde en la práctica con la forma en que se exterioriza, o sea, el documento privado (carta poder) o público (poder notarial) que suscribe el representado y en el que hace constar la amplitud y las limitaciones de la representación que confiere, así como si se trata de una representación general o especial.¹⁹ La razón de esta confusión se debe a la naturaleza propia de la procura, que consiste, como ya decíamos en ser una declaración de voluntad del representado dirigida a terceros. Nada obsta, sin embargo, aunque ello no sea lo natural y aunque el hacerlo provoque incertidumbres y dificultades de prueba en las relaciones de las tres partes que intervienen en los negocios relativos que se celebren, que el poder o procura sea verbal meramente,²⁰ o sea, que la declaración de voluntad del poderdante se indique sólo por voz de éste al representante y también al tercero con quien se habrá de celebrar el negocio relativo. La expresión verbal, obviamente, puede darse en contacto directo y personal, o valiéndose de un mecanismo (teléfono, radio), o de un nuncio que trasmita al representante y al tercero las instrucciones y la representación otorgada por el poderdante.

En estos casos de procura o poder verbal o de palabra rige, sin embargo, lo dispuesto por los arts. 2552 C. Civ. y 274 C. Co. en materia de mandato y comisión: antes que concluya el negocio o negocios para el que se dio, debe el representado ratificarlo por escrito.

Consecuentemente, tenemos que admitir que la procura o poder constituye en México, como lo era en el Derecho Romano, un negocio formal, ya que originalmente debe darse por escrito, o ratificarse después por escrito

¹⁹ Así, NATINI, cit., pp. 5 y 212; es tan usual, dice este autor, otorgar la procura en un documento, que el uso cotidiano da el nombre de procura (o poder) al documento; éste, sin embargo, "no significa otra cosa que un escrito en que el representado escribe lo que de viva voz habría dicho él mismo, o por medio de un nuncio" (loc. cit.).

²⁰ Así también para el derecho italiano, NATINI, cit., p. 167, y en derecho inglés CHESHIRE, cit., p. 374 respecto, en general, a la "agency", aunque para ciertos actos, se requiere el documento escrito (*deed*).

cuando se hubiere dado de palabra.²¹ Estamos, pues, en presencia de una excepción al principio general del art. 1796 C. Civ. y 78 C. Co., clásico en nuestro derecho, que establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento.²²

Asimismo, en nuestro derecho civil, la casi totalidad de los negocios representativos requiere la formalidad del documento escrito, según se desprende del art. 2556 C. Civ., que establece que “sólo puede ser verbal el mandato —y ello se aplica al poder como después veremos— cuando el interés del negocio no exceda de doscientos pesos”; además, el documento escrito tiene que ser público, o cuando menos ratificado ante notario, a tenor de lo dispuesto por el art. 2555 C. Civ. que exige tal formalidad para los poderes generales, cuando el interés del negocio para el que se confiere la representación sea de \$5,000.00 o más; o cuando el acto que deba ejecutar el apoderado deba constar en escritura pública.

En todo caso y a diferencia de otras formas de representación, el poder o procura debe ser expreso, no pudiendo surgir o resultar implícitamente de las relaciones contractuales o de negocios existentes entre el *tradens* y el *accipiens*; esto es consecuencia del carácter recepticio de dicho negocio unilateral: debe ir dirigido a terceros y en consecuencia, debe consistir de una declaración expresa.²³

4.—*El poder o procura mercantil.* Así como el poder que se confiere para ejercicio de actos civiles y el poder general, que tanto comprende a

²¹ En derecho alemán no es un acto formal, según VIVANTE, cit., n. 251, p. 305, y POPESCO RAMNICEANO, p. 419; pero debe aclararse que la “Prokura” reglamentada por los arts. 171 y ss. del Código Civil alemán es distinta del negocio que analizamos, aunque éste haya surgido de aquélla y se haya desenvuelto aprovechando la elaboración de la doctrina germana (v. POPESCO RAMNICEANO, cit., pp. 415 y ss.). Procura, en derecho alemán, dice COSACK, cit. por NATTINI, p. 4 “es la facultad de representación ilimitada e ilimitable frente a terceros, que se refiere al ejercicio de toda una hacienda comercial”. Este concepto, corresponde más bien a la institución romana y latina del factor.

²² V. NATTINI, cit., p. 218, que nse pronuncia por la ausencia de formalidades.

²³ En contra, NATTINI, cit., pp. 167 y 186 y s. aunque en mi opinión confunda el negocio específico o sea la procura, con el fenómeno genérico, o sea la representación, que evidentemente sí puede ser tácitamente otorgada, e incluso derivar del silencio, de la apariencia, de las relaciones previas existentes entre las partes. La confusión entre ambas figuras se advierte claramente de los ejemplos de “procura presunta” que da NATTINI, relaciones de familia, las que derivan de una sociedad (p. 190), o de un contrato de locación de obras (pp. 190 y ss.). El carácter recepticio de la procura, que NATTINI subraya, es incongruente con el poder tácito o implícito, con la procura presunta, que derivaría del silencio del poderdante o representado.

éstos como a los de otra naturaleza incluyendo a los mercantiles, se rige por las disposiciones del Código Civil en materia de mandato, el poder o procura conferido solamente para la realización de uno o varios actos de comercio (poder especial mercantil) se rige por las disposiciones del Código de Comercio sobre comisión (arts. 273 a 308). Que ni uno ni otro códigos regulen expresamente el poder o procura, y que para la regulación de este negocio se tenga que acudir al mandato y a la comisión, se debe, por una parte a una razón histórica, o sea, que el legislador francés —al que siguieron los nuestros— no distinguió el mandato y la procura; ²⁴ por otra parte, a razones jurídicas de analogía entre la figura contractual que era más común y corriente (*id quod plerumque fit*), ²⁵ o sea, el mandato y la comisión, y la que, al tiempo cuando menos de la codificación francesa, era menos conocida y practicada, o sea, la procura; y por último, a la regla de interpretación analógica que impone acudir al contrato o negocio más próximo, en caso de que el que se utilice no tenga regulación específica (arts. 1858 C. Civ., y 75 frac. XXIV C. Co.).

En general, el contenido del poder será lo que lo califique de civil o mercantil, y el que lo someta a la regulación del derecho común o del Código de Comercio; sin embargo, si el poder es general y se otorga sin limitación alguna, es un negocio civil, no mercantil, y ello, tanto por el carácter especial de los negocios representativos mercantiles (v. art. 273 C. Co.), como por el hecho de que los poderes generales (de dominio, administración o pleitos y cobranzas) se encuentran regulados expresamente por el derecho civil (art. 2554 C. Civ.).

Análogamente a la definición de la comisión que ofrece el art. 273 C. Co., podemos decir que la procura mercantil es la que se otorga por el poderdante para la ejecución de actos de comercio. Ahora bien, este poder o procura mercantil, a diferencia del negocio civil relativo (que puede ser especial o general) debe ser especial, ya sea para uno o varios actos concretos y específicamente señalados en el acto del otorgamiento, de varios de estos que también se especifiquen, o bien para la ejecución de todos los actos mercantiles o no, pero relacionados con la actividad mercantil del *accipiens*. En cambio, insistimos, si el poder no sólo comprende la ejecución de actos de comercio, o la realización de actividad mercantil, sino también comprende actos civiles, o bien, se confiere sin limitaciones, se trata de un poder civil, regulado por las normas del mandato y no de un poder mercan

²⁴ POPESCO RAMNICEANO, cit., pp. 227 y ss., a diferencia del C. italiano, v. VIVANTE, cit., n. 254, p. 311.

²⁵ NATTINI, cit., p. 101.

til que estuviera regido por las reglas de la comisión, ya que ésta sólo se aplica a negocios de representación especiales, no generales.

En el caso del poder mercantil para actos concretos, el poderdante puede o no ser comerciante, ya que no se requiere tal calidad para la ejecución de multitud de actos de comercio; en cambio, en el caso del poder para actividad mercantil general, el poderdante siempre será comerciante, salvo en los casos de excepción de un empresario titular de una negociación pública de la que el Estado, u órgano del Estado, o una institución pública, sea titular. En ambos casos, el apoderado no adquiere carácter de comerciante por la procura que se le confiere, ya que una de las notas propias de dicha calidad mercantil es que la persona obre a nombre propio,²⁶ y ya vimos que siempre el apoderado obra a nombre del principal.²⁷

Por lo que respecta a la procura mercantil, surge el problema de determinar si es también un negocio formal, y en su caso cuáles son las formalidades que debe llenar.

Al igual que el poder civil, el mercantil requiere la formalidad escrita, ya sea al otorgarlo o al ratificarlo posteriormente, cuando se otorga de palabra (art. 274 C. Co.).

En materia mercantil, las formalidades exigidas por el C. Civ. para los negocios que este Ordenamiento regula, no se aplican supletoriamente (arts. 78 y 81 C. Co.); sin embargo, muchas disposiciones existen que restringen grandemente el alcance de los arts. 78 y 274 antes citados (aunque no tanto como en el derecho civil sucede con los arts. 1796 y 2553).

En efecto, por lo que se refiere a poderes en materia cambiaria, el art. 9o. LTOC exige la forma escrita (frac. II), o poder inscrito en el Registro de Comercio para otorgar y suscribir títulos de crédito; en otros casos en que la ley es omisa, o que inclusive permite implícitamente el poder verbal, la costumbre mercantil, por razones evidentes de seguridad jurídica para la mejor protección de los múltiples intereses en presencia, exige el poder escrito previo, como sucede en materia de sociedades para que

²⁶ Que se actuara a nombre propio "era requisito necesario y suficiente para adquirir la calificación de comerciante", en el C. Co., it. de 1882 BIGIAVI, en cambio, agrega, "después de 1942 el uso del nombre es requisito suficiente pero no necesario para adquirir la calificación de empresario" (BIGIAVI, *Difesa dell' "Imprenditore oculto"*, Padua, 1954, p. 55).

²⁷ No es aplicable al derecho mexicano la opinión de VIVANTE, cit., n. 252, pp. 309 y ss. de que la mercantilidad de la representación deriva de que el representado sea comerciante; entre nosotros, deriva del contenido del negocio o negocios para que se otorga.

un socio se haga representar en una junta de socios o en una Asamblea de accionistas.²⁸

Los poderes mercantiles, por su naturaleza especial no están regidos por lo dispuesto en la frac. VII del art. 21 C. Co., que exige que se inscriban en el Registro de Comercio los poderes generales si se quiere que la representación surta efectos frente a terceros. Dicha disposición, se refiere a los poderes civiles generales, para que surta efectos frente a terceros respecto a los actos comerciales, así como a los nombramientos y la representación de factores, gerentes y dependientes, que sí son actos y negocios mercantiles.

Cuando no es el Ordenamiento civil sino las leyes mercantiles las que exigen apoderamiento expreso y facultad o cláusula especial en el poder general relativo, a pesar de lo dispuesto por el art. 2554 pfo. 1o. C. Civ., o sea, que "basta que se diga que se otorgan con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna", deberá incluirse en el poder general la facultad especial exigida por el derecho especial, o sea el mercantil. La razón jurídica de esta distinción estriba, precisamente, en la naturaleza especial del derecho comercial, que impone el cumplimiento y la vigencia de las normas mercantiles frente a las civiles.

En razón de este argumento, pese a lo dispuesto por el último párrafo del art. 2587 C. Civ., en relación con su frac. IV, se requiere cláusula y facultad especial para que el apoderado general pueda absolver posiciones en juicios mercantiles (art. 1216 C. Co.); igualmente, la facultad de realizar actos cambiarios, aceptando, endosando, avalando, girando, títulos de crédito, no se entiende conferida al apoderado general, según indica el art. 85 LTOC; tal facultad, salvo que se trate de administradores o gerentes de sociedades o empresas (que tienen una categoría y una naturaleza distintas a la de apoderados), tiene que ser expresamente conferida en el poder, por lo que en ausencia de tal apoderamiento expreso, el apoderado no puede suscribir títulos de crédito, en general, ni obligar cambiariamente al poderdante.

Con la limitación que se indica en el párrafo anterior, el poder general confiere facultades para realizar toda clase de actos de comercio y de actos

²⁸ Art. 192 LGSM; aunque el supuesto de un poder verbal que implícita pero claramente admite esta norma, sea insólito y sólo pueda darse con acciones al portador que, por supuesto, posea y exhiba el apoderado, con lo cual, normalmente, el poder será superfluo e innecesario, porque el apoderado se ostentará como titular, habiéndosele hecho una transmisión fiduciaria, u otorgándosele representación indirecta.

procesales conectados con juicios mercantiles, salvo naturalmente, las limitaciones que el mismo poder contenga y que sólo podrían oponerse a terceros si el documento relativo se hubiera inscrito en el Registro de Comercio (art. 26 C. Co.).²⁹

5.—*Poder a un profesionista.* Otra forma de representación voluntaria unilateral está constituida por el *poder* que se otorga a favor de profesionistas (art. 2547 pfo. 2o. C. Civ.). En realidad, esta forma de representación sólo es una variante de la procura, que distinguiríamos por su objeto más limitado —la actividad profesional—, por presumirse su aceptación si no se rechaza dentro de los tres días siguientes a que es conferido y porque puede otorgarse a un menor de edad, con tal que legalmente pueda ejercer la profesión respectiva.

El poder a favor de profesionistas, es aquel que se confiere a abogados y al que se aplica el primer párrafo del art. 2554 C. Civ.; es decir, el llamado poder para pleitos y cobranzas.³⁰ No es, en cambio, rigurosamente hablando, poder o procura, el encargo que se confiere a otros profesionistas, como contadores, licenciados en economía o en administración de negocios, ingenieros, etc., en cuanto su contenido no estriba por lo general en la realización o ejecución de actos jurídicos, sino de actos materiales aún cuando estén íntimamente relacionados con la actividad legal.³¹

Por otra parte, no se debe confundir el poder de pleitos y cobranzas a que se refiere el primer párrafo del art. 2554, con el “mandato que implica el ejercicio de una profesión” (art. 2547) o más propiamente *poder a favor* de un profesionista, ya que por una parte, aquél puede otorgarse —en forma general o especial— tanto a favor de un profesional, abogado generalmente, como de un *lego*, quien si la ley lo consiente, puede ejercerlo personalmente,

²⁹ En los derechos italiano y francés, véanse arts. 1740 C. Civ. it. de 1865 y 1987 C. Civ. fr.; el *mandato* general es el que comprende todos los actos susceptibles de ser realizados por *mandatario*, salvo los que excedan la administración ordinaria, que requieren declaración especial. Cuáles sean éstos, constituye, dice NATTINI, cit., pp. 226 y ss. una *crux juris consultorum*.

En el derecho inglés, TIFFANY, *The Law of Principal and Agent*, St. Paul, Minnesota, 1924, p. 83 indica que “ordinariamente se confiere en forma expresa” el poder para emitir, aceptar y endosar títulos de crédito.

³⁰ Los arts. 2589 y 2590 parecen identificar los términos procurador y abogado. En derecho anglosajón se considera al “attorney at law”, como representante especial, y al poder que se le otorga “power of attorney”, v. TIFFANY, cit., pp. 91 y ss.

³¹ Piénsese en la función del contador para la formulación de balances o la preparación de declaraciones fiscales, que se relacionan indudablemente con obligaciones y deberes jurídicos.

y si no, puede, a su vez, delegar su poder en un profesionista (salvo que no estuviere facultado para ello), como sucede con frecuencia en el caso de los Gerentes o Factores de Sociedades; y por otra parte, como su nombre indica, los pleitos y cobranzas no comprenden multitud de actos jurídicos que pueden otorgarse al profesionista y que no implican ni litigios ni cobros, como por ejemplo, trámites administrativos, organización de sociedades, formulación de convenios y contratos, etc.; en cambio, la representación a que se refiere el art. 2547 siempre se ha de otorgar a un profesionista, y no es necesario, aunque así suele ser, que la procura o poder relativo sea de pleitos y cobranzas, o se limite a dichas facultades, pudiendo ser más o menos amplia que dicho poder de pleitos y cobranzas.

El objeto del poder de pleitos y cobranzas, como claramente se desprende de esta terminología, puede consistir en que el apoderado se ostente en juicio como representante del poderdante, ya sea como actor —*legitimación activa*—, como demandado —*legitimación pasiva*—, como tercero coadyuvante o excluyente, o inclusive para desahogar pruebas (confesional, o testimonial si el poderdante es una sociedad); en que realice diligencias de jurisdicción voluntaria, o actúe en procedimientos arbitrales (art. 2587 frac. III); y desde luego, si el poder no sólo se da para “pleitos”, sino también para “cobranzas”, lo que constituye la práctica normal, otorga facultades de hacer cobros y recibir pagos (art. 2587 frac. VII).

La expresión *procura*, aún siendo jurídica y castellana, no se usa en nuestros textos legales; sí, en cambio, la de *procurador* como sujeto o parte del negocio, aunque limitada injustificadamente al caso de representación para pleitos y cobranzas (arts. 2585 a 2594 C. Civ.).

El poder o procura a profesionista, puede ser general o especial; si esto último, se concentrará a la ejecución del acto o de los actos jurídicos que se señalen en el documento —poder— en que conste; si es general, deberá indicar en dicho documento o poder general si “se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley”, para que en tal caso “se entienda conferido sin limitación alguna” (art. 2554 pfo. lo.),³² ya que si no se usan estas palabras se en-

³² Pero dentro de los límites jurídicos de la representación, es decir, sin incluir los actos que contraríen la naturaleza de la representación, v. gr., la delegación del poder, que atenta contra el carácter *intuitu personae*, de toda clase de negocio representativo, y aquellos personalísimos que no pueden ser delegados, v. gr., la persona física, ser testigo o absolver posiciones; promover el divorcio por mutuo consentimiento a que se refiere el art. 272 C. Civ. que requiere la presencia personal de los cónyuges ante el Oficial del Registro Civil, así como asistir a las juntas de avenencia o reconciliación en

tenderá, aunque se confiere como poder general, que el procurador no goza de las facultades para las que se requiere "cláusula especial", o sea, entre otras, las comprendidas en el art. 2587 C. Civ.; por otra parte, como ya dijimos al tratar del poder mercantil (supra Nº 4), otras limitaciones impuestas por el derecho mercantil (o por otras ramas del derecho como el fiscal, el procesal, el penal) sí exigen cláusulas especiales, a pesar de que el poder al profesionista se otorgue en los términos antes indicados del art. 2554 C. Civ.; tal sucede con la facultad de otorgar y suscribir títulos de crédito (art. 9o. LTOC); presentar denuncias y querellas penales (art. 264 C. Proc. Penales), absolver y articular posiciones en juicios mercantiles (art. 1216 C. Co.), etc.

No está facultado el apoderado (ni cualquier otro representante o gestor voluntario, salvo el caso de los gerentes de sociedades anónimas) (art. 149) para delegar su poder y representación, y, a su vez, nombrar sub-apoderados o representantes (arts. 2574 C. Civ. y 280 C. Co.), porque todo negocio representativo y con mayor razón toda interposición gestoria o representación indirecta, se basa en las relaciones personales y en la confianza que ofrece al representado o principal el representante o apoderado, por lo que, éste pueda nombrar un tercero que obre por cuenta del principal, a nombre de éste o del propio tercero, se requiere el consentimiento expreso del representado, o sea, una cláusula especial en el contrato o en el poder relativo, así sea éste general e ilimitado: *delegata potestas non potest delegare*.³³ Y si tal facultad de delegación se hubiere concedido, es principio general de la representación, que el mandatario o representante sustituido no responde por los actos del sustituto, quien, en cambio, sí responde frente al representado.³⁴

La regla de que la representación no es delegable sino es con consentimiento del representado no rige para la representación legal que corresponde al órgano de administración de las sociedades el que sí puede nombrar apoderados (art. 149 LGSM); ni para el síndico quien también puede hacerlo

el caso de que habiendo hijos se pretenda también el divorcio por mutuo consentimiento art. 678 C. Proc. Civ. La exclusión de los actos personales, v. gr., juramento (y entre nosotros, protesta de conducirse con verdad y también, protesta y aceptación de cargos) en DE MARSICO, cit., p. 62.

³³ TIFFANY, cit., p. 202, y en p. 201: *An agent normally has no power to appoint a subagent*; aunque posteriormente admite que los usos comerciales puedan justificar la delegación, p. 205. En contra del texto, para derecho italiano y francés, VIVANTE, cit., n. 261, pp. 321 y ss. El C. Civ. al., art. 664, prohíbe que en caso de duda el mandatario "transfiera a un tercero la ejecución del mandato".

³⁴ FRE, *L'organo amministrativo nelle Società Anonime*, Roma, 1938, pp. 192 y ss.

(art. 45 LQ), pero sí, en cambio, para el tutor que requiere el acuerdo, no del menor o del incapacitado obviamente, sino del juez (art. 537 fracs. V y VI C. Civ.).

6.—*Ratificación y negotiorum gestio*. Semejante a la procura es la ratificación,³⁵ en cuanto ambas constituyen actos unilaterales de voluntad del representado, dirigidos a tercero.³⁶ Es decir, la ratificación, al igual que el poder, es siempre un acto o negocio que no proviene de contrato y en el que no cabe el obrar a nombre del gestor o representante.³⁷

Las diferencias entre procura y ratificación estriban, en primer lugar, en que ésta es siempre un acto posterior al negocio celebrado por el gestor a nombre y por cuenta del representado, en tanto que la procura antecede a la representación del apoderado. Consecuencia de esta distinción, es que mientras los actos realizados por el apoderado pertenecen y se refieren siempre al patrimonio del poderdante o representado, aquellos ejecutados por el gestor, cuando no se da la ratificación que operaría como condición suspensiva-potestativa, se refieren a éste, quien está obligado frente al tercero con quien contrata a pagarle los daños y perjuicios que ocasione el hecho de que el gestor se ostente como representante sin que en realidad lo sea, y no se obtenga la aprobación ulterior por el supuesto representado de los actos celebrados.³⁸

La ratificación obra como un poder y produce efectos retroactivos al día en que la gestión principió;³⁹ tal es lo que dispone el art. 1906 C. Civ.,

³⁵ NATTINI, cit., pp. 117 y ss.

³⁶ En derecho inglés, se habla en ambos casos de *agency*, v. POLLOCK, *Principles of Contract*, 13a. ed., Londres, 1950, p. 79: A person who contracts or professes to contract on behalf of a principal may be in one of the following positions: I. Agent having authority (whether at the time or by subsequent ratification)... v. también TIFFANY, cit., pp. 7 y ss.

³⁷ CHESHIRE, cit., pp. 376 y ss. Señala como requisito de la ratificación, los siguientes que también son aplicables en derecho mexicano: a) el "agent" debe indicar y actúa y obliga al principal; b) el principal debe existir y ser identificable al tiempo de la celebración del contrato; c) debe existir un acto capaz de ser ratificado: A contract—agrega— that is void in its inception cannot be ratified. This... the shareholders of a company cannot ratify an *ultra vires* contract made by directors.

³⁸ En cambio, sí tiene derecho el gestor de ser indemnizado por el dueño, de los gastos en que hubiere incurrido, si el negocio fue de utilidad para éste, arts. 1905 y 1907 C. Civ.

³⁹ BORJA SORIANO, *Teoría General de las Obligaciones*, México, 1959, 3a. ed., vol. I, p. 288. LEBEOURS PIGONNIERE, cit., p. 25: la ratificación ulterior del dueño sería la operación (venta de cosa ajena) hecha por un gestor retroactivamente. Es esta la situación opuesta, pero de efectos similares, a la adquisición que hace el repre-

si bien esta norma confunde aquí nuevamente el mandato con la procura o poder: la ratificación no puede producir los efectos del mandato, que sólo se refiere al aspecto interno de la relación, y que por tanto se limita a las relaciones entre mandante y mandatario, sino que dichos efectos se cumplen principalmente en las relaciones externas, es decir, en aquellas que tuvieran lugar entre el gestor y el tercero (o sea, precisamente, en las relaciones de representación y no meramente de gestión), para que el representado que ratifica haga suyos retroactivamente los *efectos* —asunción de obligaciones o adquisición de derechos del negocio celebrado por el gestor.

Es también aplicable la ratificación, o sea, diríamos, un poder a posteriori, en los casos en que el apoderado o representante se exceda de las facultades que se le dieron, o incluso, viole las limitaciones que le fueron impuestas a su poder (arts. 2565 C. Civ. y 289 C. Co.).⁴⁰ Si el representado ratifica, hace suyos íntegramente los actos realizados por el representante en violación o en exceso de sus facultades; en cambio, si no otorga la ratificación, los actos relativos quedan a cargo del representante quien, además, queda obligado a cubrir los daños y perjuicios que sufra tanto el representado como el tercero contratante que ignorara que “aquel traspasaba los límites del mandato” (art. 2568 C. Civ.).

El art. 1802 C. Civ., además de los daños y perjuicios a favor del tercero, sanciona con nulidad a los contratos “celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, a no ser que la persona a cuyo nombre fueren celebrados los ratifique antes de que se retracten por la otra parte”.⁴¹ Esta norma, que al final usa una terminología tan impropia y tan confusa, porque la retractación ni es fenómeno vinculado a los contratos ni es congruente con la sanción de nulidad que la propia norma impone, es contraria a lo que disponen los arts. 2565 C. Civ. y 289 C. Co., que dejan a cargo del mandatario y comisionista el negocio no ratificado celebrado por ellos en exceso o violación de sus facultades; y desde luego es incongruente con el sistema de las nulidades, porque no existe falta o vicio del consentimiento, dado que éste, es expresado por quien se ostenta como representante.

sentante indirecto, que beneficia a aquel por cuya cuenta obra. En ambos casos hay un acto oculto, aunque por persona distinta (para el tercero en el caso de representación indirecta; para el principal en el caso de la gestión); pero que así suceda en la representación indirecta no impide que el acto realizado por el gestor se refleje y recaiga en el patrimonio del representado indirecto.

⁴⁰ V. GARRIGUES, *Curso* cit., p. 267 y en nuestra jurisprudencia Boletín Información Judicial n. 158, pp. 565 y ss. Amparo Directo 2889/58, Antonio Lukini González.

⁴¹ VIVANTE, cit., n. 265, pp. 325 y ss.

Para salvar la contradicción tenemos que restringir el alcance del 1802 a los actos realizados por el gestor respecto a los cuales no hubiere recibido poder o representación algunos, y no a los actos de un representante que obre en exceso de sus facultades o en violación a las limitaciones del poder o representación expresos que sí se le han conferido; sin embargo, y a pesar de ser ésta la interpretación más adecuada al texto de ambos preceptos, considero inconveniente la sanción de nulidad decretada por el 1802 ya que el supuesto de la norma es, primero, que el gestor actúe a nombre de otro, y segundo, que no sea legítimo representante. Ahora bien, lo primero implica el conocimiento del tercero de la representación ficticia, y lo segundo, que la representación que el gestor ostente no deriva de un contrato o cargo alguno de que éste goce, que le hubiera sido conferido por el principal, y del que derive legalmente una representación (v. gr. factor, funcionario, agente, etc.), por lo que gestor y tercero generalmente contratarán a sabiendas de tal deficiencia y es indebido, e incluso puede ser injusto para el tercero, decretar en todo caso la nulidad del acto celebrado por él; la sanción debería consistir en el pago de los daños y perjuicios al tercero, si éste obró sin culpa y confió en una ratificación posterior,⁴² y sólo decretarse la nulidad cuando no pueda quedar personalmente obligado el falso representante, como parte o interesado directo del negocio, ni éste se haya ejecutado en provecho y utilidad del representado, como sucede en la gestión de negocios (ex art. 1896 C. Civ.).⁴³

7.—*Representación contractual. Mandato y comisión.* La representación voluntaria tiene también como fuente el acuerdo de las partes, o sea, el contrato. En nuestro sistema jurídico, dos son los contratos que tradicionalmente dan lugar a la representación, a pesar de que ambos pueden ser negocios no representativos, sino meramente de gestión de actos ajenos; ellos son el *mandato en el derecho civil* y la *comisión en el derecho mercantil*. Se distinguen ambos, primero, en su campo de acción, ya que mientras la comisión se refiere a la ejecución de actos comerciales,⁴⁴ el mandato se refiere a

⁴² Así, arts. 1398 C. Civ. it.; 1372 C. Civ. fr. 1888 C. Civ. esp.; 420 en relación con el 41. Código Suizo de las Obligaciones. Para el derecho inglés, TIFFANY, cit., p. 25.

⁴³ Es la misma solución del art. 2565 para los casos del mandatario que se excede en sus facultades o viola sus limitaciones.

⁴⁴ V. art. 273 C. Co. que inclusive lo califica de mandato: "El mandato aplicado a los actos concretos de comercio, se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil, comisionista el que desempeña. En la doctrina, v. THALLER, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 5a. ed., París, 1916, n. 1110, pp. 590 y ss. SRAFFA, *Del mandato commerciale e della commissione*, Milán, 1933, p. 10; ÚRIA,

actos civiles o procesales (incluyendo dentro de estos últimos a los mercantiles, porque los actos y negocios procesales-mercantiles no entran dentro de la categoría de los actos de comercio, que comprende y enumera el art. 75 C. Co.).⁴⁵ En segundo lugar, se distingue el mandato de la comisión, en que mientras ésta siempre es de naturaleza especial, ya que se aplica a "actos concretos de comercio" (y adelante precisamos el alcance de este calificativo), el mandato, en cambio, puede ser general o especial (art. 2554). De esta distinción muy importante deriva que el mandato general, o sea, aquel que se otorga sin limitación alguna, confiere facultades para realizar actos civiles y mercantiles (con excepción, entre estos últimos de los que requieran cláusula especial, v. gr., art. 85 LTOC, etc.), y desde luego, se trata de un mandato civil, i. e., regulado por el derecho común.

Ahora bien, que la representación provenga de un mandato civil o mercantil no quiere decir que estos contratos sean su única fuente, o la principal, puesto que como ya vimos, ella puede surgir de actos voluntarios y legales y entre aquellos, quizá más frecuente que el contrato, debe considerarse la procura o poder, que es un acto unilateral.

Tampoco afirmamos que siempre el mandato tenga por objeto a la representación, porque así como hay representación sin mandato, hay también mandato sin representación,⁴⁶ que es cuando a virtud del pacto entre mandante y mandatario se conviene que éste, al actuar frente a terceros, obre a nombre propio, aunque siempre por cuenta o en interés del mandante. O sea, que se instituya la llamada representación indirecta a favor del mandatario, de la que ya discurrimos.

Común al mandato representativo y no representativo es la actuación del mandatario por cuenta del mandante, o sea, es común la actividad de interposición, de un obrar en interés ajeno por parte del mandatario,⁴⁷ que es una nota que también existe en otros negocios como la intermeditación, la agencia, la prestación de servicios y el contrato de trabajo.

En el derecho francés y en el italiano, la comisión es siempre y por ley

Derecho Mercantil, Madrid, 1958, n. 513, p. 425; POPESCO RAMNICEANO, cit., pp. 259 y ss.

⁴⁵ Sobre el concepto y la clasificación de los actos de comercio v. BARRERA GRAF, *Tratado de Derecho Mercantil*, México, 1957, t. I, pp. 90 y ss. y 103 y ss.

⁴⁶ Así, WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, tra. it., de FADDA y BENZA, Turín, 1902, I, p. 918; SRAFFA, cit., p. 8; PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, en *Diritto Civile*, Milán, 1951, p. 309; VIVANTE, cit., n. 254, p. 311: se puede considerar vencida la doctrina que identificaba al mandato y la representación.

⁴⁷ PUGLIATTI, ob. cit., loc. cit.

un negocio no representativo,⁴⁸ lo que lo distingue del mandato civil que, a su vez, puede ser representativo o no representativo, según lo que dispongan las partes; entre nosotros, ambas figuras pueden constituir negocios representativos y no representativos,⁴⁹ diferenciándose, no en razón de esta característica común, sino de que —como ya veíamos— la comisión se refiere a actos u operaciones de comercio, y el mandato civil se refiere a actos no comerciales (civiles, administrativos, procesales, etc.), si es especial, o a actos civiles, administrativos, procesales y *mercantiles*, etc., si es general.

En efecto, el art. 273 C. Co. claramente establece que “el mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil”;⁵⁰ y creemos que, a semejanza del derecho español vigente que establece como objeto de la comisión la realización de “un acto u operación de comercio” (art. 244 C. Co. esp.), nuestra comisión no puede restringirse a un solo acto individual y concreto, sino que puede comprender varios de ellos, y puede también *concretarse*, dentro de dicho o dichos actos, a una operación aislada, o bien, conceder facultades amplias y generales respecto al acto o actos a que la comisión se refiera.⁵¹ Es decir, la comisión puede referirse a operaciones o actos determinados o determinables; a la realización o ejecución de un acto individual y *concreto*; de varios de ellos pero especificados y comprendidos en un mismo género o categoría (comisión de compras, de ventas, de transportes, de cambios, de seguros, como distinguía el art. 239 del C. Co. de 1884); o inclusive de varios actos de comercio especificados, referentes a diversas actividades (comisión de compra y venta; de esto más transportes; de compra-venta y de cambios, etc.) y comprendidos en distintas categorías

⁴⁸ Véanse, derecho italiano, art. 380 C. Co. 1882; derecho francés, art. 94 C. Co. El derecho español es semejante al nuestro, v. art. 245 C. Co. En la doctrina: LEREBOURS PIGONNIERE, cit., pp. 202 y ss.

⁴⁹ V. HERZOG, *Les Représentants de Commerce et Les Accidents du Travail*, París, 1946, pp. 41 y ss. En contra, entre nosotros, RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, 3a. ed., II, pp. 34 y ss.

⁵⁰ El texto de este artículo no tiene antecedentes en nuestra legislación comercial puesto que ni el C. Co. de 1854 —art. 98— ni el de 1884 —arts. 174 y 176— restringían el objeto de la comisión a la celebración de actos *concretos* de comercio, sino que ambos se refieren a actos de comercio y operaciones mercantiles en general. Se distinguen entre sí dichos dos códigos anteriores, en que el de 1854, como su modelo, o sea, el C. Co. esp. de 1829 (arts. 116 y ss.) y como el código nuestro vigente, permitía tanto la comisión representativa, como la no representativa; en tanto que el Código de 84 como sus antecesores francés e italiano, sólo permitía la comisión a nombre propio.

⁵¹ De acuerdo, sustancialmente, TENA, *Derecho Mercantil Mexicano*, 2a. ed., t. I. México, 1938, n. 155, pp. 303 y ss.

dentro de nuestra clasificación de actos de comercio (v. gr. art. 75 fracs. I y II).

Puede la comisión restringir las facultades del comisionista para el efecto de señalar tanto el acto aislado de comercio que este puede realizar (compra de una maquinaria de tales o cuales características) como los pormenores de la operación (en cuanto a precio, lugar, etc.); pero también puede extender dichas facultades, concediendo amplitud de criterio al comisionista para decidir a su arbitrio la clase de operaciones a realizar, las condiciones de éstas, el mejor tiempo para realizarlos, etc. (véanse arts. 287 y 288 C. Co.). Lo que está fuera de la comisión, es el poder, la representación general, en el sentido que establece el art. 2554 C. Civ.; es decir, la atribución de facultades tan amplias al apoderado, que este pueda realizar todos los actos de comercio, de administración, de pleitos y cobranzas, independientemente de que se refieran a actividades civiles o mercantiles. Esto, como ya decíamos, se reserva al mandato civil; y cuando se trate de una representación general mercantil tenemos que concretarnos y referirnos al factor o gerente, es decir, al representante general de la empresa.⁵²

Cabe, por último, un poder especial mercantil o mandato mercantil *strictu sensu*, que no sea comisión por no ser contractual y por no referirse a actos de comercio, pero que sea mercantil y no civil, por referirse a una materia regulada en el Código de Comercio, como sería el caso de un poder para ciertos juicios mercantiles, o para un litigio mercantil concreto. Este negocio estaría regido, a falta de normas del C. Co., por las disposiciones sobre mandato del C. Civ.

Tanto si el mandato (o la comisión) es representativa, como si no lo es, existe en él la llamada *relación interna*,⁵³ que se establece entre mandante y mandatario, que es previa a la actuación de este frente a terceros (lo que la distingue de la gestión de negocios) y cuya causa y contenido estriba, por un lado, y desde el punto de vista del mandante, en las instrucciones y las facultades que le da y le concede al mandatario, así como en las limitaciones que le fija para su actuación y por otro lado, desde el punto de vista del mandatario, en la aceptación expresa o tácita del encargo conferido, tanto si éste es representativo como si no lo es.

⁵² Es, por tanto, totalmente disparatado considerar comisionista al representante de una negociación como lo hace el art. 291, que contraría las definiciones de los arts. 273 y 309 C. Co.

⁵³ Sobre las relaciones internas y externas en el mandato, SRAFFA, cit., pp. 3 y ss.; FADDA y BENZA, cit., I, p. 918; NATTINI, cit., 10; POPESCO RAMNICEANO, cit., pp. 226 y ss.

La segunda etapa del mandato, está constituida por las *relaciones externas*, es decir, las que se establecen entre el mandatario y el o los terceros, con quienes contrata; si el mandato es representativo, ello se manifestará en estas relaciones, que también lo serán; o sea, que el mandatario ostentará su calidad y obrará a nombre —y no sólo por cuenta— del mandante. Contrariamente, si el mandato no es representativo, la calidad del mandatario permanecerá oculta, obrará a nombre propio frente al tercero, quien ignorante de la relación interna previa con el mandante sólo se vinculará con el mandatario atribuyéndole el carácter de interesado directo o *dominus negotii*. En este caso, existe la llamada representación indirecta o interposición gestoria.

La primera etapa, o sea la relación interna, es la que tiene carácter contractual, porque consiste precisamente en la expresión del consentimiento y en el acuerdo de las dos partes sobre el contenido, la extensión, los límites del negocio, lo que caracteriza al mandato que analizamos, y lo que lo distingue de las fuentes no contractuales de la representación, como la procura, la ratificación, el nombramiento de un representante, etc.; la segunda etapa, en cambio, es ajena y posterior al pacto contractual, es decir, no tiene naturaleza contractual porque en ella ya no interviene el mandante y la intervención del mandatario sólo estriba en *cumplir* o *ejecutar* el encargo previamente recibido y aceptado; esta segunda parte constituye la ejecución del acuerdo de las partes. Y no integra el fenómeno contractual, por trascender a las relaciones que se establecen entre las dos únicas partes del convenio, o sea, el mandante y el mandatario, y por referirse a las relaciones que se traban entre el mandatario y terceros ajenos totalmente al mandato; estas relaciones, insisto, constituyen los efectos del pacto contractual, la ejecución de éste, y su carácter jurídico, puede ser de la más variada especie, según el acto o el negocio que el mandatario realice con el tercero, a nombre y por cuenta del mandante. Por ser ajenas al contrato, las relaciones externas no influyen en las relaciones contractuales internas previas (o en el carácter unilateral del poder o del nombramiento que otorgara o que hiciera el principal); y tampoco influyen en dichas relaciones internas contractuales previas, aunque el mandatario actúe a nombre propio, sin representación,⁵⁴ ya que ello no impide que los efectos de los actos celebrados por el mandatario recaigan finalmente en el patrimonio del mandante, y que éste tenga acción contractual frente a aquél, para hacer suyos dichos actos

⁵⁴ En contra NATTINI, cit., p. 102, para quien el mandato sin representación no es contrato, porque lo propio de esta institución es que produzca efectos entre las partes.

y los efectos relativos; debe tenerse en cuenta, además, que la representación indirecta normalmente sólo puede surgir de un negocio contractual.⁵⁵

Las relaciones externas, que existen entre mandatario y el tercero, sin que integren el contrato de mandato, son las que constituyen su fin y su causa; es decir, el contrato se celebra con el fin de que una de sus partes celebre por cuenta de la otra ciertos actos jurídicos; estas relaciones, igualmente, existen en aquellos otros negocios no contractuales de los que la representación surge y también existen en el mandato no representativo, fenómeno en el cual, cobran mayor importancia por su aparente desvinculación de todo pacto anterior, y respecto al tercero que en dichas relaciones externas interviene adquieren un carácter autónomo totalmente independiente del contrato anterior.

Por otra parte, el mandato como forma que es de gestión de negocios ajenos, es decir, independientemente de ser o no representativo, no siempre constituye un pacto accesorio de otro negocio,⁵⁶ como sí es frecuente que suceda, en cambio, con el poder o con la ratificación de un acto celebrado por el gestor, o por el representante que se excede en sus atribuciones; por el contrario, generalmente el mandato es un negocio principal y autónomo sobre todo si tiene alcance amplio y general; es decir, si se celebra en relación a una serie de actos, o bien, se concede en términos tales que el mandatario pueda celebrar todos los actos y negocios del mandante.

Por lo que respecta a formalidades, nos remitimos a lo que dijimos en materia de procura (supra 3): tanto el mandato civil como la comisión, deben celebrarse o ratificarse por escrito⁵⁷ ya que pese a lo establecido por el art. 2550 C. Civ. ("El mandato puede ser escrito o verbal") y por el art. 274 C. Co. ("El comisionista... no necesitará poder constituido en escritura pública, siéndole suficiente recibirlo por escrito o de palabra..."), en materia civil el art. 2556 establece que "sólo puede ser verbal el mandato cuando el interés del negocio no exceda de doscientos pesos", y tanto en materia civil como mercantil, se requiere la ratificación por escrito, antes de que

⁵⁵ Así lo reconoce el propio NATTINI, cit., p. 177, cuando establece que la facultad de obrar a nombre propio y por cuenta ajena deriva del mandato y no de la procura.

⁵⁶ La comisión, respecto al comitente, casi siempre lo es; respecto al comisionista, si actúa habitual y profesionalmente —empresas de comisión, art. 75 frac. X, y en el C. Co. de 1884, arts. 176 a 180— constituye una actividad principal.

⁵⁷ Así también en el derecho inglés: TIFFANY, cit., p. 14. Sin embargo, POLLOCK, cit., p. 80, indica que el nombramiento de un *agent*, puede hacerse sin cumplir formalidades especiales.

concluya el negocio para el que se hubiera dado un mandato o comisión verbal (arts. 2552 C. Civ. y 274 in fine C. Co.).

Además, como ya vimos y como establece el art. 2555 C. Civ., el mandato civil debe celebrarse precisamente en escritura notarial, o en carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante Notario, ante los jueces o autoridades administrativas correspondientes, primero, cuando sea general, segundo, cuando el interés del negocio para el que se conceda sea de \$5,000.00 o más; tercero, cuando el acto que celebre o ejecute el mandatario deba constar en instrumento público.

Tratándose de comisión, no se aplica la disposición anterior por ser una formalidad ajena al derecho mercantil, y tampoco se requiere escritura notarial, ni siquiera carta poder. Ni para la comisión ni para los poderes mercantiles especiales rige el texto de la frac. VII del art. 21 C. Co., que se refiere a mandatarios y a poderes generales, no a los de índole especial que corresponden, como ya vimos, al comisionista y al apoderado o mandatario mercantil.⁵⁸

Contrariamente, el mandato que confiere representación general en materia de actos de administración o de dominio, debe inscribirse en el Registro de Comercio, a efecto de que produzca efectos frente a terceros (art. 26 C. Co.);⁵⁹ si el mandato (o el poder) general, es para pleitos y cobranzas la jurisprudencia de la Corte considera con razón, que no se aplica la norma indicada, o sea, la frac. VII del art. 21, porque dicho mandato no es mercantil.⁶⁰

⁵⁸ La frac. VII del art. 21 C. Co. comprende también al nombramiento y revocación de gerentes, factores y dependientes; no porque a estos les correspondan poderes generales —lo que respecto al dependiente es obvio— como son aquellos establecidos por la ley civil —art. 2554—, sino por ser auxiliares de la empresa con la representación *general* en el caso de los factores de ésta.

⁵⁹ Por tercero, dice MANTILLA MOLINA, cit., n. 169 bis, pp. 126 y ss., debe entenderse toda persona que está en relaciones jurídicas con el comerciante, o que ha celebrado negocios jurídicos con quien se ostenta como su representante; y la crítica a los conceptos de tercero de RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ y GARRIGUES.

⁶⁰ La jurisprudencia de la Corte, respecto a la necesidad de registrar los poderes generales de actos de dominio y administración, no los poderes generales para pleitos y cobranzas, es firme: véanse SJF, XLI, p. 555; XLIII, p. 2482; XLIX, p. 855; XLVIII, p. 781; XLVII, p. 4406; LI, p. 2282. A juicio de MANTILLA MOLINA, n. 173, pp. 129 y ss. no se justifica que no se inscriban los poderes procesales en materia mercantil, porque ello sería tanto como sostener que para que sean oponibles a terceros sólo es necesario el registro de los actos de comercio, y no de los civiles o procesales, lo que es "introducir una distinción que no formula la ley". Sin embargo, la distinción sí proviene de la ley, ya que el art. 26 C. Co. se refiere a "los documentos que

No obstante, el mandato civil para actos procesales (y también el poder o procura para esos mismos actos, poder de pleitos y cobranzas en los términos del primer párrafo del art. 2554 C. Civ.) debe formularse por escrito y generalmente en escritura pública,⁶¹ a efecto de que mediante la exhibición del documento relativo el representante del actor o el del demandado acrediten ante el juez en debida forma, la personalidad con que comparecen, y este funcionario se las reconozca o se las niegue.

La negativa del juez a reconocer la personalidad del representante del actor, concede a éste, en materia procesal civil, el recurso de queja (art. 1339, frac. II), recurso este último que tanto en materia civil como mercantil también *corresponde al demandado si en agravio de sus derechos se reconoce la personalidad del representante del actor*. Igualmente, el demandado puede oponer la excepción dilatoria de falta de personalidad, tanto en materia civil (art. 35, frac. IV C. Proc. Civ.) como mercantil (art. 1379 C. Co.).

conforme a este Código deben registrarse y no se registran, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen..." (v. también, art. 22 C. Co.), y entre dichos documentos no está el mandato civil para materia procesal. En rigor, el registro sólo es necesario para poder oponer a terceros ciertos actos, o sea, aquéllos expresa y *enunciativamente* enumerados en las normas relativas a dicha forma de publicidad, tanto a la civil como en materia mercantil; y como ni el C. Civ. ni el de Co. comprenden el mandato civil entre los actos (o documentos) que deben registrarse, debemos entender que dicho negocio puede oponerse a terceros sin necesidad de inscripción. V. sin embargo, lo que a continuación decimos en el texto sobre formalidades del mandato y del poder para juicios.

⁶¹ Véanse arts. 1061 fracs. I y II C. Co.; 46 y 95 fracs. I y II C. Proc. Civ.; 276 frac. I, C. Fed. Proc. Civ.