

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año IV

Noviembre de 1928

Núm. 47

Mandato y comisión mercantil en el Código de Comercio y en el Proyecto de reforma

1. *Formación histórica de la figura del comisionista.*—2. *Identificación entre mandato mercantil y comisión en la doctrina mercantilista antigua.*—3. *El obrar por cuenta ajena como nota esencial de la comisión.*—4. *Diferencia entre mandato y comisión.*—5. *El comisionista en los textos legales antiguos.*—6. *Doctrina mercantilista española anterior al Código vigente.*—7. *Sistema del Código vigente.*—8. *Critica del Código, por los mercantilistas españoles modernos.*—9. *El influjo de la Legislación y de la doctrina italiana.*—10. *Critica de la distinción clásica entre relaciones internas y externas en los contratos de mandato y comisión.*—11. *Posición del Proyecto de reforma.*—12. *El retorno a la confusión entre mandato y apoderamiento.*—13. *Significación de la doctrina mercantilista en este problema.*—14. *Caracterización correcta del contrato de comisión.*—15. *El argumento de las Leyes mercantiles modernas.*

1. Sin entrar en disquisiciones históricas que nos alejarían del campo concreto del presente estudio, podemos decir que la trayectoria histórica de la figura del comisionista se mueve entre los conceptos antagónicos de viajero y residente ; de actividad dependiente de un comerciante y actividad independiente de todo otro comerciante. En los primeros tiempos, encuéntrase el antecedente del moderno comisionista en la persona del que viaja en país extranjero y admite de sus compatriotas mercancías que lleva él consigo para venderlas durante su viaje, obteniendo un determinado premio o

retribución por este servicio. Desde el siglo XII, este viajero, y al propio tiempo negociante por cuenta ajena, suele ser un servidor o empleado del comerciante lejano de quien recibe el encargo (comisión) y a quien ayuda en esta forma a desenvolver sus operaciones comerciales más allá de las fronteras del país común. Más tarde, el viajante se hace estable y el dependiente se convierte en independiente; surge entonces la figura del comisionista con su fisonomía moderna, como comerciante cuyo comercio consiste en realizar operaciones mercantiles por cuenta de otros comerciantes, generalmente extranjeros.

Ahora bien, por motivos de conveniencia práctica, estos mandatarios o comisionistas contratan generalmente en su propio nombre, es decir, sin poder de representación del comerciante mandante o comitente. Las ventajas de semejante modo de actuar son patentes. En primer término, el comitente que por su calidad de extranjero es desconocido en el lugar donde el comisionista opera, puede así aprovecharse del crédito y de las relaciones comerciales del propio comisionista, persona natural del país donde actúa, o en él establemente arraigada. En segundo lugar, y puesto que el comisionista se ofrece ante el tercero con quien contrata como dueño del negocio, queda a virtud de esta apariencia jurídica ampliamente legitimado frente a la otra parte contratante, sin necesidad de un especial apoderamiento, que sería incompatible con la anterior ventaja. Finalmente, al actuar el comisionista en nombre propio, viene a facilitar el secreto de las operaciones de su comitente, a quien, en su calidad de extranjero, suele convenirle el sigilo con el fin de eludir las prohibiciones o los especiales tributos que a veces gravan en cada nación a los extranjeros comerciantes. El obrar en nombre propio, se muestra, pues, en la historia de la comisión, no como un requisito del concepto de comisionista, sino como una resultante práctica de la experiencia.

Si revisamos ahora la doctrina mercantilista antigua, tanto italiana como alemana y francesa, obtendremos, en armonía con esta práctica originaria del comercio de comisión, una deducción triple, que viene a deslindar netamente el concepto de este contrato hasta que se recoge e incorpora en los primeros Códigos de comercio europeos.

2. Como observación primera hemos de afirmar que en la doc-

trina de los mercantilistas antiguos italianos, alemanes y franceses, a falta de una definición legislativa, no existe tampoco un concepto consuetudinario de este contrato, sino que la idea fundamental del negocio jurídico conocido hoy con el nombre de comisión (1), se modela diversamente, según las peculiaridades del comercio de cada país.

Pero lo fundamental, es que no se establece distinción alguna entre mandato y comisión, o dicho de otro modo, que no hay una institución mercantil independiente, llamada comisión, que se ponga al lado del mandato mercantil, sino que para la doctrina antigua, la comisión es, sencillamente, el mandato mercantil. Así lo prueba el hecho de que en las obras de Derecho mercantil, antiguas, se emplean indistintamente los nombres de comisión y mandato y de mandatario y comisionista. Sirvan de ejemplo los escritos de los mercantilistas italianos clásicos, tales como Straccha, Casaregis, Ansaldo de Ansaldis, Azuni («se llama comisión la orden o el mandato que da un negociante...») y Menochio («ipso vero mandantes vocant committentes»), o de los alemanes Marquardus («Ex mandato privato quod hodie in foro mercatorum commissio dicitur»), Breuls, Phöls, Püttman y Riccius («commissio haec est mandatum»). Esta misma identificación se observa, como veremos, en la doctrina jurídica española antigua.

3. La segunda observación que deducimos de la lectura de las obras mercantilistas antiguas, consiste en que la nota esencial del negocio de comisión se vincula en el hecho de obrar por cuenta ajena, siendo en cambio indiferente el que se obre en nombre propio o en nombre ajeno.

Según Azuni, llámase generalmente comercio de comisión el que se practica por cuenta ajena. «El comisionista contrata a menudo en nombre propio..., en tal caso el comisionista quedará ciertamente obligado, de modo principal, hacia aquel que ha contratado con él...» (2). En el mismo sentido, dice Straccha (3), que por cau-

(1) V. sobre el origen del nombre de comisión el artículo de Biscaro, *Commissione nella pratica mercantile e nella dottrina giuridica del medio evo*. Riv. di Dir. com., 1915, 7, p. 8.

(2) Azuni, *Commissione*.

(3) *De mercatura decisiones et tractatus varii et de rebus ad eam pertinentibus. Tractatus de adjecto*, 4.^º pars.

sa de mayor facilidad en el cobro, o por otros motivos que cita, acostumbran los mercaderes *mandatarios* a obrar en nombre propio; y Casaregis afirma que el comisionista suele obrar en nombre propio («*Solet sub proprio nomine agere*») (4), y cita la misma opinión de Ansaldo de Ansaldis, afirmando que cuando el comisionista o Procurador actúa en nombre propio, queda obligado, como principal contrayente para con aquél con quien ha contratado, «pero respecto al mandante, esta omisión del nombre en el contrato en nada altera la naturaleza del mandato». Savary (5), el ilustre mercantilista francés del siglo XVII, no define tampoco el contrato de comisión; se limita a una enumeración indicadora de las principales clases de comisionistas que existían en su tiempo, y, reaccionando contra esa costumbre de los comisionistas que reflejan las palabras de los mercantilistas italianos, aconseja a los comisionistas que no se constituyan deudores en nombre propio frente a terceros, para no correr los riesgos de la insolvencia del comitente.

4. Como tercera afirmación, debe anotarse que la diferencia entre mandato civil y mandato mercantil (comisión), se funda en la doctrina, principalmente la francesa, en el doble dato del carácter mercantil del negocio realizado por el comisionista por cuenta de su comitente y en la especialidad o individualidad del negocio mismo. En tal sentido, Delamarre y Lepoitvin, cuyas ideas sobre el concepto francés de la comisión son tan interesantes, afirman que lo que caracteriza y distingue la comisión del mandato ordinario, no es ni la cualidad del que lo confiere ni el lugar en que se confiere, ni el nombre bajo el cual se ejecuta, ni el salario sin estipulación; sino que es, de una parte, el carácter mercantil del negocio encomendado, porque esto es lo que constituye el mandato comercial; y de otra parte, la especialidad o individualidad del mismo negocio, porque es esta especialidad la que hace que un mandato comercial sea una comisión. De conformidad con estas ideas, definen la comisión mercantil como un contrato por el cual uno de los contratantes da el poder de realizar por él una o varias operaciones de comercio individualmente determinadas al otro contratante, el cual se obliga a gestionarlas y concluirlas, sea bajo

(4) Casaregis, *Discursus legalis de commercio*.

(5) *Le parfait negociant*.

un nombre social o en el suyo propio, sea en nombre del comitente (6).

5. El primer texto legal en que aparece recogida la figura de la comisión mercantil, son las Ordenanzas de Bilbao, en su Capítulo 12. En estricta correspondencia con la posición de la doctrina, vemos que en este monumento legislativo español no hay un concepto general de comisión, sino tan sólo una regulación de la comisión de venta de mercaderías, y no aparece tampoco que sea elemento esencial de la misma, el dato de que el comisionista obré en nombre propio.

La misma posición adopta el Código de Comercio francés de 1807, cuando en su artículo 94, recoge como regla general, el supuesto más frecuente en la práctica: «comisionista es aquel que obra en su propio nombre o bajo un nombre social por cuenta de un comitente»; pero como este modo de obrar del comisionista no es de esencia al concepto de comisión, el párrafo segundo del mismo artículo contempla el caso del comisionista que obra en nombre de su comitente, con lo que viene a reconocer el Derecho francés dos especies de comisionistas dentro del concepto único de la comisión: los que obran en nombre propio y los que actúan en nombre ajeno.

El Código español de 1829, en su artículo 117, destaca, como nota esencial de la comisión, la misma que ya hemos indicado como resultante de la doctrina mercantilista antigua, o sea: «el desempeñar por cuenta de otros actos comerciales». Pero lejos de imponer al comisionista la necesidad de obrar en su propio nombre para conservar tal carácter de comisionista, lo que hace es facultarle para obrar en nombre propio (artículo 118: «el comisionista... puede obrar en nombre propio»).

También el Código italiano de 1865 permitía al comisionista que obrase en nombre ajeno (artículo 71). Pero esta posibilidad fué excluida del concepto legal de comisión en el Código vigente, a virtud de la proposición de Mancini, y por consecuencia, el actual Código italiano distingue netamente entre comisión y mandato mercantil, según que se obre en nombre propio o en nombre ajeno (véanse artículos 349 y 380 C. de c. italiano).

(6) *Traité théorique et pratique de Droit commercial*, II, pág. 58.

6. Es difícil encontrar algún dato interesante sobre el concepto de comisión en la doctrina jurídica española anterior a los comentaristas y escritores de Derecho mercantil, posteriores al Código de 1829. Ciertamente, el negocio jurídico conocido hoy con el nombre de comisión, era también conocido por los juristas españoles antiguos, pero ni utilizaban el nombre moderno para designarlo, ni expresaban tampoco un concepto general en el que pudieran incluirse las relaciones jurídicas que la comisión propiamente dicha engendra. Sin duda eran verdaderos comisionistas los que Cristóbal de Villalón llama *hazedores* en su «Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes» (Valladolid 1542), cuando, refiriéndose a los mercaderes principales, dice que son conocidos y tienen crédito en todas partes y tienen amigos y *hazedores* en cada una de aquellas partes: «De manera que los de aquí los tienen en todas las dichas partes; y los de aquellas partes los tienen aquí y así como los de fuera hacen los negocios de los de aquí en los dichos cambios: así los de aquí hacen los negocios de los de fuera: y estos negocios, son cobrar y pagar a unos por otros lo que les es de ellos embiado a pagar o rescebir...»

Más interesante para nuestra especial investigación es la obra de Hevia Bolaños, *Laberinto de comercio terrestre y naval* (Madrid 1619), donde, al tratar de los factores se habla del mandato para vender o comprar mercaderías o cosas (número 17), y se dice que: «teniendo el mandatario mandato general para negocios o para contraer, contrayendo simplemente, es visto ser en su propio nombre y no en el del mandante, si no lo expresa, como lo traen Alejandro, Jason y Alciato». Sin duda, este mandato de que nos habla nuestro Hevia Bolaños, en el cual el mandatario obraba en su propio nombre, era el mismo que el Derecho moderno conoce con el nombre de comisión.

Los mercantilistas españoles, posteriores al Código de 1829, y anteriores al de 1885 (salvo la excepción de Martí de Exala), nada oponen al concepto legal del comisionista, expresado en los artículos 117 y 118 del primero de estos Códigos. Sirvan de ejemplo las obras de los señores Gómez de la Serna y Martínez Reus (7), Escriche («lo que se denomina mandato en Derecho civil, se llaina

(7) *Código de comercio*, 1878.

comisión en el comercio») (8), Estasén (9), Rubio y López (10), Sogravo y Craibe (11), Avecilla (12), González Huebra (13), Tapia (14) y Viso (15). En síntesis, la doctrina mercantilista española del siglo XIX afirma que la comisión equivale al contrato de mandato del Derecho antiguo: el comisionista es simplemente un mandatario que *puede* contratar en nombre propio.

7. Llegamos ahora al punto crítico de la evolución del concepto español del contrato de comisión. Se publica el Código de Comercio vigente del año 1885 y en él, dentro del más escrupuloso respeto a la tradición española, tanto legislativa (Ordenanzas de Bilbao y Código de 1829) como doctrinal, se define la comisión como un mandato cualificado por la presencia de elementos específicamente mercantiles. La comisión es realmente un mandato cuando concurren circunstancias que hacen perder al mandato su naturaleza civil. Según el artículo 244, «se reputará comisión mercantil el mandato cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista». El concepto de la comisión descansa, pues, sobre estos tres elementos diferenciadores: 1.º, el elemento objetivo (se reputará comisión mercantil el mandato cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio); 2.º, el elemento subjetivo (y, además, sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista); 3.º, el elemento de la retribución (el mandato civil es por naturaleza gratuito, artículo 1.707 del Código civil; la comisión mercantil es retribuida salvo pacto en contrario, artículo 277 del Código de Comercio).

Como la comisión es simplemente un mandato mercantil, de la propia suerte que el mandatario civil puede obrar, bien en nombre ajeno, bien en nombre propio (artículo 1.717 del Código civil), puede también el comisionista actuar en nombre propio o en

(8) *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*. pág. 468.

(9) *Instituciones de Derecho mercantil*, tomo III, pág. 139.

(10) *Novísimo manual de Derecho mercantil*. Madrid, 1857.

(11) *Elementos de Derecho mercantil español*. Madrid, 1846.

(12) *Diccionario de la Legislación mercantil de España*. Madrid, 1849.

(13) *Curso de Derecho mercantil*. Madrid, 1853.

(14) *Elementos de Jurisprudencia mercantil*. Valencia, 1838.

(15) *Lecciones elementales del Derecho mercantil de España*. Valencia, año 1886.

nombre de su comitente (artículo 245 del Código de comercio). El elemento de la representación, en una palabra, no sirve en nuestros textos legales para diferenciar el mandato de la comisión mercantil.

8. Transcurren varios años de calma. La doctrina mercantilista no opone reparos al concepto legal de comisión. De pronto, en los comienzos del presente siglo, los autores españoles de Derecho mercantil, arremeten contra el Código de comercio imputándole la confusión entre comisión y mandato mercantil, alegando que en nuestros textos legales se olvida la diferencia esencial entre ambos contratos, consistente en que mientras el mandatario debe obrar siempre en nombre de su mandante, lo que caracteriza al comisionista es justamente el actuar siempre en su propio nombre. Así, el Sr. Benito, en su Conferencia sobre el «Mandato mercantil», pronunciada en Barcelona el año 1904; el señor Blanco Constans y los señores Alvarez del Manzano, Bonilla y Miñana (16).

9. ¿Cuál pudo ser la causa de esta mudanza en la doctrina española que así desestima la tradición histórica de nuestro Derecho mercantil? Sin duda, el impulso para esta crítica del Código de Comercio lo recibieron nuestros autores de la doctrina italiana, cuyas obras fundamentales comenzaban entonces a llegar a España y a ser traducidas en ella.

Sobre la base del Código italiano de 1882, Vidari, tanto en su «Corso di diritto commerciale», como en su monografía «Del mandato commerciale e della commissione» (1887), establece dos modalidades en el tipo especial de contrato que autoriza para actuar por cuenta ajena: el mandato y la comisión, y funda la diferencia entre ambos en el elemento de la representación: «el mandato implica, necesariamente, la representación jurídica del mandatario frente a terceros; la comisión, es por el contrario, la que no implica representación alguna, sino que deja que el mandatario responda él directamente frente a terceros». Insistiendo en esta idea fundamental, parte Vidari de la distinción entre relaciones internas (o efectos internos) y relaciones externas (efectos externos) que pro-

(16) Estos autores afirman que «la confusión establecida por nuestro vigente Código de Comercio entre el mandato y la comisión mercantil no puede ser más lastimosa». *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*. Madrid, 1916, tomo II, pág. 191.

ducen ambos contratos. En nada se diferencian mandato y comisión, si atendemos solamente a las relaciones internas. Pero difieren profundamente en las relaciones jurídicas externas, ya que en ellas (las que vinculan al tercero en el contrato celebrado por el comisionista o por el mandante) el mandatario nunca queda obligado personalmente, sino tan sólo su mandante, en cuyo nombre aquél actúa, mientras que el comisionista se liga directamente con el tercero como si el negocio fuese suyo, en atención a que siempre actúa en su propio nombre.

10. Un primer motivo de reproche contra esta doctrina, nace de la consideración de que ningún contrato produce efectos jurídicos más que entre las partes contratantes y sus herederos (artículo 1.257 del Código civil) y el mandato, como contrato que es, no puede sustraerse a esa regla general. Ese pretendido efecto jurídico del mandato que viene a ligar al mandante con los terceros que contratan con el mandatario, no podrá ser efecto del propio contrato de mandato, sino de una causa distinta del contrato, que coincidirá quizás con él, pero no será inherente, sino exherente al contrato mismo. Por otra parte, aun admitiendo que el mandato implique representación para el mandante, esas relaciones jurídicas con los terceros no surgirían del mandato, sino directamente del acto jurídico celebrado entre mandatario y tercero. El que estas relaciones afecten luego a la persona del mandante, será consecuencia de la representación y no del mandato mismo, el cual en este sentido sólo será motivo o presupuesto para la originación de tales relaciones. Debemos subrayar en este punto la expresión correcta de nuestro artículo 247 del Código de Comercio, cuando al contemplar el supuesto de que el comisionista contrate en nombre del comitente, afirma, que «el contrato y la acción derivada del mismo, producirán su efecto entre el comitente y la persona o personas que contrataren con el comisionista». No se trata, pues, de efectos (externos) del contrato de comisión, sino de efectos del contrato celebrado entre el comisionista y el tercero, a consecuencia de la comisión.

11. El Proyecto de reforma del Código de comercio ha seguido fielmente la doctrina de Vidari y de los mercantilistas españoles modernos por éste influídos, dando entrada en la codificación mercantil a un nuevo contrato: el de mandato mercantil que se

contrapone al de comisión (17). Si el Proyecto se aprueba, ya no será la comisión el mismo mandato mercantil. Ahora tendrán vida independiente el mandato civil, el mandato mercantil y la comisión.

La Exposición de motivos del Proyecto, emplea para justificar la innovación, las siguientes palabras, que parecen arrancadas de cualquiera de los tratados de Derecho mercantil español moderno : «en el Código actual se confunde, al regularlos, la comisión y el mandato sin observar la diferencia esencial, que estriba en si se opera en nombre propio y cuenta ajena (comisión) o en nombre y cuenta ajena (mandato)».

12. Pues bien, basar el concepto de mandato mercantil en la idea de la representación, significa, por un lado, desconocer la evolución del concepto del contrato de mandato a partir de la definición formulada por el Código de Napoleón, y establecer por otro, una antinomia legal entre el Código civil y el Código de comercio.

a) La doctrina antigua hasta mediados del siglo XIX, descansa en la confusión entre mandato y poder de representación. Esta confusión toma como punto de partida un dato de la experiencia : en la mayoría de los casos, la facultad de gestionar negocios ajenos lleva unida una autorización para gestionarlos en nombre del dueño de esos negocios. Partiendo de este hecho reiterado en la vida diaria, no es de extrañar que no se conciba la gestión de la representación voluntaria como algo autónomo, sino que, por el contrario, se considere la representación como implícita en el contrato típico de gestión de negocios ajenos, es decir, en el mandato. Se estima la representación como el aspecto externo de la gestión de negocios, como un reflejo de la interna facultad de gestión que corresponde al mandatario.

Pero la doctrina antigua no se contenta con reputar el apoderamiento para la representación como una manifestación que acompaña ocasionalmente al mandato, sino que hace de este contrato, de un modo absoluto, un contrato de apoderamiento, en cuyo contenido los conceptos de mandato y de poder, de gestión de nego-

(17) Artículo 255 : El mandato mercantil tiene por objeto operaciones realizadas en nombre y por cuenta del mandante, siempre que éste o el apoderado sean comerciantes. Artículo 223 : La comisión mercantil por la cual el comisionista contrata en nombre propio y cuenta del comitente...

cios y de representación, discurren indiferenciados (18). Así, la simple relación de coincidencia entre dos fenómenos jurídicos, se convierte por obra de la doctrina y de la jurisprudencia, en relación causal, que liga fatalmente ambos fenómenos: el mandato es la causa del poder.

Siguiendo esta dirección doctrinal, los primeros grandes Códigos europeos consideran el poder como parte esencial del mandato. Así el Código prusiano, el Código austriaco y el Código francés, cuyo artículo 1.984 define el mandato diciendo que el mandato o procura es un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa por el mandante y *en su nombre*.

Es preciso reconocer que este es el concepto popular del mandato. Para el vulgo, todo mandato lleva pegada la representación, como la sombra al cuerpo. Mas, si para el instinto jurídico popular son inaccesibles las distinciones más afinadas de la técnica, la doctrina jurídica antigua iba en cambio percibiendo poco a poco la diferente naturaleza de mandato y poder, concibiéndolos como los lados interno y externo de la misma relación jurídica. (Sobre el error de este punto de vista, véase más arriba número 10.)

Y ciertamente no podía prevalecer la equiparación de cosas tan íntimamente dispares. Ella conduce a restringir equivocadamente, tanto el concepto de mandato como el de representación voluntaria (Hupka) 1. Se limita el concepto de mandato a aquellos mandatos que tienen por objeto la realización de actos jurídicos por parte del mandatario, olvidándose que son también mandatos los simples *encargos* de operaciones materiales (por ejemplo: recoger una cosa, preguntar un dato, pedir informes, realizar incluso servicios que no tengan un precio cierto fijado de antemano). 2. La representación voluntaria (obrar en nombre de otro haciendo que recaigan sobre éste los efectos del propio jurídico operar) no se limita al supuesto del mandato: puede superponerse a las más variadas relaciones causales (sociedad, arrendamiento de servicios, arrendamiento de obra, etc.).

Por eso la doctrina moderna ha sometido a revisión el concepto de mandato y ha excluido del mismo el elemento de la representación, el cual, por su naturaleza, cae fuera del contenido pura-

(18) Véase Hupka, *Stellvertretung und Vollmacht*, pág. 1.

mente obligacional que constituye la materia propia y exclusiva de todo contrato. Esta disección del concepto de mandato se ha impuesto finalmente en los Códigos modernos: primero, en el Código federal de las obligaciones suizo, donde se define el mandato como un contrato exclusivamente productor de obligaciones en el artículo 394, mientras la representación es tratada como institución jurídica aparte (artículo 33 y siguiente); después, en el Código civil alemán (poder, artículo 164 y siguientes; mandato, artículo 662 y siguientes).

El Código civil español, apartándose con buen acierto de su modelo el Código francés, define correctamente el contrato de mandato, atendiendo a su contenido económico-obligacional (19). Por desgracia fué sólo un relámpago de comprensión, bien pronto obscurecido por las nebulosidades de la eterna confusión entre mandato y poder, patente en otros artículos del mismo Código.

b) De aquí se deduce que si se aplicara el concepto de mandato que suministra el proyecto de reforma, habrá un antagonismo de concepto entre el mandato civil y el mandato mercantil; ya que, mientras para el primero es indiferente el obrar en nombre propio o en nombre del mandante, el segundo exige, como requisito esencial, el obrar siempre en nombre ajeno. Y nótense que semejante diferencia no afecta a las notas específicamente mercantiles, que sirven en cada caso para caracterizar a los contratos de esta clase frente a sus correlativos del Derecho civil. Es más bien una divergencia del concepto fundamental del contrato mismo, que no puede ser admitida en la técnica jurídica corriente, como no cabría concebir que la compraventa mercantil se distinguiese de la civil por la ausencia del precio o de otro elemento esencial.

13. Nos importa a los mercantilistas hacer resaltar el hecho de que una fina percepción de la oposición exacta entre mandato y poder, fué especialmente inspirada por las instituciones de Derecho mercantil, las cuales pusieron en claro que ambos institutos en modo alguno estaban ligados entre sí por modo necesario, y que por lo general podían existir y actuar independientemente.

(19) Artículo 1.709: Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra.

Laband (20) se inspiró, en efecto, en el Derecho mercantil, para su célebre tesis que planteó claramente el problema de la separación, ya esbozado genialmente por Ihering algunos años antes. Y es que en el Derecho mercantil se ve mejor que la coincidencia entre mandato y poder es ocasional y no necesaria. La necesidad de separar ambos conceptos, se advierte, más claramente, en el Derecho mercantil, donde la seguridad del tráfico con representantes reclama el que a veces su poder de representación sobreponse las facultades de gestión conferidas al mandatario. Tal es el caso del factor mercantil. El factor es un representante cuyo poder tiene un ámbito fijado legalmente y que en interés de la seguridad del tráfico es inmutable. El principal queda obligado por el contrato del factor aun cuando el mandato fuese para un negocio distinto y aun cuando no haya mandato (como si el principal le ha prohibido determinados contratos). A esta misma conclusión, bien que por camino distinto, llegan nuestros artículos 286 y 287 del Código de comercio.

El capitán se configura en el Código de comercio, como un verdadero representante del naviero (artículos 586, 610 y 620), y a pesar de ello nunca emplea el legislador el calificativo de mandatario.

Lo propio ocurre con el naviero gestor de un propietario o de una asociación de copropietarios de un buque. Así el párrafo 2º, del artículo 595, dice que «el naviero representará la propiedad del buque», y el 597, dice que «contratará en nombre de los propietarios».

El supuesto inverso lo ofrece también la configuración legal del factor, el cual es ciertamente un mandatario del comerciante (recuérdese que el factor se estudia al tratar de las otras formas del mandato mercantil: artículo 281 y siguientes). Pero no le basta ser su mandatario para poder actuar como su representante. Para este efecto necesita además un poder, y así el artículo 282 exige al factor que tenga la capacidad necesaria para obligarse y *poder* de la persona por cuya cuenta haga el tráfico.

Otro caso típico en Derecho mercantil de la separación entre

(20) *Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetebuch.* Zeitsch. f. d. gesam. H. R., X, página 183 y siguientes.

poder y mandato se encuentra en materia de sociedades, concretamente en la Sociedad colectiva. Nuestro Código en este punto, une a la facultad de administrar la sociedad—gestión—, la facultad de usar de la firma social—representación—(artículos 125, 132); pero esto no quiere decir que ambas facultades sean inseparables o aspectos de una misma cosa. Los alemanes (21) distinguen sutilmente la gestión de la representación de la sociedad. La representación mira hacia el exterior, la gestión al aspecto interno de la Sociedad. Generalmente, ambas facultades aparecen reunidas en la misma persona, pero del mismo modo que mandato y poder sólo ocasionalmente coinciden, tampoco en materia de sociedades es necesario que el gestor sea al propio tiempo representante. Puede darse el caso de que, integrándose la sociedad de dos socios, al uno corresponda exclusivamente la facultad de representación y al otro exclusivamente también la facultad de gestión. En tal caso, el socio representante no *debe* realizar ningún acto jurídico sin la aquiescencia del socio gestor; pero *puede* indudablemente sin tal consentimiento obligar jurídicamente a la sociedad por acto propio en su calidad de representante.

Esta posibilidad nos pone en camino para ver la naturaleza propia del poder de representación. El poder de representación es un negocio jurídico peculiar que no supone para el apoderado obligación alguna, cosa inexplicable si la representación fuera efecto del mandato, el cual siempre pone obligaciones a cargo del mandatario (a veces pone también derechos: el caso del mandato retribuido). El representante como tal no tiene obligaciones: tiene—gráficamente lo expresa la palabra castellana—*un poder*; es decir, una posibilidad, una capacidad para producir efectos jurídicos en el patrimonio del representado.

14. Si la representación, según vemos, no es inherente al concepto del mandato, será menester desechar el criterio de diferenciación basado en ese elemento. No se puede fundar la diferencia entre dos contratos en un elemento que es extraño a la naturaleza propia de ambos. Y desde el instante en que el mandato queda reducido a su puro contenido obligacional (hacer alguna

(21) A partir de Gorski, *Geschäftsleitung und Vertretung bei off. Handelsges.*

cosa por cuenta de otro), para distinguir el mandato de la comisión habrá que recurrir al criterio clásico de diferenciación entre un contrato mercantil y su correspondiente del Derecho civil, a saber: al elemento subjetivo o al objetivo, o bien utilizar ambos. Esto es justamente lo que hace el Código de comercio español, tan duramente censurado en este punto.

Y no se diga que el legislador español ha sido poco consecuente consigo mismo si quiso decir que en España hay tan sólo mandato civil y comisión mercantil, alegándose a este efecto la rúbrica de la sección 2.^a del título 3.^º del libro 2.^º («De otras formas del mandato mercantil»). Esta rúbrica confirma, por el contrario, nuestra tesis: la comisión es el mandato mercantil, y de ahí que nuestro Código hable correctamente de otras formas del mandato mercantil, como de otros tantos supuestos de comisión. En este sentido, bajo esa rúbrica se incluye en nuestro Código un artículo—el 285—, en el cual al comerciante se le da el nombre de comitente, para caracterizarlo en sus relaciones con el factor.

15. Lo más curioso de esta cuestión, relativa al concepto legal de la comisión mercantil, es que, al regular exclusivamente el contrato de comisión, silenciando el llamado mandato mercantil, nuestro Código de Comercio, tachado de anticientífico y anticuado, coincide con el más perfecto de los modernos Códigos de Comercio europeos y con el más moderno y científico Proyecto de reforma extranjero.

a) Así, en efecto, el Código de Comercio alemán de 1897 no menciona el contrato de mandato mercantil, sino la comisión mercantil por un lado (artículos 383 y siguientes), y la representación mercantil por otro (Prokura y Handlungsvollmacht). Cierto que el comisionista alemán actúa siempre en propio nombre por cuenta de otro, pero esto quiere decir únicamente que la comisión, en Derecho alemán, es incompatible con la relación de apoderamiento, no que la comisión se diferencie del mandato por el hecho de no poder obrar el comisionista en nombre de su comitente.

b) El argumento más formidable a favor de nuestra tesis lo brinda el proyecto de reforma del Código italiano, redactado por la Real Comisión en 1925. En él se mantiene la rúbrica, clásica ya en el Derecho italiano: «De la comisión y del mandato». Se regula minuciosamente la comisión, pero el mandato mercantil

pasa de nuevo a ser aquello que en realidad ha sido siempre : un fantasma jurídico, una irrealidad ; ya que sólo se le dedica un artículo (el 401) para declarar que al mandato le son aplicables las normas de la comisión, salvo la definición de ésta. La razón es que, separadas en el Proyecto las normas propias de la representación mercantil (artículos 46 a 56), antes confundidas en el mandato mercantil, el contenido obligacional de este contrato se identifica totalmente con el de la comisión ; el mandato mercantil, como institución artificiosamente substantiva, se volatiliza y desaparece en las manos de sus propios inventores, los mercantilistas italianos.

En España pretendemos estrenar ahora el figurín italiano del Código de 1882 que ha sido arrinconado en la propia Italia. Olvidan los redactores de nuestro Proyecto de reforma que, como afirma un escritor inglés, «nada tan peligroso como ser demasiado moderno : corre uno el riesgo de quedarse súbitamente anticuado». Mientras en España volvemos la espalda a la tradición para injertar en nuestras instituciones mercantiles un contrato exótico, en Italia se declara la cesantía de ese mismo contrato, castizamente italiano, por considerar que se confunde con el de comisión.

JOAQUÍN GARRIGUES.

Catedrático de la Universidad Central.