

## CAPÍTULO III

### REPRESENTACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

9. Diferencias y semejanzas . . . . .	31
10. El problema de la propiedad en la representación indirecta . . . . .	34

## CAPÍTULO III

### REPRESENTACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

#### 9. Diferencias y semejanzas

Requisito esencial de la representación es que el tercero con quien el representante contrate, conozca o deba conocer el carácter de éste;<sup>63</sup> dicho sea en otras palabras, que en las relaciones externas de la representación (representante-tercero), se sepa que el representante no obra a nombre propio sino a nombre de otra persona, el representado, quien normalmente será conocido del tercero, pero que también puede serle desconocido.

Consecuencia de lo anterior es, por un lado, que siempre el representante verdadero, obra a nombre del representado o principal del acto o negocio relativo; en cuanto que al contratar, al ejecutar un acto, al ejercitar un derecho o al contrarrear una obligación, actuará a nombre del representado, es decir, *como si el representado* estuviera actuando personalmente, como si fuera la propia voluntad y el propio consentimiento de éste el que se manifestara.<sup>64</sup> Exige, pues, la representación *verdadera, directa o strictu sensu*, el conocimiento o la inteligencia del tercero de que contrata o se relaciona con otro, o sea, el representado, a través y por la actuación del representante (apoderado, mandatario, representante legal), y exige también que éste, no calle ni oculte, sino al revés ostente y manifieste (*contemplatio domini*) su función instrumental, el intervenir en el asunto no como dueño o interesado directo, sino

<sup>63</sup> Neppi, *cit.*, pp. 76 y ss., Sconamiglio, *cit.*, núm. 20, p. 71. Pugliatti, *Il rapporto di gestione...* *cit.*, p. 162. En contra Popesco Ramniceano, *cit.*, p. 247, quien afirma que tal nota no es de la esencia sino solamente de la naturaleza de la representación; a tal conclusión llega el autor al admitir que se puede obrar a nombre de otro cuando el tercero con quien se contrata sabe tal cosa aunque ignore quién es ese otro; es decir, *tercero con quien se contrata sabe tal cosa aunque ignore quién es ese otro*; se debe recordar que el autor no dice que el tercero ignore que existe una representación, sino que ignora quién es el representante.

<sup>64</sup> Para Sraffa, *cit.*, pp. 42 y ss., es la declaración del representante la que vincula al representado, dada la normal imposibilidad del tercero de conocer las relaciones internas entre ellos.

como persona ajena, como representante del dueño o del directo interesado, cuyo nombre por lo general, dará a conocer al tercero.<sup>65</sup>

Por otro lado, consecuencia de dicha nota esencial, es que no exista realmente representación en la llamada *representación indirecta*, o sea, en aquella en que el mandatario oculta su carácter de tal, y finge al relacionarse con un tercero, que actúa como interesado directo obrando a nombre y en interés propio sin que exista detrás de él la figura de un principal ni la existencia de un encargo, y haga creer o aceptar al tercero que éste contrata y se obliga sólo con él; en tal caso no existe representación alguna, sino un fenómeno distinto y especial, de un género más amplio, a saber, un negocio indirecto, una *interposición gestoria* como propone Betti que se la denomine.<sup>66</sup>

Mientras en la representación directa o propia, el tercero que contrata con el representante se relaciona directamente con el representado, y éste es quien adquiere los derechos y asume las obligaciones contraídas por el representante, en la representación indirecta el tercero se vincula con el representante y no con el principal que facultó a aquél a obrar a nombre propio, y ostentarse y actuar como dueño del negocio (artículos 2561 del Código Civil y 284 del Código de Comercio); en las relaciones internas, sin embargo, o sea en las relaciones contractuales previas existentes entre principal y representante, aquél puede exigir de éste el cumplimiento exacto (o sea la entrega al principal de los bienes o derechos adquiridos, etcétera) del encargo conferido (artículo 2570 del Código Civil).<sup>67</sup>

Que no estemos en presencia de la representación, en aquellos casos en que ésta no es conocida ni dada a conocer a los terceros con quienes se contrata, se debe, precisamente, a que la índole de la representación estriba en su exteriorización, en hacerla notoria y conocida del tercero contratante, a efecto de que éste sepa y consienta en obligarse, no con la persona con quien contrata, sino con otra, con aquella que está detrás, y que autorizó al representante a obrar a su nombre. En la representación, la declaración de voluntad del representado al otorgar el poder, se emite y se dirige realmente frente a los o al tercero, es decir, se trata de una "declaración recepticia"; en cambio, en la

<sup>65</sup> Pugliatti, *Sulla rappresentanza...* cit., pp. 188 y 191 y ss. Zangara, *cit.*, pp. 27 y 35 y ss.

<sup>66</sup> *Teoria generale del negozio giuridico*, Turín, 1943, p. 358. Ver también, Pugliatti, *Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, en *Studi...* cit., pp. 453 y ss.; Neppi, *cit.*, pp. 95 y ss.; Arangio-Ruiz, *Gli enti soggetti...* cit., p. 135. En realidad, "interposición gestoria" propone Betti que se denomine no sólo a la representación indirecta, sino también a la real o directa; es decir, a todo fenómeno en que una persona se sustituye al autor y dueño para celebrar el negocio jurídico. En este sentido, ver también, Sconamiglio, *cit.*, pp. 61 y ss.

<sup>67</sup> Pugliatti, *Il rapporto di gestione...* cit., *passim*. En igual sentido, en derecho anglosajón, respecto al negocio genérico de la *agency*, que comprende toda clase de representación y de interposición gestoria, Cheshire, *cit.*, p. 398.

llamada representación indirecta, en que se omite y se oculta que hay otra persona realmente interesada, el tercero no sólo ignora la relación interna previamente existente, y que está vinculándose con una persona que obra en interés de otro, sino que actúa y contrata en la inteligencia y con la intención de ligarse con la persona con quien directamente trata, y con nadie más.

Consecuencia de esta distinción es que mientras el representante indirecto, que habrá de figurar y actuar como dueño del negocio ante el tercero y a quien habrán de corresponder frente a éste los derechos y obligaciones que surjan de tal negocio, debe ser no sólo una persona capaz de obligarse, sino también apto o capaz para intervenir en el negocio concreto (por no haber una prohibición o una limitación que lo afecte), el representante directo, o real, si bien, en nuestro derecho tiene que gozar de plena capacidad de ejercicio, puede en cambio, no estar legitimado para adquirir *para sí* el bien o derecho materia del negocio en que intervenga (piénsese, por ejemplo, en un extranjero que no puede adquirir bienes en la zona prohibida de las costas o fronteras, pero sí adquirirlos para un mexicano de quien sea representante) y sin embargo, sí poder adquirirlo para su representado. Común a ambas figuras, en cambio, es que el representado o principal sí sea una persona que goce la capacidad e idoneidad necesarias, cuando menos para la celebración de aquel acto en que intervenga el representante (artículo 1800).

Consecuencia también del actuar a nombre propio o sea, de ejercer personalmente el comercio, realizar actos de comercio, es que en materia mercantil al representante indirecto (*prestanombre* para los franceses, *empresario oculto* para los italianos) sea a quien se considera como comerciante, y no al representado, y que sea aquél, asimismo, el que sea declarado en quiebra, en los casos de cesación de pagos de la empresa ajena gestionada a nombre propio.<sup>68</sup>

Esta figura de la representación indirecta que, como dice Schupfer de la comisión (no representativa),<sup>69</sup> es una supervivencia romana, en cuanto el "representante" queda vinculado con el tercero contratante, y que, por tanto, es ajena al concepto de representación, tiene, sin embargo, semejanzas con ella; a saber, el obrar por cuenta de otro y el hecho de que, en definitiva, el acto ejecutado se refiera al patrimonio del representado; y también se relaciona

<sup>68</sup> Ver en el derecho francés, Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, París, 1948, núm. 2538, p. 942, quien, además, predica la extensión de la quiebra al representado, o sea, a quien "ejercita el comercio a través del prestanombre". En el derecho italiano, ha sido muy controvertido el problema de la quiebra del empresario oculto y de los socios —ocultos o aparentes— de dicho empresario oculto, en la célebre polémica entre Bigiavi (*L'Imprenditore occulto*, Padua, 1954 y posteriormente, *Difesa dell' "Imprenditore occulto"*, Padua, 1962) y Ascarelli (*Problemi giuridici*, obra postuma), Milán, 1959, II, pp. 432 y ss.

<sup>69</sup> *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell' età del risorgimento*, Turín, 1921, t. III, p. 10.

con otras actividades y negocios como son el negocio fiduciario, el negocio en fraude a la ley, el prohibido y el simulado.<sup>70</sup>

El derecho anglosajón no distingue la representación directa de la indirecta (*disclosed and undisclosed agency*) en que los actos realizados en ésta no sean oponibles al representado o principal; al contrario, en ambas se vincula éste con el tercero, independientemente de que el apoderado —*agent*— manifieste o no el nombre de la persona por quien actúa. Müller-Freinfels, en apoyo de esta tesis, que a su juicio marca uno de los contrastes más notables entre dicho sistema y el nuestro, afirma que la doctrina de la representación —*agency*— en el *common law* es más amplia que la doctrina en derecho continental, y permite que el principal pueda demandar al tercero y ser demandado por éste.<sup>71</sup>

#### 10. *El problema de la propiedad en la representación indirecta*

Ahora bien, como esta relación interna subsiste como tal, es decir, permanece ignorada o en todo caso es ajena al tercero, ante quien el representante se ostenta como interesado directo y como dueño del negocio, y como, consecuentemente, las relaciones del tercero sólo se establecen frente a su contratante, que es el representante, y nunca frente o respecto al representado (artículos 2561 del Código Civil y 284 del Código de Comercio), que es por completo ajeno al negocio celebrado por el tercero, tenemos que admitir que en los negocios traslativos en que intervenga el representante indirecto (adquiriendo o enajenando un bien mueble o inmueble), él se ostenta como propietario ante el tercero, aunque internamente, frente al principal o representado, no le corresponda el dominio, ni sea propietario u obtenga la propiedad de los bienes que, respectivamente, enajene o adquiera; y esta relación interna que existe entre él y el principal o representado, se impone en definitiva e impide que aquella situación aparente que existe frente a terceros de buena fe, externamente, prevalezca también frente al principal, quien, en cambio, trasmite o adquiere automáticamente, sin necesidad de trasmisión o cesión ulterior alguna, la propiedad de los bienes, merced a la actuación del representante.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Sobre estos problemas ver Valente, *Nuovi profili della simulazione e della fiducia*, Milán, 1961, pp. 19 y ss. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza ... cit.*, pp. 255 y ss.

<sup>71</sup> *Law of Agency cit.*, pp. 176 y ss. Es ésta también la solución entre nosotros, respecto a los actos del factor que obra a nombre propio (artículo 314 del Código de Comercio).

<sup>72</sup> Ver sobre estos problemas, Pugliatti, *Rilevanza del rapporto interno ... cit.*, pp. 458 y 487 con el análisis de los artículos 1705 a 1707 C. Civ. it, los que expresamente regulan esta materia y acogen las conclusiones que aquí adoptamos respecto a derechos de crédito y bienes muebles, no así en relación a inmuebles. Ver también

En efecto, en nuestro derecho no se requiere un acto posterior de trasmisión del representante al representado, en los casos en que aquél adquiera a cuenta del representado pero a nombre propio bienes o derechos de terceros. Si lo que se adquiere son derechos de crédito, su titularidad se debe entender adquirida directamente (si bien no en forma inmediata como en el caso de la representación propia o directa) por el principal, y el representante *debe* realizar los actos necesarios para que aquél pueda ejercitarlos (verbigracia, entrega de títulos al portador y endoso en caso de títulos a la orden); si se trata de muebles, igualmente, el representado es dueño y el representante debe proceder a su entrega (artículo 2570 del Código Civil), so pena de incurrir en el delito de abuso de confianza tipificado por el artículo 384 del Código Penal,<sup>73</sup> según lo establece el artículo 315 del Código de Comercio y reiteradas ejecutorias de nuestra Suprema Corte.<sup>74</sup>

Si el acto que debe realizar el representante indirecto es de enajenación, a pesar de que entre él y el representado no hay traslación de dominio y, por tanto, el representante no es dueño, no se plantea una venta de cosa ajena porque la trasmisión se opera directamente del dueño (representado) al tercero, a través de la cooperación y gestión del representante, o sea que prevalecerá el pacto o negocio interno entre representado y representante; es decir, prevalecerá el acto de gestión que impone al representante actuar a cuenta e interés del representado, a pesar de que no se dé la *contemplatio domini*. Es ésta una zona en la que tanto la representación directa como la indirecta coinciden: en ambas figuras existe la *cooperación* y la *sustitución* del principal por el agente y en ambas figuras se reflejan los efectos del acto relativo, en definitiva, en el patrimonio del representado, no en el del representante.

Que no es acto traslativo el del representado al representante claramente se desprende de diversas normas del Código de Comercio, como son los artículos 292 y 295 que atribuyen el riesgo por destrucción o menoscabo, no al comisionista, sino al comitente, a quien se aplicaría el principio consagrado en nuestro derecho, de *la cosa perece para su dueño* (artículo 2017 fracción v del Código Civil); así como de los artículos 2579 del Código Civil y 306 del Código de Comercio que conceden al representante —sin distinguir si actúa

Betti, *Teoria generale...* cit., pp. 361 y ss., con opinión contraria (corregida según Pugliatti, en la 2<sup>a</sup> ed. de su obra). El análisis y la crítica de la opinión sustentada en el texto, o sea, la que sostiene no ser necesario un acto adicional de trasmisión entre representante y representado, en Scaduto, *La rappresentanza mediata, nell'acquisto di diritto*, RDC, 1925, I, pp. 525 y ss.

<sup>73</sup> Esta norma establece: “Se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho...”

<sup>74</sup> Últimamente, véanse las tesis 10209 y 10261 publicadas en el Boletín de Información Judicial, respectivamente en el año XVIII (1963), núm. 188, pp. 127 y 189, p. 161.

frente a terceros a nombre propio o del representado— el *derecho de retención* (de *prenda*, según la norma civil) sobre las cosas o efectos que están en su poder, hasta que el principal le reembolse los honorarios, gastos y comisiones a que tiene derecho. Es evidente que si la ley considerara como propietario al representante, no le concedería un derecho que no corresponde al dueño, como es el de retención y el de prenda, los cuales se otorgan, en cambio, al acreedor y al poseedor.<sup>75</sup>

El artículo 300 del Código de Comercio, por otra parte, de manera expresa reconoce que el *comitente* es propietario; y aunque esta norma se refiere a “efectos”, o sea, mercaderías, y sólo a la comisión, es decir, a un contrato mercantil, consideramos que por analogía e igualdad de razón se debe aplicar a toda clase de bienes muebles que hubieran sido comprados o vendidos por cuenta del principal, y debe considerarse como el reconocimiento de un principio general aplicable tanto al derecho mercantil como al civil. En éste, en efecto, dicha disposición coincide con el artículo 2570 que obliga al mandatario (*rectius, representante*) a entregar al mandante lo que haya recibido en virtud del poder, y con el artículo 2579 al que antes nos referimos.

Por último, si se trata de muebles e inmuebles registrados o de títulos nominativos (*strictu sensu*), el representante que los adquiera de terceros debe proceder a inscribirlos en los registros respectivos a nombre del dueño, y a entregarlos a éste; al efecto, como condición de tal inscripción y en cumplimiento del pacto interno de representación indirecta, debe ejecutar los actos necesarios para que el representado acredite su carácter de dueño (acto notarial, que en rigor no constituirá un negocio traslativo) y manifieste la propiedad del inmueble *erga omnes*, es decir, no sólo frente al representado, sino frente a todo el mundo. Si el representante se negara a la entrega del bien al principal, correspondería a éste la acción reivindicatoria, a que se refiere el artículo 4º del Código de Procedimientos Civiles, la que “compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene la propiedad, y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y accesiones . . .”<sup>76</sup> Corresponderá, igualmente, acción reivindicatoria al representado contra el representante cuando éste se negare a devolver el bien (mueble o inmueble) que aquél hubiera puesto e inscrito a su nombre para el efecto de que ostentándose como dueño lo vendiera o tras-

75 Parecidas soluciones se aplican en derecho italiano, según los arts. 1075, 1076 y 2932 C. Civ. Ver Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza . . . cit.*, pp. 311 y ss.; y supra nota 6. Scaduto, *cit.*, pp. 537 y ss., para el derecho anterior al vigente, sostuvo que sólo procedía una acción personal de indemnización, por no tener la representación efectos reales.

76 Véanse arts. 2533 C. Civ. para el depósito; 2644 C. Civ. para el contrato de obras; 2669 C. Civ. para el hospedaje; 591 frac. VII C. Co. para el transporte.

mitiera a un tercero.<sup>77</sup> Esta acción, sin embargo, no sería oponible a terceros de buena fe, o sea, a todos los que con base en el registro respectivo de la enajenación a favor del representante, hubieran adquirido de éste o hubieran constituido gravámenes reales sobre dichos bienes.

Reconocimiento expreso, por último, de que el comisionista no es propietario, y sí el comitente, lo ofrece el artículo 159 fracción VI inciso b) de la Ley de Quiebras, que en relación al derecho de separación de bienes de la masa de la quiebra, el cual corresponde al propietario, lo concede respecto a "bienes que el quebrado debe restituir por estar en su poder por alguno de los siguientes conceptos: ... b) Comisión de compra-venta, tránsito, entrega o cobro".<sup>78</sup> Resulta claro, como dice Pugliatti,<sup>79</sup> "que el comitente puede reivindicar del comisionista quebrado, las cosas que éste adquiere, por cuenta de aquél en cumplimiento de la obligación que nace del contrato de comisión, porque dicho comitente ha adquirido su propiedad; y correlativamente, debe considerarse que puede reivindicar las cosas entregadas al comisionista y que éste no haya vendido, ni haya confundido con las suyas propias, porque debe considerarse que al comisionista sólo se le trasmittió la detención (a fin de obtener y conseguir el cumplimiento de la obligación de entregar al tercer adquirente) y no la propiedad, aunque se tratara solamente de la propiedad formal".

Ahora bien, esta obligación de restitución, que en materia de quiebra da derecho al propietario —comitente— de separar el bien relativo de la masa de la quiebra del comisionista, y que concede a dicho propietario una acción reivindicatoria, existe igualmente cuando no hay quiebra. También corresponde al propietario, contra el representante indirecto, la acción de entrega de la cosa, y la de ejecución en forma específica en el caso de créditos cuyo cumplimiento se negare por el representante frente al representado.

Lerebours Pigionnière<sup>80</sup> sostiene, como nosotros, que no se requiere un acto ulterior de trasmisión entre mandante y mandatario, ya que aquél adquiere inmediatamente. "Pretendemos, dice, situar esta concepción... bajo la autoridad de la tradición francesa. A medida que el principio de la tradición

<sup>77</sup> Esta misma situación se plantea en otro negocio oculto, como es la asociación en participación, según dispone expresamente el art. 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

<sup>78</sup> Conforme, Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1940, vol. II, pp. 499 y ss. La norma que analizamos sólo se aplicaría al caso de quiebra del comisionista, concediendo derecho de separación al comitente, como propietario; no a la quiebra del comitente, porque si tal fuere, no cabría derecho de separación alguna a favor del comisionista, sino lo contrario, o sea, derecho del síndico y de los acreedores de que el bien respectivo se considerara incluido en la masa concursal, a pesar de que entre comisionista (representante indirecto) y comitente se hubiera celebrado un negocio aparentemente traslativo.

<sup>79</sup> Sobre el tema, Pugliatti, *Sulla rappresentanza...* cit., pp. 193 y ss.

<sup>80</sup> Ob. cit., pp. 164 y ss. Véanse, sin embargo, pp. 224 y ss.

se desarrolla en nuestro antiguo derecho, más se aclara que la representación consiste en una *ficción* que permite al representado tomar el lugar del representante. Esto, ya resulta del Derecho Canónico: *Qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum*; y Pothier que resume toda la evolución anterior, tiene cuidado de repetir: "Cuando el mandatario ha celebrado algunos contratos con los terceros... es al mandante a quien se considera contratar. El mandatario en este caso no contrata ninguna obligación..." Sin necesidad de admitir esta doctrina hoy superada de la ficción (ver supra núm. 5), puede admitirse, con Pugliatti, por una parte, que no se requiere ningún acto de trasmisión del principal al agente, y por la otra, que a través de la actuación del representante indirecto (quien realiza una interposición gestoria) se plantea la trasmisión *automática* de los bienes o derechos del representado al tercero, o de éste a aquél.