

CAPÍTULO VI

LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA EN LOS CONTRATOS

23. Concepto del factor	81
24. La factoría como contrato civil o laboral	85
25. Limitaciones a los poderes del factor	90
26. Apoderamiento del factor	95
27. Oponibilidad de las limitaciones impuestas al factor	100
28. Actuación del factor: la <i>contemplatio domini</i>	103
29. Mandato y comisión	108
30. Contrato consigo mismo	117

CAPÍTULO VI

LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA EN LOS CONTRATOS

23. *Concepto del factor*

En los términos del artículo 309 del Código de Comercio, se reputan factores tanto a los *directores* o *gerentes* de una empresa mercantil, como a los *representantes* o *apoderados generales* a quienes se atribuya facultades para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y en nombre de sus propietarios.

El factor, que siempre es representante del principal o empresario, que es un auxiliar del empresario e integra con dependientes y trabajadores al personal de la empresa, que dirige a ésta y que tiene a su cargo no sólo la celebración sino también la ejecución de actos jurídicos y materiales, evidentemente sólo puede ser una persona física, ya que una sociedad o persona moral no podría *ejecutar ni dirigir* directamente, sino por conducto precisamente de un representante, una empresa o los actos jurídicos de ella.¹⁸⁰

La primera nota o característica del factor, según puede verse del concepto anterior, es que se trata de un representante de la empresa comercial; es decir, que la actividad del factor requiere de esa organización económica de los factores de la producción, y que los servicios del factor se insertan y se relacionan precisamente con la negociación o empresa.

Excluimos, consecuentemente, de la institución del factor, es decir, de la llamada *representación institoria*, a las empresas no comerciales, como son las agrícolas, que si en otros derechos admiten la presencia y la intervención del factor, en el nuestro no, dados los términos tan claros del artículo 309. En la práctica, estas empresas agrícolas (ranchos, establos, granjas, plantas avícolas, negociaciones forestales, etcétera), están dirigidas por el empresario directamente, quien suele nombrar un *administrador* que se encarga precisamente, más de la gestión y de las tareas materiales del negocio, que de la realización o ejecución de actos y negocios jurídicos (venta de los frutos y productos, compra de fertilizantes, forrajes, alimentos), los cuales se reserva dicho titular. No obstante, cuando el titular de estas empresas agrícolas se constituye en forma de sociedad, nada impide que el órgano de administración o los propios socios (Junta o Asamblea) designen y nombren un *gerente*, representante general, cuya función es igual a la del factor.

¹⁸⁰ Así, en la doctrina, Mossa, *cit.*, núm. 605, p. 498; De Semo, *cit.*, p. 762. Entre nosotros, Mantilla Molina, *cit.*, núms. 197 y 220, pp. 143 y 158.

Por lo que respecta a las pequeñas empresas y a los talleres de artesanado, su dimensión reducida, y sobre todo, la participación directa y constante de su titular, el maestro del taller, en las actividades de éste y en las tareas de los artesanos y aprendices, no favorecen la intervención de un representante, ni menos de uno que tenga una representación general. La actividad en el taller en efecto, consiste principalmente en las ventas de sus productos o servicios, a base, no de ofertas al público, sino de pedidos individuales y directos del cliente, quien no es raro que sea un visitante atraído al taller por el acabado y la perfección de sus productos, por la prontitud y formalidad en la ejecución de sus servicios, o sencillamente, por la recomendación de amigos o conocidos; y en estas actividades, no interviene por la pequeña empresa un representante general, sino directamente el dueño, el empresario, o bien, a su nombre, un familiar que lo auxilia, y que evidentemente no se vincula con él por el *contrato* o la relación de factoría, sino estricta y propiamente, por un poder tácito de efectos restringidos y de alcances limitados.

La segunda nota o característica del factor es que obre en nombre (y por cuenta) del principal, o sea del empresario (persona física o jurídica) y ejecute las actividades propias de la empresa; esto, a pesar de lo dispuesto por el artículo 311 del Código de Comercio que en contradicción con la definición legal y con el concepto mismo de la factoría establece que el factor puede obrar a nombre propio. Es decir, la factoría, propiamente tal, a diferencia de otros contratos como la comisión y el mandato, es *un negocio eminentemente representativo*; es decir, es un contrato al que *siempre* va ligada la representación (ver, no obstante, infra núm. 28) en la que siempre se da el acto unilateral que es la fuente de la representación voluntaria (ver supra núm. 1).

Consecuencia de la *contemplatio domini* es que el factor no sea comerciante, porque es característica esencial de éste, el obrar a nombre propio.¹⁸¹

La tercera nota propia del factor es la permanencia de sus funciones, ya que siendo un representante general del empresario y estando vinculado a la empresa, su poder perdura mientras la negociación subsista, salvo, por supuesto, que le sea legalmente revocado; su representación continúa después de la muerte del principal por estar ligado a la suerte y a la vida de la empresa (artículo 319).¹⁸²

¹⁸¹ De acuerdo Garrigues, *Curso...* cit., p. 552; Sraffa, *cit.*, p. 147; Vivante, *cit.*, núm. 269, p. 331; Rocco, *cit.*, núm. 88, p. 302; De Semo, *cit.*, p. 763; Nattini, *cit.*, p. 45; Mantilla Molina, *cit.*, núm. 198, p. 144.

¹⁸² Sobre estas cuestiones véase principalmente la doctrina española que commenta textos semejantes o iguales a los nuestros; de dicha doctrina, principalmente, para el viejo Código de 1829, modelo de los nuestros, Martí de Eixala, *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, Barcelona, 1865, núm. 126, p. 164. Para el derecho vigente, Garrigues, *Tratado...* cit., t. I, vol. 3º p. 1420 y más recientemente *Curso...* cit., p. 548; Uriá, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1948, núm. 34, pp. 42 y ss. En nuestro derecho, Mantilla Molina, *cit.*, núm. 219, p. 158.

LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA EN LOS CONTRATOS

83

Cuarta nota característica del factor, es la generalidad de la representación que le es atribuida: es un director general de la negociación, o un apoderado general del empresario "respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas", como establece la definición del artículo 309. Tal cúmulo de facultades no se compadece, como veremos (infra núm. 25), con limitaciones que desvirtúen la generalidad de su representación.¹⁸³

La quinta característica del factor es que depende con carácter subordinado, del empresario. El factor, en efecto, es un miembro del personal de la empresa, el más conspicuo y de mayor importancia de ésta, que jerárquicamente depende del titular de la empresa y a quien generalmente están subordinados los funcionarios y los empleados de la negociación. Tenemos, pues, desde este punto de vista, por un lado una relación jurídica de gestión y prestación de servicios (en el amplio significado que este concepto tiene) entre el empresario y el factor o gerente, y por otro lado, un representante y un *alter ego*¹⁸⁴ del titular de la negociación; es un funcionario, el de mayor importancia, de la empresa, situado en el vértice de ella¹⁸⁵ y de quien depende no sólo el personal (*funcionarios*, como subgerentes, subdirectores, profesionistas, apoderados; *empleados*, como agentes, dependientes y empleados de mostrador; *trabajadores*, como obreros, mancebos, mozos,¹⁸⁶ sino también, como dice la definición del artículo 309, la contratación y la atención de todos los negocios concernientes al establecimiento o empresa.

Lo anterior no quiere decir que la relación y la existencia misma del factor, sólo se plantee respecto a la unidad o a la totalidad de la empresa; esto es lo normal, pero nada impide y ello es frecuente, que por funcionar la negociación a base de sucursales y filiales en la misma plaza (piénsese en las instituciones de crédito) o en ciudades diferentes (verbigracia: instituciones de seguros o de fianzas), unas y otras se encomienden a gerentes generales, y que, por tanto, se dé la relación factoril respecto a secciones territoriales o ramas técnicas y económicas de la empresa;¹⁸⁷ sin embargo, la condición es que dichas sucursales, filiales, agencias, estén estructuradas como unidades económicas autónomas o *cuasi* independientes, o sea, que constituyan organizaciones y centros de actividad de los distintos factores de la producción para ofrecer al público bienes y servicios, y sobre todo, que mantengan cierta

¹⁸³ Garrigues, *Curso...* cit., loc. cit.

¹⁸⁴ Marghieri, *La direzione degli affari nelle anonime*, en *Studi in onore de Vivante*, II, p. 4. Fanelli, *cit.*, pp. 447 y ss.; De Semo, voz, *Institore* en el *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, pp. 262 y ss.

¹⁸⁵ Ver fundamentalmente, Mossa, *cit.*, núm. 604, pp. 496 y ss.; también De Semo, *cit.*, p. 761.

¹⁸⁶ Ver Barrera Graf, *Tratado...* cit., núm. 118, pp. 192 y ss.

¹⁸⁷ Ver Valeri, *Manuale di Diritto Commerciale*, Florencia, 1948, vol. I, pp. 79 y ss.; De Semo, *cit.*, p. 760; Mossa, *cit.*, núm. 606, pp. 498 y ss.

84 LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA EN DERECHO PRIVADO

independencia y autonomía económica, técnica y funcional o administrativa, respecto a la matriz, a fin de que el factor sea en rigor, un representante general, no subordinado en cuanto a su representación al control y al visto bueno del empresario, ni supeditado a otro funcionario (o a otro factor) de la matriz, respecto a la celebración y ejecución de los actos propios de la sucursal o agencia.¹⁸⁸

Que se trate de una persona subordinada jerárquicamente (no supeditada) al empresario, y que dependa económicamente de la empresa, no implica que la relación jurídica y contractual que vincula al factor con la empresa sea, en derecho mexicano, necesariamente, de naturaleza laboral; es decir, que exista una *locatio operarum* y más precisamente, una relación de trabajo reglamentada por la Ley Federal de la materia, y que deba considerarse al factor como un trabajador.

De igual manera, que el contenido de la relación institutoria se refiera fundamentalmente a la celebración de actos jurídicos, es decir, a la representación de la empresa, y que esta representación sea general, son circunstancias que no implican de manera alguna que el contrato de gestión respectivo sea siempre un contrato de prestación de servicios regulados entre nosotros por el derecho civil.

En nuestro derecho, a semejanza del derecho italiano vigente (artículo 1703 *Codice Civile*) y a diferencia del francés, del español e inclusive de nuestro Código Civil de 1884, objeto del mandato es la celebración y ejecución de actos jurídicos (artículo 2546 del Código Civil), y no de actos materiales;¹⁸⁹ por lo que podría pensarse que la diferencia entre el mandato (tomada la expresión en sentido impropio, de representación, que es el acogido por nuestra legislación, y en sentido amplio, es decir, tanto referida al contrato civil como a los mercantiles: comisión, factoría, y tanto respecto a la relación contractual —*sedes materiae*— de la representación, como dice Barassi,¹⁹⁰ como a la unilateral: procura, ratificación) y el contrato de trabajo, sería que

188 Así, Mossa, *ibidem*. En el Proyecto de Código de Comercio Mexicano de 1948 se califica como factores tanto “a los que dirijan una empresa como un establecimiento de la misma”.

189 El Código Civil francés al definir el mandato (art. 1984) establece: “Le mandat ou procuration est une acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom”; el Código Civil español en forma más amplia, indica, art. 1709: Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra; nuestro Código Civil de 1884, seguía al Código de Napoleón, ya que su art. 2342 permitía al mandante otorgar al mandatario la facultad de hacer a su nombre alguna cosa. El Código Civil italiano de 1865, igualmente, atribuía al mandatario la facultad de “compiere un affare”, y al determinar el concepto de este *affare* la doctrina admitía que tanto se refería a actos jurídicos como materiales, ver Barassi, *Il contratto di lavoro*, 2^a ed. Milán, 1915, I, pp. 286 y ss. El nuevo Código Civil italiano, en cambio, concreta el mandato a “compiere uno o piú atti giuridici”.

190 *Ob. cit.*, p. 274.

éste se concreta a la ejecución de actos no jurídicos (materiales e intelectuales, según el artículo 3º de la Ley Federal del Trabajo); en tanto que en el mandato, el mandatario celebra y cumple actos y negocios jurídicos, poniendo a disposición del mandante su voluntad, "su aptitud para querer".¹⁹¹

Esta afirmación, que fue sostenida en el derecho italiano derogado, entre otros por Sraffa y Vivante¹⁹² y combatida enérgicamente por Barassi,¹⁹³ no puede admitirse entre nosotros, a pesar de los términos claros del artículo 2546 del Código Civil y de la ambigua terminología del artículo 3º de la legislación laboral, que si bien atribuye al trabajador la prestación de servicios materiales e *intelectuales*, no se cuida de precisar si estos últimos han de ser jurídicos o no jurídicos. Y no puede sostenerse, tanto porque el concepto legal del contrato de trabajo (artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo) se refiere en forma más amplia a toda clase de servicios personales que el trabajador presta al patrón, como porque la interpretación que nuestros tribunales han dado de esta relación, incluye la actividad jurídica, y califica, por tanto, de trabajadores, a los representantes (mandatarios, comisionistas, factores, etcétera), subordinados al principal, con lo que reconoce la tendencia expansionista del derecho laboral.¹⁹⁴

Por otra parte, en el caso que analizamos del factor, como director general de la empresa sobre todo, tanto le incumbe la realización y ejecución de actos jurídicos a nombre del empresario (representación), como de actos materiales (actividad de mera gestión), por lo que aunque la distinción fuera válida, no se aplicaría a dicha figura, para calificar de civiles y no laborales las relaciones respectivas.¹⁹⁵

24. La factoría como contrato civil o laboral

La nota determinante para precisar si la factoría constituye o no un contrato de trabajo, es la libertad o autonomía del factor, o sea, la presencia o

¹⁹¹ Rocco, *Principios...* cit., núm. 79, p. 280.

¹⁹² Sraffa, cit., pp. 31 y ss.; Vivante, cit., núm. 254, p. 314 y la crítica de ambas posturas, en Rocco, *ob. ult. cit.*, pp. 283 y ss. Para este ilustre jurista, "la distinción verdadera consiste en que el arrendatario de obra no realiza ni ejecuta negocios jurídicos para otro, y el mandatario y el representante, sí". Tampoco esta tesis, que por lo demás es tan clara, se aplica entre nosotros como lo demostramos a continuación en el texto.

¹⁹³ *Ob. cit.*, núm. 103 y ss., pp. 280 y ss.

¹⁹⁴ Ver al respecto Santoro-Pasarelli, *Nozioni di Diritto del Lavoro*, 6^a ed., Nápoles, 1952, núm. 29, p. 59; y entre nosotros, ampliamente, De la Cueva, *Derecho Mexicano del Trabajo*, 4^a ed., México, 1954, I, pp. 249 y ss. Últimamente el Tribunal Fiscal de la Federación, en el juicio 1621/65 ha sostenido: "el contrato de trabajo y el mandato, lejos de excluirse son complementarios entre sí".

¹⁹⁵ Expresamente, De la Cueva, cit., pp. 557 y ss. y 565, admite que el mandatario puede ser trabajador.

la ausencia de la subordinación técnica y administrativa del factor al empresario (o a un órgano del empresario, si éste es colectivo).¹⁹⁶ Si tal subordinación existe, es decir, si el factor no goza de amplia libertad, discreción y juicio para la dirección de la empresa, para la ejecución de los diversos actos jurídicos y materiales que le están encomendados; si carece de la facultad de mando y del poder disciplinario y depende y requiere de instrucciones específicas y de la aprobación previa del empresario,¹⁹⁷ a quien, en cambio, le debe sumisión y obediencia, diremos que el vínculo que lo une con la negociación sí es laboral; por el contrario, si el factor, gerente o director, no está subordinado técnica y funcionalmente al empresario, sino que mantiene independencia, libertad y arbitrio en la dirección de la empresa y en la concertación de los negocios de ella, su relación contractual con la negociación será civil y no de trabajo.¹⁹⁸ Debemos, no obstante, analizar más detenidamente este problema, no sólo por la importancia que tiene entre nosotros, sino también porque la Suprema Corte, en varias ejecutorias, ha sentado tesis equivocadas y ha dictado resoluciones inaceptables.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Ver Santoro-Pasarelli, *cit.*, núm. 40, p. 73.

¹⁹⁷ Vivante, *cit.*, núm. 267, p. 329 niega que en tal caso se integre la figura del factor.

¹⁹⁸ De acuerdo con este criterio, entre nosotros, Mantilla Molina, *cit.*, núm. 220, p. 159, Mario de la Cueva, *cit.*, pp. 557 y ss., afirma como tesis general, que el contrato del factor no es de trabajo, ni él es trabajador sino alto empleado de la empresa; sin embargo, el supuesto que dicho jurista analiza es el del factor o gerente que no está subordinado al empresario, sino que dirige la negociación, e incluso a los órganos sociales de ella: "En cuanto a los factores —dice posteriormente— p. 565, debe aplicarse lo que dijimos para los altos empleados cuando *estén al frente* de alguna empresa o establecimiento fabril o comercial; y cuando se trate de mandatarios autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a un establecimiento, habrá que analizar su posición especial para concluir si son o no trabajadores"; y en el derecho extranjero, Santoro-Passarelli, *cit.*, núm. 32, p. 63.

¹⁹⁹ No obstante, últimamente la Corte admite como criterio de distinción entre el contrato de trabajo y "otros contratos civiles o mercantiles en los que también uno de los contratantes presta servicios personales a otro", que sólo en aquél "existe esa sujeción de mando permanente que subordina la actividad del trabajador al imperio de su patrón" (Directo 4760, Rex Applegate); ver también, Directo 3147/60, Laboratorios Lobecort, S. A. BIJ, 1961, p. 31. El análisis y la crítica de la jurisprudencia de la Corte, debe verse, principalmente, en De la Cueva, *cit.*, pp. 551 y ss. Véase también Mantilla Molina, *ob. cit.*, *loc. cit.* Con posterioridad a estas dos obras, la Suprema Corte ha dictado otras ejecutorias en que utiliza criterios igualmente erróneos, como el de ejecución de actos aislados o la realización de una actividad permanente de comercio: "Cuando entre las partes existe una relación permanente en la que el supuesto comisionista ejecuta no uno o varios actos de comercio, sino un gran número de ellos y se encarga sistemáticamente de su celebración, no puede tratarse de un comisionista sino de un trabajador..." (Directo 4406/59, Josefina Sautizo Morales). En otras ejecutorias, el carácter de socio o copartícipe de la empresa ha servido para que la Corte rechace que sean trabajadores; ver Revisión fiscal 188/53, Leonardo Ca S. de R. L., publicado en el Boletín de Información Judicial núm. 91, p. 37. La primera tesis no es aceptable porque si bien el ejercicio habitual de comercio es determinante para que la persona física adquiera el carácter de comerciante, e incluso, dicha nota es importante para efectos fiscales (ver art. 30 Ley del Impuesto

Hagamos referencia, primero, a la jurisprudencia de la Suprema Corte, para enseguida analizar las notas de subordinación y dependencia como propias de la relación laboral.

Según la Corte, "los gerentes deben ser considerados como trabajadores sólo cuando no sean parte integrante de la empresa y no estén vinculados a los resultados económicos de la actividad de la misma, pues en este caso... tienen el carácter de patronés."²⁰⁰ Ahora bien, esta tesis es insostenible jurídicamente ya que lo propio y esencial del gerente o factor es, precisamente, el formar parte integrante de una empresa, en cuanto la dirige o celebra todos los negocios concernientes a ella (artículo 309 del Código de Comercio); además, en una u otra forma el gerente está siempre vinculado a los resultados económicos de la negociación, aunque no sea accionista o tenga participación en las utilidades.

Si el gerente es accionista, ello en nada afecta a su relación contractual; es decir, si existe la subordinación técnica y jerárquica al empresario, que son las notas que caracterizan la relación laboral, el que el gerente sea o no titular de una o más acciones resulta indiferente; como carece también de importancia el que los trabajadores participen obligatoriamente en las utilidades y estén así vinculados a los resultados económicos de la negociación.

Por último, afirmar como lo hace dicha jurisprudencia que el carácter de patrón correspondería al factor o gerente por tal supuesta vinculación a los resultados económicos de la empresa, significa, por una parte, desconocer el concepto de esta figura laboral y por la otra confundir al gerente con el empresario o titular de la negociación. La característica del patrón estriba, fundamentalmente, en el poder de mando, en la potestad que ejerce sobre los trabajadores, y esta nota no deriva ni se relaciona con tal vinculación económica real o supuesta. Ella existe en quienes sean meros accionistas, sin

Sobre la renta), es totalmente ajena e indiferente para calificar de civil o laboral una determinada relación; y es falso, por otra parte, que un comisionista sólo pueda ser designado para acto o actos individuales. En cuanto a la segunda tesis, que no es nueva, es igualmente erróneo el considerar que la mera coparticipación en el riesgo y en la propiedad de la empresa, o en las acciones o partes sociales de las sociedades, conviertan en civil a una relación laboral, o en fin, hagan que una relación de servicios, siempre sea civil. Tamaño dislate nos llevaría a afirmar que con la participación de utilidades a los trabajadores o con la asignación a ellos de acciones —ordinarias, preferentes o de trabajo— se convierten de trabajadores y proletarios en empleados civiles y propietarios.

²⁰⁰ Véanse las siguientes ejecutorias, citadas en el excelente trabajo de compilación de acuerdos del Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social, resoluciones del Tribunal Fiscal de la Federación y ejecutorias de la Suprema Corte, preparada por el Secretario General del IMSS, Enrique Alvarez del Castillo, México, 1965, p. 331: Herrasti Roberto, Semanario Judicial de la Federación, t. XLIV, p. 3309; Industrial Pacifico, XLIX, p. 1281; Bohigas León Federico, LIII, p. 172; Montero de Collado Gonzalo y Coag., LXVI, p. 1311; Ríos Jesús, LXXXIII, p. 1053; IMSS (dos tesis), pp. 144, 3272, t. cv.

que por ello sean, evidentemente, patrones; y no existe, en cambio, en la sociedad que en un caso determinado sea el empresario, la que contrata y revoca nombramientos del personal, y es patrón de sus trabajadores y empleados. De aquí, decíamos, que se confunda al gerente, que es el más alto empleado y el representante general del empresario, con este mismo, cuando el titular de la negociación es una persona física.

La presencia o la ausencia de subordinación del factor al empresario (y también, en algunos casos, a un representante del empresario), fundamental para la calificación y la regulación de la institución que estudiamos, plantea, en primer lugar el problema de la naturaleza y la amplitud del encargo conferido al factor.

El artículo 309 del Código de Comercio prevé dos situaciones distintas: una, la de dirección de la empresa; otra, la de celebración y ejecución de todos los negocios concernientes a la empresa. De acuerdo con la primera, el *factor, gerente o director* de la negociación (y cuando hubiere varios gerentes o directores, el *Gerente General o Director General*) sería el encargado del manejo total de la empresa, y no solamente de la realización de una actividad jurídica: estaría a su cargo el dirigirla, establecer la política que debe seguir, ordenar y mandar el personal. En suma, este director o gerente, a nadie estaría subordinado técnica o administrativamente, y sí en cambio, le estarían subordinados a él los funcionarios, los empleados y los trabajadores de la empresa.

Sin embargo, no hay que olvidar que el director o gerente general es un representante general del empresario; un funcionario de la empresa a quien corresponde, como dice Mossa, “la representación orgánica de la casa comercial; no se trata —agrega—, de la representación esporádica y precaria del comerciante... que puede libre y voluntariamente actuar... sino que es una representación organizada y permanente que se vincula a la vida de la empresa, y que sin ésta no puede manifestarse”; ²⁰¹ es decir, el factor no es el dueño ni el jefe de la empresa, sino su principal colaborador y desde este punto de vista existe necesariamente una subordinación, no técnica ni ad-

²⁰¹ Mossa, *cit.*, I, núm. 597, pp. 492 y ss., autor que analiza incisiva y profundamente la relación del factor, con la empresa y el empresario. Esta vinculación es fundamental, para juzgar y determinar la amplitud de las atribuciones o facultades del factor (que, por lo demás, son similares a las del administrador único de las sociedades anónimas); “puede ejecutar, dice Mossa, *cit.*, núm. 613, p. 504, todos los actos que no sean inconciliables con el ejercicio de la empresa y que negativamente considerados lleven a la modificación de ésta...”. Ver en el mismo sentido, Rocco, *cit.*, núms. 86 y ss., pp. 295 y ss.; Vivante, *cit.*, núm. 267, p. 329; De Semo, *cit.*, p. 767; entre nosotros, Mantilla Molina, *cit.*, núm. 214, p. 154; Tena, *cit.*, núms. 189 y 190, pp. 369 y 370. Últimamente en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Fiscal de la Federación, 2132/65 totalmente contradictoria a otra del mismo Tribunal, la 1621/65.

ministrativa, sino funcional y jerárquica del factor al empresario, y evidentemente aquél debe rendir cuentas a éste, quien, por otra parte, puede limitar o restringir hasta cierto grado las funciones de aquél e inclusive removerlo y por supuesto, exigirle responsabilidades. Esta subordinación jurídica o jerárquica, no obsta para calificar de civil la relación o el contrato de factoría, porque no es ella la que integra la relación laboral, sino aquella subordinación que implica la participación personal del empresario o principal en las tareas del factor o gerente.²⁰²

De acuerdo con la segunda hipótesis del artículo 309 del Código de Comercio, el factor es un *apoderado general*, a cuyo cargo está la ejecución y celebración de los actos y negocios jurídicos inherentes a la empresa, pero no la dirección total de ésta, ni por tanto, la ejecución de todos los actos materiales sin contenido jurídico, que el manejo de una negociación requiere.

El gerente o director, es al mismo tiempo, representante general de la empresa, y como tal, goza de amplias facultades de representación, las que puede delegar en uno o varios apoderados generales o especiales que designe. En cambio, el apoderado general, normalmente no es gerente o director en el sentido que hemos dado al primer supuesto del artículo 309 del Código de Comercio, y por tanto, ni nombra a éste, ni menos ejecuta o hace ejecutar actos que no estén comprendidos en su apoderamiento jurídico.

Ahora bien, tanto si se trata de un director o gerente, como de un representante general, cabe imponer ciertas limitaciones a las facultades del factor respecto a la dirección de la empresa o respecto a los actos y negocios que a nombre de ella puede celebrar. Y debe aclararse que la mera limitación de la representación del factor, en nada influye en la calificación civil o laboral del contrato de factoría,²⁰³ ya que la distinción entre ambas materias y entre ambas figuras contractuales no radica en la representación, que también puede existir en un contrato de trabajo,²⁰⁴ sino en la ausencia o en la presencia de

²⁰² Ver en sentido similar, De la Cueva, *cit.*, p. 557. Santoro Passarelli, *cit.*, núm. 32, p. 63: "La subordinación del trabajador es una subordinación técnica y funcional, es decir, determinada por la prestación del trabajo y a ella vinculada. Sin embargo, dado que esta prestación requiere de la actividad personal perseverante del trabajador, la subordinación es también y necesariamente personal, en el sentido de que inviste la personalidad misma del trabajador sujetándole por ello a un poder directivo y a un poder disciplinario del empresario y de los colaboradores de éste, de los cuales depende jerárquicamente..."

²⁰³ Opinión contraria parece mantener De la Cueva, *cit.*, p. 565; es errónea la distinción que hace entre factor como director general de una empresa, y mandatario como representante general de ella, que no sería factor. Evidentemente, aunque con limitaciones, este último sería factor y en cambio, no sería mandatario.

²⁰⁴ Véase a este respecto Barassi, *cit.*, núms. 99 y ss., pp. 267 y ss., que analiza y rechaza la teoría —hoy superada gracias entre otros al propio Barassi— que distingue el mandato del contrato de trabajo en la presencia en aquél y la ausencia en éste, de la representación.

la subordinación personal y técnica del factor al empresario, como ya vimos. Sin embargo, la esencia de la figura del factor estriba en ser un director o representante general de la empresa, por lo que las limitaciones que se le impongan no deben desvirtuar su naturaleza, ni dicho concepto de representante general de la negociación.

25. Limitaciones a los poderes del factor

¿Qué limitaciones pueden imponerse al factor? Sólo aquellas que no desnaturalicen su función de representante o director general de la empresa,²⁰⁵ que no afecten o lesionen los legítimos derechos de terceros de buena fe y que, además, no afecten la existencia y la estructura de la negociación.

Por esta íntima y necesaria vinculación del factor con la empresa, que se manifiesta en la subordinación de aquél al jefe o dueño de la negociación, y que coloca al gerente o factor (a diferencia del órgano social) como un integrante del personal de la empresa, la doctrina moderna afirma que la representación del factor puede asimilarse a una de carácter legal, que le atribuye todas las facultades propias del ejercicio de la empresa,²⁰⁶ y que excluye limitaciones que impidan dicho ejercicio.²⁰⁷ Como en el caso de la representación de sociedades (infra núms. 38 y siguientes), admitimos que la que le corresponde al factor es general y deriva de la ley, y por tanto, es necesaria; pero como el nombramiento de este auxiliar de la empresa depende de la libérrima voluntad del empresario a diferencia de la representación social, consideramos estar en presencia de una representación voluntaria.

Por otra parte, hay que tener muy en cuenta esta vinculación del factor o gerente con la empresa,²⁰⁸ tanto para referir sus facultades a la actividad de ésta (salvo que, como dice el artículo 316 del Código de Comercio, en los contratos ajenos a dicha actividad "hayan obrado con orden de su principal"), cuanto para admitir y establecer la responsabilidad directa del principal o empresario respecto a todos los actos y negocios concernientes a la empresa que hubiesen sido ejecutados o celebrados por el factor (*cfr.* artículo 347 Proyecto del Código de Comercio mexicano). Así lo indica expresamente el artículo 315 del Código de Comercio: "Siempre que los contratos celebrados por los factores recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de

²⁰⁵ Mossa, *cit.*, núm. 618, p. 508. "La autonomía del factor es una de las condiciones de su existencia."

²⁰⁶ Mossa, *cit.*, núm. 597, p. 493; Fanelli, *Per una rivalutazione*, *cit.*, p. 460. Para materia procesal, Rocco, *cit.*, núm. 87, p. 301.

²⁰⁷ En este sentido, en la doctrina mexicana, Rodríguez Rodríguez, *Curso de Derecho Mercantil*, 3^a ed., México, 1957, I, p. 224 y Mantilla Molina, *cit.*, núm. 216, p. 155.

²⁰⁸ Sobre esta nota esencial, ver Fanelli, *cit.*, pp. 447 y ss. y *supra* núm. 23.

que están encargados (es decir, recaigan directa o indirectamente sobre el objeto o finalidad de la empresa), se entenderán hechos por cuenta o en interés del principal, aun cuando el factor no lo haya expresado así al celebrarlos, haya transgredido sus facultades o cometido abuso de confianza.”

Que el factor esté ligado a la empresa, explica que —salvo siempre poderes especiales del principal— no puede realizar actos ajenos a ella, ya sean civiles²⁰⁹ o mercantiles; pero insisto, debe tratarse de actos ajenos, o bien, contrarios a los fines y a la actividad de la negociación, que es el marco dentro del cual actúa el factor.²¹⁰ Como actos ajenos a la empresa consideramos tanto aquellos que ni directa ni indirectamente se relacionan con ella (con su objeto o finalidad social tratándose de sociedades), como los que se realizan, no en beneficio ni en conexión con la empresa, sino a favor y en relación con el propio factor (verbigracia garantías que pretendiera otorgar por la empresa que representa en relación a actos o negocios propios) o con terceros.²¹¹

Su vinculación con la negociación explica y justifica, asimismo, que no pueda ni deba competir con la empresa de que forma parte,²¹² ni celebrar contratos consigo mismo²¹³ (la llamada prohibición de la auto-entrada), lo que prohíbe el artículo 312 del Código de Comercio cuando en forma amplia proscribe al factor que ejecute o se interese en negocios del mismo género de los que hiciere en nombre del empresario.

Tampoco puede el factor, decíamos, realizar actos que atenten contra la vida y la estructura legal y económica de la empresa. Sin embargo, esta restricción general no puede interpretarse en forma tan amplia que pudiera impedir la realización de todo acto de dominio o de administración extraordinaria, porque de ser así, se atentaría contra la representación general del factor; consecuentemente, la restricción sólo opera en la medida en que esta nota no se desvirtúe, y en que se atente, realmente, contra la vida o subsistencia de la negociación. Aceptamos, desde este punto de vista, que salvo con facul-

²⁰⁹ Vivante, *cit.*, núm. 272, pp. 334 y ss.

²¹⁰ Consecuentemente, el factor sí podrá dar en arrendamiento un bien mueble —que puede ser acto mercantil, art. 75 frac. 1 Código de Comercio— o bien inmueble —que es acto civil art. 75 frac. 11 del Código de Comercio— si tales contratos no contradicen la gestión que le ha sido encomendada de aquella empresa determinada de que se trate, ni son ajenos a ella.

²¹¹ Últimamente, la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales, confirmó la decisión del Juzgado 5º de lo Civil de la ciudad de México, que declaró sin efectos frente a la sociedad anónima de que formaba parte, la garantía otorgada por el gerente a nombre de ella, respecto a un contrato de arrendamiento de que el gerente era arrendatario, Albin Boris vs. N.B.C. Internacional de México, S. A. Sumario Civ., 249/65.

²¹² Art. 312 Código de Comercio: “Sólo autorizados por sus principales y en los términos en que expresamente lo fueren, podrán los factores traficar o interesarse en negociaciones del mismo género de las que hicieren en nombre de sus principales.”

²¹³ Vivante, *ob. ult. cit.*

tades especiales del principal, el factor no puede enajenar o gravar la totalidad de la hacienda o patrimonio de la empresa, ni aquellos bienes de su activo fijo que constituyan la base de dicha hacienda,²¹⁴ a menos que tal enajenación o gravamen constituya o esté comprendida en la finalidad de la empresa. Tampoco puede, obviamente, liquidar o clausurar la negociación, ni destinar sus caudales a fundar y formar establecimientos, sucursales o agencias de la empresa;²¹⁵ para cada uno de estos actos, se necesita siempre la decisión del empresario, y cuando éste es una sociedad, cada uno de dichos actos requiere la deliberación y el acuerdo de su órgano competente. Por último, no puede el factor modificar la estructura de la empresa, cambiando su nombre comercial, su nacionalidad, su domicilio, su objeto o finalidad,²¹⁶ cosas todas que suponen modificación de la escritura social en los empresarios colectivos.

Pese a su carácter de representante general, en nuestro derecho y de acuerdo con nuestra práctica se aplican al factor algunas de las limitaciones que la ley impone al mandatario y apoderado, las cuales no afecten ni contrarién dicho carácter de representante general que a él corresponde; nos referimos a ciertas de las facultades para cuyo ejercicio el Código Civil exige las llamadas "cláusulas especiales", o sea, facultades expresas para la ejecución de los actos procesales comprendidos en el artículo 2587 del Código Civil. La mayoría de esos actos, en efecto, se refieren a una materia, la procesal, en que las facultades del factor no tienen que ser amplísimas y respecto a los cuales, caben limitaciones porque por la naturaleza de ellas, no se perjudican derechos de terceros.²¹⁷ En cambio, sí pueden ser en perjuicio de tercero y no siempre sino que más bien casi nunca, constituyen actos procesales los comprendidos en la fracción VI de dicha norma; o sea, recibir pagos, que más bien se refieren a contratos traslativos celebrados por el factor (suministros, ventas de mercancías, de lotes en fraccionamientos, honorarios por servicios prestados en negociaciones como sanatorios, "talleres" de reparaciones, etcétera). Esta facultad, consecuentemente corresponde al factor, y su limitación o restricción sería de los que atentan contra su naturaleza.

Además, tanto por ser un funcionario fiduciario de la empresa, es decir, por estar ligado a ella por una relación estrictamente de confianza y personal,

²¹⁴ Rocco, *cit.*, núm. 87, p. 299.

²¹⁵ Vivante, *cit.*, núm. 272, pp. 334 y ss.

²¹⁶ Rocco, *cit.*, núm. 87, pp. 300 y ss.

²¹⁷ En contra de las limitaciones procesales, en el derecho italiano que es distinto al nuestro, Rocco, *cit.*, núm. 87, p. 301; Vivante, *cit.*, núm. 271, pp. 333 y ss.; Fanelli, *cit.*, pp. 447 y ss. y Tamburrino (*Manuale di Diritto Commerciale*, Roma, 1962.), pp. 88 y ss. La jurisprudencia de la Suprema Corte tiende a rechazar otras limitaciones propias del mandato o del poder ordinarios. Ver últimamente, amparo 8230/61 que admite que el órgano de administración de una sociedad (y por igualdad de razón, diríamos, el factor) pueda presentar denuncias y querellas penales, sin que para ello fuera expresamente autorizado.

como por estar subordinado al empresario, el factor no puede, sin estar facultado expresamente por el principal, delegar su cargo (artículo 280 del Código de Comercio, por mayoría de razón),²¹⁸ o sea, designar otro representante general que lo sustituya;²¹⁹ y desde luego, en ningún caso puede exceder los poderes y facultades del empresario o del órgano de éste que lo hubiere designado;²²⁰ sí puede, en cambio, nombrar apoderados especiales, y tratándose de gerentes o factores de sociedades anónimas, también apoderados generales.²²¹

Otra restricción que nuestra ley permite imponer a los poderes del factor es para contraer obligaciones cambiarias, suscribiendo títulos de crédito (artículo 85, párrafo 2º Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito): esta norma, indica que los gerentes y los administradores de sociedades (*rectius*, el administrador único en el caso de sociedades anónimas, y los administradores en los otros tipos, ver infra núm. 45 b), “se reputan autorizados para suscribir letras de cambio por el hecho de su nombramiento”, pero que “los límites de esa autorización son los que señalen los estatutos o poderes respectivos”. En consecuencia, sólo existirá esta restricción, si los estatutos o los poderes la fijan; en cambio, si éstos son omisos (o si no existe poder sino mero nombramiento) se deberá entender que el gerente o el administrador de una sociedad goza de las más amplias facultades para suscribir letras de cambio y otros títulos de crédito.²²²

²¹⁸ Vivante, *cit.*, núm. 271, p. 332 y Mossa, *cit.*, I, núm. 604, p. 497 y entre nosotros Moreno Cora, *Tratado de Derecho Mercantil Mexicano*, México, 1903, p. 72, que exige una actuación personal.

²¹⁹ El art. 2575 del Código Civil, aparentemente, establece una regla contraria a la expuesta en el texto; no obstante, dicho artículo no puede interpretarse aisladamente, lo que sería contradictorio con el anterior, 2574, que exige facultades expresas para que el mandatario pueda encomendar a terceros el desempeño del encargo. Con mayor razón, se deben exigir facultades expresas para una sustitución plena. El art. 2575, supone que se hayan concedido al mandatario las facultades expresas que indica el 2574, ya sea señalando también expresamente al “sustituto”, o no haciéndolo, caso en el cual el mandatario lo designará libremente. Nuestra Ley de Sociedades indica en el art. 42 —el cual se aplica para sociedades colectivas, en comandita simple (art. 57) y de responsabilidad limitada (art. 86)— que el administrador, para delegar su encargo necesita del acuerdo de la mayoría de los socios, teniendo los de la minoría el derecho de retiro; esta norma, que no existe para sociedades anónimas y en comandita por acciones, en realidad no establece un caso de delegación del poder, sino, como de su texto claramente se deduce, de otorgamiento de facultades generales, es decir, de nombramiento de un representante general, que puede o no ser factor.

²²⁰ Vivante, *cit.*, núm. 272, pp. 334 y ss.

²²¹ El art. 149 de la Ley General de Sociedades Mercantiles les reconoce tal facultad.

²²² No rige, pues, para los gerentes, para el administrador único de una sociedad anónima (si, en cambio, para los administradores miembros de un Consejo) o administradores de otro tipo de sociedades, lo dispuesto por el art. 9º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que exige la formalidad escrita —poder notarial o simple carta— para atribuir representación para otorgar o suscribir títulos de crédito. En la doctrina extranjera, sobre este problema ver Mossa, *cit.*, núm. 618, p. 508; De Semo, *cit.*, p. 767. Ver infra núm. 45c).

Por último, por lo que toca a la representación del factor en materia procesal, admitimos con Rocco²²³ que pueda privarse de ella al factor, lo que requeriría cláusula expresa y clara del poder otorgado, puesto que tal restricción de sus facultades ni contraría principio alguno de orden público, ni afecta o contradice la institución misma del factor, que no implica la representación judicial. Por lo que respecta a limitaciones para actuar o comparecer en juicio, salvo las que exigen cláusula especial y que no le hubieran sido concedidas en forma expresa, sólo deben admitirse las que deriven expresamente de su apoderamiento y además, que no resulten en perjuicio de tercero, ni contraríen principios de orden público (por ejemplo, cuando siendo el factor el único representante de una empresa colectiva o sociedad se le negaran facultades de articular o absolver posiciones);²²⁴ y por supuesto, tanto las restricciones sustantivas, como las limitaciones procesales que se le impongan expresamente en el poder (y no aquellas que deriven de ley) deben no sólo ser publicadas sino efectivamente conocidas por los terceros (contrapartes en juicio, etcétera).²²⁵

Consideraremos que a falta de dicha publicación, así como en el caso de que las limitaciones no deriven de ley ni aparezcan del nombramiento o del poder del factor, corresponde a éste una representación procesal tan amplia, que sólo estaría limitada por aquellas facultades que exigen cláusula o autorización especial —cuando una u otra no hubieran sido concedidas expresamente— por lo que se refiere a actividades o negocios conectados con el ejercicio del comercio que dirige,²²⁶ y que, por tanto, puede comparecer como actor, como demandado, como tercero coadyuvante o excluyente, como testigo, etcétera.²²⁷ Consecuentemente, su representación procesal será amplísima, con

²²³ *Le Società Commerciali in rapporto al giudizio civile*, Ristampa, Milán, 1962, núm. 90, p. 121.

²²⁴ La afirmación anterior del texto nos lleva a concluir que a pesar de que la facultad de absolver posiciones es de las comprendidas en el art. 2587 del Código Civil y, por tanto, exige “cláusula especial” en el poder, debe considerársela incluida en las facultades de un gerente de una sociedad, no de un factor o gerente de una empresa individual en la que el facultado para absolver sería el propio empresario. De no admitirse esta distinción, se llegaría a denegar o imposibilitar la prueba confesional respecto a las sociedades.

²²⁵ Así lo admite entre nosotros, Rodríguez Rodríguez, *ob. ult. cit.*, p. 224 cuando después de afirmar el alcance ilimitado de los poderes del factor excluye “naturalmente los casos de mala fe cuando el que contrató con el factor conocía los límites señalados en la actuación del mismo”. (*Cfr.* art. 339 Proyecto Código de Comercio Mexicano de 1955). Mossa, *cit.*, núm. 615, p. 506 afirma que respecto a su capacidad procesal no se le pueden imponer al factor prohibiciones o limitaciones, porque su capacidad administrativa y pasiva se le reconoce en interés común, y no sólo en interés principal del empresario. Ver también, De Semo, *cit.*, p. 768.

²²⁶ Rocco, *Derecho Mercantil...* *cit.*, núm. 87, p. 301.

²²⁷ Vivante, *cit.*, núm. 276, p. 342; Fanelli, *cit.*, pp. 447 y ss. De Semo, *cit.*, pp. 767 y ss. niega la validez de las limitaciones en materia procesal, siguiendo la opinión de Mossa, de Graziani y Ferri.

las limitaciones del artículo 2587 del Código Civil, la de desistirse del juicio de amparo, facultad para la que el artículo 14 de la Ley de Amparo exige cláusula expresa y otras que deriven tanto de la legislación comercial como penal (verbigracia, presentar denuncias o querellas penales), administrativas, etcétera.

En síntesis y siguiendo a Rocco, podemos admitir en nuestro derecho que “el mímimum de facultades que debe poseer el factor es el de todas aquellas sin cuyo otorgamiento sería imposible el ejercicio del comercio”; debiendo contener (la procura respectiva) “facultades para realizar los actos necesarios al ejercicio del mismo, sin necesidad de apelar a autorizaciones especiales continuas, que, a más de poder negarlas, representan un obstáculo para la ejecución del contrato”;²²⁸ y que no sólo le corresponden las facultades para los negocios ordinarios comunes, sino también aquellas que fueran necesarias para las operaciones excepcionales que surjan en el ejercicio del comercio y de la empresa.²²⁹

26. *Apoderamiento del factor*

Normalmente, el nombramiento de factor procede de un acuerdo de voluntades entre el principal y el factor o gerente (*contrato de factoría*); pero nada impide que —como en el caso de un simple apoderado— dicho nombramiento sea unilateral y lo haga el principal, sin consultar antes con el gerente que proponga;²³⁰ debe distinguirse, pues, el apoderamiento del factor —que deriva de un acto unilateral como es el poder o procura (supra núm. 16)— del contrato en que dicho apoderamiento se inserta (factoría). También es posible que el nombramiento de un factor lo haga un juez, en el caso excepcional del artículo 556 del Código Civil, de un menor-empresario que herede o adquiera en otra forma una negociación, o que dicha función proceda de ley cuando, en este mismo caso de un menor-empresario, “el padre o el tutor dirijan por sí mismos la negociación”.²³¹

Ahora bien, a diferencia de otros derechos como el italiano,²³² en que el mero nombramiento del factor basta para considerarlo como tal y atribuirle

²²⁸ Rocco, *ob. ult. cit.*, núm. 87, p. 299.

²²⁹ Art. 315 Código de Comercio. Ver Mantilla Molina, *cit.*, núm. 216, p. 156; Vivante, *cit.*, núm. 272, pp. 334 y ss. y Mossa, *cit.*, núm. 612, p. 504.

²³⁰ El art. 310 del Código de Comercio, no excluye sino que permite este nombramiento unilateral.

²³¹ Mantilla Molina, *cit.*, núms. 100 y 220, pp. 79 y 158 y ss. Ver también, Vivante, *cit.*, núm. 268, p. 330 y Rocco, *Derecho Mercantil... cit.*, núm. 86, p. 295. Mossa, *cit.*, núm. 597, p. 493 niega que se integre la figura del factor en el caso de un menor empresario.

²³² Arts. 2204 y 2206 Código Civil. Ver Tamburrino, *cit.*, p. 84 y Fanelli, *cit.*, pp. 459 y ss.

la representación general que le es propia, en el nuestro parece requerirse "un poder o autorización por escrito de la persona por cuya cuenta haga el tráfico" (artículo 310 del Código de Comercio),²³³ y tratándose de gerentes especiales de sociedades anónimas (que por ser especiales no son factores), no sólo se requiere el poder escrito sino que en él se indiquen y expresen las facultades que se les confieren y las atribuciones que se les asignan (artículo 146 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).²³⁴ Además, tanto el nombramiento como el poder o procura atribuido a factores y gerentes, deben inscribirse en el Registro de Comercio, según dispone la fracción VII de artículo 21 del Código de Comercio.

¿Cuál es el alcance de tales requisitos? Desde luego y pese a la redacción tan clara, aparentemente, del artículo 310. "Los factores deberán tener... poder o autorización por escrito...", no se trata de formalidades *ad substantiam*,²³⁵ ya que cabe la designación o nombramiento de un factor o de un gerente general sin que el documento escrito acompañe a dichos actos, o sin que siquiera exista el negocio unilateral recepción del poder o procura; inclusive, sin atribuir al factor las facultades generales que les son características, y sin que, como en la práctica es frecuente que se haga, se enumeren y especifiquen las atribuciones que se le concedan. En estos

²³³ En igual sentido, el art. 282 del Código de Comercio español.

²³⁴ Esta norma de la Ley General de Sociedades Mercantiles se refiere, exclusivamente, a los Gerentes-especiales (a que alude el artículo anterior, o sea, el 145) que para las sociedades anónimas designen ya sea la asamblea ordinaria de accionistas, el órgano de administración, o incluso el gerente general (factor); no debe, pues, tratar de aplicarse para éste último, es decir, para el gerente general, ni para el órgano de administración de este tipo de sociedad o de cualquier otro. Los gerentes a que alude el art. 146, no constituyen, en rigor, factores, por que rige para ellos un principio opuesto al de estos, es decir, la limitación de sus facultades a aquellas que expresamente se les confieran, y no, como dice el art. 309 del Código de Comercio "que estén autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes" a la sociedad. Tampoco son dichos "gerentes" órgano de la sociedad, sino que son representantes de ella con facultades más o menos amplias ("dentro de la órbita de las atribuciones que se les hayan asignado"), estando subordinados normalmente a un gerente general y, en todo caso al órgano de administración y/o a la Asamblea. En cambio, el representante general de cualquier tipo social, es decir, los "gerentes" en la SRL, todos los socios de las sociedades colectivas, los comanditados en esos dos tipos sociales, el gerente general en la anónima, están regidos por lo dispuesto en el art. 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que establece el principio opuesto al del art. 146, y semejante al del art. 309 del Código de Comercio, propio de los factores, o sea, que a dicho representante (que puede o no coincidir con el órgano de administración social) le corresponde la representación general de la empresa, por el mero hecho de su nombramiento, sin necesidad de poder escrito ni de que se señalen expresamente sus facultades, salvo las limitaciones y restricciones que le imponga el contrato social, o el acuerdo de la junta o asamblea de socios que lo designe.

²³⁵ Igual en derecho italiano, según De Semo, *cit.*, p. 761.

supuestos que, insistimos, no son raros, la ausencia de la forma escrita puede ser sanada por los intercados y no puede afectar derechos de terceros.²³⁶

La exigencia del poder o de la autorización por escrito, sólo rige, como bien dice Mantilla Molina,²³⁷ a las relaciones entre principal y factor; la falta de tal escrito no es oponible a terceros, pero siempre que la persona con quien se contrate esté realmente al frente de la negociación o haya celebrado los contratos de ella.

A solución parecida debemos llegar en el caso de los gerentes generales de las sociedades anónimas, pese a que el artículo 146 de la Ley General de So-

²³⁶ Arts. 2231 y 2232 del Código Civil y 315 del Código de Comercio. Esta norma, va más allá de la opinión que sustentamos en el texto (y también más allá de la naturaleza propia de la representación del factor, a la que pese a lo dispuesto por los arts. 311 y 314 del Código de Comercio es esencial como veremos —infra núm. 28— la *contemplatio domini*, y a la que, por tanto, repugna el secreto, ver Ferrara, *cit.* por Bigiavì, *Difesa dell' "Imprenditore..." cit.*, p. 74 en nota: hablar de factor oculto significa una contradicción en los términos), puesto que no sólo prevé que el factor oculte su carácter (que entonces tendría que derivar del conjunto de circunstancias, ver Rocco, *Derecho Mercantil...* *cit.*, núm. 89, pp. 303 y ss. y Vivante, *cit.*, núm. 274, p. 341: "sin dejar bien sentado que el *ser* está en el *parecer* no sería posible el ejercicio de ninguna representación"), sino que también atribuye al principal los actos ejecutados en exceso de las limitaciones que se hubieran fijado. En materia de títulos de crédito, el art. 85 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito indica que basta el nombramiento de factor para reputarlo autorizado para suscribir letras de cambio (y toda clase de títulos de crédito). Entre nosotros, conforme con la anterior interpretación, Mantilla Molina, *cit.*, núm. 215, pp. 154 y ss. quien cita el artículo 11 de dicha Ley de Títulos en apoyo de tal opinión: no es el artículo 11 sino el 85 el aplicable, porque aquél no se refiere a factores u otros representantes generales, sino a un representante especial, cuyas facultades derivan de la apariencia, (*estoppel*, que dicen los juristas anglosajones). En otras palabras, lo dispuesto en el art. 11 no se aplica al factor, porque su naturaleza de tal le permite, sin necesidad de acudir a la apariencia y salvo que se le haya impuesto la restricción relativa (ver infra núm. 27), el suscribir títulos de crédito. Véanse también, en el sentido del texto, Moreno Cora, *cit.*, p. 71 y Rodríguez Rodríguez, *Curso de Derecho Mercantil*, *cit.*, t. I, p. 127.

²³⁷ Ob. *cit.*, núm. 215, p. 154 y los argumentos que ofrece en apoyo de su tesis, que compartimos del todo. En el derecho español, semejante al nuestro en esta materia, Garrigues, *Curso...* *cit.*, p. 549 y *Tratado...* *cit.*, p. 1421, indica como correcta la solución que propugnamos al referirse a la amplitud de la representación del factor: "Nuestro Código de Comercio parece contradecir esta conclusión (el carácter de representante general del factor) en el art. 283, donde se deja a la conveniencia del propietario la amplitud de las facultades del factor. Pero la interpretación sistemática del Código de Comercio demuestra que la limitación de las facultades del factor sólo afecta a las relaciones internas entre factor y comerciante... Para las relaciones externas, en cambio, vale también en nuestro derecho el dogma de la ilimitabilidad del poder del factor, aunque no se haya formulado expresamente en el Código de Comercio...". A igual conclusión llega Uria, *Derecho Mercantil*, *cit.*, núm. 31, pp. 40 y ss.: "el poder tácitamente conferido, al no expresar límite alguno, debía (en la doctrina mercantil clásica española que él sigue) de reputarse comprensivo de las facultades necesarias para llevar a cabo todos esos asuntos (los pertenecientes al tráfico del establecimiento)". La distinción que hace Uria entre factor notorio y factor registrado, que hace derivar del texto del art. 286 del Código de Comercio español no es aplicable entre nosotros, porque nuestro art. 315 del Código de Comercio, que corresponde a aquél, no reproduce la nota de notoriedad del precepto español.

ciedades Mercantiles exige que las facultades sean conferidas expresamente, lo que indica, no sólo la existencia de un poder escrito, sino que éste fije la medida y la extensión de la representación. Creemos como ya hemos dicho (*supra nota 234*) que el artículo 146 sólo se refiere (y sólo puede referirse de acuerdo con su redacción “órbita de atribuciones que se les hayan asignado”) a los gerentes especiales, indicados en el artículo 145 precedente, y no a los gerentes generales para quienes sería contradictorio que sólo tuvieran “las facultades que expresamente se les confiera”.

Ahora bien, respecto a los gerentes de las sociedades anónimas, existe la práctica en México, derivada del derecho norteamericano, de designar, además de un gerente general, uno o varios gerentes especiales (de ventas, de promoción, de producción, de tráfico, etcétera), o subgerentes. Sólo aquél sería factor, por la generalidad de su representación y por estar al frente de la empresa; éstos sólo serían representantes para los que si se exigiría tanto el apoderamiento escrito como la enumeración de las facultades que se les conceden, de las que derivaría la especialidad de su función y el ámbito de sus atribuciones.²³⁸

Consideramos que el nombramiento verbal de un factor o gerente de una empresa, seguido por supuesto de actos del empresario que muestren o sugieran a terceros (personal, clientes, proveedores de la negociación) tal nombramiento, permite a dicho representante general el celebrar toda clase de actos y negocios concernientes a la empresa a que pertenece y por la que actúa.²³⁹ Ahora bien, como ni su nombramiento, ni sus facultades (y mucho menos el documento, poder o procura, que en el caso no existe) se han inscrito en el Registro Público de Comercio, ni aquél ni éstas, ni por supuesto las limitaciones que le hubiera impuesto el empresario principal, son obligatorias y oponibles a terceros de buena fe; o sea, que éstos no están obligados a admitir la representación y el nombramiento del factor, sino que están meramente facultados para ello; y sobre todo, que dichos terceros de buena fe —contratantes con el factor— no pueden ser perjudicados y sí les aprovecha la ausencia de la forma escrita.²⁴⁰ Sin embargo, en caso de que el empresario negara el

²³⁸ El caso de los gerentes generales de sucursales y agencias es idéntico al de la matriz. Ver *supra* núm. 23.

²³⁹ Mantilla Molina, *ob. cit.*, *loc. cit.*; Vivante, *cit.*, núm. 271, pp. 333 y ss. habla de un mandato tácito y por tanto general, salvo que se pruebe que el tercero conocía las limitaciones; de no haber limitaciones su representación comprende todas las facultades ordinarias de comercio y “las que excepcionalmente surjan con motivo de dicho comercio” núm. 272, pp. 334 y ss. Ver también De Semo, *cit.*, p. 769. La representación tácita del gerente ha sido reconocida últimamente por nuestra Suprema Corte en el amparo directo 4418/57, Cía. Mexicana de Seguros “La Equitativa”, S. A., publicada en el Boletín de Información Judicial núm. 168, p. 487.

²⁴⁰ Estos principios son los que derivan de la naturaleza propia de nuestro Registro de Comercio, ver art. 26 Código de Comercio, y la interpretación de Mantilla Molina, *cit.*, núm. 215 y ss., pp. 154 y ss. conforme a las conclusiones del texto.

carácter y la representación del supuesto factor, el tercero debe comprobar por cualquier medio de prueba una y otra cosas.²⁴¹

Cabe, por otra parte, que un empresario individual o colectivo —y el supuesto es más frecuente en estos últimos— nombre o designe un factor, gerente o director general,²⁴² sin indicarle expresamente sus facultades, ni otorgarle poder o procura alguna, pero inscribiendo dicho nombramiento en el Registro de Comercio. Tal hipótesis, permitida expresamente tanto por el artículo 310 (en relación con el 21 fracción VII) del Código de Comercio, como por el 21 fracción VII del mismo Ordenamiento,²⁴³ nos lleva a afirmar que al factor así nombrado corresponde la representación general de la empresa, sin más limitaciones que las legales y las propias de su cargo (supra núm. 25), y que dicho nombramiento y tal representación general pueden ser opuestos a terceros, a virtud precisamente de la designación inscrita en el Registro de Comercio. La representación del factor, como dice De Semo,²⁴⁴ no puede construirse ni concebirse como una derivación de la procura, sino como algo característico y esencial de la relación factoril. En cambio, ninguna limitación que hubiera impuesto el principal, ajena a las anteriormente indicadas, puede ser opuesta a dichos terceros, ya que no derivaría de la ley ni aparecería del Registro, a menos que el principal —o el factor— pruebe que fueron sabidas y conocidas de dichos terceros.

En tercer lugar, puede haber —y es lo normal— nombramiento de gerente o factor, que vaya acompañado de poder o procura o de la enumeración de sus atribuciones, independientemente de que nombramiento y atribuciones procedan o no de un contrato comercial. Si tal fuera el caso, el nombramiento o el poder deben inscribirse en el Registro de Comercio para que tengan efectos frente a terceros, pero la omisión de inscribir precisamente los dos actos en nada perjudicaría al principal, y los actos relativos al ejercicio de la empresa ejecutados por el factor serían válidos y oponibles *erga omnes*, siempre que el principal o el factor hubieran procedido a inscribir uno de los dos: el nom-

²⁴¹ Conforme, Vivante, *cit.*, núm. 277, pp. 343 y ss.

²⁴² El título con que se ostenta —dice Vivante, *loc. ult. cit.*— es lo de menos, “la práctica comercial utiliza poco en estas denominaciones”.

²⁴³ Aquella norma, al distinguir el poder de la autorización, se refiere a un acto distinto al del negocio recepción que es la procura o poder, y distinto también al documento en que se suelen indicar las facultades del representante, que es el *poder*; dicho acto, designado como autorización no puede ser sino el nombramiento o designación. No cabe que la autorización a que alude esta norma se refiera a uno o varios actos concretos (v. gr., hacer competencia, art. 312) porque ello sería contradictorio con la naturaleza de representante general que es propia del factor (art. 309). Esta interpretación coincide con lo establecido en la frac. VII del art. 21 que exige la inscripción de los poderes generales, y “de los *nombramientos* conferidos a los gerentes, factores...”

²⁴⁴ *Ob. cit.*, p. 760.

bramiento sin el poder, o éste sin aquél.²⁴⁵ Se dirá que si lo anterior fuera cierto, saldría sobrando que la fracción VII del artículo 21 del Código de Comercio se refiera a los poderes generales, por bastar la inscripción del nombramiento para que dichos poderes se entiendan concedidos implícitamente y para que sean oponibles, como si hubieran sido expresamente registrados; no obstante, no hay que olvidar que la norma que examinamos hace referencia a toda clase de representación general, y que ésta puede surgir tanto de la relación o del contrato de factoría (en cuyo caso, los poderes son esenciales y pueden ser implícitos), como de un poder o procura (caso en el cual deben ser expresos) y sólo en este último supuesto es necesaria la inscripción para que se den los efectos publicitarios del registro.

27. Oponibilidad de las limitaciones impuestas al factor

Por ser representante general de la empresa y estar ligado a ella permanente y abiertamente, los actos celebrados por el factor se atribuyen al empresario, con tal de referirse a la empresa y estar comprendidos dentro de la finalidad de ella, o, como dice la ley, con tal de que estén "comprendidos en el giro o tráfico" de dicha empresa (artículo 315 del Código de Comercio); en consecuencia, el principal o empresario es responsable frente a terceros de los actos y de las omisiones del factor que se relacionen y tengan que ver con la empresa; y las restricciones, prohibiciones y limitaciones que se impongan al factor y que no procedan de la ley y de los usos o costumbres, sólo son oponibles a los terceros con quienes contrate, cuando ellos las conozcan realmente, porque de no ser así, siempre actuarán en la inteligencia de estar tratando con el *alter ego* del empresario;²⁴⁶ inclusive, en tal supuesto, el principal responderá

²⁴⁵ Posibilidad, obviamente, que sólo es dable cuando ambos actos no aparecen del mismo documento que se registra, a pesar de que procedan del mismo acto o acuerdo del principal; v. gr., una Junta del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima en que se protocolice notarialmente la designación del factor, pero no sus facultades y limitaciones, o viceversa. El supuesto que examinamos es más frecuente, como es natural, cuando nombramiento y poder proceden de actos o acuerdos distintos.

²⁴⁶ Sobre el punto, véanse los antecedentes más remotos en las discusiones del Código de Comercio alemán de 1861 (*Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch ADHBG*), en Müller-Freienfels, *Legal relations in the Law of Agency*, cit., pp. 208 y ss. Esta doctrina fue acogida expresamente desde nuestro Código de Comercio de 1884, cuyo art. 311 exigía que para que las limitaciones o restricciones impuestas al factor produjeran efectos frente a terceros, no sólo que se inscribieran en el registro, sino también, que se hicieran saber a ellos por medio de circulares. En la doctrina española e italiana, véanse Garrigues, *Tratado*, cit., loc. cit. "La diferencia entre procura publicada y no publicada, dice Rocco, *Derecho Mercantil*, cit., núm. 87, p. 296, consiste en que en la primera, la ley permite que se limite la representación del factor, que no tolera en la segunda; o mejor dicho, que esas limitaciones no pueden oponerse a terceros, si el mandante no prueba que éstos las conocían (arts. 368-370 del Código de Comercio)..."

y se considerará obligado por los actos del factor, independientemente de que éste haya transgredido las facultades que se le hubieran impuesto, o, por lo que toca a las relaciones internas con el principal, haya cometido abuso de confianza (artículo 315 del Código de Comercio), haciendo propios los bienes o efectos adquiridos para el principal.²⁴⁷

Para que el empresario se considere liberado y no responda de los actos realizados por el factor que viole las limitaciones que aquél le hubiera impuesto, se requiere que éstas lleguen a conocimiento de los terceros con quienes el factor contrató. No basta, pues, y en ello el parecer de la doctrina nacional y extranjera es dominante, que las prohibiciones y limitaciones se inscriban en el Registro de Comercio, para ser oponibles a terceros, ni basta la mera cognoscibilidad de ellas para el público en general, sino que se requiere su conocimiento real y efectivo por dichos terceros, e inclusive, la prueba por el empresario afectado de que los terceros conocieron la restricción o prohibición relativa.²⁴⁸

Esta doctrina se recogió en el Proyecto de Código de Comercio Mexicano, cuyo artículo 339 párrafo 2º expresa y claramente establece: "Las limitaciones a las facultades del factor, aunque estén inscritas en el Registro Público de Comercio, no producirán efectos contra tercero de buena fe; y por lo que toca a la revocación de su nombramiento, sólo resultaría oponible a terceros con la inscripción en el Registro y su publicidad especial, según determinan los artículos 342 y 399 a 401."

No obstante, algunas limitaciones que se oponen al factor por acuerdo del principal o empresario y que, por tanto, son convencionales y no legales, es usual y muy frecuente incluirlos en los apoderamientos escritos del factor; en esos casos (verbigracia facultad para suscribir títulos de crédito) se debe admitir que basta la inscripción de la restricción relativa, para oponerla a terceros, ya que ella va acompañada de una práctica generalizada, *de un uso comercial* consistente en privar a los apoderados generales, a los factores y a los administradores de sociedades, de facultad semejante.

Si las restricciones no derivan de la ley ni de una práctica o costumbre mercantil y son ignoradas realmente por los terceros (es decir, si éstos son de

²⁴⁷ El art. 182 del Código de Comercio español de 1829 y 286 del Código de Comercio español vigente, exigen la notoriedad de la pertenencia del factor a la empresa (como también lo exigía el art. 165 del Código de Comercio mexicano de 1854).

²⁴⁸ Así el art. 359 del Código de Comercio italiano de 1882. En la doctrina Rocco, *loc. ult. cit.*; Tamburino, *cit.*, p. 89, citando a Graziani, Casanova, Ferri; Mossa, *cit.*, núm. 379, p. 327 y núm. 623, p. 511; Vivante, *cit.*, núm. 271, pp. 333 y ss.; De Semo, *cit.*, p. 769. Entre nosotros, Mantilla Molina, *cit.*, núm. 216, p. 155; Rodríguez Rodríguez, *Curso...* *cit.*, 3^a ed., I, p. 224. De Pina Vara, *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*, México, 1958, núm. 217, p. 152. En sentido contrario, aunque sin ahondar en el problema, Tena, *cit.*, núm. 193, p. 374.

buenas fe y el principal no prueba que las conocieron) el principal no puede alegarlas; y desde luego, menos puede invocarlas el propio factor que consciente o inconscientemente, de buena o mala fe, transgrede sus facultades;²⁴⁹ y no se puede considerar que el principal no responde por los actos realizados por su factor o gerente; de manera expresa, el artículo 315 del Código de Comercio establece que él responde frente a terceros cuando el factor haya transgredido sus facultades. Por supuesto, esto es independiente de la responsabilidad del factor frente al principal, y parte del supuesto de que dichos terceros hubieran ignorado dicha transgresión al tiempo de celebrar el acto o contrato relativo; es decir, se basa en que los terceros sean de buena fe, o sea, que no hubieran conocido oportunamente las limitaciones relativas.

Por último, el principal también responde de las multas en que hubiera incurrido el factor por contravenir leyes fiscales al realizar “las gestiones propias de su factoría” (artículo 317); y es natural que así sea, porque corresponde al factor la dirección general de la empresa, le compete el cumplimiento exacto y oportuno de los gravámenes fiscales a cargo del principal y de la empresa que dirige y representa, y no cumpliéndolos es el propio empresario, con su empresa —garante frente al fisco—, quien debe responder por las omisiones, incumplimientos y moras del factor. Y no es el caso de una pena trascendente porque, como indica Mantilla Molina,²⁵⁰ se trata y este es el único alcance que puede tener la norma, de “obligaciones cuyo cumplimiento descarga (el principal) en el factor”, quien, como representante de aquél está obligado a cumplir.²⁵¹

²⁴⁹ Ver en este sentido, Tamburrino, *cit.*, p. 89: el tercero contratante, dice, no puede considerarse que obra con culpa por haber creído al factor sin profundizar consultas en el registro (y en el mismo sentido, Cornelutti, Casanova, Graziani).

²⁵⁰ *Ob. cit.*, núm. 218, pp. 157 y ss.

²⁵¹ Inversamente a la responsabilidad del principal que establece el art. 317 del Código de Comercio, por el hecho de que el representante (factor) contravenga leyes fiscales, el art. 28 frac. III del Código Fiscal de la Federación recientemente derogado fijaba obligación solidaria del pago de los créditos fiscales de los “representantes legales y mandatarios (*rectius*, toda clase de representantes voluntarios, como apoderados, factores, gerentes, etcétera) por los créditos fiscales que dejen de pagar por sus representados”. La interpretación de esta norma no autorizaba, a mi juicio, a exigir tal responsabilidad solidaria de cualquier representante, sino sólo de aquellos a los que, expresa o implícitamente, general o especialmente, se les concedía la facultad de “pagar por sus representados los créditos fiscales”; como es el caso, por ejemplo, del factor, del administrador o del liquidador único de las sociedades, del socio en las sociedades personales, del gerente de la SRL, y del consejo —como tal pero no de cada uno de sus miembros aisladamente— de la sociedad anónima, como representantes legales; del apoderado general para actos de administración, de dominio; y desde luego, del apoderado especial con facultades para efectuar dichos pagos. En estos casos, estamos en presencia de una facultad de ejercicio obligatorio, de un deber u obligación legal que tiene frente al fisco el representante y que surge de una facultad que el representado le hubiera conferido expresa o implícitamente (como también es el caso, por ejemplo, de los “representantes o mandatarios de una sociedad irregular”—art. 25 de la Ley General de Sociedades Mercantiles—, o de los administradores de la sociedad anónima a que alude el art. 158 ib., que incurren en res-

28. *Actuación del factor: la contemplatio domini*

Según la definición del artículo 309 del Código de Comercio, el factor obra por cuenta y a nombre del empresario; es, por tanto, un representante de éste, ya sea que actúe como director de la empresa, o como “autorizado para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas”.²⁵² En una y en otra categorías, parece esencial a la figura y al carácter del factor el que se ostente ante los terceros como representante del titular de la negociación.²⁵³

No obstante, contrariando los términos de la definición y la naturaleza de sus funciones, el artículo 311 del Código de Comercio permite que el factor pueda contratar “en nombre propio”; es decir, que frente a terceros oculte su carácter de director o representante general, y se ostente como interesado directo.²⁵⁴

Consideramos que en estos casos de falta de representación o sea, de representación indirecta del factor, se desnaturaliza la función y desaparece la figura misma de éste, ya que por hipótesis no aparecería ni actuaría como director o representante general de la empresa, sino como un particular cualquiera, interesado directo y único en la celebración del convenio o en la ejecución del acto relativo ante los terceros con quienes contratare. Así se desprende, por lo demás, del artículo 313 del Código de Comercio que distingue y contrapone las dos situaciones: “los contratos celebrados por el factor con tal carácter”, es decir, actuando como representante, a nombre del principal; y los contratos en que obre a nombre propio, no con el carácter de factor.²⁵⁵

ponsabilidad frente a la sociedad, los socios y terceros por violar obligaciones a su cargo). Pero, evidentemente, esta responsabilidad no se aplica a aquellos representantes sobre quienes no pesa obligación alguna de atender al pago de prestaciones fiscales, porque no se les hubiera conferido la facultad relativa. Tratar de interpretar en tal forma tan amplia, el precepto que se comenta, hubiera sido darle un alcance que no tenía, e incluso fijar una pena trascendente al representante, en contra de lo dispuesto por el art. 22 de la Constitución Federal.

²⁵² Tena, *cit.*, núm. 189, p. 369, indica la vinculación del factor con la empresa: “Sin la existencia de esa entidad orgánica, sin un establecimiento industrial o mercantil a cuyo frente se halle, no se concibe el factor...”

²⁵³ Así, entre nosotros, Moreno Cora, *cit.*, pp. 71 y ss.; Tena, *cit.*, núm. 190, p. 371; Mantilla Molina, *cit.*, núm. 217, p. 157; en contra, admitiendo que pueden obrar a nombre propio como lo indica el art. 311 del Código de Comercio, Rodríguez Rodríguez, *cit.*, p. 224 y De Pina Vara, *cit.*, núm. 217, p. 153. En el derecho italiano nunca el factor obra a nombre propio; véanse De Semo, *cit.*, p. 763; Mossa, *cit.*, núm. 620, p. 509; Vivante, *cit.*, núm. 274, pp. 340 y ss.; Rocco, *Derecho Mercantil*, *cit.*, núm. 89, pp. 303 y ss.; Tamburrino, *cit.*, pp. 89 y ss.

²⁵⁴ La crítica a esta posibilidad y la contradicción entre esta norma y el art. 309, en Tena, *ob. cit., loc. cit.* y Mantilla Molina, *ibidem*.

²⁵⁵ Por esta razón el asociante en la Asociación en Participación no puede ser considerado factor (art. 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), pero sí lo puede el asociado en el caso previsto por Mantilla Molina, *cit.*, núm. 247, p. 184, de que

Ahora bien, si hasta aquí llegaran las cosas, podríamos concluir que este factor, quien, además, puede obrar como si fuera interesado directo, a nombre propio, está en la misma situación de cualquier persona, de cualquier representante; inclusive, que además de ser esto puede obrar a virtud de una representación indirecta, merced a autorización especial del principal; y que por ser así, las normas citadas, o sean, los artículos 311 y 313, nada nuevo dicen de lo que establecen los artículos 283 del Código de Comercio en materia de comisión, o sea, de representación mercantil, y 2560 del Código Civil respecto al mandato, o sea, la representación civil.²⁵⁶

Sin embargo, el artículo 314 del Código de Comercio establece una regla que contraría los principios de la representación al fijar la responsabilidad tanto del supuesto factor como del principal, cuando aquél obra a nombre propio. Como hemos visto (*supra* núm. 9), en este caso, en que desaparece o mejor dicho no se plantea representación alguna, precisamente porque el *tradens*, o "representante indirecto", al actuar frente a terceros no obra a nombre del *accipiens*, ni descubre la relación que lo une con éste, sino que, por el contrario, oculta dicha relación y figura como dueño y único interesado, nunca se obliga frente al tercero contratante el *accipiens*, o sea, quien otorgó la llamada representación indirecta, sino que es únicamente el *tradens*, quien contrata, el que resulta obligado. Así lo indican clara y terminantemente los artículos 284 del Código de Comercio y 2561 del Código Civil.

Como bien dice Garrigues,²⁵⁷ esta norma que comentamos y que también existe en el Código de Comercio español (artículo 287), constituye una supervivencia del Derecho Romano, el que, por haber desconocido la representación, estableció la responsabilidad tanto del principal o dueño como del *institor*; empero, actualmente, dicha norma, además de carecer de sentido y justificación, contraría abiertamente tanto la figura del factor —que es un representante general— como los principios y fundamentos de la representación.

Sin embargo, la responsabilidad del principal por los actos del "factor" que obra a nombre propio, no la puede negar el intérprete ante el texto terminante del artículo 314, que debemos considerar como una norma de excepción respecto al principio opuesto contenido en los citados artículos 284 del Código de Comercio y 2561 del Código Civil. Esto, a pesar de que pudiera con-

el asociante (que siempre actúa a nombre propio) otorgue una representación general, institutoria, al asociado. Sólo en este supuesto es concebible que la factoría derive de una Asociación en Participación, (aunque esta figura es indiferente a aquélla), pese a lo dispuesto por el art. 318 del Código de Comercio, cuyo texto es justamente criticado por Rodríguez Rodríguez, *cit.*, p. 78 y Mantilla Molina, *cit.*, núm. 220 p. 159.

²⁵⁶ Mantilla Molina, *cit.*, núm. 216, p. 156, respecto de actos ajenos a la empresa, que realiza el factor afirma que éste "es un simple apoderado general de derecho común". Ver también, Mossa, *cit.*, núm. 621, p. 510.

²⁵⁷ *Curso...* *cit.*, I, p. 550.

siderarse que el artículo 314 contradice lo que establece la norma precedente; el artículo 313, en efecto, reproduce el principio correcto: por los actos celebrados por el factor a nombre del principal, responde éste; por aquellos otros celebrados a nombre propio, responde el “factor” directamente.²⁵⁸ No existe contradicción entre dichos principios, que si bien admiten en cada caso la responsabilidad del principal o la de factor, no excluyen que en cada caso sean responsables también, respectiva e inversamente, el factor y el principal; es decir, el artículo 313 no excluye en la segunda parte que los principales queden obligados, lo que indica, implicitamente, es que dicha responsabilidad no será directa (como lo sería en el supuesto de la primera parte del mismo artículo 313) sino indirecta. Además, el principio anómalo del artículo 314 se repite, aunque con terminología equívoca y ambigua en el artículo 315, que habla de que el factor no haya expresado al celebrar contratos con terceros, que obra a cuenta del principal; queriendo decir que oculte que obra a nombre del principal, porque es esto lo que importa, y el obrar a cuenta o por interés de otro, o es consecuencia de la representación que se ostenta, o es indiferente respecto a un obrar a nombre ajeno.

Pero, si admitimos que se trata de una norma de excepción tenemos también que aceptar que debe aplicarse en forma limitada y estricta a los casos excepcionales para los que se estableció, a efecto de que el principio general opuesto se aplique a todos los demás. De aquí, que debamos interpretar y fijar el alcance de dicho principio del artículo 314.

En primer lugar, obrar el factor a nombre propio, requiere una nota negativa, a saber, que él no se ostente ni como director ni como representante general de la empresa, es decir, que no se ostente como factor, director o gerente de la negociación, porque ello anula e impide la actuación a nombre propio, como si fuera dueño e interesado directo. El factor se ostentaría al actuar así, como empresario o dueño de la empresa, o como ajeno a ésta (que permanecería ignorada) y único interesado en el negocio.

En segundo lugar, dicho proceder a nombre propio con la concomitante responsabilidad del principal, requiere que se trate de cosas comprendidas en el tráfico de que el factor está encargado (artículo 315); es decir, negamos que

258 Tena, *cit.*, núm. 191, p. 372, propone esta interpretación de dichas dos normas: que el factor quede obligado directamente cuando contrata a su nombre, como establece el art. 313, es indiscutible, porque el factor no ha obrado en su calidad de tal, y el principal es ajeno a la operación de que se trata. Que éste responda cuando el factor que obra a nombre propio, actúe al mismo tiempo por cuenta del principal, se justifica fácilmente, “porque de otra suerte se enriquecería (el principal) a costa de un tercero”, y se evitan así “combinaciones fraudulentas que en perjuicio de terceros pudieran llevar a cabo el principal y su factor”. Ver también, Rocco, *loc. ult. cit.*; Tamburrino, *ibidem*, analizando el art. 2208 del Código de Comercio italiano vigente: la regla, dice, es la *contemplatio dominii*; si el factor omite hacer conocer a tercero que obra por el empresario, responde personalmente.

la actuación a nombre propio del “factor” respecto a cosas o materias distintas al objeto o finalidad de la empresa, obligue o pueda obligar al principal. En este sentido, consideramos que el artículo 314 debe interpretarse juntamente con el 315, y que éste carecería totalmente de razón de ser si se interpretaba el 314 en forma literal: efectivamente, si por cualquier acto celebrado a nombre propio por el “factor” responde el principal, es evidente que responderá de aquellos actos a que se refiere el 315 y de todos los demás; y entonces el 315 constituiría una norma inútil, lo que el intérprete no debe admitir cuando trata de dar una explicación completa de una institución. La labor de éste, en cambio, es buscar un contenido propio de cada norma, y de todas las que reglamenten una figura jurídica.

No es óbice ni contradice la anterior opinión, sino al contrario, la apoya y robustece, el texto del artículo 316 que establece la responsabilidad del principal por los contratos celebrados por el factor en materias ajenas al giro de que está encargado, “siempre que haya obrado con orden de su principal o éste los haya aprobado en términos expresos o por hechos positivos”; porque de esta norma no se desprende que el factor haya obrado a nombre propio, sino al contrario, que obre como representante del empresario, ya sea con poder previo (“orden de su principal”) o mediante ratificación ulterior (“éste los haya aprobado . . .”). Lo que esta disposición establece es otra cosa, a saber, una ampliación o extensión de las facultades que el artículo 309 del Código de Comercio concede al factor, para “contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas”; dichos actos *ultra vires* se rigen por lo dispuesto en el artículo 316, y ellos suponen siempre la representación, es decir, que el factor se ostente y figure como tal, o bien, que a *posteriori* reconozca el principal dicha actuación y haga suyos los efectos del negocio mediante la ratificación.

En tercer lugar, el obrar a nombre propio y el obligar al principal exige que éste haya autorizado expresamente al factor, para que oculte su carácter y se ostente como dueño. En otras palabras, el mero hecho de ser factor no autoriza, sino que impide, el obrar a nombre propio en los objetos del giro o tráfico (y desde luego en los que sean distintos a éste); ello, no sólo porque la representación indirecta nace de pacto o convenio expreso (*supra* núm. 9), sino también porque el artículo 312 exige la autorización expresa para que los factores trafiquen o se interesen en negocios del mismo género de los que estuvieren facultados a hacer a nombre de su principal; y evidentemente, esta prohibición juega tanto frente al factor como frente al tercero contratante a quien el principal se la opondría como excepción, al ser éste demandado por responsabilidad. La falta de autorización del factor le impediría obrar a nombre propio, como interesado directo, frente al tercero.

Por otra parte, la autorización expresa y por escrito que se exige en el artículo 310, si bien puede faltar cuando se está en presencia de un nombramiento de factor, de gerente general, de director de una empresa, en los términos del artículo 309 (supra núm. 26), resulta imprescindible respecto a facultades que como las de obrar a nombre propio no derivan de dicha norma, que por lo contrario parece prohibirlas, y las cuales deben considerarse *extraordinarias y excepcionales*.

La responsabilidad del principal, por lo demás, no requiere que el tercero pruebe que el factor obró por cuenta y en interés del principal, ya que el artículo 315 establece una presunción absoluta de que los contratos celebrados por dicho factor, sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de que está encargado (únicos, como decíamos, sobre los que cabe la responsabilidad del principal por un obrar a nombre propio del factor) "se entenderán por cuenta del principal, aun cuando el factor... haya transgredido sus facultades."²⁵⁹

En conclusión, si se dan los tres elementos que señalamos, a saber, que el factor oculte dicha calidad; que se trate de un contrato que recaiga sobre un objeto del giro, y que él esté autorizado a obrar en nombre propio,²⁶⁰ el principal responde juntamente con el factor, frente al tercero. La única explicación de esta responsabilidad trascendente al principal quizás estribé en la organización misma de la empresa, que obra a manera de garantía de terceros por los actos cometidos por su personal, pero sólo dentro de las limitaciones indicadas antes. Como dice Mossa,²⁶¹ "el mero hecho de que una empresa esté presente basta para imputar al empresario sus efectos, sin necesidad de que el nombre de la empresa o del empresario sean conocidos o reconocibles. La costumbre mercantil... es considerar a la empresa, más que a la persona del empresario o del representante";²⁶² en este caso, como bien dice

²⁵⁹ A igual conclusión llega Garrigues en el derecho español, es decir, de que se trata de una presunción *juris et de iure*; *ob. ult. cit.*, p. 548.

²⁶⁰ Podría alguien sostener que este último requisito no es necesario, dado que el art. 315 expresamente establece la responsabilidad del principal, cuando el factor "haya transgredido sus facultades"; sin embargo, dicha terminología hace referencia a violación por el factor de *limitaciones* en el poder que le impone el principal para representarlo, es decir, para que celebre actos o contratos a su nombre y no a nombre del factor; pero no a violación de un pacto, o de una facultad normalmente inexistente, como es, la autorización para que el factor obre a nombre propio. Dicho en otras palabras, si el factor, al contratar, ni se ostenta como tal sino como interesado directo, ni estuvo nunca autorizado para obrar a nombre propio, y así actúa y así contrata, el principal no es responsable.

²⁶¹ *Ob. cit.*, núm. 622, p. 511.

²⁶² Ver también Vivante, *cit.*, núm. 274, pp. 340 y ss.: "Cuando las circunstancias exteriores induzcan a creer que el acto pertenece al comercio del poderdante, ello basta para que éste responda de las obligaciones que se originen. Al decir el Código

Bigiavi,²⁶³ refiriéndose a un precepto del derogado Código de Comercio italiano, “aun cuando falta la *contemplatio domini* expresa, se deben referir igualmente los actos al *dominus*, y aquélla (la representación) se debe presumir”.

29. *Mandato y comisión*

La representación voluntaria se vincula frecuentemente con el acuerdo de las partes, o sea, el contrato. En nuestro sistema jurídico, dos son los contratos a los que tradicionalmente se une o vincula la representación, a pesar de que ambos no son —*per se*— negocios representativos, sino meramente de gestión de actos ajenos; ellos son el mandato en el derecho civil y la comisión en el derecho mercantil. Propia y técnicamente hablando, estos dos contratos sólo deben referirse a la relación obligatoria entre mandante y mandatario, que no implica un obrar a nombre ajeno (representación), sino un obrar a cuenta o por interés ajeno (contrato de gestión); se refieren a una relación que se plantea exclusivamente entre las dos partes, en tanto que la representación, aspecto externo fundamentalmente, se refiere al acto o negocio celebrado por el representante con el tercero, aunque también y de manera inevitable, al acto por medio del cual se autoriza (de aquí la autorización o *Vollmacht* a que alude Laband), se inviste de facultades (de representación) al representante (poder o nombramiento).²⁶⁴

Sin embargo, es indudable, por una parte, que el objeto del mandato y de la comisión es facultar al representante para que actúe ante terceros *en interés o por cuenta* del mandante o comitente, y que frecuentemente, a dicho pacto se une el *encargo de obrar a nombre de ellos* (cuando el negocio es representativo). De la frecuencia y normalidad con que aparecen y actúan el pacto de representación y el contrato de mandato, se les identifica y se suele considerar a éste como una fuente de aquél.

Dicha identificación es indebida y ha sido tradicionalmente una fuente constante de errores. Laband, hace ya más de un siglo, demostró el equívoco y distinguió nítidamente, por primera vez, que mandato y representación son dos figuras, dos negocios distintos.²⁶⁵ En efecto, el mandato, como el contrato de prestación de servicios, el de trabajo, el de asociación, son nego-

que los actos del factor deben pertenecer o ser necesarios al comercio del principal no pretende que pertenezcan o que sean necesarios efectivamente, en concreto, sino que quiere significar que deben *parecer* pertenecientes o necesarios al expresado comercio.”

²⁶³ *L'impeditore*, cit., p. 73.

²⁶⁴ Ver a este respecto, Rocco, *Principios...* cit., núm. 80, p. 285, y en relación al carácter gestorío del mandato Sconamiglio, *cit.*, p. 63.

²⁶⁵ Al respecto ver Müller Freinfels, *Legal relation in the Law of Agency*, American Journal of Comparative Law, vol. XIII, pp. 198 y ss.

cios de gestión que se limitan a las relaciones entre el principal y el agente (para usar la terminología del derecho inglés), y nada tienen que ver con la autorización y las facultades que se otorgan al agente para celebrar negocios y ejecutar actos jurídicos con y frente a terceros, a nombre del principal; es decir, el mandato y la comisión, se concretan a actos de gestión, de carácter interno, no como la representación, que implica una autorización y la ejecución de una actividad jurídica (actos, negocios), externos del agente, no frente al principal sino frente a terceros. La representación vincula al principal con los terceros, el mandato no, sino que sólo relaciona y liga a las dos partes del contrato. Esto es, el mandato, es un contrato, un pacto que requiere el acuerdo de las dos partes, en tanto que la representación es una relación jurídica no contractual, sino unilateral, que nace de la autorización, de la procura, del poder que otorga el principal y que no requiere ni de la aceptación del agente, ni de su conocimiento o la de tercero con quien él se relaciona.²⁶⁶

Consecuencias de que la representación sea una relación jurídica no contractual, son, por una parte, que no se requiera un contrato previo que lo sustente o le dé nacimiento y que el representante pueda obligar y vincular al principal sin que haya un contrato entre ellos, sino meramente a virtud del poder o de la autorización que éste le confirió; por otra parte, que en ciertos casos de violación o exceso de las facultades conferidas, el principal quede vinculado con el tercero y sólo conserve acción de responsabilidad frente al representante, o sea, que la medida y la extensión de la representación no derive de contrato sino de una relación unilateral (procura, autorización, etcétera) e incluso de las prácticas comerciales y de los negocios que pueden atribuir al agente una representación mayor que la que haya sido intención del principal otorgar.²⁶⁷ Por último, consecuencia del carácter no contractual de la representación es que haya contratos como el mandato y la comisión que pueden ser o no representativos, que haya representación ajena a tales figuras, e inclusive que se hable de una representación aparente e implícita en ciertas relaciones contractuales (verbigracia de un cónyuge al otro; del empresario al mancebo; de una sociedad a su gerente), porque es claro que si la representación naciera del contrato (de matrimonio, de prestación de servicios, del de sociedad) no tendría que acudirse a la teoría de la apariencia.

²⁶⁶ Ver supra núm. 1. Müller Freinfels, *cit.*, pp. 203 y ss.: The agent is already an agent with authority before he acts for the principal, merely because the principal has authorized him.

²⁶⁷ Sobre estos problemas, Müller Freinfels, *ob. ult. cit.*, pp. 205 y ss.

Se distingue el mandato de la comisión, primero, en su campo de acción, ya que mientras ésta se refiere a la ejecución de actos comerciales,²⁶⁸ el mandato se refiere a 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 artículo 75 del Código de Comercio).²⁶⁹ 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 (artículo 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, y que desde luego se trata de un contrato civil, es decir, regulado por el derecho común.

Ahora bien, que la representación se vincule con un mandato civil o mercantil no quiere decir que se ligue a estos contratos inescindiblemente ni de manera única o principal, puesto que como ya vimos, ella surge de un acto unilateral, como es el poder, la autorización, la ratificación.

Tampoco afirmamos que siempre el mandato vaya unido a la representación, porque así como hay mandato representativo, hay también mandato sin representación²⁷⁰ (como, obviamente, representación sin mandato), que es cuando el mandatario se concreta a gestionar un acto por cuenta del mandante, sin una actuación representativa, es decir, sin obrar a nombre del mandante; o cuando al actuar frente a terceros el mandatario obra a nombre propio (aunque siempre por cuenta o en interés del mandante), o sea, que acuda a la llamada representación indirecta, de la que ya discutimos (supra núm. 9 y siguientes).

Propio y esencial del mandato y de la comisión, tanto del representativo como del no representativo, es la actuación del mandatario o del comisionista por cuenta del mandante o comitente, o sea, que se exige la actividad de interposición, de un obrar en interés ajeno por parte del mandatario,²⁷¹ que

²⁶⁸ Ver art. 273 del Código de Comercio 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 la desempeña". En la doctrina, ver Thaller, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, 8^a ed., París, 1931, núms. 1110 y ss., pp. 703 y ss.; Straffa, *cit.*, p. 10; Uriá, *cit.*, núm. 513, p. 425; Pópesco Ramnicanio, *cit.*, pp. 259 y ss.

²⁶⁹ Sobre el concepto y la clasificación de los actos de comercio, me permito referirme a mi *Tratado...* *cit.*, pp. 90 y ss. y 103 y ss.

²⁷⁰ Así, Fadda y Bensa, *cit.*, I, p. 918; Straffa, *cit.*, p. 8; Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza...* *cit.*, p. 309; Vivante, *cit.*, núm. 254, p. 311: se considera vencida la doctrina que identificaba al mandato y la representación.

²⁷¹ Pugliatti, *ob. cit.*, *loc. cit.*

es una nota que también existe en otros negocios como la intermediación, la agencia, la prestación de servicios y el contrato de trabajo.²⁷²

En el derecho francés y en el italiano, la comisión es siempre y por ley un negocio no representativo,²⁷³ lo que lo distingue del mandato civil que puede ser representativo o no representativo, según lo que dispongan las partes; entre nosotros, ambas figuras pueden constituir negocios representativos y no representativos,²⁷⁴ 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, etcétera), si es especial, o a actos civiles, administrativos, procesales y *mercantiles*, si es general.

En efecto, el artículo 273 del Código de Comercio claramente establece que “el mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil”;²⁷⁵ 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” (artículo 244 del Código de Comercio español), 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

²⁷² La Suprema Corte afirma que en la comisión el comisionista es sujeto del derecho laboral, “si sólo puede ocuparse de los asuntos del comitente, sin poder prácticamente ocuparse de otros, y se encuentra en una sujeción y dependencia que...” Ver Semanario Judicial de la Federación xvii, Sánchez Severiano, p. 1191; xxxii, Ceballos Cayetano, p. 600; xxxiii, Cía. Mexicana Molinera de Nixtamal, S. A., p. 501; xlvi, Veana Jesús, p. 1914; li, Monsalve Ricardo, p. 3071.

²⁷³ Véanse, derecho italiano, art. 380 del Código de Comercio 1882; derecho francés, art. 94 del Código de Comercio. El derecho español es semejante al nuestro, ver art. 245 del Código de Comercio. En la doctrina: Lerebours Pigionnière, *cit.*, pp. 202 y ss. Nuestro Proyecto de Código de Comercio también se adhiere a la doctrina francesa e italiana (art. 378: “Es comisionista quien se dedique profesionalmente a desempeñar en nombre propio pero por cuenta ajena, mandatos para la realización de actos de comercio”). Quienes realicen actos de comercio a nombre y por cuenta ajena serán regidos por el “mandato mercantil” (art. 397).

²⁷⁴ En contra, Rodríguez Rodríguez, *Curso...* *cit.*, II, pp. 34 y ss. Sin embargo, así ha sido en los derechos derivados del Código de Comercio español de 1829 (art. 119). Ver el comentario de ese Código, en Martí de Eixala, *Instituciones...* *cit.*, pp. 131 y 167.

²⁷⁵ El texto de este artículo no tiene antecedentes en nuestra legislación comercial, puesto que ni el Código de Comercio 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 referían a actos de comercio y operaciones mercantiles en general. (Así el Código de Comercio español de 1829, art. 116 y los que lo siguen, v. gr., el derogado Código de Comercio de Costa Rica de 1853, art. 63, y el vigente de 1964, art. 273.) Se distinguen entre sí dichos dos códigos nuestros anteriores, en que el de 1854, como su modelo, o sea, el Código de Comercio español 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 1884 como sus antecesores frances e italiano, sólo permitía la comisión a nombre propio.

generales respecto al acto o actos a que la comisión se refiera.²⁷⁶ 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 el mismo género o categoría que indique el contrato (comisión de compras, de ventas, de transportes, de cambios, de seguros, como distinguía el artículo 239 del Código de Comercio de 1884); o inclusive de la actividad de comercio especificada, en el propio contrato (comisión de compra y venta; de esto más transportes; de compra-venta y de cambios, etcétera) y comprendida en distintas categorías dentro de nuestra clasificación de actos de comercio (verbigracia artículo 75 fracciones I y II).

Puede la comisión restringir las facultades del comisionista para el efecto de señalar tanto el acto aislado de comercio que éste puede realizar (compra de una maquinaria de tales o cuales características), como los pormenores de la operación (en cuanto a precio, lugar, etcétera); pero también puede extender dichas facultades y conceder amplitud de criterio al comisionista para decidir a su arbitrio la clase de operaciones a realizar, las condiciones de éstas, el mejor tiempo para realizarlas, etcétera (véanse artículos 287 y 288 del Código de Comercio). Lo que está fuera de la comisión, es la representación general, en el sentido que establece el artículo 2554 del Código Civil; es decir, la atribución de facultades tan amplias al apoderado, que éste 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.²⁷⁷

²⁷⁶ De acuerdo, sustancialmente, Tena, *cit.*, núm. 155, pp. 303 y ss. La Suprema Corte, al analizar las notas y características de la comisión, ha sentado una tesis errónea, limitando excesiva e injustificadamente el alcance de dicho contrato. Según nuestro Alto Tribunal, "los contratos de comisión mercantil se celebran para llevar a cabo una operación precisa y determinada realizada la cual concluye el convenio" (Semanario Judicial de la Federación, t. L, Cía. Petróleos de México, S. A., p. 982.) Esta tesis, que puede interpretarse en el sentido de hacer referencia a actos u operaciones individuales, específicas, *concretas*, que al llevarse a cabo "concluyen el convenio", es inaceptable y contraria a los precedentes de la norma, así como a disposiciones del mismo Capítulo I del Título Tercero del Código de Comercio ("De la comisión mercantil"), como son los artículos 280, 287, 289, 296, 297, 303, etcétera. En cambio, si por operaciones precisas y determinadas entendemos todas las comprendidas en el giro o en las actividades materia del contrato (compraventa; importación y exportación; distribución, etcétera, de mercancías) puede aceptarse este criterio de la Corte, aunque no sea fácil afirmar la conclusión del convenio al realizarse la operación, ya que ésta suele ser permanente, estable, de ejecución continuada, durante el término que convencionalmente se fije.

²⁷⁷ 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 del Código de Comercio.

Cabe, por último, un poder especial mercantil o mandato mercantil *strictu sensu*, que no se vincule con la comisión, ya sea por no ligarse con un contrato, ya por no referirse a actos concretos de comercio, pero que, sin embargo, 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, para un litigio mercantil concreto, representar a una persona o un comerciante en la celebración y ejecución de ciertos negocios mercantiles. Este negocio estaría regido, por analogía con la comisión, por el Código de Comercio y sólo a falta de normas de este Ordenamiento, y en ausencia de usos o costumbres mercantiles, por las disposiciones sobre mandato del Código Civil.

Tanto si el mandato (o la comisión) es representativo, como si no lo es, la doctrina distingue la *relación interna* de la *externa*;²⁷⁸ aquélla, se establece entre mandante y mandatario, es previa a la actuación de éste frente a terceros (lo que la distingue de la gestión de negocios) y su 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.

Las *relaciones externas*, se establecen ulteriormente entre el mandatario y los terceros con quienes contrata; si la relación es representativa, ella 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, se restringirá a actuar por cuenta ajena y obrará a nombre propio frente al tercero.

La primera etapa, o sea la relación interna, es la que tiene carácter contractual, aunque en ella la concesión de facultades representativas deriva de un acto unilateral del mandante que se agrega al contrato de gestión (obrar por cuenta ajena) que mandante y mandatario celebran; 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 tratan entre el man-

²⁷⁸ Sobre las relaciones internas y externas en el mandato, Sraffa, *cit.*, pp. 3 y ss.; Fadda y Bensa, *cit.*, I, p. 918; Nattini, *cit.*, p. 10; Popesco Ramnicano, *cit.*, pp. 226 y ss.

datario y terceros, ajenos totalmente a la relación previa. El carácter jurídico de estas relaciones puede ser de la más variada especie, según el acto o el negocio que el mandatario realice con el tercero, 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 el principal); y tampoco influyen en dichas relaciones internas contractuales previas, aunque el mandatario actúe a nombre propio, sin representación,²⁷⁹ 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 y los efectos relativos; debe tenerse en cuenta, además, que la representación indirecta sólo puede surgir, de un negocio contractual.²⁸⁰

Las relaciones externas que existen entre el mandatario y el tercero, sin que integren el contrato de mandato representativo, son las que constituyen su fin y su causa; es decir, el contrato y la representación se celebran y se otorgan con el fin de que una de sus partes lleve a cabo por cuenta y a nombre 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,²⁸¹ 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 de sus atribuciones; por el contrario, el mandato, si tiene alcance amplio y general, generalmente es un negocio principal y autónomo; es decir, si se celebra en relación a una serie de actos, o bien, se concede en términos tales que el mandatario pueda ejecutar por cuenta del mandante todos sus actos y negocios.

Por lo que respecta a formalidades, nos remitimos a lo que dijimos en materia de procura (*supra* núm. 16): tanto el mandato civil como la comisión,

²⁷⁹ 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.

²⁸⁰ 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.

²⁸¹ 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 Código de Comercio de 1884, arts. 176 a 180— constituye una actividad principal.

deben celebrarse o ratificarse por escrito²⁸² ya que pese a lo establecido por el artículo 2550 del Código Civil ("El mandato puede ser escrito o verbal") y por el artículo 274 del Código de Comercio ("El comisionista... no necesitará poder constituido en escritura pública, siéndole suficiente recibarlo por escrito o de palabra..."), en materia civil el artículo 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 concluya el negocio para el que se hubiera dado un mandato o comisión verbal (artículos 2552 del Código Civil y 274 *in fine* del Código de Comercio).

Además, como ya vimos y como establece el artículo 2555 del Código Civil, 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 cinco mil pesos 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 fracción VII del artículo 21 del Código de Comercio, 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.²⁸³

Contrariamente, el mandato que confiere representación general en materia de actos de administración o de dominio, debe inscribirse en el Registro de Comercio, con el fin de que produzca efectos frente a terceros (artículo 26 del Código de Comercio);²⁸⁴ si el mandato (o el poder) general, es para pleitos y cobranzas la jurisprudencia de la Corte considera con razón, que no se aplica

²⁸² 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.

²⁸³ La frac. VII del art. 21 del Código de Comercio comprende también al nombramiento y revocación de gerentes, factores y dependientes, no porque a éstos siempre 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.

²⁸⁴ Por tercero, dice Mantilla Molina, *cit.*, núm. 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 terceros de Rodríguez Rodríguez y Garrigues.

la norma indicada, o sea, la fracción VII del artículo 21, porque dicho mandato no es mercantil.²⁸⁵

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 artículo 2554 del Código Civil) debe formularse por escrito y generalmente en escritura pública,²⁸⁶ a efecto de que mediante la exhibición del documento relativo, el representante del actor o 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 (artículo 47 del Código de Procedimientos Civiles), y el de apelación en materia mercantil (artículo 1339 del Código de Comercio), 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 (artículo 35 fracción IV del Código de Procedimientos Civiles) como mercantil (artículo 1379 del Código de Comercio).

Por último, cabe que se ostente como representante en juicio un gestor oficial, cuya representación habrá de ser posteriormente reconocida y ratificada por el beneficiario; sin embargo, en materia de comercio está prohibida la gestión judicial para representar al actor.²⁸⁷

²⁸⁵ 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, XL, p. 555; XLVIII, p. 2482; XLIX, p. 885; XLVIII, p. 781; XLVII, p. 4406; LI, p. 2282. A juicio de Mantilla Molina, *cit.*, núm. 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 del Código de Comercio se refiere a "los documentos que conforme a este Código deben registrarse y no se registran, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen..." (ver también, art. 22 del Código de Comercio), y entre dichos documentos no está el mandato (civil o comercial) para materia procesal. En rigor, el registro sólo es necesario para poder oponer a terceros ciertos actos, o sea, aquellos expresa y *enunciativamente* enumerados en las normas relativas a dicha forma de publicidad, tanto a la civil como a la mercantil; y como ni el Código Civil ni el de Comercio comprenden el mandato entre los actos (o documentos) que deben registrarse, debemos entender que dicho negocio puede oponerse a terceros sin necesidad de inscripción. Ver sin embargo, lo que a continuación decimos en el texto sobre formalidades del mandato y del poder para juicios.

²⁸⁶ Véanse arts. 1061 fracs. I y II del Código de Comercio; 46 y 95 fracs. I y II del Código de Procedimientos Civiles; 276 frac. I, Cod. Fed. de Proc. Civ.

²⁸⁷ Véanse arts. 1057, 1058 y 1059 del Código de Comercio y 49 y ss. del Código de Procedimientos Civiles.

30. *Contrato consigo mismo*

Con motivo del mandato y de la representación se plantea el problema de aceptar o rechazar el acto o el contrato que el representante celebra consigo mismo, ya sea actuando como representante y en interés y a cuenta propia (verbigracia comprando para sí aquello que el representado le ha encargado vender), o bien, como representante de dos personas distintas (verbigracia una de las cuales compra y la otra vende, ambos a través de la representación de la misma persona).

El primer problema que este "contrato" plantea, es saber si efectivamente lo es. La conclusión negativa parece obvia. Si contrato es el acuerdo de dos o más personas para producir o transferir obligaciones (artículo 1793 del Código Civil), mal puede llamarse contrato aquella figura en la que sólo una persona interviene, representando a otras dos, o sólo a una. En ambos casos, ni intervienen dos personas ni menos hay *acuerdo de voluntades*.

Pese, pues, al término consagrado, no se trata de un contrato, sino de una declaración unilateral de voluntad reconocida por el derecho;²⁸⁸ la cual, además, normalmente se aplica o surte efectos en negocios tan típicamente contractuales, como son la compraventa, el arrendamiento, el mutuo, etcétera.²⁸⁹ Y tenemos también que reconocer que pese a la definición de dichos contratos y a la exigencia normal de que en el contrato existan dos personas en posiciones jurídicas contrapuestas, el derecho positivo y la doctrina admiten que sólo participe y figure una persona, representando a las dos partes del contrato, o sólo a una de ellas.²⁹⁰

Nuestro derecho positivo reconoce, en efecto, expresamente, algunos casos de contratación consigo mismo, y en ninguna norma prohíbe que el representante consigo mismo contrate; no obstante, si está implícito y si es propio de la representación que el representante no pueda ni deba actuar en contra

²⁸⁸ Cfr., para el derecho español, Sanpons Salgado, *El mandato*, Barcelona, 1964, pp. 44 y ss. y para el italiano, Giovanni Balbi, *Contratto con se stesso*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, pp. 693 y ss.

²⁸⁹ Decimos que *normalmente* se aplica a fenómenos contractuales, porque también es posible que opere en actos unilaterales, v. gr., el endoso que a su favor se hace el representante del legítimo tenedor de un título de crédito cfr. Bonfante y Sraffa, *Il Contratto con se medesimo*, en RDC, 1930, I, pp. 376 y ss.; el pago que a su favor haga el representante, de créditos que tenga frente a su representado (v. gr., el caso del art. 571 del Código Civil), etcétera.

²⁹⁰ De acuerdo, Bonfante y Sraffa, *Il Contratto...* cit., pp. 359 y ss.: "Que el principio de las declaraciones efectivas de dos voluntades —sostienen estos autores p. 373— de parte de personas distintas, sea un dogma de nuestro derecho contractual parece que deba rechazarse porque en nuestro derecho hay textos precisos que con mayor o menor intensidad reconocen la validez del contrato del representante consigo mismo, demostrando así que no es necesario que las voluntades sean dos efectivamente para que el contrato pueda constituirse válidamente..."

del interés del representado.²⁹¹ Esto nos lleva a afirmar que el contrato consigo mismo está prohibido cuando existe un conflicto de intereses.

A pesar de que en materia de compraventas civiles el artículo 2280 prohíbe terminantemente que los mandatarios —*rectius*, representantes— puedan comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados, no creemos que esta norma debe aplicarse por analogía, para comprender las ventas que el representante haga al representado, o sea, las operaciones de venta en que el mandatario mismo figure como vendedor y el mandante como comprador; ni tampoco operaciones distintas a la compraventa, traslativas o no, ya que, por una parte, no existe como decíamos una prohibición general del contrato consigo mismo; por la otra, no tiene por qué aplicarse analógicamente a la representación una disposición que se establece en materia de compras, y finalmente, porque las prohibiciones deben interpretarse en forma restringida y limitada a los supuestos previstos en la ley. La norma, no sólo está limitada al contrato de compraventa, sino que inclusive se restringe para las operaciones de compra que para sí pretenda efectuar el mandatario. El propio Ordenamiento civil admite las ventas consigo mismo en el caso de que el tutor sea coheredero, participe o socio del incapacitado-vendedor (artículo 570); como también admite, el pago de sus créditos contra el incapacitado con la conformidad del curador y la aprobación judicial (artículo 571); y prohíbe al tutor, sin fijar temperamento alguno, la cesión de algún derecho o crédito contra el incapacitado (artículo 572).

En materia comercial, en cambio, la admisión de la institución que analizamos es más amplia. Existe, en efecto, a semejanza del derecho italiano, en la comisión (artículo 299 del Código de Comercio), a pesar de que entre nosotros esta figura puede ser representativa; en la factoría (artículo 318); en la actuación del administrador de la sociedad anónima (artículo 150 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) y en el caso de las sociedades unimembres en que el socio pacta con la sociedad que él mismo representa (supuesto para el que no rige la prohibición del artículo 196 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).²⁹²

La norma más general es la del artículo 299 que permite al comisionista —y por tanto también al mandatario mercantil— comprar o vender para sí, o para otros que él también represente, pero siempre que cuente con el consentimiento expreso del comitente. Esta norma, la consideramos aplicable por ana-

291 Puede actuar en interés de tercero e inclusive en interés del propio representante, lo que se da, por ejemplo, en el mandato irrevocable. Ver infra núm. 32. Nunca en cambio, puede actuar el representante en interés propio y contrario al del *dominus negotii*. De aquí que cuando haya conflicto de intereses (v. gr. art. 156 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) se prohíbe y debe entenderse prohibido el contrato consigo mismo.

292 Cfr. para un supuesto semejante, Sanpons Salgado, *cit.*, pp. 46 y ss.

logía a otros contratos mercantiles, traslativos o no traslativos como puede ser el arrendamiento de muebles, y también a actos no contractuales (verbi- gracia a pagos o endosos a que nos referimos en nota 289 supra), y ello por aplicación de la fracción xxiv en relación con la fracción xii del artículo 75 del Código de Comercio, que admite la analogía en materia mercantil.

Ahora bien, ¿qué requisitos deben darse para que el representante pueda contratar consigo mismo, siempre dentro de las limitaciones impuestas por el derecho positivo?

A mi juicio se requieren dos notas: el consentimiento del representado, y la ausencia de intereses en conflicto con los del representante, o entre las dos personas representadas por el mismo representante.

El primer requisito, que el artículo 299 del Código de Comercio exige (igual que el artículo 1395 del Código Civil italiano), es consecuencia de la naturaleza misma de la representación y del carácter del representante, notas que suponen que los efectos de los actos celebrados por éste recaigan y se reflejen, exclusivamente, en el representado, siendo el representante ajeno y quedando al margen de los efectos del acto o negocio que celebra con un tercero (ver supra núm. 1). Se trata, decíamos (supra núm. 3), de un negocio de interposición, de sustitución del *dominus* en el que el representante contrata con un tercero (no consigo mismo) para que los efectos del negocio recaigan en el patrimonio de éste y del representado, y no en el propio patrimonio del representante.

Ahora bien, para que esta situación excepcional pueda tener lugar se requiere que el representado convenga en que su apoderado obre para sí y contrate consigo mismo, que el negocio que celebre ligue a ellos dos (la doctrina habla de *autoentrada* del representante en el contrato) y que no actúe entre él y el tercero, sino como representante y como contraparte en el negocio que celebre.

No obstante, casos hay en que el consentimiento no lo otorga el representado, sino el juez o curador (casos de representación legal, como la de tutela a que se refiere el artículo 571 del Código Civil), y también, en que no se requiera consentimiento alguno cuando el representante legal (artículo 570 del Código Civil) úna a tal calidad la de heredero, participe o socio del incapacitado.²⁹³

Por lo que se refiere a la ausencia de un conflicto de intereses, debemos, en primer lugar, precisar lo que deba entenderse por tal situación.

²⁹³ No creemos justificado que en estos casos, se prescinda del consentimiento del juez y del curador, porque dicha doble calidad, puede plantear y normalmente planteará, conflictos de intereses. Ahora bien, cuando dicho conflicto exista, dado que consideramos que es requisito necesario que no lo haya para que pueda existir y plantearse el contrato consigo mismo, creemos que deba evitarse —y en su caso anularse— la venta que a su favor hiciera el tutor, pese al texto del art. 570 que analizamos.

La mera existencia de intereses o situaciones jurídicas opuestas en el negocio en que intervenga el representante, no es suficiente para que haya un conflicto, porque si tal fuere se impediría absolutamente la "autoentrada" del representante en cualquier contrato de cambio, ya que lo propio y característico de éstos es, precisamente, la oposición de intereses entre las partes. En esto consiste el carácter sinalagmático de los contratos de cambio.

Tampoco es suficiente para que exista un conflicto de intereses que el representante que actúe para sí, busque ventajas para él; es decir, que salga beneficiado y se aproveche del contrato consigo mismo. Que esto suceda, será lo normal, tanto porque se trata, al través de esta institución que analizamos, de proteger un derecho subjetivo de quienes en él intervienen —por tanto, del representante— y en consecuencia de proteger el interés propio y legítimo de dichos participantes, como porque no sería lógico que la validez de este negocio jurídico (el contrato consigo mismo) dependiera de que el representante ningún interés tuviera en su ejecución, o bien, de que le irrogara daños, en lugar de ventajas.

Lo determinante del conflicto de intereses estriba en que la actuación del representante sea o pueda ser perjudicial al representado,²⁹⁴ ya sea en beneficio del propio representante, ya del otro representado, según que se obre en representación de una sola persona o de dos o más.

Ahora bien, el contrato consigo mismo puede acarrear daños al representado pero éste haberlos admitido y autorizado, bien en forma expresa, bien implícita pero claramente (verbigracia no desautorizando al representante que le avisa que va a adquirir para sí, en perjuicio y detrimento del representado, el bien que le dio en comisión para vender); en este caso, el consentimiento del poderdante excluye y hace desaparecer cualquier conflicto de intereses.²⁹⁵

Inversamente, un poder que incluya la facultad general de contratar consigo mismo, no autoriza al representante a celebrar el contrato con otra persona con quien él sepa o deba saber que existen intereses opuestos de su poderdante (verbigracia tratándose de un competidor) o que se trate de una persona malquista con el apoderado. En estos casos, el apoderado debe actuar con facultades especiales.

Puede también el contrato consigo mismo no ocasionar daño alguno —patrimonial o de otra índole— al representado (por ejemplo, cuando el comitente haya fijado al comisionista el precio o alquiler de la cosa, junto con los pormenores del negocio) en cuyo caso, para la celebración del contrato consigo mismo sólo se requerirá el consentimiento (expreso o no) del o de los representados.

²⁹⁴ Cfr. Balbi, *cit.*, p. 695.

²⁹⁵ Cfr. Balbi, *cit.*, pp. 696 y ss.

Por otra parte y como bien dice Balbi,²⁹⁶ "existen algunas normas que prohíben el ejercicio de la facultad de obrar como representante, en consideración de posiciones jurídicas formalmente contrapuestas, prescindiendo de la existencia de un conflicto de intereses." Es el caso, por ejemplo, del tutor frente al pupilo, del representante en caso de ausencia, de los empleados públicos, a que se refiere el artículo 2280; o de los jueces, magistrados y ministerio público que indica el artículo 2276.

Por último, el interés protegido en este negocio no tiene que ser, ni directa ni necesariamente de carácter patrimonial o económico. Puede ser de carácter personal (verbigracia que la cosa no se adquiera por una persona determinada), sentimental o meramente subjetivo, o de naturaleza económica indirecta o eventual, como el caso de que no se vendan acciones a un competidor, o a un accionista que adquiriría derechos especiales (de minoría calificada, o de mayoría) en una sociedad, o el caso de que se realicen ciertos actos (cesión o concesión del uso de marcas y patentes; divulgación de datos confidenciales o de secretos de fábrica, etcétera) frente a un competidor o a la contraparte de un negocio o de un juicio.²⁹⁷

²⁹⁶ *Ob. cit.*, p. 695.

²⁹⁷ Y esta es la *ratio legis* de la prohibición que pesa sobre el abogado de aceptar la representación de la parte contraria al cliente que representa, art. 2589, así como de la obligación del secreto profesional —art. 2590—; y en definitiva del delito de prevaricato establecido en el Código Penal (art. 232 frac. i).