

CAPÍTULO IV

REPRESENTACIÓN Y NEGOCIOS AFINES

11. Representación y mediación	39
12. Representación indirecta y negocio fiduciario	40
13. Representación indirecta y negocio simulado	44
14. Representación indirecta y negocio en fraude a la ley	46

CAPÍTULO IV

REPRESENTACIÓN Y NEGOCIOS AFINES

11. *Representación y mediación*

Se distinguen ambas figuras, que por lo demás tan frecuentemente intervienen en materia comercial y sobre todo en empresas o negociaciones que designan como auxiliares representantes, a gerentes y apoderados y a corredores y agentes como mediadores, en que mientras el representante sustituye al representado en la celebración del acto o negocio jurídico en que interviene, en la mediación no hay tal sustitución, limitándose la intervención del mediador a poner en contacto a su principal con el tercero a efecto de que ambos —y no el mediador— celebren el negocio.

En el acto o negocio que se celebre con intervención de un corredor o mediador, sólo intervendrán las voluntades del principal y de su co-contratante, no la del mediador; en cambio, en aquel en que intervenga un representante, las voluntades del negocio son las de éste y la del co-contratante. En ambos supuestos, sin embargo, los efectos del negocio se refieren a las *partes* de él, ni al representante ni al mediador.

Además, mientras la intervención del mediador se realiza en la etapa de los tratos, de la preparación del contrato, y tiende a la celebración definitiva de éste, la intervención del representante se da tanto en dicha etapa como, sobre todo (y en ello consiste realmente la función representativa), en la celebración misma del negocio. Parte, formalmente no en sentido material, del negocio que se celebre con la intervención del representante, será éste y el tercero con quien contrata; en cambio, en el negocio que se celebra a virtud de la intervención previa del corredor, éste no es parte, ni formal ni materialmente. Por ello, a los corredores o mediadores se les prohíbe actuar como representantes (comisionistas, factores, administradores de sociedades, artículo 68 fracciones I, II, III del Código de Comercio), ya que su intervención se reduce a proponer, ajustar y otorgar (formalmente, es decir, extender minuta y copiar en su libro de Registro, artículos 63 y 64 del Código de Comercio) contratos mercantiles (artículo 51 del Código de Comercio).

Por otra parte, en tanto que el representante interviene en el negocio por encargo y como agente de una sola de las dos partes que intervienen, el mediador puede serlo de ambas partes del contrato que se llegue a celebrar, porque cada una de ellas le haya conferido el encargo de convencer y de tratar

a la otra parte para la celebración del convenio; de aquí que, mientras normalmente hay prohibición para que se represente a las dos partes de un negocio (salvo el mandato consigo mismo, ver infra núm. 30), no lo hay para que el mediador actúe por ambas, convenga con ellas y trate de concertarlas.

Cuando no se trata de corredores titulados, sino libres o meros mediadores o intermediarios, ellos no otorgan o formalizan los contratos, sino meramente los proponen y los ajustan poniendo en contacto a las partes, y en este caso no tienen carácter de fedatarios ni de peritos, cualidades que sí corresponden a los corredores titulados (ver artículos 66 y 67 fracción x del Código de Comercio).

En la práctica comercial mexicana es frecuente designar a los mediadores como comisionistas, y celebrar con ellos convenios en los que su actividad se reduce a proponer y ajustar contratos, privándoles de toda representación e inclusive prohibiéndoles que contraten a nombre propio. Esta confusión de calidades y atribuciones quizás se deba a que los honorarios y percepciones a pagar a esos supuestos comisionistas, por su intervención, se llama y designa como *comisión*, que generalmente es un porcentaje del precio o valor de cada negocio en el que intervengan y que se celebre por el principal con los terceros. En estos casos, estamos, pues, en presencia de contratos de mediación, independientemente del nombre con que se los designe.⁸¹

12. Representación indirecta y negocio fiduciario⁸²

Relaciones afines que la mayor parte de la doctrina asimila o cuando menos emparenta estrechamente, son la representación indirecta y el negocio fidu-

⁸¹ Respecto a las notas de la mediación y a la distinción entre esta figura y la representación, véanse, principalmente, Stolfi, *Della mediazione*, en el Comentario del Codice Civile de Scialoja e Branca, Libro Cuarto, arts. 1754, 1806; Roma, 1953, pp. 42 y ss.; Vivante, *cit.*, núms. 196 y 230, pp. 254 y 283; Bolaffio, *Dei mediatori*, en el Codice di Commercio Commentato, de Ascoli, Turín, 1937, II, 302 y ss.; Carraro, *La mediazione*, Padua, 1962 pp. 196 y ss.; Giordano, *Il contratto di agenzia*, Bari, 1959, pp. 38 y ss.; Herzog, *Les représentants de commerce et les accidents du travail*, París, 1946, pp. 41 y ss.

⁸² Sobre el tema, véanse, principalmente, Ascarelli, *Il negozio indiretto e le Società commerciali*, en Studi in onore de Cesare Vivante, I, pp. 31 y 39; Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza*... *cit.*, pp. 255 y ss.; Carioti Ferrara, *Negozi fiduciari*, Padua, 1933, p. 73; Graziani, *Negozi indiretti e negozio fiduciari*, RDC. 1933, I, pp. 414 y ss.; Greco, *Le società di "comodo" e il negozio indiretto*, RDC., 1932, I, pp. 778 y ss. Rubino, *Il negozio giuridico indiretto*, pp. 23 y ss. (hay trad. castellana de la Rev. de Der. Privado); Messina, *Negozi fiduciari*, en *Escritti giuridici*, Milán, 1948, I, p. 30; Saggese, *cit.*, núm. 38, pp. 58 y ss.; Jordano Barca, *El negocio fiduciario*, Barcelona, 1959; Garrigues, *Negocios fiduciarios en Derecho Mercantil*, Madrid, 1955.

ciario.⁸³ Común a ambas figuras, como ya decíamos, es el obrar a nombre propio; porque, en efecto, tanto el mandatario o comisionista que oculta estar obrando por cuenta del mandante o comitente, como el fiduciario, aparecen y figuran en sus relaciones con terceros como dueños o titulares y como interesados reales del acto o negocio relativo, sin que por lo general la presencia o existencia de un mandante o fiduciante se conozca por el tercero contratante. Es común también a ambas instituciones el obrar por cuenta o interés ajeno, es decir, por cuenta del representado y del fiduciante, ya que es esencial a la representación y al negocio fiduciario que el beneficiario, el último interesado, o sea, la persona que adquiere o que se obliga a virtud del acto ejecutado por el representante o el fiduciario, sea, en el primer caso el representado, y en el segundo el fiduciante.⁸⁴

Sin embargo, respecto a esta última nota surge la primera diferencia entre los dos negocios; ya que mientras el negocio fiduciario es un negocio traslativo, la representación indirecta no lo es, sino que constituye meramente una relación personal; de ahí que el obrar por cuenta ajena en aquél, no constituya una actividad inmediata y actual en el momento en que el fiduciario se relaciona con los terceros, sino que, por el contrario, constituye una actividad diferida, mediata, a largo plazo; o sea, que el fiduciario, al ejecutar el negocio, actúa por su cuenta, y sólo cuando el negocio fiduciario se extinga y se dé lugar a la retrasmisión al fiduciante (o a un tercero) de bienes, derechos y deudas adquiridas por el fiduciario, se actualiza el interés de aquél y el hecho de que para el fiduciario el negocio era, en definitiva, ajeno.⁸⁵

Lo anterior se aplica también a nuestro fideicomiso, que es la forma más usual y conocida en México del negocio fiduciario, porque en él, la institución fiduciaria obra siempre a nombre propio, pero por cuenta del fideicomitente (o del fideicomisario) al extinguirse el fideicomiso; es decir, por lo pronto, actúa por cuenta propia en cuanto que se ostenta y es —*fiduciae causa*— dueño del patrimonio fideicometido, pero en definitiva, obra a favor del beneficiario del fideicomiso y, por supuesto, siempre en cumplimiento de instrucciones recibidas y de finalidades previstas. En nuestro fideicomiso, al revés de lo que sucede en otros negocios fiduciarios, por la participación obligada y pública de una institución de crédito como fiduciaria ésta no se oculta ante los terceros contratantes, sino que se ostenta y se hace público el carácter

⁸³ Pugliatti, *ob. ult. cit.*, p. 255, Messina, *cit.*, p. 30, dice que en su forma germánica los negocios fiduciarios son formas de representación directa o indirecta, y que es ésta también la posición dominante en la literatura francesa y en autores italianos como Vivante, quien califica a los accionistas fiduciarios como mandatarios sin representación.

⁸⁴ Para el negocio fiduciario ver Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, RDC, I, 1936, p. 353.

⁸⁵ Ver Cariota Ferrara, *cit.*, p. 73.

del negocio y la existencia de esa relación de fiducia entre el fideicomitente y el banco.

En cambio, en la representación indirecta (sea que provenga de mandato o de comisión),⁸⁶ la actuación por cuenta ajena es contemporánea con el contratar con el tercero, porque aunque éste lo ignore, el mandatario o comisionista nunca adquiere para sí sino para su mandante o comitente. No se requiere un nuevo acto traslativo sino meramente la ejecución de la segunda etapa de la transmisión o cesión que inició el representado o el tercero a favor del representante, y que consiste en entregar y poner a nombre del representado el bien o el derecho adquirido por aquél; en caso de que el mandatario o el comisionista se niegue o se resista a entregar o poner a nombre del mandante o del comitente el bien, el documento o el derecho adquirido, violando así el pacto interno con éste, o sea, el convenio de obrar por cuenta y en interés del mandante o comitente, éste tiene el derecho de demandar de aquél la reivindicación y entrega de la cosa.⁸⁷ En materia de inmuebles, como ya vimos (supra núm. 10) el mandante puede ejercer acción reivindicatoria y hasta acusar penalmente de despojo al mandatario que, en su perjuicio, se adjudica la cosa y dispone de ella, la inscribe a su nombre en el registro inmobiliario y se niega a ejecutar el mandato devolviendo al tercero o al mismo representado (según que su encargo sea transmitir el bien al tercero, o adquirirlo de éste) y dejando de inscribir el bien a nombre del adquirente real y verdadero (o sea, el tercero en el primer caso, el mandante c comitente en el segundo).⁸⁸

⁸⁶ Son éstas sus únicas fuentes contractuales por tratarse esencialmente de un acto voluntario, ya que dicha relación está reñida con la representación unilateral (poder o procura) y con la legal.

⁸⁷ Ver Ascarelli, *cit.*, p. 46; Carliota Ferrara, *cit.*, pp. 30 y 73. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza ... cit.*, p. 289, al diferenciar ambas figuras indica que en la representación indirecta, la representación del mandante al mandatario se otorga en el primer momento y a dicha interposición sigue o sucede la ejecución del encargo (verbigracia la adquisición de la cosa a nombre del mandatario); en el negocio fiduciario sucede lo contrario: primero se da la investidura del derecho, o sea, la atribución de la propiedad del fiduciante al fiduciario y enseguida o como consecuencia se otorga la interposición. Además, mientras en el negocio fiduciario la transmisión de la propiedad es *erga omnes*, incluso frente al fiduciante, en la representación indirecta la transmisión y la adquisición a favor del representante no existe frente al representado o mandante. Ver Ferrara, *Gli negozi fiduciari, Studi di Diritto in onore di Vittorio Scialoja*, II, pp. 751 y ss.

⁸⁸ Para el derecho francés ver Lerebours Pigionnière, *cit.*, pp. 167, 170, 197, 223 (respecto al abuso de confianza), y Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza ... cit.*, p. 292, para el italiano, y arts. 1706 y 2932 C. Civ. it. Entre nosotros, a semejanza del derecho español (art. 286 C. Co.), se permite la representación indirecta del factor. Y se prevé expresamente que él incurra en abuso de confianza (art. 315 C. Co.), delito que tanto puede darse, según creemos, al vender objetos del giro mercantil del que está encargado, violando una prohibición del principal, como adquiriendo para sí lo que debe obtener para el principal.

Por otra parte, en el negocio fiduciario existe entre fiduciante y fiduciario una transmisión —*fiduciae causa*— de aquél a éste,⁸⁹ que plantea una doble relación de naturaleza real y personal o de crédito, que es inherente y propia de tal negocio;⁹⁰ en la representación indirecta, no existe la duplicidad indicada, ya que entre representado y representante no se plantea relación alguna; en todo caso, el negocio traslativo —real— se verifica en la segunda etapa de la operación, es decir, en las relaciones entre el representante y el tercero, aunque dicho efecto traslativo, no es en manera alguna esencial a la representación indirecta, y a las relaciones y vínculos del representante con el tercero. Si las partes celebran realmente un negocio traslativo y convienen que una de ellas trasmita el bien al tercero actuando como dueño, es decir, obrando frente al tercero a nombre y *por cuenta* propia, en tal caso, no estaremos en presencia de un negocio indirecto, de una representación indirecta, sino de un negocio fiduciario,⁹¹ lo que nos lleva a afirmar, que no existe esta clase de representación cuando entre las partes se plantea inicialmente una transmisión, pactándose una conducta ulterior meramente obligatoria: esto, constituye un negocio fiduciario.⁹²

En cambio, la relación inicial que se establece entre representado y representante es y debe ser, meramente personal, obligacional y no real; posteriormente, al relacionarse con el tercero, al ejecutar el mandato recibido, el repre-

⁸⁹ "El fiduciario es propietario *erga omnes*, es decir, no sólo frente a terceros sino también frente al fiduciante, no sólo en la relación externa sino también en la interna"; Cariota Ferrara, *cit.*, p. 30.

⁹⁰ Franceschelli, *Il trust nel diritto inglese*, Padua, 1935, p. 13.

⁹¹ Fiduciario sería el endoso en propiedad que el beneficiario de un título de crédito a la orden o nominativo pusiera en éste, para que el endosatario lo cobrara o lo transmitiera a su vez en propiedad a tercero, con la obligación de éste de entregar a aquél el producto obtenido. Para los efectos de la cadena o serie no interrumpida de endosos (art. 38 LTOC), el último adquirente estaría bien legitimado cuando todos los endosos fueran plenos o en propiedad; en cambio, si en alguno de ellos el endoso aparece hecho por un representante a nombre del representado, aquél debe legitimarse formalmente, i.e. comprobar su carácter de representante ya sea por medio de un endoso en el propio título (endoso en procuración) o por medios extracartulares (verbigracia para votar acciones nominativas). De no ser así, habría interrupción de la "cadena de endosos". Sobre esta materia, haciendo referencia a puntos de vista contrarios de Vivante, Mossa, Ascarelli, ver Greco, *La girata del rappresentante nei titoli all'ordine*, en *Rivista delle Società*, VIII, 1963, pp. 8 y ss.

⁹² Ver Cariota Ferrara, *cit.*, p. 73 y en la 40: "estamos en presencia de un negocio fiduciario siempre que se plantee una contraposición entre una relación real y una relación obligatoria y un *exceso* del medio al fin; en cambio, se tiene un negocio indirecto, en general, siempre que se presente una simple *disonancia* entre el medio adoptado y el fin perseguido". Dicho de otro modo, con palabras de Ascarelli, *Il negozio*... *cit.*, p. 46: "en la fiducia, la transmisión de la propiedad es el medio para que el fiduciario pueda realizar una determinada actividad, ya sea en interés del

sentante sí puede celebrar un negocio real, y adquirir para el mandante, lo que dependerá de la amplitud de las facultades que tenga el representante indirecto.

13. *Representación indirecta y negocio simulado*

A diferencia de la representación indirecta en que las dos partes que lo celebran convienen sobre una relación jurídica a la que fijan un contenido u objeto determinado, que habrá de ser respetado y cumplido por una de ellas (el representante) al relacionarse con terceros, aunque éste actúe en la inteligencia de que su contraparte real es la persona con quien contrata; es decir, que convienen y establecen en el negocio inicial, los vínculos y relaciones reales existentes entre ellos y pactan desde un principio que el representante, en sus relaciones con los terceros, se ostente (sin serlo y de ahí la semejanza con la simulación) ⁹³ como interesado directo, pero también estipulan que los efectos de dichas relaciones —reales o de crédito— trasciendan y se apliquen al representado; en el negocio simulado, en cambio, las partes declaran frente a terceros y pactan unas relaciones y establecen unos vínculos que no son realmente los existentes entre ellos, ya que éstos se encuentran encubiertos y están fijados y establecidos en otro negocio o acuerdo previo, oculto, secreto y de carácter interno que contradice o cambia sustancialmente el negocio externo, aparente y simulado.

En la representación indirecta, aunque el pacto interno permanece oculto e ignorado por los terceros, fija claramente la naturaleza y el alcance de las relaciones que el representante habrá de establecer con uno o varios terceros determinados o indeterminados, y clara y precisamente también establece que a pesar de que la existencia del representado y de la representación indirecta misma sean desconocidas por el tercero, los efectos de aquellas relaciones establecidas entre éste y el representante habrán de referirse al representado, a

fiduciante o en el suyo propio... los poderes del fiduciario resultan precisamente de la propiedad adquirida... y los pactos entre las partes no hacen sino disciplinar el uso y reglamentar la eventual retrasmisión de la misma cosa. En cambio, cuando el mandato va acompañado de una transmisión de propiedad, aquél, permanece como un negocio distinto y la posición del mandatario no se plantea como indirecta a virtud de la adquisición de la cosa, sino por el contrato existente entre las partes; por otro lado, la cosa transmitida deberá constituir por sí misma, el objeto del negocio que el mandatario se obliga a realizar frente al mandante..." En contra de la distinción, Santoro-Pasarelli, *cit.*, p. 177.

⁹³ Tanto que en la doctrina se habla de mandatario disimulado, ver Lerebours Pignonnière, *cit.*, pp. 36 y ss., 90 y ss., sin que dicha disimulación obste a que el representado adquiera directamente del tercero y no del representante (*ibidem*, 174).

cuyo favor el representante inscribirá la propiedad respectiva, y titulará el derecho adquirido del tercero o la obligación asumida a favor de éste.⁹⁴

En la simulación, contrariamente, las partes establecen una relación distinta y muchas veces contraria jurídicamente a la que realmente existe entre ellos,⁹⁵ a la que acuden para *engañar* a terceros y en ocasiones para defraudarlos. Mientras en la simulación existe divergencia entre lo querido y lo declarado,⁹⁶ entre el negocio interno y el externo y se plantea una *incompatibilidad* entre los fines pactados en el negocio que celebran y los realmente perseguidos por las partes; en el negocio indirecto —y concretamente en la representación indirecta— hay una mera *incongruencia* entre dichos fines.⁹⁷ Hay incompatibilidad de fines, en efecto, en la celebración de una venta con el fin exclusivo de volverse insolvente y dejar sin garantía a los acreedores (*simulación absoluta*), porque la enajenación de la cosa no va acompañada del pago de un precio justo y cierto que es un elemento esencial de la compraventa; o cuando se celebra una compraventa con pacto de rescate para ocultar la relación real del mutuo con garantía real (*simulación relativa*),⁹⁸ porque los fines de enajenación y de garantía de ambas operaciones han sido considerados tradicionalmente como distintos e incompatibles. En cambio, hay sólo una incongruencia, no una incompatibilidad ni menos una contradicción, en ostentarse el representante como el interesado adquirente directo, en los negocios respectivos que celebre con los terceros, cuando en realidad el interesado sea otro y quien adquiere sea el representado.

El actuar, por ejemplo, una persona como “accionista de paja” al constituir una sociedad anónima, dado que el interesado real no puede (físicamente, verbigracia por no estar presente al constituirse la sociedad, o por querer evitar las molestias, los gastos, las dilaciones del otorgamiento de un poder) o no quiere figurar, constituirá una representación indirecta, no una simulación, pero sólo si con tal procedimiento no se encubre un acto o una situación prohibida legalmente. En cambio, si el interesado real no pudiere de acuerdo con una norma

⁹⁴ Ver Lerebours Pigionnière, *cit.*, 183 y 213. Además, la sustitución de la persona del representante por la del representado no cambia en lo absoluto la esencia ni las características del negocio celebrado por el representante con el tercero, porque la persona del deudor o del acreedor, como regla general, no influye ni tiene trascendencia alguna sobre el contenido de la prestación. Ver Saleilles, *Essai d'une Théorie Générale de l'obligation d'après le projet de Code Civil Allemand*, París, 1890, núm. 82, p. 71.

⁹⁵ Ver Lerebours Pigionnière, *cit.*, p. 179, con la evolución en el antiguo derecho francés de la teoría de la simulación, así como la relación de las *contre-lettres* con el mandato indirecto (*preténome*).

⁹⁶ Así, la ejecutoria de la Suprema Corte, Hermenegildo Moreno González, publicada en BJJ, 1960, p. 653 y en la doctrina, Pugliatti, *La simulazione dei negozi unilaterali*, en *Diritto Civile, cit.*, p. 541 con la crítica de esta terminología asaz frecuente.

⁹⁷ La distinción en Betti, *Teoria del negozio giuridico... cit.*, p. 249.

⁹⁸ Ver Betti, *ibidem*, p. 251.

de derecho, figurar como accionista, quien preste su nombre para violar tal prohibición realiza un acto simulado.

No hay en la representación indirecta incompatibilidad, porque la causa o fin del negocio que el tercero celebre con el representante no exige ni siquiera supone que éste adquiera para sí, y porque dicho negocio no excluye que el interesado o el afectado directo (representado) sea alguien distinto, que está detrás de quien actúa como parte en el negocio.⁹⁹

Por último, se diferencian ambas figuras, en que, mientras la representación indirecta, a semejanza del negocio fiduciario, supone siempre la existencia de dos relaciones distintas (una entre representado y representante, y otra entre éste y un tercero) y de tres partes que intervienen en ellas, en el negocio simulado si bien hay dos relaciones (la simulada y la real) no hay tres partes, sino sólo dos, que intervienen en dichas dos relaciones. De aquí que en las dos relaciones que existen en el negocio simulado intervengan y participen las dos partes, en tanto que en las dos relaciones del negocio representativo sólo intervenga el representante, correspondiendo al representado intervenir en la primera y no en la segunda relación, y el tercero contratante, interviene en la segunda y no en la primera relación.

14. Representación indirecta y negocio en fraude a la ley

La doctrina jurídica afirma que un acto se considera cometido en fraude a la ley cuando, sin ser contrario a la letra de un precepto imperativo, viola su contenido efectivo;¹⁰⁰ y que para determinar y precisar este contenido, se requiere acudir a la interpretación adecuada y correcta de la norma imperativa (prohibitiva o preceptiva) que se considere violada,¹⁰¹ a efecto de atribuirle su alcance real y conocer sus fines propios, no fijándole funciones ajenas o excesivas ni restringiendo indebidamente dichos fines y funciones.

Al lado de los actos en fraude a la ley, que como vemos implican la violación del espíritu de una norma imperativa, el derecho regula y sanciona los actos *contra legem* que violan, ya no el espíritu sino el texto mismo del

⁹⁹ Ver también Ascarelli, *Il negozio... cit.*, p. 49: "en el negocio simulado, dice, hay una discordancia entre la voluntad y la declaración (Ferrara), o bien, dos declaraciones que con fundamento en el acuerdo de simulación, se excluyen recíprocamente (Kohler, Messina); en cambio, en el negocio indirecto las partes quieren lo que declaran".

¹⁰⁰ Carrara, *Frode alla legge*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1961, t. VII, p. 647 con la cita de la sentencia de Paolo: *Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvis leges verbis sententiam eius circumvenit* (1. 29 D. 1. 3).

¹⁰¹ Messina, *cit.*, p. 76; Betti, *cit.*, p. 211; Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, en *Diritto Civile cit.*, pp. 372 y ss.

precepto;¹⁰² en aquéllos, como dice Pugliatti,¹⁰³ existe una incongruencia entre *verba* y *sententia legis*. . . un aparente respeto de la ley (en su letra) y una real violación de ella (en su espíritu);¹⁰⁴ en los actos *contra legem*, en cambio, se plantea una violación del texto mismo de la norma, y en consecuencia, también de su contenido y de su espíritu.

Nada de esto ocurre en la representación indirecta, que no supone ni menos exige que el obrar del agente se realice en fraude a la ley o como actividad contraria a su texto; por el contrario, el supuesto de la conducta del representante frente a terceros es que ella sea conforme con la letra y con el espíritu de la norma, es decir, que tal conducta sea igual a la que directamente pudiera o hubiera podido realizar el principal o representado. No hay, pues, violación alguna de la ley, sino, por el contrario, cumplimiento de ella y sujeción de las partes (representado y representante) a los supuestos normativos y al alcance y al espíritu de la regla. Prueba de esto es que cuando el representante indirecto viola prohibiciones que le son impuestas por el representado, éste queda liberado, no sólo frente al tercero-contratante (lo que siempre sucede en materia de representación indirecta, salvo, en los derechos español y mexicano, en el caso de un "factor" que obra a nombre propio caso en el cual "el contratante podrá dirigir su acción contra el factor o principal", artículo 314 Código de Comercio (ver infra núm. 28), sino también, frente al representante mismo.

No obstante, es indudable, por una parte, que la representación indirecta —como todo negocio indirecto— va siempre acompañada de la sospecha de haberse ejecutado como acto *in fraud legis* o inclusive *contra legem*; y por otra parte, que a través de dicha representación frecuentemente se acuda a violar el texto de un precepto, o cuando menos su espíritu; es decir, que se cometa un acto contrario o en fraude a la ley.

Que la representación indirecta vaya acompañada siempre de la sospecha de estar actuando en fraude a una disposición legal,¹⁰⁵ se entiende y se

¹⁰² Carrara, *cit.*, p. 649 y Pugliatti, *ob. ult. cit.*, p. 370: en el negocio en fraude a la ley se obtiene un resultado semejante al prohibido por la norma; en tanto que en el negocio contrario o cometido en violación a la ley el resultado es igual al prohibido por la norma (y la crítica de esta tesis en p. 371).

¹⁰³ *Ob. ult. cit.*, p. 364.

¹⁰⁴ Pugliatti, sin embargo, en este estudio asimila los actos *contra legem* y los *in fraud legis*, cuando menos en cuanto a sus efectos, ver p. 369. En sentido diferente al texto, Lerebours Pigionnière, *cit.*, p. 237, para quien la intervención de un prestanombre en lugar de un sujeto inhabilitado o sobre quien pesa una prohibición (el caso del accionista de paja que figura como prestanombre de otro que legalmente no puede serlo. Ver supra núm. 13), constituye un fraude a la ley; y excluye de estos actos, por no estar absolutamente prohibidos —dado que pueden ser confirmados— aquellos realizados por prestanombres a favor de incapaces.

¹⁰⁵ Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza . . . cit.*, p. 255.

comprende, no sólo por el carácter privado y oculto en que se mantiene frente a terceros la relación que existe entre las partes, sino también porque con frecuencia resulta posible que la intervención directa del agente con el tercero traiga como consecuencia la falta de celebración del negocio relativo, porque éste lo celebre en la creencia —y muchas veces en el engaño— de que su contraparte (el agente o representante) es el único y real interesado, y de que no hay otra persona y menos, muchas veces, el principal o representado a quien beneficie y a quien se atribuya la conducta de dicha contraparte.

La sospecha de fraude, en este último caso, estriba, en que se acuda o se tenga que acudir a un obrar indirecto, cuando el derecho establece medios directos para el logro de los mismos fines, y prevé como situación normal la actividad y la conducta de quien resulta el interesado real y el dueño efectivo del negocio frente al contratante que trasmite un derecho o adquiere una obligación.¹⁰⁶

A pesar de ello, es decir, a pesar de ser un negocio oculto y no obstante la ignorancia y hasta el engaño que sufra el tercero contratante, la validez, la eficacia y hasta la conveniencia de la representación indirecta no pueden discutirse, como tampoco se puede afirmar que esas características suponen la violación de la letra o del espíritu de una norma legal.

Pero, contrariamente, es posible y es frecuente que precisamente por el carácter secreto o reservado del encargo, los particulares se valgan de la representación indirecta como uno de los instrumentos más aptos y propicios para violar un texto imperativo, o cuando menos el espíritu y los fines de un precepto prohibitivo o preceptivo. En estos casos, estaremos en presencia indudablemente de una actividad ilícita, pero no porque la representación indirecta lo sea, sino porque los particulares se valen de ella como de medio idóneo para conseguir sus torcidos fines. Se plantearía un caso de acto *contra legem* o de uno en *fraudem legis*, valiéndose de una institución y de un negocio lícito y expresamente sancionado y regulado por el Ordenamiento positivo, como es el mandato (artículo 2560), o la comisión no representativos (artículo 283 del Código de Comercio); es claro que por medio de una representación indirecta no se puede ni se debe realizar algo que la ley prohíba hacer directamente,¹⁰⁷ ni tampoco un acto que infrinja una norma o el espíritu de ella.¹⁰⁸

¹⁰⁶ En este sentido ver Messina, *Negozi fiduciari, cit.*, en *Scritti Giuridici*, I, p. 76, que cita y sigue a Kohler; y Pugliatti, *ob. ult. cit.*, p. 257, quien indica la oposición de la doctrina para admitir y regular una categoría especial de negocios indirectos, precisamente por esta frecuente sospecha de fraude y por este constante rozamiento de los negocios indirectos con los ilícitos.

¹⁰⁷ Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza... cit.*, pp. 332 y ss.

¹⁰⁸ Betti, *cit.*, p. 239. En lugar, dice este autor, de presentarse en este último caso la violación directa de la ley, se operaría su violación indirecta (y nótese otra seme-

Así, como ejemplos, si una norma prohíbe a los extranjeros en México, adquirir el dominio de bienes inmuebles en una faja de cien kilómetros a lo largo de sus fronteras y de cincuenta de las playas (artículo 27 fracción I de la Constitución Federal), o si otra prohíbe a los factores “traficar o interesarse en negociaciones del mismo género de las que hiciere en nombre de sus principales” (artículo 312 del Código de Comercio); o si una ley exige la presencia de accionistas y administradores mexicanos en una sociedad anónima (verbigracia Ley de Minas, artículo 14 y Reglamento de dicha Ley, artículo 250), constituirían actos en fraude a la ley valerse de prestanombres o representantes indirectos para alcanzar los fines que tales normas impiden obtener directamente al representado o principal.

janza entre representación indirecta y acto en fraude a la ley) “que si bien salva la letra de la norma, falsea su finalidad y la elude, usando de un instrumento legal contra el fin de la norma”.