

325
2ef



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

**LA RESPONSABILIDAD DEL COMISIONISTA MERCANTIL
A LA LUZ DEL DERECHO VIGENTE**



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

CARLOS VARGAS GARCIA

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1991





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

I N D I C E

"LA RESPONSABILIDAD DEL COMISIONISTA MERCANTIL
A LA LUZ DEL DERECHO VIGENTE"

	PAG.
PROLOGO	
INTRODUCCION	
CAPITULO PRIMERO	
SURGIMIENTO Y EVOLUCION DEL CONTRATO DE COMISION	
1 <u>REFERENCIA HISTORICA</u>	
a) EPOCA ANTIGUA	1
b) EPOCA ROMANA	3
c) EPOCA CONTEMPORANEA.....	7
2 <u>CONCEPTO</u>	
a) DEL CONTRATO EN GENERAL.....	11
b) DEL CONTRATO MERCANTIL.....	16
c) DEL CONTRATO DE COMISION.....	22
3 <u>NATURALEZA JURIDICA</u>	
a) LOS ACTOS JURIDICOS EN GENERAL.....	34
b) EL SISTEMA OBJETIVO Y SUBJETIVO QUE DETERMINAN EL CARACTER MERCANTIL DE LOS ACTOS JURIDICOS.....	38
c) CARACTERISTICA PRINCIPAL DE LA COMISION COMO ACTO JURIDICO.....	42
CAPITULO SEGUNDO	
ELEMENTOS DEL CONTRATO DE COMISION	
1 <u>ELEMENTOS DE EXISTENCIA</u>	
a) LA VOLUNTAD.....	45
b) EL OBJETO.....	52
c) LA SOLEMNIDAD.....	56

	PAG.	
2	<u>ELEMENTOS Y REQUISITOS DE VALIDEZ</u>	
a)	LA CAPACIDAD	57
b)	LA FORMA.....	63
3	<u>ELEMENTOS PERSONALES</u>	
a)	EL COMITENTE.....	69
b)	EL COMISIONISTA.....	71

CAPITULO TERCERO

EL CONTRATO DE COMISION FRENTE A OTRAS FIGURAS JURIDICAS SUS SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

1	<u>EL CONTRATO DE COMISION Y LA REPRESENTACION</u>	
a)	SIMILITUDES.....	77
b)	DIFERENCIAS.....	80
2	<u>EL CONTRATO DE COMISION Y EL CONTRATO DE TRABAJO</u>	
a)	SIMILITUDES.....	84
b)	DIFERENCIAS.....	86
3	<u>EL CONTRATO DE COMISION Y EL CONTRATO DE MANDATO</u>	
a)	SIMILITUDES.....	99
b)	DIFERENCIAS.....	103

CAPITULO CUARTO

LA RESPONSABILIDAD EN LA COMISION MERCANTIL

1	<u>LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTEGRANTES DEL CON- TRATO</u>	
a)	LA RESPONSABILIDAD DEL COMITENTE.....	112
b)	LA RESPONSABILIDAD DEL COMISIONISTA.....	131
2	<u>LA RESPONSABILIDAD DEL COMISIONISTA DE PROFESION</u>	
a)	CARACTERISTICA ESENCIAL DE COMISIONISTA PRO- FESIONAL.....	145
b)	LA RESPONSABILIDAD EN QUE INCURRE EL COMISIO- NISTA PROFESIONAL.....	148

	PAG.
3 <u>LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTEGRANTES</u> <u>DEL CONTRATO FRENTE A TERCEROS</u>	
a) LA RESPONSABILIDAD DEL COMITENTE.....	162
b) LA RESPONSABILIDAD DEL COMISIONISTA.....	168
CONCLUSIONES.....	172
BIBLIOGRAFIA	175

C A P I T U L O

I

SURGIMIENTO Y EVOLUCION DEL CONTRATO DE COMISION

1.- REFERENCIA HISTORICA

a) EPOCA ANTIGUA

Es discutible entre los historiadores el origen de la comisión y el momento de su nacimiento, algunos indican y entre ellos encontramos a Garrigues citado por Vázquez del Mercado (1) que sus orígenes nos remontan a la época de los egipcios quienes ya practicaban este tipo de -- contrato, otros como Pardessus y Malagariga citados en la Enciclopedia -- Universal (2) nos señalan a su vez que también entre los atenienses se -- practicaba el comercio a través de comisionistas.

No está por tanto señalado con exactitud ni el tiempo ni el lugar precisos donde surge por primera vez esta figura, pero lo más próximo y veráz es la referencia histórica del primer pueblo mencionado los egipcios, pues tal parece que fue ahí donde más se practicó la comisión sin-

(1) Vázquez del Mercado, Oscar.- Contratos Mercantiles.- Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 1982.- Pág. 74

(2) ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEO-AMERICANA.- Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1966.- Tomo XIV, Pág. 695

que por ello se llegaron a aplicar a ésta las principales reglas del mandato. Quizá no hayan sido ni los propios egipcios quienes la hayan creado, debido a que éstos más que dedicarse al comercio se dedicaban a la -- agricultura dejando en manos de los extranjeros la actividad mercantil, -- y es que en los inicios del comercio el practicarlo no era cosa sencilla, dado que el comerciante se veía precisado a acompañarse de su mercancía-- en los diversos lugares, por lo regular ferias y grandes ciudades, donde-- traficaba. Por lo mismo se veía en la necesidad de recorrer grandes dis-- tancias; y si tomamos en consideración que en la época de que hablamos -- los caminos eran prácticamente intransitables y a más de ello inseguros, -- se puede pensar fácilmente que la tarea de comerciar, la preferían dejar-- en manos de comerciantes ambulantes que en su mayoría eran extranjeros.

Sin embargo también éstos últimos se llegaron a cansar de efectuar las operaciones de este tipo, puesto que no podían operar en varias-- plazas a la vez, por lo que se vieron precisados a valerse de comercian-- tes ambulantes también, radicando así ellos en su solo lugar, establecien-- do a partir de entonces factorías permanentes en las principales plazas -- mercantiles por donde antes traficaban.

Lo anterior también se debió al auge que poco a poco estaba to-- mando el comercio, puesto que originó, el incremento en las operaciones -- comerciales, un mayor tráfico de mercadería que se iba haciendo poco a po-- co más difícil de transportar de un lugar a otro, además la inseguridad --

en los caminos también se aumentó.

Por ello, se hizo necesario como se dijo, el que buscaran un asentamiento definitivo, convirtiéndose así de dependientes en independientes, realizando operaciones mercantiles por cuenta de otro que radica en plaza distinta.

Garrigues, por su parte y de acuerdo a esto último dice: "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". (3)

Es a partir de este momento en que verdaderamente surge la comisión y por ende la figura moderna del comisionista, a la cual con posterioridad se aplicarían los principios del mandato.

b) EPOCA ROMANA

Entre los romanos se desconoció esta figura, debido principalmente a que el comercio se desarrolla por lo general con el auxilio de la familia o los esclavos del comerciante que realizaba operaciones mercantiles, Garrigues citado por Garciadiego nos dice: "En Roma se desconoce este contrato e incluso el vocablo comisión que se encuentra por primera vez en el Derecho Canónico, como delegación dada a jueces especialmente --

(3) Garrigues, Joaquín.- Curso de Derecho Mercantil.- Editorial Porrúa, - México, 1979, Tomo 1, Pág. 100

nombrados para juzgar de una causa determinada. De aquí tomó el comercio la palabra comisión, que implica también facultades transitorias para un negocio determinado". (4)

Pero no fue únicamente el hecho de que el ejercicio del comercio no requiriera de personas ajenas a la familia o a esclavos del comerciante romano lo que propició el desconocimiento de esta figura, también contribuyó en mucho, el que los romanos no aceptasen la representación directa en los actos jurídicos que celebraban, ya que esta institución tuvo muy poca aplicación en el derecho romano.

Se aceptaba un tipo de representación, la indirecta más no la directa, en esta última el acto jurídico realizado por el representante produce sus consecuencias jurídicas en el patrimonio del representado, - en la primera en cambio el representante realiza actos jurídicos, cuyas consecuencias jurídicas repercuten primeramente en su patrimonio y posteriormente mediante la celebración de un acto distinto, debían traspasarse al patrimonio del representado.

En Roma, este tipo de representación indirecta, se conocía desde la época preclásica, y encontramos al respecto como nos dice Floris Margadant (5) en su obra, tanto el mantius o mensajero, como la gestio negotiurum del tutor, en ésta las consecuencias de la operación desarrolladas por el tutor se trasladan hacia el patrimonio del pupilo mediante

(4) Bauche Garcíadiego, Mario.- La Empresa Nuevo Derecho Industrial Contratos Comerciales y Sociedades Mercantiles.- Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1983.- Pág. 223

(5) Floris Margadant S., Guillermo.- El Derecho Privado Romano.- Editorial Esfinge, S.A., Octava Edición, México, 1978.- Págs. 418 y 419

la celebración posterior de un traspaso global al término de la tutela, - en que se rinden las cuentas. En el caso del mantius, éste era considerado como un instrumento de la voluntad del que lo empleaba, se trataba -- pues de una operación en la que el representante recibía los efectos de -- los actos celebrados en calidad de propietario en lugar del representado -- y pasan a éste último mediante un acto posterior, para obtener así la calidad de propietario.

Otra raíz de representación indirecta, era la adstipulatio, -- con la cual los acreedores solían introducir a coacreedores en la relación jurídica con el deudor para que éstos ejercieran los derechos del -- verdadero acreedor en caso de ausencia de éste.

La causa principal de que se impidiera la representación directa, fue el tipo de derecho que se practicaba, puesto que a través del pater familias se llevaba a cabo todo el derecho que actualmente denominamos privado, y también contribuyeron en mucho las ritualidades mágicas en torno al derecho, que más que formal requería de verdaderas solemnidades para aplicarse en la vida cotidiana y pública de ese entonces. Hubo quizá intentos por aplicar la institución de la representación directa, nos dice Margadant (6) como fue el principio de que los terceros de buena fe podían fiarse de las apariencias creadas por los representados, sin embargo, ni el Corpus Iuris nos llegó a presentar los elementos contundentes que apoyaran una teoría relativa a la representación directa.

(6) Floris Margadant S., Guillermo.- El Derecho Privado Romano.- Editorial Esfinge, S.A., Octava Edición, México, 1978.- Págs. 418 y 419.

No es, que con el hecho, de que se hubiera implantado la institución de la representación directa, ya bastaba para que se creara la comisión, no, pues incluso el propio mandato romano clásico, era una ilustración de representación indirecta.

Se menciona esta institución, porque fue lo mas próximo a la comisión, aparte del mandato distinto del mencionado antes, pero incluso ni en este se llegó a establecer la representación directa, puesto que no llegó a aceptarse que los actos realizados por el mandatario, en ejecución del mandato pudieran tener repercusión directa en el patrimonio del mandante.

No se puede pensar en la creación de la comisión entre los romanos por el derecho tan formalista que tenían como ya se dijo; y el tipo de contrato de mandato que practicaban difícilmente se iba a convertir en comisión, debido a que el mandato que realizaban, era esencialmente gratuito, puesto que de pactarse oneroso dejaba de ser mandato convirtiéndose en locatio-conductio, es decir en un contrato de trabajo. Esto hacía que este tipo de contratación, fuese más bien unilateral que bilateral, además como no se aceptaba la representación directa las repercusiones negativas recaían en el patrimonio del mandatario.

La comisión en tales circunstancias no pudo nacer, puesto que esta es onerosa por esencia, bilateral ya que debe existir el acuerdo de-

voluntades aún en el caso de aceptación tácita, pues se perfecciona el -- contrato hasta que es aceptado, además las repercusiones recaen directa o indirectamente en el patrimonio del mandante.

Ahora bien, un elemento humano que debemos tomar muy en cuenta -- para la creación de la comisión, es el comerciante extranjero el cual pa -- ra los romanos carecía de capacidad para contratar pues jurídicamente -- era incapaz, y si atendemos lo expuesto del origen de la comisión de que emana de entre el viajante y residente, cuando el comerciante viajante -- se convierte en residente, notamos que en Roma no era posible tal su -- puesto y por ende tampoco la creación de la comisión.

c) EPOCA CONTEMPORANEA

Si bien es cierto, siguiendo a Garciadiego (7) que el convenio -- por comisión, comienza a desarrollarse en la edad media, es decir des--- -- pués del siglo XIII, pues antes lo que se practicaba era el contrato de -- commenda, como ya quedó establecido, no será sino hasta el siglo XVII en -- que el contrato quede perfectamente reconocido y reglamentado, porque in -- cluso aún en el siglo XV se seguía practicando el contrato de commenda -- ya referido.

Son las Ordenanzas de Bilbao, en España según desprendemos el -- dato de la Enciclopedia Universal Ilustrada, (8) donde por primera vez --

(7) Bauche Garciadiego, Mario.- Op. Cit.- Pág. 223

(8) ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEO AMERICANA. Editorial Espa -- sa-Calpe, Madrid, 1966, Tomo XIV, Pág. 696

se reguló de un modo completo la comisión mercantil, que con la influencia española llegó en su mayoría a nuestro Código de Comercio de 1829, y con posterioridad fue recogido por el Código de Comercio vigente.

Con los antecedentes hasta aquí recogidos encontramos entonces, - que la comisión desde sus orígenes estuvo bastante ligada al comercio de importación y exportación, puesto que como dice Garrigues (9) ofreció al comercio referido, grandes ventajas entre las que señala:

1.- El comitente, muchas veces suele ser desconocido en el lugar donde el comisionista opera, es generalmente en el extranjero, donde se puede aprovechar el crédito y las relaciones comerciales del propio comisionista.

2.- En virtud de que el comisionista se ofrece al tercero con quien contrata, como dueño del negocio, queda en razón de esta apariencia, ampliamente legitimado frente a la otra parte contratante sin necesidad de un apoderamiento que sería incompatible con la ventaja anterior.

3.- Actuando el comisionista en nombre propio, facilita el secreto de las operaciones que realiza por cuenta del comitente, quien a su vez puede de esta forma eludir determinadas prohibiciones o tributos especiales que pudieran existir para comerciantes extranjeros.

Es de notarse, partiendo de las ventajas enumeradas la impor--

(9) Garrigues, Joaquín.- Curso de Derecho Mercantil.- Editorial Porrúa.- México, 1979, Tomo I, Pág. 100

tancia que revistió en el devenir histórico de la comisión, el que los comisionistas pudiesen actuar en la realización de sus actividades comerciales en nombre propio, facultad ésta que se les fue atribuyendo como resultado de la propia práctica mercantil, ya que la celeridad en el comercio mismo así lo exigía, pues de ser necesario el otorgamiento de un poder para tal o cual negocio, sin el cual, el comisionista no lo pudiese llevar a cabo, retrasaría sus trámites y la conclusión del mismo, de ahí que el obrar del comisionista en nombre propio fue resultado del fruto de la experiencia y no un mero requisito de concepto.

Por lo anterior, consideramos que el negocio de la comisión como un acto mercantil aislado y accesorio, se desarrolló históricamente junto al comercio de importación y exportación sirviendo con ello el comisionista como un medio de enlace entre el comercio nacional y el internacional. Sin embargo, últimamente en este tipo de acto aislado la importancia de la comisión ha disminuido, a este respecto nos comenta Garrigues: "La importancia de los comisionistas en el comercio moderno es muy inferior a la que tuvieron en épocas precedentes". (10) También la disminución de la importancia de la comisión se debe a que las grandes empresas dedicadas al comercio o tráfico internacional constituyen de manera permanente a sus representantes en el extranjero, asimismo porque los grandes comerciantes dedicados a la importación o exportación de mercancías prefieren confiar sus mercancías a casas especialmente dedicadas a la materia, que arriesgarse a la elección de algún comisionista extran

(10) Garrigues, Joaquín.- Tomo I.- Op. Cit. Pág. 104

jero, dado que las relaciones comerciales con otros comerciantes en otros países es más seguro con ese tipo de casas dedicadas a la exportación que con un determinado comisionista.

No obstante las razones expuestas, nos dice Garrigues (11) el negocio de comisión no ha dejado de operar, tan es así que junto al negocio de comisión, que es propio de la venta internacional de mercancías, se ha venido desarrollando en el tráfico moderno la comisión de compraventa de títulos cotizables en bolsa, la cual se lleva a cabo mediante la gestión directa de los agentes mediadores o mediante la gestión indirecta y que actualmente predomina, en los bancos que actúan como comisionistas de sus clientes, confiando éstos a su vez a un agente mediador la ejecución del encargo de compra o venta en bolsa.

(11) Garrigues, Joaquín.- Tomo I.- Op. Cit. Pág. 104

2.- CONCEPTO

a) DEL CONTRATO EN GENERAL

Una vez establecida la forma en que se origina el contrato de comisión, es conveniente hacer un pequeño esbozo del contrato en general y del contrato mercantil para así analizar el concepto del contrato de comisión. Para poder iniciar es necesario a la vez hacer una referencia -- aún cuando breve del hecho jurídico en general.

El hecho en general es un acontecimiento que se puede generar con o sin la participación del hombre. Aquéllos que se generan o se encuentran en la naturaleza, son hechos naturales en los que no interviene la voluntad del hombre para que se susciten ejemplos de éstos es el terremoto, el transcurso del tiempo etc. y son llamados también hechos involuntarios.

Sin embargo existen también los hechos voluntarios que acontecen o pertenecen al mundo humano, en éstos sí interviene la voluntad del hombre, éstos tienen una mayor importancia para el hombre, tal es el caso de la compraventa, el abandono de una cosa, etc. estos hechos reciben también el nombre de hechos voluntarios.

Tenemos entonces que el hecho en general se divide en voluntario e involuntario, y es precisamente el primero el que nos interesa, --

pues de el amana el contrato.

Los hechos voluntarios son llamados propiamente actos jurídicos y se dividen en dos categorías: el acto ilícito y el negocio jurídico. - En las dos categorías interviene la voluntad del hombre pero se distinguen en el fin que ambos persiguen, pues mientras que en el primero se pretende la obtención de un fin perseguido o contrario a un orden jurídico, en el segundo se pretende todo lo contrario puesto que el fin que se quiere alcanzar está reconocido y tutelado por la norma jurídica que lo contiene, ya que precisamente la manifestación de voluntad asentada en dichos actos está encaminada a ajustarse a la concepción de un fin permitido por la ley, tal es el caso de los contratos en general.

Remontándonos a la cuna del Derecho es decir a la época romana, encontramos según nos dice Iglesias (12) que el negocio jurídico ya se practicaba entre los romanos o más preciso aún, su origen nos viene de ellos. Si bien podemos decir, que el fin y las consecuencias que con él se perseguían son similares a los que se pretenden con el negocio jurídico en la actualidad, nos comenta este autor, no cabe sin embargo hablar de identificación entre fin práctico buscado por el sujeto y el efecto o consecuencia del negocio jurídico, como sucede en nuestra época, incluso si gue diciendo, los juristas romanos no llegaron a elaborar una teoría general del negocio jurídico como nosotros la conocemos, y ello se debe básicamente, a que el término negotium no tiene, ni con mucho el significado -

(12) Iglesias, Juan.- Derecho Romano Instituciones de Derecho Privado. Ediciones Ariel, Barcelona España, 1972, Sexta Edición, Págs. 169-170 y 171

que actualmente le atribuimos.

Los romanos regularon las distintas categorías de hechos jurídicos a través de los contratos, los cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos pues fueron para ellos básicamente las fuentes principales de sus obligaciones, según comenta Margadant en su obra (13) y definieron el contrato o contratus, nos dice Iglesias, como "El acto lícito que descansando en un acuerdo de voluntades, se endereza a la constitución de un vínculo obligatorio". (14)

Nuestro Código Civil vigente también fundamenta la definición en un acuerdo de voluntades, y si bien no nos dá un concepto literal en su articulado, sí podemos sin embargo llegar a obtenerlo, de su artículo 1792 que nos dice: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones", y de su artículo 1793 que dice: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos". De aquí podemos definir el contrato nos dice Gutiérrez y González como "El acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones". (15) Existiendo para este autor los contratos lato sensu o convenios y los contratos stricto sensu, es decir el contrato, pues deduce que el convenio es el género y el contrato la especie.

Ahora bien, no vamos a entrar a analizar los actos jurídicos en

(13) Floris Margadant S., Guillermo.- Op. Cit. Pág. 310

(14) Iglesias, Juan.- Op. Cit. Pág. 400.

(15) Gutiérrez y González, Ernesto.- Derecho de las Obligaciones.- Editorial Cajica, 5a. Edición, Puebla, México, 1979, Págs. 182 y 183.

detalle; pero para los fines de nuestro estudio, si es preciso cuando -
 menos, conocer que elementos o requisitos tienen que cumplirse para que-
 los contratos nazcan plenamente a la vida jurídica.

Los elementos pueden ser nos dice Galindo Garfias (16) esencia-
 les, naturales o accidentales, de faltar los primeros el contrato no --
 existe y si faltan los otros dos el contrato existe pero no tiene jurídi-
 camente validez plena.

Tenemos entonces como elementos esenciales los siguientes: Vo--
 luntad del autor del acto para realizarlo, objeto posible física y jurí-
 dicamente y solemnidad cuando así sea requerido por la norma que regule-
 el acto.

Para la validéz del acto son necesarios, además de los anterio-
 res elementos los siguientes: la capacidad en el autor, la cual estará-
 exenta de vicios y por último que los autores cumplan con la debida for-
 malidad que la ley establezca.

Finalmente será necesario presentar una clasificación de los -
 diversos tipos de contratos que existen, advirtiendo que no es la única
 ni con mucho la más completa, de las que los autores nos ofrecen, pero -
 se establece siguiendo a grandes rasgos la propuesta por Gutiérrez Gon-
 zález (17).

(16) Galindo Garfias, Ignacio.- Derecho Civil Primer Curso Parte General
 Personas Familia.- Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, 1979,
 Págs. 217 y 218.

(17) Gutiérrez y González, Ernesto.- Op. Cit. Págs. 187 a 196.

Así tenemos que por su denominación se divide a los contratos en nominados e innominados, siendo los primeros los que se encuentran en el código o en otra ley, e innominados, aquéllos que aún encontrándose -- mencionados en alguna ley o código no encuentran regulación en los mismos, ya sea particular ya sea especial.

Por las obligaciones emanadas del contrato éste será unilateral o bilateral, aquí debemos hacer hincapié en no confundir la declaración unilateral de voluntad con el contrato unilateral, porque la primera se engendra por un acto emanado o realizado por una sola parte y única -- que lo integra, en tanto que el contrato unilateral surge a la vida jurídica por la participación de dos o más partes que en él intervienen, pero las obligaciones que el mismo genera se producen o repercuten para una sola de las partes integrantes de dicho contrato. En tanto que en el contrato bilateral las obligaciones son recíprocas para todas las partes que intervienen en el contrato como partes.

Atendiendo al provecho obtenido o estipulado, el contrato puede ser oneroso o gratuito este último se reputa como tal cuando el provecho obtenido corresponde solamente a una de las partes, en tanto se considera oneroso cuando los provechos son recíprocos para las partes que lo integran.

Se clasifican también en reales o consensuales, dependiendo-

de que su perfeccionamiento requiera o no de la entrega de la cosa, por tanto si el perfeccionamiento se logra con el solo acuerdo de voluntades sin necesidad de entregar la cosa, el contrato será consensual y se reputara real si se requiere la entrega de la cosa para perfeccionarse.

También serán principales o accesorios dependiendo del negocio, ya que si el contrato existe por si sólo, se trata de un contrato principal, pero si el contrato existe para dar fuerza o cumplimiento a un acto principal, el contrato será accesorio.

Por último atendiendo a la formalidad que exija o no la ley, los contratos serán formales o consensuales, los primeros son aquellos en los cuales la ley exige una determinada formalidad, para su conformación, en tanto que los contratos se reputan consensuales cuando no requieren formalidad alguna para existir.

b) DEL CONTRATO MERCANTIL

Nos hemos referido al contrato regido por el derecho común, por ser necesario para tener un conocimiento de los elementos esenciales que deben contener los contratos en general, de ahí que hayamos hecho una referencia aunque somera de los hechos y actos jurídicos civiles, pues es de éstos últimos como ya se vió, de donde surgen los contratos.

Ahora será conveniente hacer hincapié, que para hablar del - -

contrato mercantil en particular, debemos considerar, que dentro del mundo humano en el que se suscita el acto jurídico, se dá éste, no solo en la materia civil, sino también en la esfera mercantil. Así Mantilla Molina, nos dice al respecto: "Hay actos esencialmente civiles, es decir, que nunca y en ninguna circunstancia son recogidos por el derecho mercantil: pueden reducirse a los relativos al derecho de familia y al derecho sucesorio.... Pero también hay actos absolutamente mercantiles, es decir, -- que siempre y necesariamente están regidos por el derecho mercantil, -- en ellos encontramos una primera clase de actos de comercio". (18) Nuestro Código de Comercio, establece en su artículo 75, cuáles serán considerados actos de comercio, aunque no es el único ordenamiento que los -- contempla nos dice Mantilla Molina, pues enumera como actos similares -- "los contemplados en el artículo 12 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional, el artículo 9° de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en materia de Explotación y Aprovechamiento de Recursos Minerales, que declaran actos de comercio a los de las industrias petroleras y minera, respectivamente; el artículo 1° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito conforme a la cual son actos de Comercio todos los consignados en un título o valor y las operaciones de crédito reglamentadas en la propia ley; y, por último el artículo 12 de la Ley de Instituciones de Fianzas que declara mercantiles las fianzas y -- los contratos que en relación con ellas se celebren, excepto la garantía hipotecaria". (19)

(18) Mantilla Molina, Roberto L.- Derecho Mercantil Introducción y Conceptos Fundamentales Sociales.- Editorial Porrúa, Vigésimoprimera Edición, México, Pág. 53

(19) Idem, Págs. 52 y 53

Sobre todo hacemos referencia al acto de comercio porque nuestra legislación mercantil en particular el Código de Comercio vigente, -- circunscribe la materia mercantil al concepto de acto de comercio, ya que el artículo 2° del código referido establece, que las disposiciones en él contenidas serán aplicadas sólo a actos de comercio.

Los sistemas seguidos para la fijación del acto como mercantil -- por otro lado son dos: el objetivo y el subjetivo, aunque en la práctica no hay ni ha habido, en ningún derecho, ni en ninguna época, un sistema -- puramente objetivo o puramente subjetivo, más bien han sido en su mayoría mixtos.

El sistema objetivo define el acto de comercio en consideración -- a ciertos actos calificados de mercantiles por sí, con absoluta independencia del sujeto que los efectúa. En tanto que en el sistema subjetivo se llega a esa definición en consideración al sujeto que lo lleva a cabo.

Mantilla Molina (20) reconociendo que todo negocio jurídico requiere de elementos esenciales para su existencia, como ya se dijo atrás, señala que mínimamente deberán contener: al sujeto que realice el acto; la voluntad que persigue un fin concreto y el objeto, y basa en cada uno de estos elementos por la peculiaridad que presentan, la calificación de mercantil que se puede dar a los actos celebrados, reduciendo los distintos actos mercantiles a dos categorías: Actos absolutamente mercantiles,

(20) Mantilla Molina, Roberto L.- Op. Cit.- Pág. 54

que conforme al derecho son siempre comerciales y Actos de Mercantilidad-Condicionada, los cuáles subdivide en Actos Accesorios o Conexos y Actos-Principales de Comercio. Es en éstos últimos, en donde incluye los sistemas objetivo, y subjetivo que arriba se indican.

Y aduce del Sistema Subjetivo lo siguiente: "Eludo llamar a es tos actos, subjetivos, porque la categoría que tradicionalmente se denomina así es en absoluto diversa de la que propongo. En efecto, para mí, ac tos de comercio por razón de alguna de las personas que en ellos intervie nen no son los realizados por un comerciante, sino aquéllos que sólo se califican de mercantiles cuando interviene una persona con determinadas características; tales son: la enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo, fracción -- XXIII del artículo 75 del Código de Comercio, lo que determina la comer cialidad del acto previsto en esta fracción es la persona que hace la ven ta propietario o cultivador de un feudo". (21). En cuanto al Sistema Objetivo, comenta dicho autor que los actos realizados adquieren la mercantilidad en atención al objeto sobre el que recaen y no al propósito con que se efectúen.

Nuestra legislación sigue para determinar el carácter mercantil de los actos realizados, el sistema -de definición- y el de enumeración, aunque propiamente más tiende por éste último, pues tal se desprende de la lista que nos presenta nuestro Código de Comercio en su artículo 75, -

(21) Mantilla Molina, Roberto L.- Op. Cít. Pág. 69

sin embargo nos dice Joaquín Rodríguez (22) que dicha enumeración no es limitativa más bien es enumerativa o ejemplificativa e incluso considera que jurídicamente, más bien la enumeración presentada por dicho precepto se refiere a grupos de actividad social de carácter económico y no a actos jurídicos propiamente, pues su asentamiento en dicho precepto se debe más bien a razones de política legislativa que a consideraciones de estricto carácter jurídico.

Hecha la referencia anterior del acto de comercio como presupuesto para estudiar el contrato de comercio, indicaremos que éste, es eso precisamente, un negocio jurídico o acto jurídico reglamentado a través de él, que se da entre dos o más partes que intervienen en su formación.

Nuestro Código de Comercio, no nos da una definición de Contrato Mercantil, sin embargo podemos decir que por unanimidad en la doctrina son aplicables las disposiciones del Código Civil al derecho mercantil, con lo cual se entiende que la definición del contrato civil que hemos enunciado, sirve para los contratos mercantiles, únicamente que en este caso el objeto perseguido será comercial con lo cual se diferencia este contrato del civil, pero la definición es la misma.

Ahora bien, no por ser idénticos en cuanto a concepto diremos que no existen diferencias entre los mismos, sería equivoco pretender --

(22) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín.- Tomo I.- Op. Cit. Pág. 29

tal hipótesis, sin embargo, los requisitos que ya quedaron enumerados, -- son aplicables también a los contratos mercantiles, y en sí la principal-función que encierran que es la de regular las obligaciones que las partes adquieren con ellos son casi similares, por lo que nos dice Garcíadiego "ningún Código de Comercio se ocupa de exponer, en toda su amplitud, -- la teoría de las obligaciones mercantiles: ello sería superflua repetición de normas establecidas por el Código Civil". (23)

Sin embargo, caben algunas modificaciones especiales en el Derecho Mercantil, como nos indica el artículo 81 de nuestro Código de Comercio al decir: "Con las modificaciones y restricciones de este Código, serán aplicables a los contratos mercantiles las disposiciones del derecho-civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y -- causas que rescinden o invalidan los contratos". Podemos mencionar como ejemplo de la capacidad, lo que al respecto nos dice Mantilla Molina "Toda persona que tiene capacidad de ejercicio de derecho civil, la tiene -- también para realizar por sí misma actos de comercio. Sin embargo, algunos de estos actos no pueden celebrarse válidamente sino por personas que reúnan determinados requisitos; v. gr. Sólo las sociedades anónimas pueden emitir los títulos valor llamados obligaciones; el carácter de asegurador sólo puede ser asumido por sociedades autorizadas por el Estado etc.

Pero en todo caso en que no exista una disposición legal expresa en contrario, los actos de comercio pueden ser celebrados por cualquier persona física no incapacitada civilmente". (24)

(23) Bauche Garcíadiego, Mario.- Op. Cit. Pág. 214

(24) Mantilla Molina, Roberto L.- Op. Cit. Pág. 77

La similitud que encontramos en los elementos que integran tanto el contrato civil como el mercantil, la hayamos en la clasificación de los mismos, pues se siguen los mismos parámetros de la clasificación presentada páginas atrás, pues de la misma manera que sería superfluo un estudio por separado de las obligaciones mercantiles dentro del Código de Comercio en torno a los contratos, otro tanto ocurriría con una clasificación distinta que de ellos se hiciera por separado de la que nos presenta el Código Civil, pues en suma, la función del contrato es la misma en estas dos materias, ello explica entonces que las normas ordenadoras de la teoría general del contrato sean comunes tanto a los contratos mercantiles como a los contratos civiles, y se busquen dentro del Código Civil de manera supletoria todo lo que se estipula en el artículo 81 del Código de Comercio ya comentado, por lo que se refiere a contratos, así como el artículo 2° en general para todas las materias contenidas en dicho ordenamiento.

c) DEL CONTRATO DE COMISION

Se ha establecido hasta aquí el estudio del contrato en general y del contrato mercantil, por ser esencial para analizar en el referido estudio, que ambos contratos presentan una gran similitud, como es el servir de medio o instrumento de circulación de los distintos efectos o derechos de que se sirve el hombre; que el término o concepto en el fondo es común para los dos contratos, como quedó asentado, no obstante que el-

Código de Comercio les regula, reglas especiales a los contratos mercantiles en cuanto a su forma, su interpretación, sus obligaciones etc.

Asimismo, es similar la clasificación presentada de los distintos tipos de contrato en ambas materias, civil y mercantil y otras semejanzas que se pueden mencionar pero que no es lugar oportuno para hacerlo.

Por otro lado, al avocarnos ahora al estudio de el contrato de comisión, haremos un recorrido de la evolución de esta figura a partir de la commenda hasta llegar al concepto actual que ostenta nuestro Código de Comercio vigente, para así poder analizar el mismo.

Tenemos entonces que este contrato se regula como tal a partir del siglo XVII, como se indicó anteriormente y encuentra su antecedente más próximo, antes de su regulación en la commenda, de la cual Grunhut, citado por Luis Muñoz, nos da la siguiente definición "es aquella por la cual un comerciante (commendator), confiaba dinero o mercancías a una persona, frecuentemente capitán de nave, para que llevara al cabo las operaciones comerciales en plazas lejanas" (25).

Por su parte el último autor citado, nos dice que la commenda se ha considerado como instituto jurídico análogo a la comisión, pero advierte y reconoce que siempre existió una diferencia entre ambas figuras por dos importantes razones:

(25) Muñoz, Luis.- Derecho Comercial Contratos.- Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires Argentina, Tomo 2, 1960, Págs. 110 y 111.

Por su carácter social (que incluso se llegó a considerar como una sociedad) y porque el commendador a diferencia del comisionista, tenía participación directa en las ganancias, en tanto que este último sólo tiene derecho a la comisión estipulada.

Podemos entonces inferir que la combinación de la commenda con los usos comerciales de la época, originan su desnaturalización lo cual nos lleva directamente a la aplicación del mandato y de ahí a la primera consideración del contrato de comisión, en el que solamente el comisionista podía concluir el negocio.

Más adelante y por razones tanto de seguridad, económicas y jurídicas, la venta de mercancías se empezó a efectuar más frecuentemente por medio de comisionistas y se extendió con ello el uso de este contrato rápidamente por Europa, así lo encontramos regulado en la Ordenanza de Carlos IX en Francia, con el nombre de Bourge Ois Precu Maitre Marchand; Italia por su parte lo conoce y regula a través de la diffidatio o Interdicción; Inglaterra lo conoce a través del Freid-Neyson; finalmente en Alemania lo utilizaron a través del Instituto Medieval deil Ozpizio que fue la figura más conexas a la comisión que ahí se conoció.

Lo anterior nos demuestra, como la comisión fue adquiriendo cada vez mayor importancia, nos dice Luis Muñoz (26) quien hace la referencia del contrato de comisión, en cita de varios autores como son: Savary,

(26) Muñoz, Luis.- Op. Cit.- Pág. 111

Lepa, Larres, Grunhut. Incluso nos comenta que la comisión no es, en su íntima esencia jurídica, otra cosa que una especie del mandato, pero lo curioso prosigue, es que este tipo de mandato basa su construcción más en el derecho del Corpus, que en el derecho romano clásico. Como es de apreciarse, nos sigue diciendo Múñoz (27) surge entonces una especie de mandato comercial que es utilizado con mucha frecuencia.

El desenvolvimiento de la comisión, da lugar a una derogación importante del mandato en sus normas ordinarias, a tal grado que, el mandante no podrá ser sujeto directo de las acciones de los terceros, cuando el mandatario contrata sin dar el nombre de su mandante frente a los terceros con quienes se obliga.

A estas alturas la comisión ya presenta sus características particulares que la distinguen del contrato de mandato en general, no obstante ello, los autores aún no empleaban una terminología única, puesto que utilizaban con frecuencia las voces mandato, comisión, mandatario, comisionista, indistintamente. No es sino hasta el siglo XVIII en que surge un verdadero interés por precisar la conceptualización de la comisión, -- así Zaller citado por Múñoz (28) se refiere al comisionista como aquél -- que, al llevar a cabo los negocios de otros, obra en su nombre y se obliga a él mismo sin comprometer directamente a sus comitentes, pero reconoce que no se puede hablar del contrato de comisión como un tipo de figura netamente autónoma definida, más bien puede hablarse, de un tipo de manda

(27) Múñoz, Luis.- Op. Cit.-Pág. 113

(28) Idem

to comercial, producto de la mezcla de los usos comerciales y el mandato en general.

Esta definición, tan próxima al concepto moderno de comisión - en sentido estricto, no podía florecer debido a que, el tipo de contrato de comisión que se manejaba en ese entonces no recibía dentro de los ordenamientos jurídicos en que se contemplaba, un tratamiento netamente -- mercantil, tal situación se desprende de la remisión a que nos lleva Muñoz (29) en análisis de los Códigos de Comercio Francés de 1807, de Alemania de 1897 y de Suiza de 1891.

En el primero encuentra, que el artículo 91 de dicho ordenamiento Galo, se refiere al comisionista, como aquél que obra en su propio nombre, o bajo un nombre social por cuenta de un comitente, hasta -- aquí nos dice, fácil sería distinguir el mandato de la comisión, puesto que el mandatario en derecho civil, obra en nombre de su mandante, en -- tanto que el comisionista obra en nombre propio, pero por cuenta de su comitente, sin embargo al pasar al siguiente artículo, nos encontramos -- nuevamente con la confusión, ya que se establece en el artículo 92 lo siguiente "Los deberes y los derechos del comisionista que obra en nombre de un comitente son determinados por el Código Civil...." como se apreciaba el Derecho Francés seguía confuso por cuanto al mandato y la comisión, pues aún cuando ya las define por separado, todavía las regulaba -- como una misma figura.

(29) Muñoz, Luis.- Op. Cit.- Pág. 115

Respecto de los Códigos restantes elalemán y el suizo, su concepto y regulación ya se aproximan más a los de la comisión, como actualmente se conoce, pero aún el obrar del comisionista no es en propio nombre, ya que obraba en nombre propio pero a cuenta de otro, tal se desprende del primer código mencionado que se refiere al comisionista como el comerciante cuya profesión consiste en comprar o vender mercancías o valores en su propio nombre por cuenta de un comitente. Por esto decíamos -- que se aproxima a la conceptualización moderna puesto que si bien es -- cierto, que ya el comisionista, puede obrar en nombre propio, no puede -- sin embargo responsabilizarse del negocio como dueño, dado que actúa a -- nombre de otro, no obstante ya menciona el código la profesionalidad en -- el comerciante para darle el carácter de comisionista y a tal grado toma -- en consideración esta característica de la profesión, el citado código, -- que ahí mismo se estableció, que la comisión en él contemplada, solo podía ser practicada por un comerciante (y consideraba a éste como tal, solo cuando profesionalmente efectuaba operaciones de comisión), si así -- acontecía tal situación era regulada por el citado ordenamiento, pero si -- por el contrario quien realizaba un acto aislado de comisión era un no -- comerciante, esta actuación se regía por el Código Civil, no por el Código de Comercio.

Por ello, se dice más atrás que dichos ordenamientos no contemplaron esta figura con un carácter netamente mercantil, de ahí que se hable de una aproximación únicamente con el concepto actual.

El Código Suizo, también presenta el problema de la profesionalidad en su articulado, relacionado con la comisión. Y en opinión de Muñoz (30) esta situación se presentó debido a la unificación de las obligaciones civiles y mercantiles que se encontró en ambos códigos el alemán y el suizo.

Es más podemos decir que otra causa que contribuyó a que tanto en el Código de Comercio Alemán, como en el Suizo se confundiera la materia civil con la mercantil por cuanto a la regulación de la comisión, fue la representación, pues en ambos se equipara representación con comisión. Así el Código Germano hace el distingo entre representación inmediata en la que el representante obra a nombre de otro, y la representación mediata, en la que el representante obra en nombre propio pero por cuenta de otro y que equipara con la comisión.

Otro tanto ocurrió en el Código Suizo, únicamente que éste inspirándose en el Código Mercantil Alemán, separa a la representación en directa e indirecta, equiparando a ésta última con la comisión.

Con el evolucionar de la comisión, finalmente llegamos al concepto actual, mismo que nuestro Código de Comercio vigente recoge en su artículo 273, no sin antes decir que esta definición está influenciada por el Derecho Francés y por el Español como más adelante se verá, dice al respecto dicho artículo "El mandato aplicado a actos concretos de co-

(30) Muñoz, Luis.- Op. Cit.- Págs. 115 y 116.

mercio se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil y comisionista el que desempeña". Tal concepto nos lleva a plantear el problema, si en Derecho Mercantil Mexicano se equipara al mandato mercantil con la comisión como afirman algunos autores, si se confunden ambos términos, o si se diferencian el uno del otro.

En primer término diremos, que si la comisión es un mandato, habremos de analizar, si se trata del mandato civil o si se trata de un tipo especial de mandato, para lo cual es preciso diferenciar: al mandato, a la comisión, y al mandato mercantil.

Así tenemos, y aquí recordamos lo referido de los actos jurídicos, que algunas legislaciones como la Holandesa, la Italiana y otras han diferenciado el mandato civil de la comisión mercantil y del mandato mercantil, por el objeto, pues mientras que el mandato civil tiende siempre a la obtención de un acto civil, la comisión y el mandato mercantil tienen por función la realización de un acto comercial. Además distinguen el mandato mercantil y la comisión en función del carácter representativo del primero y el no representativo de la comisión, ya que en el mandato mercantil el comisionista actúa en nombre y por cuenta del mandante, en tanto que en la comisión, el comisionista actúa en nombre propio pero por cuenta del comitente.

Sin embargo, por lo que toca a estas dos últimas figuras existen

otros autores que ven en el comisionista un mandatario mercantil, sea que en su conducta obre en nombre propio o en nombre de su comitente y entre éstos podemos mencionar nos dice Múñoz (31) a Alauzet, Boistel, Delamarre, Thaller y otros. También se encuentra en esta categoría a Garrigues (32)- quien al igual que los anteriores no encuentra distingo entre comisión y mandato mercantil e incluso nos dice, no hay más mandato mercantil que la comisión, y pretender diferenciar dos contratos idénticos es un error, máxime, continúa diciendo, si la diferencia la basan en el elemento de la representación, porque estima que si bien es cierto que la representación, es esencial en el mandato es por otro lado incompatible con la comisión y en última instancia no es inherente a ninguno de los dos contratos.

Nuestro Código de Comercio dentro de sus preceptos referidos a -- la comisión, en algunos de ellos como es el caso del artículo 283 nos dan a entender que no existe diferencia entre comisión mercantil y mandato -- mercantil ya que establece "El comisionista, salvo siempre el contrato en tre él y el comitente, podrá desempeñar la comisión tratando en su propio nombre o en el de su comitente".

Rodríguez y Rodríguez (33) al respecto nos dice que no fue eso -- lo que el legislador quiso decir ya que si se analiza con detenimiento el artículo 285 nos dá la pauta de distinción entre la comisión y el mandato mercantil pues nos dice "Cuando el comisionista contratare expresamente -- en nombre del comitente, no contraerá obligación propia, rigiéndose en --

(31) Múñoz, Luis.- Op. Cit.-Págs. 120 y 121

(32) Garrigues, Joaquín.- Op. Cit.- Pág. 101

(33) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín.- Op. Cit.- Pág. 33

este caso sus derechos y obligaciones como simple mandatario mercantil - por las disposiciones del derecho comun". Fundándose en este precepto - la distinción está en el elemento de la representatividad al igual que - lo hacen las legislaciones extranjeras mencionadas, ya que dice la comisión no es representativa puesto que el comisionista obra en nombre propio, en tanto que el mandato mercantil sí es representativo pues obra en nombre y en cuenta de otro, y establece ésto porque el comisionista puede obrar de ambas maneras según se vió en el artículo 283 del Código de Comercio, pero si el comisionista actúa en nombre y en cuenta de otro la comisión y el comisionista dejan de serlo y se convierten en simple mandato mercantil y mandatario, relación que al no tener una regulación específica, se regirá por lo dispuesto en el derecho común.

Tal parece que la influencia de regir al mandato mercantil por las disposiciones del derecho común, nos vienen del Código Francés ya -- que en éste se establece, que el comisionista puede actuar en nombre propio (y ésta es su característica esencial de la comisión) pero también - puede obrar por cuenta del comitente, y ahí es donde precisa, que si el comisionista actúa en nombre del comitente, sus derechos y deberes se -- determinan por el Código Civil, es decir de comisionista se convierte en mandatario.

Es el mismo criterio que sigue nuestro Código de Comercio en el

artículo 285 únicamente que nuestro legislador nos dejó en la vaguedad,-- pues no existe en dicho ordenamiento una regulación específica que trate al mandato mercantil, sin embargo es inequívoca la interpretación que se le dá a dicho precepto al remitir su regulación al Código Civil, pues no hay otro derecho común que el civil al cual remite expresamente al final de dicho precepto.

El Código Argentino, también sigue esta tendencia pues preceptua a la comisión nos dice Malagarriga citado por Luis Muñoz (34) de esta manera "La comisión es una especie de mandato comercial en la cual el que actúa por cuenta ajena lo hace con relación a uno o varios negocios determinados obrando ante los terceros con quien contrata a nombre propio".

Hay pues entre nosotros nos dice este mismo autor que cita Muñoz (35) un mandato civil y un mandato comercial, éste a su vez se divide en - mandato comercial propiamente dicho y comisión, encontrándonos frente al - primero tomando en consideración la definición, cuando se obra a nombre - del mandante o cuando, obrándose a nombre propio, no se trata de una o va - rias operaciones determinadas, y es comisión cuando además de obrar en -- nombre propio se actúa en una o varias operaciones determinadas.

Además y para reafirmar su criterio de distinción dice la comi-- sión o consignación, no debe confundirse con el mandato mercantil, ya que reconoce en la comisión la especie y en el mandato mercantil el género.

(34) Muñoz, Luis.- Op. Cit.- Págs. 120 y 121

(35) Muñoz, Luis.- Op. Cit. Pág. 120

La corriente doctrinaria argentina, también fundándose en la representación encuentra la diferencia en ambas figuras, pues sostiene que en la comisión no hay representación, de tal manera que el negocio jurídico pasa únicamente entre el comisionista y el tercero, no existiendo por tanto relación jurídica entre el tercero y el comitente, ya que el obligado principal será el comisionista frente a quienes contrata, cuando actúa en nombre propio.

Ya para terminar podemos decir que en nuestro derecho no se confunde la comisión con el mandato mercantil, tomando como base la representación, puesto que si el comisionista actúa en nombre propio y por cuenta del comitente, estaremos frente a la comisión, pero si se actúa en nombre y por cuenta de otro, nos encontramos frente a un mandato mercantil.

En conclusión nuestro código contempla y esa es nuestra opinión personal un sólo tipo de comisión, la comisión mercantil que no es representativa y en contraposición existe un mandato mercantil que sí es representativo y que no se regula por el Código de Comercio como la comisión mercantil sino por el derecho común, es decir por el Código Civil.

3.- NATURALEZA JURIDICA

a) LOS ACTOS JURIDICOS EN GENERAL

Hemos ya mencionado con anterioridad una breve referencia de los hechos y actos jurídicos, sin embargo por ser necesario, para determinar la naturaleza jurídica de la comisión mercantil, presentaremos un concepto más amplio del acto jurídico para fijar con precisión que es la comisión.

Se estableció la diferencia entre los hechos y los actos jurídicos y vimos que el elemento de distinción lo integra la voluntad del hombre, encontrando que los hechos que se generan en la naturaleza sin la voluntad del hombre, son los llamados hechos, hechos naturales o no voluntarios, en tanto que aquéllos en que sí interviene la voluntad son los llamados hechos voluntarios o actos jurídicos. Sin embargo y aún cuando no se mencionó, tanto el hecho como el acto recibirán el calificativo de jurídicos, cuando sus características coincidan con los datos establecidos en alguna hipótesis normativa y esto se entiende perfectamente si tomamos en consideración que el mundo normativo jurídico, no es un supramundo contrapuesto al mundo real en el que vivimos, pues como nos dice Galindo Garfias (36), más bien es al contrario ya que, el último ideal sería la total coincidencia del uno con el otro. De esta suerte, fácil es entender que, un precepto por sí solo, no produce, modifica o extingue la realidad empírica, pues necesita de un hecho que se ajuste a

(36) Galindo Garfias, Ignacio.- Op. Cit.- Pág. 207.

su hipótesis normativa para que aquéllo ocurra, ya que tal precepto contiene y califica como debido o no el hecho producido, con o sin la voluntad del hombre.

La conjunción del supuesto normativo con el hecho o acto realizado, da nacimiento a la relación jurídica y la calificación valorativa - que se da a dicha relación dependerá de las consecuencias que se originen, ya que dichas consecuencias son el vínculo coactivo que entrelaza la conducta de una o varias personas que se denominan deudores frente a otras - que se denominan acreedores.

Encontramos entonces que la relación jurídica se integra con -- dos o más personas (deudores y acreedores), con un objeto, que no es otra cosa que la conducta humana realizada a través de un acto o hecho, que se sitúa en la hipótesis normativa y por ende adquiere la característica de jurídico, y un vínculo obligatorio que es la consecuencia que engendra la conducta realizada por los deudores y acreedores al desarrollar dicha conducta.

Vemos entonces, que la relación jurídica nace de un acto o un hecho jurídico, sin embargo a nosotros nos interesa el acto jurídico y a él nos avocaremos.

Establecimos siguiendo la doctrina italiana que el acto jurídi-

co se divide en acto ilícito o jurídico, dependiendo esta distinción de la voluntad, de las consecuencias que engendra o del valor normativo o calificación se le dá la hipótesis normativa cuando en ella se sitúa la realización de dicho Acto. Así será un ilícito, cuando éste es realizado voluntariamente por el hombre pero su voluntad encaminada únicamente a realizar el acto, pues no pretende su voluntad realizar los efectos jurídicos previstos en la norma, no obstante, los efectos o consecuencias se realizan independientemente de su voluntad, ahora bien dichos efectos o consecuencias están encaminadas a regular o sancionar la conducta jurídica que se generó y se realizan por haberse situado la conducta efectuada, en la hipótesis normativa prevista en la propia norma; por último, la calificación que reciba del Derecho dicha conducta por haberse concretizado la hipótesis normativa, dependerá de que el contenido de dicha hipótesis prohíba o permita la realización de tal conducta dentro del orden establecido, como en este caso la hipótesis normativa prohíbe, de acuerdo al ordenamiento legal, la realización de tal acto, cuando éste se efectúa produce un acto ilícito. Un ejemplo aclara más la explicación; un ladrón que realiza una conducta delictuosa el robo, al apoderarse del bien ajeno, su voluntad se encamina a la obtención del mismo, más no es su voluntad poner en movimiento una norma de orden público en su contra, como es en este caso aquella que sanciona el robo, no desea por tanto, que los efectos jurídicos de la Ley se le apliquen por el robo que comete, pero aún en el caso de que así fuera en nada influiría para que dichos efectos se generaran, ya que los mismos se producen por disposición de - -

ley, pues ésta toma en cuenta, no lo que quiso alcanzar el ladrón con su conducta, que era precisamente el apoderamiento de cosa alguna sin el consentimiento de su dueño, sino más bien el resultado que se produjo, la realización del delito de robo.

Estos actos también son llamados, actos materiales o actos voluntarios (37) porque en ellos, si bien es cierto que interviene la voluntad del hombre, no es ésta lo que produce precisamente los efectos jurídicos, sino más bien el contenido del acto y el fin que éste persigue con su realización.

En el negocio jurídico, que también ha sido denominado acto de voluntad, hecho voluntario lícito (38) o simplemente acto lícito, y que nuestra legislación en el Código Civil califica como acto jurídico en general, pues no establece distinción entre acto y negocio jurídico, importa fundamentalmente la voluntad del sujeto que lo realiza, así como el contenido de la misma en el acto realizado, pero interesa sobre todo la finalidad de la voluntad, pues se exige que en el acto celebrado se cumpla no solo con lo anterior para celebrarlo, sino también con el fin propuesto a que éste se debe encaminar, que es la producción de los efectos jurídicos que el ordenamiento legal atribuye al negocio que se celebra. En este caso, la voluntad está encaminada a concretizar el contenido de la hipótesis normativa, mediante la realización voluntaria de la conducta y por ende, se desea en este caso, que se produzcan los efectos jurídicos

(37) Galindo Garfias, Ignacio.- Op. Cit.- Pág. 215

(38) Gutiérrez y González, Ernesto.- Op. Cit.- Pág. 127

cos con la conducta realizada, pues el fin que persigue el sujeto o sujetos es precisamente poner en movimiento el ordenamiento jurídico, para con ello, se apliquen a su conducta dichos efectos jurídicos. En conclusión- aquí las partes quieren realizar el acto, pero no se busca solamente el contenido del acto mismo cuyo fin se obtiene con su realización, sino que el fin último que se persigue, es que se apliquen los efectos jurídicos - (pues a eso está encaminada también la voluntad) que el ordenamiento legal le atribuye a la realización de ese acto.

Ahora bien, es indispensable hablar de la clasificación que se ha dado al negocio jurídico, que es similar a la que se presentó acerca - de los contratos, por lo que diremos entonces que el negocio jurídico puede ser también: unilateral o bilateral dependiendo de las partes que en el intervienen, oneroso o gratuito dependiendo de la prestación recibida a las partes. No mencionaremos las otras disposiciones por considerarlo repetitivo.

Finalmente diremos que los negocios jurídicos deben constar para su existencia o valides con los elementos o requisitos ya mencionados para los contratos, de ahí que por último digamos que el ejemplo típico - del negocio jurídico lo constituye el contrato.

b) EL SISTEMA OBJETIVO Y SUBJETIVO QUE DETERMINAN EL CARACTER MERCANTIL DE LOS ACTOS JURIDICOS

Hemos ahondado en el acto jurídico, por ser el punto de referencia que tomaremos para determinar la naturaleza jurídica de la comisión, pues siendo ésta un contrato y siendo éste como ya se dijo el ejemplo típico del acto jurídico, tendremos que decir entonces de conformidad con lo estipulado por el artículo 273 de nuestro Código de Comercio que "la comisión es un contrato de mandato cuyo fin primordial es la realización de actos concretos de comercio".

Sin embargo y desde nuestro punto de vista, no se trata propiamente de un contrato de mandato, (al hablar de la diferencia entre contrato de mandato y contrato de comisión daremos una razón más explícita del porque de este disentimiento) de que es un contrato si estamos de acuerdo, ya que siguiendo lo propuesto hasta aquí, el contrato es un acuerdo de voluntades entre dos personas para crear o transferir derechos y obligaciones tal como lo dispone el artículo 1793 de nuestro Código Civil, si tomamos en cuenta dicho precepto las personas que intervienen en la comisión, comitente y comisionista al acordar ambos para que el comisionista cumpla los actos que el comitente le encomienda, indudablemente que se está celebrando un negocio jurídico cuya regulación se encuentra en un contrato, que por sus peculiaridades propias se le denomina comisión y no mandato mercantil, que también existe, pero como quedó asentado no regula el Código de Comercio sino el Código Civil.

Hacemos referencia al sistema objetivo y al sistema subjetivo, -

que se utilizan por algunos autores, para determinar la mercantilidad de los distintos actos que se celebran en el tráfico mercantil, porque en ellos se sustentan algunos tratadistas para encontrar la naturaleza jurídica de la comisión, alegando a su favor que dependerá del objeto del contrato celebrado por cuenta de otro el que exista o no comisión, haciendo incapié en que es preciso que este objeto sea la circulación de un producto o de un título, y que dicho objeto se refiera al tráfico de mercantías.

En este caso, se está tomando en consideración que el acto es mercantil al menos así se puede interpretar, tomando en cuenta el sistema objetivo, que considera el acto como mercantil, si éste es calificado como tal, con independencia del sujeto que lo realiza, sin embargo, habría que precisar cuando un acto recibe la calificación de mercantil, y decimos que éste tendrá tal carácter, cuando sea el ánimo de lucro el que medie en su realización, así por ejemplo la compra venta de un vehículo para uso particular no puede decirse que sea un acto mercantil, sin embargo esa misma compra venta si se lleva a cabo con el ánimo de lucrar es decir comprar para volver a vender, y así obtener una ganancia, ya lleva la característica mercantil, aún cuando esta teoría es refutada, creemos, es la más correcta para calificar la mercantilidad del acto dentro de este sistema objetivo.

Ahora bien, siendo el ánimo de lucro lo que le dá la caracterís

tica de mercantilidad a algunos actos, podríamos decir entonces, que to do acto de comercio que tenga por objeto la adquisición de efectos con el ánimo de lucrar con posterioridad con el mismo serán considerados -- mercantiles. No obstante, no es el objeto físico al que se refieren di chos tratadistas cuando tratan de encontrar la naturaleza de la comi-- sión, más bien se refieren al objeto o fin del negocio, sobre el cual -- versa el mismo y para el cual hemos hecho referencia, se estarían refi-- riendo, no al objeto físico de la compraventa en este caso el auto, si-- no a la compra venta que puede ser civil o mercantil civil, aquélla -- cuando tenga como fin la traslación de un derecho mediante un precio -- cierto y mercantil cuando además de la traslación se busca su circula-- ción mediante el ánimo de lucro que se persigue con la misma, es decir-- el acto que se celebra con una compra venta mercantil tiene por objeto, que el objeto físico continúe circulando dentro del tráfico mercantil, -- puesto que se celebra dicha compra venta no para que el objeto físico -- se destine al uso, sino para que circule y sea motivo de más transaccio-- nes.

A este objeto es al que se refieren dichos tratadistas, cuan-- do tratan de encontrar la naturaleza jurídica de la comisión, pues sostie-- nen que de no ser ese el objeto del contrato, no se trataría de un contra-- to de comisión.

Nosotros disentimos de la opinión anterior, toda vez que no -- creemos sea el objeto al que dichos tratadistas se refieren, el único pun

to por el cual se busque o se designe a la comisión, más bien habría que referirse, no exclusivamente al acto a realizar, para determinar la naturaleza jurídica de la comisión, sino combinando además este criterio con el sistema subjetivo que determina si se trata de un acto mercantil o no, porque juegan un papel muy importante, tanto el sujeto que lleva a cabo el acto, en este caso sería el comisionista, como el acto mismo que debe ser necesariamente mercantil. Esta idea la ampliamos auxiliándonos del elemento característico de la comisión que a continuación comentamos.

c) CARACTERISTICA PRIMORDIAL DE LA COMISION

Partiendo de nuestro criterio para determinar la naturaleza jurídica de la comisión, creemos importante señalar la característica esencial de la misma, que incluso es lo que la distingue del mandato mercantil, nos referimos al obrar del comisionista, pues si enfocamos nuestra atención en este sujeto, claramente veremos que se tratará de un contrato de comisión o de un mandato mercantil, dependiendo de que éste actúe -- obrando a nombre y por cuenta de, o que actúe en nombre propio por cuenta de, pues este actuar del comisionista en nombre propio por cuenta del comitente en un acto mercantil, es lo que le dá a la comisión su propia particularidad.

Ahora bien, decimos, que es el acto de realizar, el que hay -- que tomar en consideración para determinar la naturaleza de la comisión,

pero combinando dicho acto con el sistema subjetivo y con la característica esencial de la comisión.

Tenemos entonces tres elementos que nos servirán para determinar la naturaleza jurídica de la comisión que son: el acto, el sistema subjetivo que determinará si el acto es o no de comercio y el obrar del sujeto que considera dicho sistema para determinar la mercantilidad de tal acto.

Combinando dichos elementos concluimos entonces de acuerdo a nuestro artículo 273 del Código de Comercio que la comisión es un contrato, puesto que existe en la celebración del acto el acuerdo de voluntades de que nos habla el artículo 1793 del Código Civil, sigue diciendo este artículo, para producir o transferir derechos y obligaciones, vemos que esto también se cumple, puesto que el comitente le transfiere el derecho al comisionista de contratar en su nombre y de obligarse incluso por propio nombre como si el negocio fuera suyo, tal se infiere del artículo 287 del Código Mercantil y termina diciendo el artículo 1793 del Código Civil, que dichos convenios tomarán el nombre de contratos, luego entonces el negocio jurídico celebrado entre comitente y comisionista es un contrato, y para determinar el carácter mercantil del mismo, recurrimos al sistema subjetivo que toma en consideración para ello al sujeto que realiza el acto pero con la modalidad que nosotros le damos de tomar en cuenta, no la cualidad sino, el obrar de dicho sujeto (ya que nuestro Código Mercantil-

no especifica que sean comerciantes ni el Comitente ni el Comisionista) - como se infiere del artículo 285 de nuestro Código de Comercio, que cuando el comisionista obra actuando en propio nombre por cuenta del comitente, dicha actuación se regirá por el Código de Comercio, por ello decimos que el negocio jurídico celebrado entre el comitente y el comisionista es un contrato y es mercantil porque lo rige el Código de Comercio y no el Código Civil.

Determinada la naturaleza de la comisión tenemos entonces que - decir que es un contrato con las siguientes características: bilateral -- porque existen obligaciones recíprocas para las partes que lo celebran, - es oneroso por excelencia y solo gratuito cuando así lo convengan las partes y nominativo porque está regulado dentro del Código de Comercio.

En cuanto a los elementos que lo integran éstos los trataremos en el siguiente capítulo.

C A P I T U L O

II

ELEMENTOS DEL CONTRATO DE COMISION

1.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA

a) LA VOLUNTAD

Al referirnos a los contratos señalamos que éstos no pueden surgir a la vida jurídica si están incompletos en cuanto a sus elementos o requisitos esenciales, en este caso vamos a estudiar uno de dichos requisitos la voluntad de los integrantes del contrato, dado que es inminente que, si no se manifiesta la voluntad no podrá hablarse propiamente de un contrato, así se infiere del ya citado artículo 1793 del Código Civil que determina como contrato, el acuerdo de voluntades de dos o más personas - y si no se establece dicho acuerdo estaremos frente a otra figura, más no frente a un contrato, tal es el caso de la declaración unilateral de voluntad, que carece de fuerza vinculativa, por lo que es necesario que dicha declaración encuentre eco en alguien que la tome para con ello dar origen al contrato.

Al hablar del nacimiento del contrato debemos precisar que para ello es necesario que se perfeccione la declaración unilateral emitida -- mediante una aceptación de la misma.

Tenemos entonces dos elementos que integran la perfección del contrato, y que no son otra cosa que manifestaciones de voluntad: la oferta o propuesta que es la declaración de voluntad dirigida a perfeccionar un contrato y la aceptación.

Ahora bien esta oferta o propuesta debe cumplir con determinados requisitos nos dice Garriguez (39) que son: SER COMPLETA, es decir -- cumplir con todos lo elementos del futuro contrato, objeto, consentimiento de quien va a contratar, capacidad etc. pues no podríamos decir que el envío de listas de precios sobre tales efectos constituya una verdadera -- oferta, lo mismo que el anuncio de mercadería en la prensa. TENER LA INTENCION DE CONTRATAR pues no pueden considerarse como propuestas aquellas declaraciones privadas de contenido jurídico, cuando se emiten por juego -- o para fines de enseñanza, tampoco lo serán los pedidos puramente informativos sobre tales o cuales mercancías. Finalmente la propuesta para ser -- considerada como tal debe MANTENERSE VIVA POR ALGUN TIEMPO, sin llegar a -- ser indefinida dado que la celeridad en el comercio es muy importante, -- puesto que los motivos que propiciaron la propuesta pueden cambiar rápidamente.

(39) Garriguez, Joaquín.- Op. Cit.- Págs. 72 y 73.

De cumplir con los anteriores requisitos la propuesta debe considerarse como una declaración encaminada a perfeccionar un contrato que para que se configure debe cumplirse con el otro elemento, la Aceptación que es precisamente una declaración pero ahora dirigida al proponente, - con la intención de querer concluir el contrato como ha sido propuesto. - También ésta debe cumplir con determinados requisitos nos vuelve a inferir Garriguez (40) como son: HA DE CORRESPONDER EXACTAMENTE A LA PROPUESTA, puesto que si contiene ampliaciones, limitación o modificaciones a la propuesta por parte de quien la acepta no habría consentimiento de aceptación y por ende no nacería el contrato. Asimismo la aceptación deberá ser RECEPTICIA es decir dirigida al proponente por quien la proposición fue hecha. Finalmente puede ser EXPRESA o TACITA según el negocio de que se trate y de como sea requerida legalmente.

Podemos entonces decir que el perfeccionamiento del Contrato - se dá en el momento del encuentro o unión de voluntades es decir al momento de encontrarse la propuesta y la aceptación.

Ahora bien para nosotros, interesa en el contrato de comisión - más la aceptación que la propuesta, puesto que de ella depende que se lleve a cabo o no el contrato, ya que en éste la aceptación perfecciona el contrato

Nuestro Código Mercantil en su artículo 275 manifiesta que si-

(40) Garriguez, Joaquín.- Op. Cit.- Págs. 73 y siguientes.

la persona a quien el comitente dirige la propuesta no la acepta deberá avisarle inmediatamente su negativa en caso de ser entre presentes el contrato, pero si el contrato se celebra de una plaza a otra, deberá hacerle saber su negativa por el correo más próximo, pues tratándose de este contrato el criterio es más rígido que en materia civil, puesto que en general nadie está obligado a contestar una propuesta, pero en este caso dada la profesionalidad del comisionista, éste deberá romper el silencio, dado que, el derecho en este contrato le da efectos jurídicos al mismo. No po demos decir que los efectos que le atribuye, sean de aceptación no, lo -- que pretendía el legislador fue que si la persona, comisionista en este -- caso, a quien se dirige la propuesta de contrato no la acepta, debe a pensar de dicha negativa manifestarlo inmediatamente, o por correo según el -- caso y practicar las diligencias necesarias para la conservación de los -- efectos jurídicos que le atribuye el Código de Comercio en su artículo -- 277, más no el efecto de consentimiento, puesto que en caso de ser así, -- no necesitaría el proponente recibir la contestación para considerar que -- el contrato fue aceptado y se estaría considerando una aceptación tácita -- ante el silencio del futuro comisionista.

Esto no quiere decir que no exista la aceptación tácita en este contrato, por el contrario el artículo 276 del Código referido indica que si el comisionista practica algunos actos tendientes a cumplir con el contrato éste será aceptado tácitamente aun cuando no se haya manifestado la aceptación del mismo y deberá incluso concluirse en su totalidad nos indi

ca dicho ordenamiento.

Hablamos del perfeccionamiento del contrato que se da en el momento en que la propuesta recibe una aceptación, pero es importante señalar que dicho momento se alarga cuando el contrato se celebra entre ausentes, por lo que nos preguntamos ¿en que preciso momento surge el contrato?, para resolver esta cuestión haremos referencia a los diversos sistemas seguidos para precisar el momento de la perfección del contrato y son: El sistema de la Declaración; el sistema de la Transmisión o Expedición; el sistema de la recepción y el sistema del conocimiento, que nos señala Salandra (41) de los cuales haremos breve referencia.

El sistema de la declaración establece que para que el contrato se perfeccione, basta que se exprese la aceptación aún cuando dicha aceptación no se haya comunicado al proponente. No consideramos propio este sistema para el caso de la comisión, sobre todo cuando se contrata a través de correspondencia, pues en tal caso no habría medios probatorios para fincar alguna responsabilidad en caso de incumplimiento por parte del aceptante, sobre todo si la expresión de aceptación fue verbal y no por correspondencia, ya que en el referido sistema no se especifica que la expresión sea verbal o por escrito.

El sistema de la transmisión o expedición en este sistema es necesario que la aceptación haya sido otorgada y enviada a la otra parte

(41) Salandra, Vittorio.- Curso de Derecho Mercantil, Editorial Jus, 1949.
Pag. 24

para que el contrato se considere perfecto. El ejemplo de este sistema, es cuando la aceptación se hace por escrito en una carta y ésta se deposita en el correo, hasta ese momento de expedir la carta se considera -- perfeccionado el contrato, sin considerar si la misma llegó o no a su -- destino. Para efectos de nuestro contrato creemos que también este sistema no es aceptado, dado que si la carta nunca llegó y el aceptante no cumple, el proponente en este caso el comitente, sufrirá daños y perjuicios toda vez que él intuye que el encargo conferido se está cumpliendo, sin preocuparse de buscar un nuevo comisionista.

El sistema de la recepción, en este caso el contrato se considera perfecto en el momento en que la aceptación es recibida por el proponente. Para efectos de la comisión este sistema ya es aceptable, pues si consideramos que es el comitente el principal interesado en que se -- lleve a cabo el encargo es lógico pensar que estara al tanto sobre la -- correspondencia que recibe, sin embargo creemos más ideal el último sistema de los mencionados.

El sistema del conocimiento, según éste no basta que la respuesta de aceptación sea recibida por el proponente, sino que es necesario que la conozca, pues solo hasta que el proponente tiene conocimiento de la aceptación se perfecciona el contrato. Para el ejemplo seguido so lo hasta que la carta es leída y se tiene el conocimiento de que el encargo es aceptado nace el contrato. Creemos más acertado este sistema --

pero un tanto ideal puesto que quien emite la carta no va a tener la seguridad de que se leyó o no.

Al respecto y desde nuestro punto de vista sobre dichos sistemas creemos más eficaz el sistema de la recepción, puesto que una vez que el comisionista ha decidido llevar a cabo el encargo propuesto envía una carta al comitente certificada y con acuse de recibo en donde le hace saber su decisión, así para efectos de deslindar responsabilidades probará incluso con el acuse de recibo de que la carta llegó a su destino, y por ende perfeccionó el negocio no importándole si su misiva fue o no leída.

Sin embargo nuestro Código tal parece que se inclina por el sistema de la expedición pues establece el artículo 275 que si al comisionista a quien se dirige la propuesta no la acepta y el contrato es a distancia hará saber su negativa por el correo más próximo.

También es importante, respecto de los contratos efectuados a distancia, el tiempo que medie para esperar la aceptación y el medio de comunicación que se utilice para emitir la misma, así las aceptaciones hechas por teléfono o por telégrafo requieren de un plazo breve para su emisión, en tanto que las que se emiten por carta requieren de un tiempo mayor, puesto que se utiliza el mismo medio de la propuesta. Asimismo podemos abundar que el telex debe tener respuesta inmediata al igual que las que se realizan por teléfono o telégrafo.

b) EL OBJETO

Otro de los elementos de existencia lo constituye el objeto que debe ser posible, lícito determinado o determinable.

Será posible cuando su realización sea compatible con las leyes tanto de la naturaleza, cuanto de las normas jurídicas que deben regirlo, que son las que incluso le dan la licitud.

Debe ser determinado o determinable pues se ha de especificar en que consiste la conducta que ha de realizarse para que surja el contrato que viene siendo el objeto del mismo.

Sólo nos hemos referido al objeto jurídico propiamente, el -- cual no es otra cosa que una relación jurídica producto del acuerdo de voluntades, la que desde el punto de vista del acreedor le da a éste la facultad de hacer efectiva coercitivamente su pretensión frente al deudor y desde el punto de vista de éste último, el objeto lo constituye un deber que debe cumplir frente a su acreedor.

Sin embargo, debemos recordar que el objeto puede ser físico o jurídico tal se desprende del artículo 1824 de nuestro Código Civil, - pues dice "son objeto de los contratos:

I.- La cosa que el obligado debe dar;

II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer".

De la primera fracción se desprende que el objeto físico es la cosa a que se refiera dicha fracción. En tanto que el objeto jurídico lo constituye la fracción segunda de dicho precepto, y que Gutiérrez y González (42) divide en directo e indirecto.

Entiende este autor por objeto directo el crear o transmitir de rechos y obligaciones, en tanto que el objeto indirecto vendrá a ser propiamente la conducta que debe cumplir el deudor del contrato y que puede ser de dar, de hacer o de no hacer.

Nosotros pensamos que la división del objeto que nos señala este autor es aplicable también al objeto del contrato de comisión, pues -- como se comentó al referirnos a la naturaleza del contrato, al establecerse el acuerdo de voluntades, se crean o transfieren derechos y obligaciones y esto como se vió se cumple en la comisión dado que el comitente -- transfiere derechos que van a ser ejercidos por el comisionista y éste a la vez adquiere obligaciones al asumir la responsabilidad de cumplir el encargo, es notorio por tanto que aquí se cumple con el objeto directo en el cual forma parte, tanto la parte activa (comitente) como la parte pasiva (comisionista).

El objeto indirecto en cambio, solo lo cumple la parte pasiva --

u obligado (comisionista) al desarrollar la conducta tendiente al cumplimiento del contrato y ésta puede ser de dar, de hacer o de no hacer como ya se mencionó y en el caso específico de la comisión básicamente se trata de una conducta de hacer, dado que el objeto de la comisión según nos dice -- Uria Rodrigo (43) es la realización por cuenta ajena de cualquier operación o acto de comercio, basa esto en el artículo 244 del Código de Comercio Español, incluso comenta que existen dos operaciones mercantiles especialmente aptas que sirven de objeto a la comisión: La compraventa que -- es el tipo clásico e histórico de la comisión y el transporte.

Por nuestra parte, tomando como referencia el artículo 273 del -- Código de Comercio vigente y recordando lo que mencionamos en la parte relativa al concepto de la comisión, estamos de acuerdo con este autor, pues en efecto, el objeto de la comisión es propiamente la realización de actos de comercio, ya que incluso algunos tratadistas, como vimos, toman como -- elemento de distinción entre la comisión y el mandato, el objeto que cada uno de ellos persigue y con los cuáles estamos de acuerdo puesto que el -- objeto que se persigue en el mandato es la realización de actos civiles, -- en tanto que en la comisión es la realización como ya se dijo de actos mercantiles.

No es necesario sin embargo, refiriéndonos a lo estipulado en -- el citado artículo 273, que el objeto de la comisión que es la realización de actos jurídicos mercantiles sean concretos ni unitarios, pues --

(43) Uria, Rodrigo.- Derecho Mercantil.- 9a. Edición 1974, Pág. 570.

aceptar tal postura sería completamente antijurídico, nos dice Rodríguez y Rodríguez (44) ya que no es necesario que se concrete con exactitud el acto que se va a realizar para ser considerado acto concreto de comisión, ni que se refiera a la unidad del acto, porque no vamos a considerar como comisión la orden de comprar un auto y como distinta de comisión las ordenes de comprar varios autos, de ahí que concluya dicho autor, que no es necesario por tanto que el acto para ser considerado como comisión, sea uno solo, ni concreto, pues pueden ser varios actos y pueden ser concretos o generales, bastando tan solo que sean actos de comercio y el comisionista los realice en nombre propio.

Ahora bien ya referidas las características del objeto y aplicándolas a la comisión, diremos que el objeto de ésta para ser posible debe llevarse a cabo sin contravenir leyes ni reglamentos de ahí que nuestro Código de Comercio contemple esta característica del objeto de la comisión en su artículo 291 que establece "El comisionista deberá observar lo establecido en las leyes y reglamentos respecto de la negociación que se le hubiere confiado..." con ello nos está diciendo el Código que el objeto deberá ser posible y lícito en la comisión y en su artículo 286 nos infiere que el objeto debe ser determinado, ya que nos dice: "En el desempeño de la comisión, el comisionista debe proceder de acuerdo a las instrucciones precisas del comitente..." es precisamente en las instrucciones donde se va a determinar el objeto, pues si vimos que este consiste en la realización de actos de comercio, la determinación

(44) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín.- Op. Cit.-Pág. 34.

de dichos actos se dará en las instrucciones que el comitente le da al comisionista.

c) LA SOLEMNIDAD

Este tercer requisito de existencia por ser de poca aplicación, se puede pensar que ya no es exigible en los contratos, salvo en el matrimonio pero este no es propiamente un contrato.

Y concretamente para la comisión mercantil no constituye un elemento de existencia sin el cual la misma no existiría puesto que no es -- una exigencia contemplada en la Ley, de ahí que únicamente sean exigibles para este contrato como elementos de existencia la voluntad o consentimiento y el objeto, más no la solemnidad.

2) ELEMENTOS O REQUISITOS DE VALIDEZ

a) LA CAPACIDAD

Para que el contrato se perfeccione correctamente, no basta que se cumpla en el mismo con los elementos de existencia que éste requiere, también es indispensable que contenga los elementos o requisitos de validez y siendo la capacidad uno de ellos a él nos avocaremos a continuación, iniciando con su concepto, del cual nos dice Gutiérrez y González (45) - "La capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes, y hacerlos valer". Por su parte Galindo Garfias (46) nos dice "Que es la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones y la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo". Y el Código Civil en sus artículos 1798 y 1799 en cuanto a la capacidad nos manifiesta, en el primer artículo referido "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la Ley". Y en el artículo 1799 dice "La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del Derecho o de la obligación".

Existen o se comprenden dos tipos de capacidad nos dicen ambos autores: La capacidad de goce que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de ejercicio que es la aptitud para hacer valer derechos y cumplir las referidas obligaciones por sí mismo.

(45) Gutiérrez y González, Ernesto.- Op. Cit.- Pág. 327

(46) Galindo Garfias, Ignacio.- Op. Cit.- Pág. 384

La capacidad de goce se adquiere con el nacimiento, la capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad, que en el caso de México es hasta los 18 años. Debe destacarse que no todas las personas pueden, por el simple hecho de cumplir la mayoría de edad, adquirir la capacidad de ejercicio, puesto que son incapaces para ello, en los casos que se estipulan en el artículo 450 del Código Civil que establece "tienen incapacidad natural y legal: I.- Los menores de edad; II.- Los sordomudos que no saben leer ni escribir; IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes".

Sin embargo este artículo sufre excepciones que se contemplan en los artículos 1306 y 1307 del Código Civil, pues nos dice el primero "Estan incapacitados para testar: I.- Los menores que no han cumplido dieciseis años de edad, ya sean hombres o mujeres; II.- Los que habitualmente no disfrutan de su cabal juicio" y nos infiere el 1307 "Es válido el testamento hecho por un demente en su intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observen las prescripciones siguientes". Asimismo el artículo 641 rompe con la regla establecida por el artículo 450 de dicho Código, toda vez que establece "El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad".

La capacidad de goce también se ve restringida para ciertas personas ya físicas ya morales, cuando se dan determinadas circunstan-

cias tal es el caso nos dice Gutiérrez y González (47) de las Corporaciones religiosas y ministros de los cultos, las Instituciones de beneficencias, las sociedades comerciales por acciones, los extranjeros y las personas físicas cuando sean condenadas por sentencia judicial civil o penal. A todas ellas salvo las personas físicas mencionadas, les finca su incapacidad la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 27 y 130 respectivamente.

Determina al respecto el artículo 27 inciso II " las Corporaciones religiosas denominadas iglesias, cualquiera que sea su credo, no podrán en ningún caso tener capacidad para adquirir, poseer o administrar bienes raíces, ni capitales impuestos sobre ellos;...".

Mientras que el artículo 130 en su párrafo 15, segunda parte, determina:

"Los ministros de los cultos tienen incapacidad legal para ser herederos, por testamento, de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado".

El mismo artículo 27 en su fracción III al referirse a las Instituciones de Beneficiencia determina: "Las Instituciones de beneficencia, pública o privada... no podrán adquirir más bienes raíces que las indispensables para su objeto inmediato o directamente destinados a él, etc.". Se les impone aunque relativa una incapacidad de goce.

Y por lo que hace a las sociedades en su fracción IV el citado artículo 27, les impone una incapacidad relativa pues establece.

"Las sociedades comerciales por acciones no podrán adquirir, - poseer o administrar fincas rústicas".

En tanto que a los extranjeros la fracción I del referido artículo 27 les impone una incapacidad doble pues dispone.

"Solo los mexicanos por nacimiento y naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas".

Tal incapacidad sin embargo, el mismo derecho a nuestro muy personal punto de vista, la subsana a través de diversos fideicomisos, por medio de los cuales llegan a tener incluso los extranjeros preferencia sobre cualquier nacional para tener un asentamiento legalizado en dichas franjas prohibitivas.

Finalmente por lo que hace a la incapacidad de personas físicas que hayan sido condenadas judicialmente por sentencia civil o penal-

nos dice el artículo 1680 del Código Civil:

"No pueden ser albaceas, excepto en el caso de ser herederos -
únicos: III.- Los que hayan sido condenados por delitos contra la pro-
piedad".

Ahora bien la sanción por celebrar algún acto o contrato con -
persona incapacitada se contempla en el artículo 1795 que dice:

"El contrato puede ser invalidado: I.- Por incapacidad legal-
de las partes o de una de ellas". Y se ratifica dicha sanción en el ar-
tículo 2230, conforme al cual las personas que contratan pueden invocar-
la nulidad del contrato por falta de capacidad, ya que determina:

"La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o inca-
pacidad, solo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios del con-
sentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz".

Por otra parte diremos, que nos hemos referido a los casos de
incapacidad en materia civil por ser el propio Código de Comercio quien
nos remite a la misma, cuando trata de la capacidad en su artículo 5º -
pues dice: "Toda persona que según las leyes comunes es hábil para con-
tratar y obligarse, y a quienes las mismas leyes no prohíben expresamen-
te la profesión del comercio tienen capacidad legal para hacerlo".

Era por tanto preciso referirnos a la capacidad en materia civil, para así tratar el mismo tema en materia mercantil con más soltura, de lo anterior se deduce que teniendo la capacidad de goce y de ejercicio plenas no habrá, salvo que el Código de Comercio o alguna legislación mercantil, uso, costumbre, etc. lo prohíban, algún inconveniente para tener por ende, la capacidad legal para ejercitar el comercio.

Hablamos de las prohibiciones por falta de capacidad para ejercer el comercio o para poder contratar en materia mercantil ya que en el propio Código de Comercio se establecen las limitantes o prohibiciones para hacerlo, así el artículo 12 del citado ordenamiento establece: - -
"No pueden ejercer el comercio:

I.- Los correderos;

II.- Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;

III.- Los que por sentencia ejecutoriada haya sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en estos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concesión".

En cuanto a los extranjeros el Código de Comercio invoca al derecho común cuando establece en su artículo 14: "Los extranjeros comerciantes, en todos los actos de comercio en que intervengan, se sujetarán a este Código y demás leyes del país". Aunque el propio Código Mercantil en su artículo anterior permite ejercer el comercio siempre y cuando

se ajusten a los convenios o tratados de sus respectivas naciones, así como a lo dispuesto en las leyes que traten sobre derechos y obligaciones de los extranjeros en nuestro País.

b) LA FORMA

El otro elemento de validez lo constituye la forma, y con éste, daremos por terminada la constitución de los elementos, que deben necesariamente cumplirse para que el contrato de comisión se perfeccione.

La forma es el requisito que debe cumplirse ya por voluntad de las partes, ya por exigencia legal, para hacer por escrito el contrato que ha de celebrarse, Salandra (48) nos dice al respecto "Se llama forma de un negocio jurídico el medio exigido por la ley para la manifestación de la voluntad de las partes (usualmente, con el fin de hacer más segura y firme la seriedad de dicha voluntad) a falta de la cual el negocio jurídico no puede producir el efecto que el derecho le atribuye".

En nuestro derecho, se sigue el principio de la libertad de forma, aunque no para todos los negocios, si para la mayoría, y si éste se dá en materia civil, con mayor razón se justifica en materia mercantil, dada la celeridad con que se llevan a cabo las operaciones mercantiles y por la propia naturaleza del comercio, que requiere de un constante movimiento en sus transacciones, de ahí que solamente aquellos negocios-

(48) Salandra, Vittorio.- Op. Cit.- Pág. 37.

que requieran expresamente escrituración para su celebración, deben cumplir con ella, pues al no dar el cumplimiento a esa determinada forma, - el negocio no tendría eficacia plena, ya que constituye propiamente un - elemento de valides, que de no requerirlo la ley no se constituiría como tal, y el negocio sería perfecto aún sin ésta.

La forma debe ser escrita, y el escrito se realiza, mediante - escritura pública (tal es el caso de las sociedades) o mediante la ratificación del escrito ante un fedatario (un notario por ejemplo) o por escrito privado ante testigos.

Se puede dar el contrato en forma verbal, con posterior ratificación por escrito (tal es el caso que nos ocupa, la comisión), o simplemente formarse verbalmente y cumplirse. Sin embargo el contrato verbal es muy difícil de probarse para su cumplimiento, de ahí que sea mejor haceerlo por escrito, más no debemos confundir la forma con la prueba pues como nos dice Garriguez "La forma y la prueba de los contratos mercantiles, son cosas esencialmente distintas, pues la primera regula la génesis, ejercicio y extinción de los derechos, en tanto que la segunda trata exclusivamente de su demostración en juicio". (49) o como nos dice - Navarrini, citado por el mismo autor "La forma se refiere al requisito -insustituible- para que el acto exista o produzca los efectos que le - son naturales. La prueba mira el medio -sustituible- para que pueda demostrarse que el medio existe". (50)

(49) Garriguez, Joaquín.- Op. Cit.- Págs. 78 y 79

(50) Idem.- Pág. 79

No obstante debemos tener presente que aún cuando son distintas la una de la otra, están o se encuentran sumamente ligadas, pues donde se exija una determinada forma al contrato, éste no podrá ser probado, más -- que mediante dicha forma, pues de poder probarse por otro medio sería -- erróneo considerar que no podía existir sin aquella forma (como lo consideraría el legislador ya que por ello exigió de esa forma en la ley) y -- por otro lado si se admitiera la prueba libre en ese contrato, tal su -- puesto implicaría que ese contrato no era formal.

Por lo que respecta concretamente a nuestro derecho mercantil-Garciadiego (51) encuentra una notable contradicción en nuestro Código - de Comercio en sus artículos 78 y 79, pues tal parece que el legislador-aceptara una libertad ilimitada por lo que respecta a la forma que los - contratos deben cumplir, ya que el artículo 78 estipula "En las conven-- ciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados", como es de observarse este artículo prescribe totalmente la observancia de cualquier forma y para todo contrato, con lo cual desde el punto de vista de Tena- (52), citado por el mismo Garciadiego, parecería ser que aquí estuviera la diferencia mayor entre el derecho civil y el derecho mercantil, pero no es así, puesto que la contradicción la encontramos en el próximo ar-- tículo 79 que dice "Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que prece de:

(51) Bauche Garciadiego, Mario.- Op. Cit.- Págs. 214 y siguientes.

(52) Bauche Garciadiego, Mario.- Op. Cit.- Pág. 215.

I.- Los contratos que con arreglo a este código u otras leyes deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia;

II.- Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exija escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana.

En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio".

Es entonces en opinión del propio Garcíadiego (53) no un descuido de los redactores del Código sino su ignorancia clara la que los llevó a insertar un artículo que corresponde exactamente al artículo 52 del Código de Comercio Español pero que para nosotros no tiene aplicación práctica ninguna.

No quiere esto decir que todos los contratos mercantiles deben celebrarse conforme a alguna forma establecida, no lo que debe hacerse más bien, es ajustarse a lo que la ley establezca al respecto, como ya se dijo o cumplir las partes de acuerdo a lo que hayan pactado, ya -- que si éstas se comprometieron a celebrar su negociación adoptando determinada forma así deberán cumplir.

Tomando como referencia lo anterior y siguiendo a Salandra, -
 (54) diremos que los negocios jurídicos por lo que a su forma concierne, -
 serán formales en sentido absoluto, es decir se constituyen de tal natural
 leza de acuerdo a la ley, que a falta de la forma establecida por la mism
 a, no producirán ningún efecto jurídico, y formales en sentido relativo,
 que se da cuando faltando dicha forma, si producen ciertamente un efecto-
 jurídico, pero inferior respecto del que producirían si se hubiera cumplid
 do con la forma establecida.

Ahora bien, por lo que toca al contrato que nos ocupa, respecto
 de la forma que deben cumplir, diremos que en principio pueden realizarse
 verbalmente, como ya se indicó más atrás, pero con la posterior rectificaci
 ón antes de que concluya el negocio, y además debe ser expresa, sin emb
 argo no debe observar una determinada forma especial para su constitu-
 ción, ya que incluso está dispensada su celebración, de un poder a tra-
 veés de escritura pública como se desprende del artículo 274 del Código de
 Comercio que dice: "El comisionista, para desempeñar su encargo, no neces
 sitará poder constituido en escritura pública, siéndole suficiente reci--
 birlo por escrito o de palabra, pero cuando haya sido verbal, se ha de rati
 ficar por escrito antes que el negocio concluya".

Podemos entonces concluir, que si bien es cierto que el códigono
 determina una formalidad especial a seguir en la constitución de la com
 misión, si debe ésta otorgarse siempre por escrito, pues la falta de - -

esta formalidad (que no es especial) trae como consecuencia la invalidez del contrato, esto se infiere de lo establecido en los ya citados artículos 1795 fracción IV que dice "El contrato podrá ser invalidado:

IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma en que la ley establece". El artículo 1796 que dice "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la ley...." y el 1933 del Código Civil que dice "Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, -- mientras que éste no revista esa forma no será válido....".

Tenemos entonces según lo estipulado en estos tres artículos citados del Código Civil, aplicado en forma supletoria, que la forma escrita exigida para la constitución de la comisión debe cumplimentarse, pues en caso de no hacerse, el contrato no puede perfeccionarse.

Finalmente señalaremos de paso, que la forma constituye otra diferencia entre el mandato y la comisión, y la comentaremos más adelante en su momento oportuno.

3.- ELEMENTOS PERSONALES

a) EL COMITENTE.

Los elementos personales que integran el contrato de comisión son, el comitente y el comisionista, nos ocuparemos primeramente del comitente, quien a decir de la definición que nos proporciona el Código de Comercio en su artículo 273 es aquél que confiere la comisión. No obstante que ni en la propia definición, ni en otro artículo distinto, se exige la calidad de comerciante, como sucede con la definición que nos ofrece el Código de Comercio Español que dice "Se reputará comisión mercantil al mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista", no por ello, no será necesario que se tenga la capacidad legal para ejercer el comercio o ser comerciante, antes por el contrario nos dice Joaquín Rodríguez "el comitente debe tener la capacidad necesaria según el derecho común, o ser comerciante o bien actuar por mediación de los representantes legales si se tratara de un menor o incapaz comerciante". (55) Este autor prevee que se tenga cuando menos la capacidad de ejercicio ya que el Código Mercantil es omiso en este renglón, aunque es fácil pensar que los redactores del Código de Comercio, dieron por hecho, pues así puede interpretarse, que quienes llevarán a cabo contratos de comisión debían ser personas capaces para obligarse, sin embargo como el código nada dice bien pudiera el comitente o el comisionista ser personas incapaces e inhabilitadas para ejercer el comercio y aún así contratar -

o pactar comisión, el problema se presentaría, si el comitente cayera en ese supuesto, cómo iba a irse contra un tercero si no cumpliera con la comisión pactada o contra el propio comisionista si cumpliera a medias o si no cumpliera de plano.

En el primer supuesto el comisionista procede actuando en nombre ajeno, en este supuesto, el comisionista actúa en nombre del comitente, luego entonces el comisionista queda fuera de los vínculos jurídicos que se establecen directamente entre el comitente y el tercero con quien contrató el comisionista y si se diera el caso que no cumpliera el tercero referido, y no estuviera capacitado el comitente para actuar, cómo exigiría el cumplimiento a aquél.

Si por el contrario el comisionista actúa en nombre propio los derechos y obligaciones engendrados del contrato se establecen directamente entre el contratante y el comisionista, en tanto que el comitente es ajeno a dicha relación, por lo que en caso de incumplimiento, no podrá irse en contra del tercero contratante, pero sí en contra del comisionista, pero si careciera de capacidad legal, cómo podría hacerlo.

De ahí que se concluye, en concordancia con lo estipulado por Joaquín Rodríguez (56) que si bien es cierto que el código es omiso en cuanto a exigir capacidad ya especial ya general y la calidad de comerciante o mediador del comercio, tales características se presumen en el

comitente.

b) EL COMISIONISTA

Al ocuparnos ahora del comisionista, diremos que éste, también debe cumplir con lo exigido para el comitente aun cuando no lo estipule expresamente el Código de Comercio, tal exigencia consiste en tener la capacidad de ejercicio que marca el derecho común, ser comerciante o actuar por medio de representante legal.

Por tanto el comisionista para poder actuar como tal deberá cumplir con lo exigido, pues de lo contrario no será capaz para contratar.

Al referirnos a la capacidad como elemento de validez hicimos incapié que los contratantes deberán ser capaces para poder contratar, es decir deberán tener capacidad de ejercicio para poderse obligar en comisión y ser comerciantes o actuar a través de representante legal, aquí sí podemos hacer incapié en una cuestión que analizaremos con mayor detalle en el capítulo IV del presente estudio, el comisionista deberá ser profesionalista en el comercio en que desempeñe la comisión, (nos referimos a la comisión típica de compraventa) podrá no exigirse tal profesionalismo al comisionista ordinario, al cual incluso no se le exige siquiera que tenga el carácter de comerciante pero sí el que tenga la capacidad necesaria para contratar (la capacidad de ejercicio). Este tema lo ampliaremos y lo-

analizaremos más al hablar de la responsabilidad del comisionista en el capítulo referido.

Tiene por otro lado el comisionista que cumplir el encargo que menciona el artículo 273 del Código de Comercio en forma personal, pues tal se señala en el artículo 280 del citado código que establece "El comisionista desempeñará por sí los encargos que reciba, y no puede delegarlos sin estar autorizado para ello. Bajo su responsabilidad podrá emplear dependientes en aquellas operaciones subalternas que, según la costumbre general del comercio, se confían a ellos". El realizar comisión en tal situación se debe sobre todo a que se toman en cuenta las condiciones personales del comisionista honorabilidad, honradez, conocimiento en los negocios, su posición en la esfera mercantil etc. pero también se debe a la influencia que al respecto recibió nuestra legislación del Código Mercantil Español en el cual se tomaba por referencia de comisionista a una persona individual titular de un pequeño comercio, ayudado por uno o varios dependientes asalariados, tal nos infiere Garriguez (57) del comisionista en cuanto al desarrollo personal de la misma. Sin embargo es de considerar que tal situación a variado en nuestra época, puesto que si bien es cierto que actualmente existen comisionistas individuales, no es en el mismo número que antaño, además hay que considerar que ello se debe al auge que han tenido los comisionistas personas jurídico colectivas, las cuales si bien no cumplen con todos los atributos de las personas físicas, si poseen la mayoría de las mismas y además ofrecen ventajas distintas de

las que pueden ofrecer aquéllas, al respecto nos comenta Garriguez "En la época actual las circunstancias han cambiado radicalmente. A los comisionistas singulares han sustituido grandes casas de comisión, adoptando muchas de ellas la forma de sociedad mercantil....". (58) Ante esta situación es ilógico pensar que el comisionista (persona moral) debe desempeñar el encargo personalmente, por tal razón la delegación del mismo en una persona distinta se ha venido haciendo frecuentemente, a más de que el propio artículo 280 del Código Mercantil lo autoriza para ello, pero es expreso el código al señalar en dicho precepto, que sólo podrá ser sustituido cuando esté de acuerdo el comitente o esté autorizado por éste para hacerlo, de no ser así sólo está autorizado para emplear dependientes en operaciones subalternas, más no para desempeñar la propia comisión, tal puede así interpretarse del propio artículo referido, sin embargo como ya se indicó dada la imposibilidad de que las personas morales cumplan por sí el encargo recibido del comitente (aquí se cumple una de las exigencias del comisionista que actúa a través de representante legal por su condición de persona moral) sólo podrán hacerlo a través de un representante quien o quienes actuarán por dicha persona, y no sólo realizando labores o actividades subalternas sino desarrollando la propia comisión, claro está que aquí se entiende, que dicho representante actúa sustituyendo al comisionista con autorización del propio comitente.

No es solo el caso de las personas morales las que delegan sus facultades en otra persona (representante legal) para poder actuar, también

las personas físicas lo pueden hacer, tal es el caso de los comisionistas que contratan con la Lotería Nacional para la Asistencia Pública, por citar un ejemplo, dichos comisionistas, tanto billetteros como expendedores están autorizados por la propia legislación que rige ese organismo para contratar con otras personas a efecto de que éstas últimas puedan realizar la venta del billete, establece al respecto el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Lotería Nacional para la Asistencia Pública "La Lotería Nacional para la Asistencia Pública llevará a cabo la venta al público de los billetes que emita, directamente o a través de expendedores de carácter fijo o de vendedores ambulantes de billetes con los que contrate la realización de la citada actividad.

Los citados expendedores y vendedores de billetes, recibirán una comisión por la venta de billetes, la que fijarán de común acuerdo con el organismo, sin exceder del 10% del valor nominal de dichos billetes.

Los expendedores y vendedores a que se refiere este artículo no estarán subordinados al organismo en la venta de billetes por lo que podrán realizar simultáneamente otras actividades y utilizar los servicios de una o varias personas que los auxilien sin que por este hecho se establezca relación alguna entre dichos auxiliares y el propio organismo".

Si no es el caso expreso de delegación el que realizan tanto --

los expendedores como los billeteros con sus auxiliares que utilizan, si es el caso de operaciones subalternas que menciona el citado artículo 280 del Código de Comercio el que llevan a cabo, convirtiéndose así dichos auxiliares en subcomisionistas, pero sin que exista ninguna relación con el organismo como lo menciona el último párrafo del artículo arriba citado, por lo que la pérdida, destrucción etc. que sufran los billetes en poder de los citados auxiliares será responsabilidad que deberán afrontar frente a los expendedores o billeteros según sea el caso, más no frente al organismo aludido.

Por otro lado, es el comisionista quien decide que la comisión sea aceptada expresamente, como es el caso una vez que recibe la propuesta de comisión y otorga su consentimiento, ya directamente, si la comisión se celebra entre presentes, ya del modo que establece el Código Mercantil, si ésta se celebra por correspondencia, o bien que la comisión se otorgue tácitamente si el comisionista actúa como se prevee en el artículo 276, al actuar de modo que no deje lugar a dudas que está aceptando la comisión. No es el caso del comitente, quien deberá hacer expresa la propuesta para que ésta se pueda pactar, no existe pues comisión tácita de parte del comitente, solo se da por parte del comisionista.

Finalmente diremos del comisionista lo siguiente, que podrá actuar como tal cualquier persona, con tal de que cumpla con los requisitos que al inicio de este inciso comentamos, es decir estando habilitado

para ejercer actos de comercio estará facultado para actuar como comisionista, y no requerirá por no ser necesario para ello, poder ni escritura pública para ejercer el cargo, bastando tan solo recibir dicho encargo -- por escrito o de palabra, si bien en este último caso ajustándose a lo establecido por el artículo 274 del Código de Comercio que dice "El comisionista, para desempeñar su encargo, no necesitará poder constituido en escritura pública, siéndole suficiente recibirlo por escrito o de palabra, pero cuando haya sido verbal, se ha de ratificar por escrito antes que el negocio concluya".

C A P I T U L O

III

EL CONTRATO DE COMISION FRENTE A OTRAS FIGURAS JURIDICAS
SUS SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

1.- EL CONTRATO DE COMISION Y LA REPRESENTACION

a) SIMILITUDES

Al referirnos ahora a las distintas figuras que encuentran semejanza con la comisión, tenemos que hacer alusión a la representación, la cual encuentra sus antecedentes muy remotos como ya hemos indicado, incluso con anterioridad a los romanos que conocieron un tipo de representación indirecta, sin embargo esta forma de manifestar la voluntad en la persona de otro, no fue una representación prácticamente, pues desconocieron la facultad de representar, esto aconteció durante una buena parte de la época romana, pues será hasta finales de dicha época en que se den casos aislados de representación, pero sin que la misma llegue a tener un reconocimiento pleno como actualmente se maneja.

Con el curso del tiempo y en épocas posteriores al esclavismo --

cuando el romano pudo obligarse personalmente y debido al desarrollo del comercio, las ocupaciones del individuo se fueron multiplicando de modo que se vió precisado a emplear intermediarios que los representaran constantemente en diversos negocios que personalmente no podía atender, surge así la figura de la representación directa mediante la cual el administrador, intermediario o representante, cualquiera que fuese la denominación con que se le identificara, podía manejar o administrar los asuntos de otro (y éstos no sólo ya de índole económica sino de otra clase, bien podía ser curador, tutor, procurador, mandatario, etc). por cuenta de aquél o en su propio nombre.

Ahora bien el estudio de la representación, no corresponde a la materia mercantil propiamente, ya que es el derecho civil quien se encarga de su estudio y conocimiento, más no por ello deja de ser importante en la rama mercantil, puesto que en materia de obligaciones mercantiles la representación juega un papel destacado en relación con otras figuras que son importantes en el comercio mismo, como es el caso que nos ocupa de la comisión.

Al hablar de la capacidad como requisito que deben cumplir los contratantes en la comisión se hizo incapie en que tanto el comitente, como el comisionista deben y tienen que poseer capacidad de goce y de ejercicio para poder obligarse directamente en comisión, puesto que de no ser así podrán hacerlo pero únicamente a través de representantes, máxime

Handwritten notes and stamps in the top right corner, including the number 79 and some illegible scribbles.

si se trata de personas jurídicas. Sobre estas formas de representación --
 hace referencia Salandra (59) quien encuentra la representación en senti-
 do estricto o voluntaria, que es aquélla que se dá en las obligaciones --
 mercantiles, en cambio la que se dá para representar a los incapaces la -
 califica de representación en sentido amplio, y se distingue porque en --
 ella la voluntad de los incapaces, inhábil para producir efectos jurídi--
 cos, es sustituida íntegramente por disposición legal o mediante la volun-
 tad de otra persona (padre o tutor). Distingue así mismo, la representa-
 ción de las personas jurídicas a la que denomina representación orgánica,
 pues se valen jurídicamente de personas físicas a través de sus diversos-
 órganos, para manifestar su voluntad en el ejercicio de acciones exter- -
 nas, ya que dichas personas carecen de existencia material y por ende de -
 voluntad, pues son sujetos puramente intelectuales del derecho, pero en -
 este caso por la ficción del derecho no es otro sujeto el que obra media-
 tamente en lugar de la persona moral, es la propia persona moral actuando
 a través de sus órganos en la acción que se ejercita hacia el exterior.

La similitud principal que encontramos entre la comisión y la -
 representación es la actuación del comisionista y del representante, pues
 to que ambos actúan por otra persona en su nombre, de tal manera que los -
 derechos y las obligaciones que contraen se consideran respectivamente ad-
 quiridos y contraídos por sus representados, y dicha similitud se dá so-
 bre todo entre la representación voluntaria ya referida y el mandato mer-
 cantil que menciona el artículo 285 del Código de Comercio, puesto que --

(59) Salandra, Vittorio.- Op. Cit.- Págs. 43 y siguientes.

éste como el propio Código lo indica se regirá por el derecho común, como un mandato civil prácticamente, pues en este caso se está dando un mandato con representación dado que el mandatario actúa en nombre y por cuenta -- de su mandante, puesto que la relación jurídica obligatoria se dá directamente entre los terceros y el mandante, tal como sucede en la representación, con el representado y los terceros.

Existe otra similitud con la representación voluntaria y el mandato mercantil referido, la revocación, en ambos casos se dá facultad a los representados para efectuarla, no es el caso sin embargo de la representación legal, porque en ésta el incapaz no puede realizar el acto revocatorio y en este caso las facultades del representante son fijas, ya que él ni su representado las pueden restringir o ampliar.

b) DIFERENCIAS

Por otro lado, tenemos las diferencias que se presentan en ambas figuras, entre la comisión y la representación.

La representación no es un contrato en tanto que la comisión si lo es, la comisión no es representativa, aunque existe un mandato mercantil que si lo es, cuando el mandatario actúa a nombre de otro y por su -- cuenta, la comisión no puede serlo porque el comisionista actúa en nombre

de otro pero por cuenta propia. La comisión nace por el acuerdo de voluntades entre comitente y comisionista, la representación en cambio, nace directamente de la ley, tal es el caso de la representación legal o de un procedimiento fundado en una norma de derecho. El comisionista solo puede realizar actos jurídicos, en tanto que el representante legal o voluntario puede realizar actos jurídicos o materiales.

Haciendo un comentario de cada diferencia de las que enumeramos en ambas figuras diremos: Toda vez que la comisión es un contrato, crea entre comitente y comisionista obligaciones y derechos. En tanto que la representación solo crea facultades para la realización de actos a nombre del representado mediante el poder que se otorga para actuar.

Se hizo referencia a la representatividad en la comisión y se dice que únicamente se da en un tipo de mandato el mercantil, pero que existe otro tipo de mandato sin representación llamado comisión.

No quiere esto decir que la representación sea inherente a este tipo de mandato mercantil o incluso al propio mandato civil, más bien es usual que como consecuencia del mandato deba otorgarse un poder para poder actuar, dando lugar a un mandato representativo, más no siempre sucede así, porque cuando el mandatario actúa en nombre propio no es necesario, tomando entonces el nombre de comisión, si el objeto de dicho mandato versa en materia mercantil o simplemente mandato civil si el objeto

también lo es.

Podemos concluir entonces que cuando un mandato se otorga con poder se denominará mandato representativo y si se celebra sin poder será un mandato sin representación, si su objeto es civil y comisión si su objeto es mercantil.

También se diferencian en que la comisión nace de un acuerdo de voluntades es decir de un contrato, pues no puede quedar obligada ninguna de las partes a llevarlo a cabo en tanto no se perfeccione mediante la aceptación. Mientras que la representación tiene su origen en la Ley directamente, esto es para el caso de los incapacitados o para las personas morales, pues la ley estipula que sus acciones jurídicas externas las ejercerán a través de un representante, también se origina la representación a través de un procedimiento legal, mediante el cual se otorga poder a una persona para que pueda representar a otra con la comparecencia ante notario y mediante escritura pública o simplemente con la actividad del sujeto para expresar su deseo de conferir a una persona ciertas facultades para que pueda realizar determinados actos a nombre del poderdante, esto sucede cuando media un documento privado.

Finalmente se diferencian en que el comisionista sólo puede llevar a cabo actos jurídicos, pues tal se infiere en el artículo 273 del Código de Comercio que dice "El mandato aplicado a actos concretos -

de comercio se reputa comisión mercantil..." y remitiéndonos al Código Civil encontramos que "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga" tal se desprende de su artículo 2546 del Código Civil. No puede por tanto el comisionista llevar a cabo actos materiales en la gestión o desarrollo de su encargo, limitación que no se impone en la representación, puesto que el representante tiene facultades para realizar tanto actos jurídicos como actos materiales.

Concluimos con todo lo anteriormente expuesto que si bien es cierto que en los primeros tiempos del mandato, se confundió a éste con la representación y aun posteriormente se pretendió confundir al mandato con la comisión por la representación, ni en uno ni en otro caso la representación pudo ser lo mismo que mandato y comisión, puesto que no es inherente a ninguno de los dos, pues la representación con las características propias que posee se distingue de esas dos figuras y si acaso como se vió puede existir un tipo de mandato con representación para el caso del mandato mercantil a que hace alusión el Código Mercantil no acontece tal con la comisión, la cual definitivamente es incompatible con la representación, pues incluso sirve de distingo a varios autores para señalar que existe en materia mercantil un mandato con representación que denominan mandato mercantil y un mandato sin representación que viene siendo propia mente la comisión mercantil.

2.- EL CONTRATO DE COMISION Y EL CONTRATO DE TRABAJO

a) SIMILITUDES

Otra de las figuras con las que encuentra afinidad la comisión es con el contrato de trabajo, puesto que se han llegado a confundir una con otra, en unos casos por error, en otros tal confusión se ha suscitado por conveniencia, principalmente por parte del patron, (aunque últimamente es al contrario) puesto que resulta menos carga para él tratar a sus trabajadores como comisionistas que como trabajadores propiamente, ya que los costos y responsabilidades que pudieran derivar para el patron de una relación laboral son superiores a aquéllas que se imponen a los mismos en las relaciones civiles o mercantiles, de ahí que disfracen dichas relaciones laborales por relaciones contractuales comerciales o civiles, como una forma de eludir las responsabilidades que les impone la Ley Laboral.

Se pretendió por ello, a través de diversos tratadistas de encontrar elementos que distinguan la comisión y el contrato de trabajo, al respecto nos dice Nestor de Buen (60) la dependencia, se quiso tomar como elemento esencial para existencia de una relación de trabajo pero se arguyó que se creaban dos relaciones distintas, con lo que se excluía -- ese criterio, es decir si existe una relación laboral lo lógico es que exista una dependencia del trabajador hacia el patron, y por tal dependencia existe dicha relación, no obstante los patrones arguyeron que en-

(60) De Buen Néstor.- Derecho del Trabajo.- México 1979, Tomo II.- Págs. 422 y siguientes.

tal supuesto se estaban creando dos relaciones completamente distintas, - por lo cual la dependencia no era razón suficiente para decir que existía relación de trabajo entre ambos contratantes.

Se buscó tal relación laboral en la dirección, puesto que en la empresa, la dirección de la misma la ejerce el patron, más sin embargo ar guyeron los patrones que se eliminaba dicha relación porque el trabajador en muchos casos era técnicamente más capacitado que el patron, por lo que tampoco aceptaron el concepto dirección como indicador para la relación - laboral.

Para continuar eludiendo la responsabilidad laboral, los patrones intentaron convertir a los trabajadores en patrones de otros trabaja dores, mediante el concepto de subordinación que fijó la Suprema Corte de la Nación en 1944, para demostrar la relación laboral que se creaba entre los trabajadores y sus empleadores, sin embargo la ley erradicó tal posición en que pretendieron los patrones situar a sus trabajadores, conside rando que la prestación de sus servicios era personal.

En su afan por eludir la relación laboral que se creaba al con tratar un empleado mediante un contrato de trabajo y por ende la respon sabilidad que de ahí se engendraba, los patrones, nos dice De Buen (61)- intentaron disfrazar a los trabajadores de profesionales, al convertir - los contratos de trabajo en contratos de prestación de servicios para --

que se regularan por el Código Civil a través de sus artículos 2605 al -- 2615 y no por la Ley Federal de Trabajo como contratos individuales de -- trabajo, o los convertían a dichos contratos laborales en contratos civiles a precio alzado, con el mismo fin, ya que dichos contratos los regula el mismo Código Civil a través de sus artículos 2616 al 2645.

Estos procedimientos enunciados entre muchos otros eran los uti -- lizados por los patrones para disfrazar las verdaderas relaciones que se -- daban con sus trabajadores, pero nos comenta De Buen (62) que de todos, -- los más practicados por los patrones, eran aquéllos que disfrazaban las -- relaciones laborales de sus vendedores y sus representantes (y aquí es -- donde encaja exactamente nuestro interés), toda vez que los mismos siendo verdaderos trabajadores (como veremos más adelante del presente estudio) -- los hacían pasar por comisionistas, corredores, agentes etc. pues resultaba un verdadero paraíso para los patrones, comparado con las múltiples -- exigencias que les derivaba la Ley Laboral, por lo que hacían hasta lo im -- posible para que las relaciones que se suscitaban entre sus vendedores o -- representantes se documentaran mercantil o civilmente.

No obstante a pesar de dichos criterios confusos la comisión y -- el contrato de trabajo son dos cosas distintas como veremos a continua-- ción.

b) DIFERENCIAS

Si bien es cierto que en muchas ocasiones se ha confundido al comisionista con el trabajador, no debemos perder de vista sin embargo -- que ambas figuras son distintas, puesto que la materia en si es distinta, ya que no es lo mismo el contrato mercantil que el contrato de trabajo -- por un lado, aun cuando ambos se rijan por reglas similares, por otro lado, no podemos excluir la materia laboral de la mercantil antes por el -- contrario, pues la vida mercantil mantiene incluso estrecha relación con la materia laboral, a tal grado que se llegó a caer en la confusión que -- arriba se cita, pero ambas materias siguen caminos completamente distintos en la solución de problemas que en cada una se susciten; más como se presentaron problemas en los que se mezclaron ambas figuras, se tuvo la -- duda sobre la gerarquización de una materia de la otra por su importancia, lo cual en opinión de Mario de la Cueva (63) el Derecho Mercantil debía -- subordinarse al derecho del trabajo, pues considera a éste último como el derecho general para cuestiones de trabajo.

No deja de extrañarnos lo anterior por ser un tratadista dedica do a la materia laboral quien emite su opinión, sin embargo más que interesarnos la subordinación o gerarquización en que se encuentra una materia de la otra, lo que nos interesa prácticamente es el tratamiento que -- cada uno dá a la comisión, (que en el caso de la materia mercantil ya conocemos), para de ahí encontrar, en que cifran sus diferencias en torno -- a la comisión mercantil, y al contrato de trabajo.

(63) De la Cueva, Mario.- Derecho Mexicano del Trabajador.- México, 1967, Tomo I, Págs. 559 y siguientes.

En tal supuesto Mario de la Cueva (64) nos infiere que la comisión como una prestación de servicios contemplada en el Código de Comercio junto con los factores y dependientes que también contiene, se situó al lado de los profesionistas libres, pues los comisionistas al igual que el profesionista ofrece sus servicios al público, sin embargo cabe un distingo, mientras que el profesionista ofrece sus servicios a todo el público sin excepción alguna, el comisionista los ofrece, pero prácticamente a comerciantes (aunque no es una regla) o a personas que de una u otra forma tienen que ver con el comercio, de ahí deriva quizá el que el profesionista libre nunca llegue a ser trabajador de nadie y por ello tampoco --- llegue a ostentar el carácter de trabajador propiamente, en tanto que el comisionista, puede en un momento dado y bajo determinadas condiciones impuestas en la ley laboral que se lleguen a dar, convertirse en trabajador al servicio de un patrón, perdiendo su calidad de comisionista, sin embargo esta comparación que operó en algún tiempo no se dá en la actualidad, debido a las modificaciones a la ley.

Estos cambios a la ley no fueron posibles, sino después de fuertes discusiones en torno al problema entre legisladores, doctrinarios y patrones, y se logró como se verá más adelante tal modificación a la legislación, porque los fundamentos que el Código Mercantil contenía eran precarios además de obsoletos, nos referimos en este caso al Código de Comercio que hasta la actualidad rige las relaciones mercantiles y en el -- cual varios doctrinarios se apoyaban para rebatir la comisión como un con

(64) De la Cueva, Mario.- El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo.- Editorial Porrúa, México, 1981, Tomo I, Pág. 529

trato de trabajo.

En torno a ello nos dice Mario de la Cueva, tanto los doctrinarios como los representantes que defendían a los patrones "se sumergieron en el pasado pensando que la vida social tiene que permanecer indefinidamente estática" (65), lo cual es totalmente falso como lo demostró posteriormente la realidad, puesto que incluso los conceptos de comisión mercantil y agente de comercio han sufrido una transformación fundamental, ya que si bien es cierto que los códigos siguen reglamentando situaciones que en su época eran idóneas, la realidad actual sujeta al evolucionar social tiene que ser regida en forma distinta, de ahí que surgió la necesidad de una legislación también distinta que se plasmó primeramente en la propia constitución a través del artículo 123 constitucional y se reglamentó con posterioridad en la Ley Federal del Trabajo. (La cual, como ya se mencionó también sufrió modificaciones al presentarse situaciones adversas en la realidad social a las contenidas en el texto de la misma).

Pero para la elaboración de las reformas a la Ley en general y en particular para las relacionadas con el tema de los agentes de comercio, se tuvo que sostener una verdadera batalla con los patrones que se negaban a tratar a dichos agentes como trabajadores, por lo que fue necesaria la integración de una comisión que se encargaría de resolver el conflicto que se presentaba, tal comisión se integró por disposición ---

(65) De la Cueva, Mario.-El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo.- Editorial Porrúa, México, 1981, Tomo I, Pág. 529

del presidente Adolfo López Mateos y fue la misma (pues, las personas -- eran las mismas) a la integrada en el sexenio de Gustavo Díaz Ordáz; presentó dicha comisión un proyecto de reforma del que, Mario de la Cueva -- nos señala, "las discusiones suscitadas por el, en el seno de la propia comisión y ante el poder legislativo, dieron como resultado que el derecho-laboral mirara con simpatía a los agentes de comercio" (66) pues el primer artículo del proyecto que expusieron decía "Los agentes de comercio, de seguros, los vendedores, viajeros, propagandistas o impulsores de ventas y otros semejantes, serán considerados trabajadores de la empresa o -empresas a las que presten sus servicios, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas al público". (67) Sin embargo, los abogados de distintas empresas y los propios patrones no estuvieron de acuerdo con lo que la comisión redactaba, aduciendo que el texto era vago y no se precisaba con exactitud cuáles - eran los requisitos indispensables que debían cumplir los agentes de comercio para ser considerados trabajadores.

No debemos olvidar por otro lado, antes de continuar adelante, lo que nos señala de la Jurisprudencia Nestor de Buen (68) en torno al - problema, y que llamó "La batalla en los términos de la Jurisprudencia"- misma que inició aún antes de la elaboración de la Ley Laboral de 1931,- ésta comenzó nos dice, con la ejecutoria de fecha 2 de junio de 1928 que dice "No todo contrato de comisión mercantil deja de ser contrato de trabajo -diría la corte- sino sólo el que expresamente reglamenta el Cód-

(66) De la Cueva, Mario.- El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo.- Editorial Porrúa, México, 19181, Tomo I, Pág. 52.

(67) De la Cueva, Mario, Op. Cit.- Págs. 127 y siguientes

(68) De Buen, Néstor.- Op. Cit.- Pág. 424

go de Comercio, porque en dicho caso no se trata de trabajo asalariado, ni de ningún trabajo ejecutado por uno bajo la dependencia económica de otro, sino de un acto libremente ejecutado en el desempeño de un trabajo particular, independientemente de quien lo solicita; a veces la comisión no tiene estas características, y entonces está protegida por el artículo 123 constitucional, como sucede cuando se trata de factores". (Gómez-Ochoa y Cía.)".

Asímismo, hace mención de la ejecutoria dictada el día 7 de -- noviembre de 1960, en el amparo directo 4406/1959 promovido por Josefina Santizo Morales, en el cual, la Suprema Corte perfilaba ya las caracte-- rísticas de la comisión, como la realización de operaciones aisladas en la que se remarcó la permanencia en la relación entre los contratantes -- como un supuesto para la relación de trabajo, (es de considerar que la -- ejecutoria se realizó antes de las reformas que promovió la comisión --- arriba citada en 1962, como ya se apuntó) decía textualmente la ejecuto-- ria "El Código de Comercio define la comisión como el mandato aplicado a actos concretos de comercio y de sus disposiciones se desprende que en-- tre el comitente y el comisionista sólo existe relación temporal, por el lapso necesario para la realización del acto o actos concretos de comer-- cio materia de la operación, por lo mismo, cuando entre las partes exis-- te 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 encar-- ga sistemáticamente de su celebración, no puede considerarse que se tra--

te de un comisionista sino de un trabajador, aunque las condiciones en que presta sus servicios no correspondan a las del contrato de trabajo de quien presta sus servicios en una oficina, fábrica o establecimiento de cualquier clase".

Es importante también señalar, las ejecutorias que nos menciona Mario de la Cueva (69) en esta batalla que nos cita De Buen, la primera de ellas es la del año de 1936, en donde la Corte estableció Jurisprudencia firme (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, México 1938 - Pág. 812) que dice "Cuando en el contrato celebrado por una empresa mercantil y uno de sus empleados se establece, como base para la remuneración, un tanto por ciento determinado sobre las operaciones que ese empleado realice y se estatuye que la persona debe emplear todo su tiempo en atender los intereses del patrono con quien contrata y se le prohíbe otra clase de actividades, es incuestionable que el contrato reviste las características de un verdadero contrato de trabajo, máxime si al mismo se le da una duración o plazo fijo".

La segunda de dichas ejecutorias se realizó ese mismo año de 1936 por Cía. Petroleos de México, publicada en el Semanario Judicial de la Federación Quinta Epoca tomo I, Pág. 982, en la que la cuarta sala se esforzó por señalar las diferencias entre la comisión mercantil y la relación laboral, y dice textualmente "Debe tenerse en cuenta que los contratos de comisión mercantil tienen características especiales inconfundi-

(69) De la Cueva Mario.- El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo.- Editorial Porrúa, México, 1981, Tomo I, Págs. 526 y 527

bles, que el artículo 273 del Código de Comercio al referirse a ellos, los define como mandatos aplicados a actos concretos de comercio, definición de la cual se pueden desprender tres características que a la vez que individualizan distinguen el contrato de comisión mercantil: 1º) que el cumplimiento se manifiesta mediante un acto o una serie de actos, que solamente de manera accidental crean dependencia entre el comitente y el comisionista, lo que quiere decir que los contratos de comisión se celebran para llevar al cabo una operación precisa y determinada, realizada la cual concluye el convenio; 2º) que la duración está limitada al tiempo -- que es necesario emplear para la ejecución de los actos, y 3º) que los actos verificados por el comisionista deben ser precisamente actos de comercio".

No obstante la batalla jurisprudencial indicada y las fuertes -- discusiones en torno a los trabajos presentados por la comisión citada, -- encargada de las reformas constitucionales y laborales, éstas finalmente -- lograron quedar plasmadas en la legislación de trabajo. En lo concernien -- te a los agentes de comercio se tomaron muy en cuenta los conceptos de vi -- gilancia, dirección, dependencia, subordinación, permanencia y otros, pa -- ra que el artículo 285 finalmente quedará redactado en la siguiente forma -- "Los agentes de comercio de seguros, los vendedores, viajeros propagan -- distas o impulsores de ventas y otros semejantes, son trabajadores de la -- empresa o empresas a las que presten sus servicios, cuando su actividad -- sea permanente, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que úni --

camente intervengan en operaciones aisladas". Con ello se terminó la discusión acerca de la naturaleza jurídica que suscitó la relación de trabajo de los agentes de comercio nos dice Mario de la Cueva (70) quedando decidido en definitiva que dichos agentes eran sin lugar a dudas sujetos a las relaciones de trabajo, presentándose solamente algunos escollos en -- torno a la remoción arbitraria de los agentes de una plaza a otra, por un lado y el salario por otro, sin embargo la situación se subsanó en los artículos 286 y 291 de la Ley Federal del Trabajo.

Podemos entonces resumir que las diferencias entre la Comisión Mercantil y el Contrato de Trabajo son:

Primero.- En el contrato de trabajo la relación es permanente, en cambio en la comisión no, ya que puede haber varias, dependiendo de -- las operaciones a realizar, como lo señala el artículo 273 del Código de Comercio.

Segundo.- La subordinación; mientras que en el contrato de trabajo se está subordinado (según lo estipulado en el contrato) a las órdenes de un patrón, en la comisión no se presenta tal supuesto, ya que el -- comisionista actúa como si el negocio fuera suyo, de acuerdo al artículo 283 del Código de Comercio.

Tercero.- En el contrato laboral el trabajo debe prestarse en -

(70) De la Cueva, Mario.- El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo.- Editorial Porrúa.- México, 1981, Tomo I, Pág. 532

forma personal, en tanto que en la comisión, si bien es cierto que el artículo 280 del Código de Comercio señala que el comisionista deberá - - desempeñar por sí sólo los encargos, el propio artículo más adelante - exceptúa al mismo del actuar personal pues lo autoriza bajo su responsabilidad a emplear dependientes en el desempeño de su encargo.

Cuarto.- En el contrato de trabajo no se puede convinar otra actividad con el trabajo prestado, en tanto que en la comisión por no - estar subordinado el comisionista a ningún patrón, puede alternar su en cargo con otra actividad independiente.

Quinto.- El contrato de trabajo no tiene como objeto la realización de actos mercantiles, la comisión sí.

Consideramos que si bien no son los únicos puntos de contraste entre una figura y otra, si son por lo menos los más sobresalientes, y que derivaron tanto de los trabajos que efectuó la comisión citada, - como de las ejecutorias de la Corte, pues de ellas se valió la propia - comisión para la elaboración de su proyecto.

En suma podemos decir con exactitud, que cuando en una empresa los agentes de comercio que desempeñen para ésta cumplan con los requisitos de subordinación, de dependencia, permanencia en su relación con la misma, el contrato que celebren con dicha empresa será de trabajo, puesto -

que adquieren con dichas características la categoría de trabajadores, y por ende estarán protegidos por las normas laborales que lo rijan.

Cabe tomar en cuenta finalmente el criterio que nos comenta De-Buen (71) pues nos dice que, si bien es cierto que para el legislador (en su consideración particular) el problema ha quedado en definitiva resuelto, en la realidad se sigue insistiendo en dar vigencia a la legislación mercantil, pero hay que aclarar que ahora la insistencia de que tal situación perdure no deriva ya del patrón, sino de los propios agentes de comercio.

Tal culpa recaé en ellos, nos dice Baltazar Cavazos (72) porque en la práctica dichos agentes se niegan a ostentar el carácter de trabajadores por las obligaciones que la propia ley les impone como tales, pues alegan que el someterse a principios o reglas regidos por la ley laboral les entorpecería su trabajo.

Sin embargo, en el momento de la responsabilidad final, dichos agentes prefieren someterse a las disposiciones laborales y al régimen -- del Seguro Social en su caso, que a lo dispuesto en el "vetusto" Código de Comercio, concluyen ambos autores. Y es que ésto se entiende perfectamente, si atendemos lo que nos dice Mario de la Cueva, cuando retoma -- las palabras de la Comisión multicitada, que propició las reformas a la Ley, al defender lo que en su estudio sostenía para lograr dichas refor--

(71) De Buen, Nestor.- Op. Cit.- Pág. 426

(72) Cavazos, Baltazar.- El Derecho de Trabajo en la Teoría.- Editorial Porrúa, México 1978, Pág. 265

mas, pues decía a los empresarios y profesores de Derecho Mercantil (que rebarían su trabajo) "éstos se sumergieron en el pasado para postular que la vida social tiene que permanecer indefinidamente estática, porque es - así como se favorecen los intereses de los mercaderes, que no de los hombres, una estructura intransformable, cuyas normas jurídicas deben ser in tocables. Olvidaron los críticos del proyecto que ésta era una ordena- ción para el futuro, para resolver una cuestión social, un orden nuevo -- que pusiera fin a una explotación sin freno que regulara las relaciones - de los hombres no en función de los intereses de ganancia de unos pocos, sino respetando el derecho fundamental del hombre a que su trabajo no sea considerado como una cosa o artículo de comercio, o en una formula breve: La ley futura puede regular las relaciones entre los hombres en concordan cia con los imperativos de la justicia, sin que valga el argumento de que un código obsoleto las reglamentó en forma distinta doscientos o más años antes". (73) Es por lo benigno, como se ve, con que la legislación labo- ral acogió al agente de comercio, que éste se apega, por cuanto a la res- ponsabilidad final que tiene que cumplir, al derecho de trabajo que no al derecho mercantil, además hay que considerar que la ley laboral al tratar de proteger al comisionista, no se está refiriendo a la figura del comi- sionista del siglo pasado, nos dice Mario de la Cueva (74) los cuáles poseían una agencia de negocios abierta al público semejeante al bufete de un abogado o al consultorio de un médico, no, la situación corresponde a un comisionista esencialmente distinto a aquél, pues en este caso se re- fiere a los hombres que ponen su energía de trabajo al servicio de la ne-

(73) De la Cueva, Mario.- El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo.- Editorial Porrúa, México 1978, Pág. 265

(74) Idem, Págs. 528 y 529

cesidad vital de una empresa, pues forman parte del engranaje de la misma.

En conclusión, podemos afirmar que no obstante la negativa de los patrones primeramente y de los agentes de comercio con posterioridad, a aceptar el contrato de comisión como un contrato de trabajo, por no verse obligados a aceptar las responsabilidades que les impone la ley laboral, la naturaleza jurídica de las relaciones de dichos agentes de comercio, es laboral y se regirán por una relación laboral (nos referimos a los comisionistas que nos señala la ley, enunciados más arriba).

Dando como resultado que la comisión mercantil siempre será una cosa y el contrato de trabajo otra muy distinta.

3.- EL CONTRATO DE COMISION Y EL CONTRATO DE MANDATO

a) SIMILITUDES

Hemos decidido dejar al final de este capítulo, el análisis de estas dos figuras por la afinidad que las mismas presentan y por el interés en particular que representa para el presente trabajo, pues ya señalamos con anterioridad al hablar de la Naturaleza Jurídica del contrato de comisión en el primer capítulo que el contrato de mandato y la comisión son dos contratos distintos y esto lo ampliaremos en el próximo inciso, ya que en éste, de lo que se trata es de presentar las similitudes de ambas figuras, que vienen a ser los supuestos en los cuales se apoyan varios tratadistas y legislaciones, en la cual incluimos a la nuestra, para afirmar que son iguales.

Recordando lo anotado en el primer capítulo acerca de la referencia histórica de la comisión, encontramos que ésta tuvo como antecedente el contrato de mandato precisamente, (aunque hubo a la vez otras figuras anteriores en las que se apoyó, distintas del mandato) puesto que fueron las reglas de éste las que se le aplicaron primeramente, cuando la comisión adquiere la categoría de contrato. No obstante con el pasar del tiempo, la comisión va adquiriendo rasgos propios que la van apartando del mandato hasta situarla como una figura distinta, ya que si bien fue derivada de éste, pues de una forma o de otra la comisión es conocida por la casi mayoría de tratadistas como un mandato, no por ello tal situación

podía perdurar para siempre.

Nos avocaremos sin embargo a las características semejantes que ambas figuras poseen. Así tenemos primeramente, que ambas nacen de un -- contrato, es decir, tanto el mandato como la comisión son propiamente contratos, mediante los cuáles se llevan a cabo actos jurídicos, aquí encontramos otra afinidad en ambas figuras, puesto que las dos tienen por objeto la realización de actos jurídicos y en ninguna de las dos se acepta la realización de actos materiales. Además podemos decir que tocante al mandato nuestra legislación anterior a la vigente, es decir el Código Civil de 1884, no la consideraba un contrato sino un acto jurídico, según nos -- infiere Rojina Villegas (75) al comparar el concepto de mandato en el código vigente que regula en su artículo 2546 y que dice textualmente "El -- mandato es un contrato por el cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga" con el con-- cepto de mandato que contenía el anterior Código Civil de 1884 en su ar-- tículo 2342 que decía "Un acto por el cual una persona dá a otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa", se puede apreciar como se conside-- raba al mandato no como un contrato, sino simplemente se decía de él en -- el precepto, que era un acto, aunque nos aclara el citado autor, que si -- bien se trataba de un acto, no puede pensarse que éste fuera un acto uni-- lateral puesto que el legislador incluyó al mandato en el libro de los -- contratos en particular, por lo que se trataba a todas luces de un acto -- bilateral y podemos interpretar que aun cuando expresamente se trataba de

(75) Rojina Villegas, Rafael.- Compendio de Derecho Civil.- Editorial Porrúa, S.A., México 1977, Tomo III, Pág. 264

un acto, el espíritu del legislador lo trató ya desde ese entonces como contrato, el cual quizá por error o descuido se incluyó como acto y no como contrato.

Por lo que se refiere a los actos jurídicos, el Código Civil de 1884 en su artículo 2344, no se refería expresamente como el código actual a actos jurídicos propiamente nos dice Rojina Villegas (76), pues se señalaba tal precepto "Puede ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exija la intervención personal del principal interesado". Si bien es cierto que el precepto señala actos cualquiera que sea con tal de ser lícitos, no quiere decir que el legislador no se haya referido a actos jurídicos, antes por el contrario a esos precisamente se refería y tal puede interpretarse por la exigencia que el propio código señalaba de que los actos debían ejecutarse en nombre del mandante y por ese solo hecho nosotros podemos inferir junto con Rojina, que los actos a realizar debían ser precisamente jurídicos.

Encontramos similitud en estas dos características para ambas figuras, porque como ya se mencionó, el artículo 2546 del Código Civil vigente señala al mandato como un contrato, en tanto que el artículo 273 del Código de Comercio nos remite en su definición de la comisión al contrato de mandato, pues establece claramente "El mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión...". Es propiamente desde el mismo concepto, en que la doctrina y la mayor parte de legislaciones en-

(76) Rojina Villegas, Rafael.- Op. Cit.- Págs. 264 y siguientes.

cuentran analogías entre el mandato y la comisión, no obstante, existen algunas legislaciones que encuentran pequeñas diferencias entre ambas - figuras nos comenta Constans, (77) tal sucede con las legislaciones de los siguientes países Holanda, Ecuador, Costa Rica, Bélgica, Guatemala, Alemania, Suiza que tratan la comisión sin ocuparse del mandato. Mayor distingo encuentran en sus legislaciones los Códigos de Italia, Portugal, Rumanía, Uruguay, Argentina, Chile, Panamá y Brasil, sin embargo - no existe un solo país cuya legislación trate a la comisión como algo - distinto del mandato, pues la mayor parte de las legislaciones que operan en los países citados toman como base la fórmula de mandato, cuando se actúa en nombre y por cuenta de y comisión, cuando se actúa en nombre propio por cuenta de, pero siempre derivando dicho actuar del mismo mandato, solo que uno encaminado a la materia mercantil (la comisión) y el otro encaminado a la materia civil (el mandato propiamente).

Otras analogías que podemos citar de ambas figuras son: La bi lateralidad de ambos contratos, en el sentido de imponer cargas recíprocas en ambos casos a los integrantes de los dos contratos. Ambas figuras son también intuitu personae, por celebrarse en atención a las cualidades del mandatario y del comisionista y por ende para desarrollarse en forma personal, salvo delegación de dicha facultad. Por último y como característica afin, ambos son contratos de tracto sucesivo, en virtud de que no se extinguen en el momento de la celebración del contrato sino que se prolongan en el tiempo.

(77) Blanco Constans, Francisco.- Estudios Elementales de Derecho Mercantil.- Editorial Reus.- Madrid 1911, 3a. Edición, Tomo II.- - Págs. 354, 365 y siguientes.

b) DIFERENCIAS

Es en este punto en donde nos toca destacar que la comisión no es un contrato de mandato propiamente como se le maneja en la legislación en general y en la doctrina.

Iniciaremos analizando las principales diferencias que presentan ambos contratos, para con ese fundamento analicemos tanto las características de cada contrato como dichos elementos de distinción.

Un primer elemento que nos encontramos que hace distintos a ambos contratos lo constituye su objeto, que es como ya se mencionó la ejecución de actos jurídicos en los dos, únicamente que en el caso del mandato, si bien es cierto que ese es su objeto, también lo es el que dichos actos son de carácter civil, en tanto que en la comisión tal objeto lo constituye la realización de dichos actos, pero de carácter mercantil.

Tenemos en segundo lugar, el carácter con el que actúan tanto el comisionista como el mandatario, ya que éste último trata en nombre y por cuenta de su mandante, es decir, tiene el mandato la característica de la representatividad por lo que el mandatario siempre actúa en nombre ajeno, en tanto que el comisionista trata siempre en nombre propio, precisamente porque la comisión no es representativa.

Del segundo elemento de distinción, se deriva un tercero, el -- mandatario por obrar precisamente en nombre ajeno no es responsable frente a las terceras personas con quienes contrata, en tanto que el comisionista que trata el asunto frente a los terceros como suyo, queda directamente ligado con éstos y por ende con la responsabilidad de responder como dueño frente a los mismos, pues por la ficción del derecho, los terceros tratan al comisionista como tal.

El elemento formal constituye, al cuarto criterio de distinción entre un contrato y otro, ya que si bien es cierto, que ambos son por regla general formales puesto que deben otorgarse por escrito, la forma que debe revestir dicho escrito en uno y en otro caso es distinta, a su vez -- los dos son consensuales por excepción, puesto que en los dos casos se pueden celebrar en forma verbal con su posterior ratificación, pero la diferencia estriba en este caso, en que a uno se le exige determinada cuantía para que se realice en forma verbal, en el caso del mandato, en tanto que en la comisión no se condiciona tal supuesto.

Como quinto elemento de distinción tenemos su extinción, dado -- que el mandato puede terminarse por revocación o renuncia, en tanto que -- la comisión no puede extinguirse por renuncia. De igual forma puede el -- mandato darse por terminado si el mandante o mandatario caen en estado de interdicción o fallecen, en cambio, en el caso de la comisión ésta se extingue por la muerte o estado de interdicción u otra forma de inhabilitación en que caiga el comisionista, pero no se extingue si es el comitente

quien los sufre.

No son con todo, las únicas diferencias que podemos mencionar, puesto que, de los efectos jurídicos, se podrían desprender algunas otras, sin embargo, preferimos no meternos en este último punto más a detalle, porque como sostiene Ricardo Espejo de Hinojosa (78) los efectos jurídicos del contrato de comisión vienen a ser análogos a los del mandato, si bien con las diferencias características de ambos contratos, al respecto nos señala los siguientes efectos:

PRIMERO.- Es obligación de todo mandatario realizar por sí las operaciones que se le hubiesen confiado, no pudiendo delegar en otra persona sin consentimiento del mandante.

Esto se cumple de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 280 -- de nuestro Código de Comercio que dice "El comisionista debe desempeñar-- por sí los encargos que recibe y no puede delegarlos sin estar autorizado para ello..."

SEGUNDO.- Es obligación de todo mandatario, el atenerse a las órdenes e instrucciones que hubiese recibido del mandante.

El artículo 286 de nuestro Código Mercantil previene tal exigencia al establecer "El comisionista, en el desempeño de su encargo, se su-

(78) Espejo de Hinojosa, Ricardo.- Legislación Mercantil Española.- Establecimiento Tipográfico "La Gutenberg" Valencia 1917, Pág. 268

jetará a las instrucciones recibidas del comitente, y en ningún caso podrá proceder contra disposiciones expresas del mismo".

TERCERO.- Queda obligado todo mandatario, a no invertir en provecho suyo las sumas que hubiere recibido del mandante so pena de hacerse responsable.

Tal situación la prevee el artículo 293 del referido Código Mercantil que ordena "El comisionista que habiendo recibido fondos para evacuar un encargo les diere distinta inversión, sin perjuicio de la acción criminal a que hubiere lugar y de la indemnización de daños y perjuicios, abonará al comitente el capital y su interés legal desde el día en que lo recibió".

CUARTO.- Finalmente señala, que es obligación de todo mandatario el rendir cuentas de su gestión.

Y ésto también lo corrobora el artículo 298 de nuestro Código de Comercio que dice "Estará obligado el comisionista a rendir con relación a sus libros, después de ejecutada la comisión, una cuenta completa y justificada de su cumplimiento, y a entregar al comitente el saldo de lo recibido. En caso de morosidad, abonará intereses".

Después de analizar los efectos jurídicos anotados, corroboran-

do que se suscitan en ambos contratos (que debimos incluir más bien dentro de las similitudes que de las diferencias), diremos que de las diferencias señaladas las tres primeras son de suma importancia, sin dejar de reconocer que las restantes también son de interés por lo que después de que tratemos las características de la comisión y del mandato, las estudiaremos con mayor detalle.

Mencionamos las características de éstos dos contratos, porque en nuestra consideración si se presentan y nos servirán para reforzar -- nuestra tesis de que el mandato y la comisión son dos cosas distintas, -- tales características son:

La regulación de ambas figuras, ya que si bien es cierto que el propio Código de Comercio infiere que la comisión y el mandato son iguales, el mandato se rige por la legislación común, es decir por el Código Civil, en tanto que la comisión es regida por aquél, claro que esto se entiende en razón de la materia que rige a ambas, pero sin embargo tal característica les dá un dejo de distinción, y de cierta autonomía a la comisión del mandato.

Por otro lado tenemos, que en el mandato no se exige profesionalidad al madatario, en tanto que, y aún cuando nuestra legislación no lo hace, y de ahí el motivo del presente trabajo, la situación del comisionista no es la misma, pues para que a éste se le hagan efectivas to--

das las responsabilidades que le imputa el Código de Comercio vigente debe ser profesional en el comercio, tal situación se analizará en el próximo capítulo, por ahorita bástenos con mencionarlo como una característica que ayuda a reforzar nuestra postura.

Si bien no son de sumo interés, éstas dos características que presentamos, no podemos tampoco dejar de mencionarlas porque de hecho en la práctica se suscitan.

Ahora para continuar, haremos cita en detalle de los elementos distintivos que ya hemos señalado, iniciando con el objeto. Este que incluso acabamos de enunciar, como una característica de ambos contratos, es necesario analizarlo más a fondo porque es una de nuestras piezas clave de las que nos acogemos para diferenciar al mandato de la comisión, al respecto nos dice Rodríguez y Rodríguez "Se plantea el problema de averiguar si en el Derecho Mercantil Mexicano, mandato mercantil y comisión -- son cosas distintas o si ésta abarca todas las formas de aquél. En otros códigos, como sucede en el francés, en el belga, en el holandés, en el italiano y otros del grupo latino, la distinción entre comisión y mandato mercantil de un lado, y el mandato civil, de otro, se establece en razón del objeto, ya que la comisión y el mandato mercantil tienen siempre por objeto la realización de un acto de comercio, que no puede ser materia de un mandato civil. A su vez, la diferencia entre mandato mercantil y comisión se fija en consideración al carácter representativo de aquél y

no representativo de ésta". (79)

Esto, que ya lo analizamos al referirnos al concepto de ambos - contratos (e incluso cuando tratamos al objeto, como uno de los elementos de existencia del contrato) lo volvemos a mencionar, porque lo queremos ver con más amplitud, refiriéndonos al artículo 285 de nuestro Código de Comercio que dice "Cuando el comisionista contratare expresamente en nombre del comitente, no contraerá obligación propia, rigiéndose en este caso sus derechos y obligaciones del derecho común". ¿por qué en relación con este artículo? si de la definición de comisión se infiere, como ya se vió más atrás, que la misma no es otra cosa que un mandato, entonces ¿por qué al tratar al mandatario en el campo mercantil se le denomina comisionista y no mandatario mercantil? ¿por qué a la figura misma, no se le denominó mandato mercantil en lugar de comisión? no quiere decir entonces, que se le denominó comisión, porque se trata de una figura distinta con sus peculiaridades propias aún cuando deriva del contrato de mandato, es más, si se le asemeja a éste último, no era mejor, para el legislador citar únicamente dos figuras, al mandato cuando se tratara de asuntos civiles y al mandato mercantil cuando se tratara de negocios mercantiles, quizá si pensamos. Pero viene la característica fundamental de la comisión, la actuación del comisionista, que es precisamente el segundo elemento de distinción que citamos entre las dos figuras y al cual pasamos a comentar con más propiedad, en seguida.

(79) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín.- Op. Cit.- Pág. 34

Esta no la quicimos mencionar como característica de la comisión porque ya la habíamos citado como segundo elemento distintivo entre comisión y mandato, sin embargo aquí estriba básicamente nuestro fundamento para sostener que la figura de la comisión es distinta del mandato, y por eso a de ser quizá, que el legislador siguiendo al Código de Comercio Español y por ende al Francés y algunos otros dió el calificativo de comisión al mandato cuando de asuntos mercantiles se tratara y no mandato mercantil. Pero no es básicamente el nombre que se le asignó lo que discutimos, sino la función en sí de la figura, pues pensamos si el mandato y la comisión fueran exactamente lo mismo como puede interpretarse de la definición que en su artículo 273 nos proporciona el Código de Comercio, la regulación del mismo debiera ser exactamente igual, aún cuando en distintos códigos, es decir no debiera existir diferencia en su regulación, citamos por ejemplo, la forma que es distinta para el mandato, que para la comisión en la que se incluye para unos casos de mandato el poder, en tanto que en la comisión no se requiere, otro caso que podemos citar como ejemplo es la terminación del mandato distinta a la de la comisión y algunos otros que podríamos citar, quiere ésto decir entonces desde nuestro punto de vista que la comisión se consagra como figura distinta del mandato pues así como éste se apartó de la representación, con el que se le confundió en sus orígenes, así la comisión se le tendrá que apartar al mandato y tratarse en forma independiente y regularse en igual forma.

En suma la comisión no es lo mismo que el mandato por lo sí --

guiente.

PRIMERO.- El objeto de la comisión es la realización de actos mercantiles, en tanto que en el mandato su objeto es la realización de actos civiles.

SEGUNDO.- La comisión no es representativa, el mandato puede -- serlo o no.

TERCERO.- La regulación para la comisión si bien es semejante a la del mandato, presenta sin embargo peculiaridades propias.

C A P I T U L O

IV

LAS RESPONSABILIDADES EN LA COMISION MERCANTIL

1.- LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTEGRANTES DEL CONTRATO

a) LA RESPONSABILIDAD DEL COMITENTE

Toca en este capítulo tratar la parte medular de nuestro trabajo que es precisamente la responsabilidad, sin embargo es la responsabilidad del comisionista básicamente la que nos preocupa, puesto que es incluido el título que ostenta nuestra obra, de esa nos ocuparemos más adelante, por ahora nos avocaremos a la responsabilidad del comitente, la cual no deja de ser importante para el desarrollo de la comisión y de nuestro trabajo.

Y ya que hablaremos de las responsabilidades en que suelen incurrir los integrantes de la comisión, mencionaremos aunque brevemente, donde provienen o se originan las mismas y ésto no puede ser más que de -

la obligación que contraen al celebrar el contrato, puesto que el mismo se rige por las disposiciones sustentadas tanto por el Código Civil, como por el Código Mercantil e incluso por algunas otras leyes en forma directa o de manera supletoria.

Si es de la obligación de donde surge el vínculo jurídico entre los contratantes y por ende su responsabilidad, es necesario precisar un concepto de la misma.

Juan Iglesias nos hace referencia que la obligación en Roma se entendía "como un vínculo jurídico por virtud del cual una persona -deudor- es constreñida frente a otra -acreedor- a realizar una determinada prestación" (80) y se le denominaba, nos dice, "obligatorio" y más adelante nos comenta que entre los romanos el objeto de esta prestación, -- consistía en un dare, facere o prestare y nos especifica en que consistía cada uno "El término dare indica la prestación consistente en el -- traspaso al acreedor de la propiedad a un derecho real sobre la cosa. - facere significa, en sentido lato, toda prestación que importe un acto positivo, un hacer, incluido el daré, en sentido restringido, toda acción del deudor que no implique propiamente un dare. Prestare suele emplearse para eludir al contenido de la obligación en general, ya consista en un dare o en un facere, o en ninguna de ambas cosas, cual ocurre en el caso de la asunción de una garantía. Atendiendo a su etimología -prestare, de pres stare- y en relación con praedes, significa "responder de al

(80) Iglesias, Juan.- Op. Cit.- Pág. 167

go", hablándose entonces de *dolum culpam, custodiam, diligentiam prestare*". (81)

Hacemos mención de este autor para encontrar el origen, la -- fuente de donde brota o nace la responsabilidad y vemos que su concepto-- hasta nuestros días sigue vivo, porque es precisamente en el incumplimiento a esa prestación u obligación, donde surge la responsabilidad, y -- ésto se confirma si tomamos en consideración lo que mencionamos acerca -- de los contratos, pues vimos al exponer el tema, que es el contrato la -- principal fuente de obligaciones y el incumplimiento de éstas, una vez -- que han quedado perfectamente establecidas, acarrea consigo el nacimiento de responsabilidades, vimos además que tratándose de obligaciones, nues-- tros legisladores redactores del Código de Comercio, consideraron superfluo tratar en él y en toda su amplitud la teoría general de las obliga-- ciones, pues sería una mera repetición de las normas establecidas al res-- pecto en el Código Civil, por lo que incluso el capítulo relativo a los-- contratos lo trata de manera breve, haciendo una remisión en cuanto al -- mismo, a la legislación común es decir al Código Civil, porque en este -- caso las normas del Código de Comercio relativas a las obligaciones mercantiles solo modifican o complementan las normas de Derecho Civil sobre obligaciones. Sin embargo en este punto no podemos dejar por desapercibido lo que al respecto nos comenta Salandra (82) quien considera que a pesar del carácter complementario que las normas sobre obligaciones mercantiles tienen en relación a las obligaciones civiles, es posible dedu-

(81) Iglesias, Juan.- Op Cit.- Pág. 377

(82) Salandra, Vittorio.- Op. Cit.- Pág. 10

cir del exámen comparativo de las dos, algunos principios generales - que prevalecen en materia de obligaciones mercantiles y que son muy úti- les para resolver situaciones dudosas, sin necesidad de valerse de las - normas del derecho civil, estos principios podemos decir constituyen el - espíritu del Derecho Mercantil y son propios de esta materia, nos infie- re este autor y son:

El principio de la onerosidad, ya que la actividad mercantil - es prácticamente económica pues tiene como fin allegarse una ganancia, - de ahí que las relaciones jurídico-mercantil que se dan en el tráfico co- mercial tiendan a la obtención de dicho fin, esta presunción de onerosi- dad se cumple para el caso del contrato de comisión que nos ocupa, pues - el artículo 304 del Código de Comercio dice "Salvo pacto en contrario, - todo comisionista tiene derecho a ser remunerado por su trabajo. En ca- so de no existir estipulación previa, el monto de la remuneración se re- gulará por el uso de la plaza donde se realice la comisión". Sin embar- go tal presunción no es una regla puesto que como se ve, el propio pre- cepto contempla una salvedad, por lo que no es raro, que se dé el caso - de algún comerciante que asuma alguna obligación mercantil por mero espí- ritu de libertad, aún cuando no sea lo normal, pues no está de acuerdo - con las normas propias del Derecho Mercantil.

El principio de la facilidad de formación y resolución de las - relaciones obligatorias, puesto que si comparamos la lentitud y rigidez-

que predominan en Derecho Civil, con la celeridad propia del Derecho Mercantil, vemos que no competen con este último, esto se comprende toda vez, que si se exigiera un determinado formalismo a seguir en esta última materia, se detendría todo el embalaje que pone en movimiento la relación jurídico-comercial que requiere de una rapidez continua, dado que el comercio en sí no se puede retardar, ya que originaría alza de costos, retardo en la entrega de materias primas, objetos, de mercancía en general a más de intereses moratorios y algunas otras repercusiones económicas, que el retraso por el cumplimiento formal creará, de ahí que dichas relaciones jurídico-comerciales obligatorias deban resolverse con prontitud sin detenerse en trabas formales, temporales, etc., de ello encontramos ejemplos en nuestro Código de Comercio de los cuales sólo citaremos algunos, así tenemos lo dispuesto en el artículo 373 que nos refiere de la perfección de los contratos de compraventa, ya que dice "Las compraventas que se hicieron sobre muestras o calidades de mercancías determinadas y conocidas en el comercio, se tendrán por perfeccionadas por el solo consentimiento de las partes.

En caso de desavenencia entre los contratantes, dos comerciantes nombrados uno por cada parte, y un tercero para el caso de discordia, nombrado por éstos, resolverán sobre la conformidad que sirvieron de base al contrato".

Con esto vemos como no es necesario cumplir con determinado -

formalismo, para que el contrato tenga validez plena, puesto que se perfecciona bastando tan solo el consentimiento verbal de las partes.

En otro ejemplo que nos ofrece nuestro Código Mercantil en su artículo 78 nos dice "En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de formalidades o requisitos determinados", en este artículo se ve como no es la formalidad la que detenga o frene las relaciones mercantiles, antes por el contrario. Si bien es cierto de este artículo, criticado por Tena en cita de Garciadiego (83), (cuando tratamos la formalidad de los contratos), se ve desmentido por el siguiente, no quiere decir sin embargo que todas las convenciones que daran invalidadas, pues solo se refiere dicho artículo 79 del Código de Comercio, a los casos que enumera, no al total de las convenciones que puedan suscitarse, quedando exentas las que no comprende de cumplir con formalismos para su constitución y su validez.

Los juicios especiales y los de carácter ejecutivo que más adelante cita el Código de Comercio, son otro ejemplo de celeridad o prontitud para resolver la relación jurídico-mercantil que se da entre quienes la llevan a cabo.

Como último principio nos cita Salandra (84) la puntualidad en-

(83) Bauche Garciadiego, Mario.- Op. Cit.- Págs. 214 y 215

(84) Salandra, Vittorio.- Op. Cit.- Págs. 11 y 12

el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, puesto que éstas se fundan básicamente en el crédito, de ahí que si no se cumplimentan a tiempo las obligaciones, esto trae como consecuencia en reparación del daño que se origina, el pago de intereses moratorios independientes del crédito principal a cubrir.

Es de notarse la protección mayor que brinda el Derecho Mercantil al particular, en relación con la ley civil, puesto que en este aspecto es mucho más severo el Derecho Mercantil, en la protección de los derechos del acreedor, que el Derecho Civil.

Y citamos al artículo 362 del Código de Comercio, puesto que en el se encuadra lo que exponemos, ya que determina "Los deudores que demoren el pago de sus deudas deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto el seis por ciento anual.

Si el préstamo consistiere en especies, para computar el rédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías prestadas tengan en la plaza que deba hacerse la devolución, el día siguiente al del vencimiento, o por el que determinen peritos si la mercadería estuviere extinguida al tiempo de hacer su valuación.

Y si consistiere el préstamo en títulos o valores, el rédito-

por mora será el que los mismos títulos o valores devenguen, o en su defecto el seis por ciento anual, determinándose el precio de los valores por el que tengan en la bolsa, si fueren cotizables o en caso contrario por el que tuvieren en la plaza el día siguiente al del vencimiento".

Es en base a los anteriores principios que nos enumera Salandra (85) que el Derecho Mercantil en materia de obligaciones se conduce de cierta manera con una autonomía relativa, de tal manera que no necesita recurrir al Derecho Civil para resolver determinadas situaciones.

Por otro lado y continuando con la obligación mercantil como fuente de la responsabilidad, diremos que todo contrato civil o mercantil, engendra desde su nacimiento una o varias obligaciones que atan a quienes lo celebran, pero tenemos que precisar sin embargo, que también engendra derechos a sus participantes, de ahí que es importante señalar a cual o cuales de las partes integrantes del contrato corresponden unos y otros, en este aspecto bástenos recordar que en toda relación jurídica existe siempre un sujeto activo y un sujeto pasivo, correspondiendo a éste último contraer la obligación que del contrato deriva, en tanto que al primero lo asiste el derecho, el cual puede ejercitar para que el sujeto pasivo cumpla con la obligación contraída.

De lo anterior podemos decir entonces que los contratos producen para las partes, determinados efectos, que no son otra cosa que el -

(85) Salandra, Vittorio.- Op. Cit.- Págs. 11 y 12

cumplimiento de la obligación o en el caso de incumplimiento, la invocación de los derechos correlativos a dichas obligaciones, mediante el -- ejercicio de las acciones respectivas, y si las mismas junto con su ejer -- cicio están contemplados en la Ley, también en ella están fijadas las -- responsabilidades de quien incumpla el contrato, dado que no solo puede -- el sujeto pasivo incumplirlo, puesto que también puede hacerlo el sujeto -- activo, como por ejemplo cuando se cumplió la obligación por parte del -- sujeto, previendo una situación de tal naturaleza, fija la respectiva -- responsabilidad.

Ahora bien, la responsabilidad por el incumplimiento de alguna obligación depende de la naturaleza del contrato que la ha producido o -- incluso, aún por una situación ajena a dicha naturaleza, cuando así se -- haya convenido. Ahora bien aún cuando la responsabilidad es similar pa -- ra la mayoría de los contratos, existen diversas circunstancias que ha -- cen a cada contrato, por lo que a responsabilidad respecta, distintos de -- los demás, es por ello que para el caso que nos ocupa podemos decir que -- al comitente en principio le son impuestas todas las obligaciones que en -- general se aplican en todos los contratos, como por ejemplo revestirlo -- de la formalidad necesaria si así lo determina la ley, como se hace en -- todos aquéllos contratos a los que la misma ley se los exija. Tal como -- se determina en el artículo 274 del Código de Comercio, pues si bien di -- cho precepto acepta que el contrato se realice sin traba alguna, pues in -- cluso lo acepta de palabra, también establece que en este último caso y -

antes que el negocio concluya, se ratifique por escrito, con lo cual ya se está ordenando se cumpla con una formalidad, situación que establece el mismo código a los contratos que menciona en su artículo 79.

Otro ejemplo que podemos enunciar, es respecto a las leyes o reglamentos que deben cumplir todos los integrantes de cualquier contrato al celebrarlo, principio al cual está sometido el comitente ya que de termina el artículo 291 del Código de Comercio "El comisionista deberá observar lo establecido en las leyes y reglamentos respecto a la negociación que se le hubiere confiado, y será responsable de los resultados de su contravención u omisión. Si los contraviniere, en virtud de órdenes expresas del comitente, las responsabilidades a que haya lugar, pesarán sobre ambos".

Sin embargo, para el contrato de comisión en concreto se estipulan en la ley mercantil determinados casos de este contrato que no pueden darse en otro, y por ende serán responsabilidades fijadas en forma exclusiva para el comitente, que no pueden darse en ningún otro contrato dada la naturaleza del contrato mismo, como por ejemplo, si el comitente rescinde el contrato alegando encontrarse inhabilitado para seguir ejerciendo el negocio y por ello deja de cumplirlo, será responsable de los daños que se originen al situarse en tal hecho, ya que el Código de Comercio dice en su artículo 308 "Por muerte o inhabilitación del comisionista se entenderá rescindido el contrato de comisión, pero por muer-

te o inhabilitación del comitente no se rescindirá aunque puedan revocarlo sus representantes".

Ahora bien, existen responsabilidades que también se dan en otro tipo de contratos, al igual que en la comisión y se fincan atendiendo a la naturaleza del contrato y a las cláusulas pactadas por quienes en él intervienen.

Como ejemplo de las primeras, en la comisión que es el contrato que nos interesa, tenemos: El derecho que tiene el comisionista a ser remunerado en su cargo, que desde el punto de vista del comitente se convierte para éste en una obligación que deba cumplir, pues de no hacerlo se hace responsable de los posibles daños y perjuicios que pudiere sufrir el comisionista o incluso él mismo. (Debemos hacer incapié en que la onerosidad y persecución de lucro, no es un elemento esencial de los contratos mercantiles y por ende tampoco lo es del contrato de comisión, ya que incluso puede pactarse que sea gratuita la comisión por parte de quien la vaya a desempeñar, motivado por un espíritu de liberalidad como lo mencionamos en el principio de onerosidad que nos señala Salandra (86) en su obra, aunque si persigue ese fin).

Al respecto, el artículo 304 del Código de Comercio nos dice: - "Salvo pacto en contrario, todo comisionista tiene derecho a ser remunerado por su trabajo. En caso de no existir estipulación previa, el monto -

de la remuneración se regulará por el uso de la plaza donde se realice - la comisión". La obligación por tanto, que le impone el Código Mercan- til al comitente en este precepto, deriva precisamente del fin que se -- persigue en las relaciones jurídico-mercantiles, como ya lo anotamos - - atrás, que es básicamente la ganancia, pues es como se vió el principal - objetivo de las mismas, y ésto es más fácil de entender si nos remitimos a la regulación, que en este aspecto, el Código Civil establece respecto del mandato, pues dice en su artículo 2549 "Solamente será gratuito el - mandato cuando así se haya convenido expresamente". Si ésto se dispone del mandato en relación a la onerosidad, con mayor razón regula el Códido de Comercio algo similar, ya que el carácter retribuido de la comisión - es inherente a la naturaleza mercantil del contrato y por ello no armoni- za con una actividad gratuita del comisionista, cuya ganancia es preci- samente una comisión fijada en un tanto por ciento y sobre cantidad o - monto de un bien, etc. puesto que en definitiva es un comerciante.

Ahora bien, si esta responsabilidad es propia de la naturale- za del contrato, de esta misma se derivan otras subsecuentes que se esti- pularán por convención o mediante cláusulas imersas en el propio contra- to y que se encuentran incluso en el mismo Código de Comercio, nos refe- rimos a la forma de pago, pues este puede ser al contado, una vez que el comisionista haya efectuado el encargo a satisfacción del comitente, - - cuando así se haya pactado, o en remesas periódicas que el comitente va- ya dando al comisionista conforme éste cumpla con su encargo cuya cuantía

puede fijarse en el clausulado del contrato, ya que puede darse un incumplimiento parcial y no total, caso en el cual solo deba el comitente al comisionista la última de las remesas, estipuladas en el contrato que no se le cubrió, o como el derecho de retención que le otorga el propio Código de Comercio al comisionista, en su artículo 306, que para el comitente se convierte en obligación de respetar dicho derecho, pues no podrá sustraerle los efectos al comisionista en tanto no cumpla con el pago estipulado en el contrato, pues tiene el comisionista en virtud de este precepto no solo una acción personal y un derecho real sobre las cosas que tiene en su poder sino además un derecho preferencial sobre algunos otros acreedores que pudieren existir. Este derecho de retención -- por falta de pago también se aplica al comitente cuando deja de cumplir, incluso, no solo con el pago, sino también con otras obligaciones, como pudieran ser: anticipaciones que haya otorgado el comisionista para el desempeño de su encargo, gastos para la conclusión del negocio, que no quiera cubrirle el comitente, alegando que el pago lo cubre todo, etc.

Este derecho, que en el Código anterior se denominaba como -- privilegio, se otorgaba únicamente al comisionista encargado de vender -- o comprar mercancías, siempre y cuando éstas fueran consignadas de otra plaza. En efecto al consultar la obra de Enrique Lelo (87) encontramos que el artículo 225 del Código de Comercio de 1884 estipulaba "El comisionista, para el pago de sus anticipaciones, préstamos, responsabilidades y gastos, réditos que causen, premios de comisión y de garantía --

(87) Lelo de Larrea, Enrique.- Diccionario de Derecho Mercantil o sea El Código de Comercio Puesto en Orden Alfabético.- Editorial -- Tipográfica de Aguilar e Hijos.- México 1984.- Págs. 96 y 97

tiene, los siguientes privilegios:

1°.- El de retener, y en su caso asegurar, los efectos que el comitente haya puesto o remitido a su consignación, aún cuando estén en camino; con tal que obre ya en su poder la carta de porte o el conocimiento respectivo, u otro documento que acredite el envío de ellos a su disposición.

2°.- El de conservar en su poder los efectos que estén ya a su orden, sea en sus propios almacenes o en los ajenos, en algún depósito público o en otro lugar privado.

3°.- El de promover la venta judicial de los efectos para cubrir con el valor de ellos su crédito; y poner el saldo que resulte a disposición de quien corresponda.

4°.- El de pagarse los fondos libres que tenga del comitente, sea cual fuere su origen, cuando se le esté adeudando con motivo de la comisión, aún en lo relativo a las responsabilidades que haya contraído con motivo de ella".

Nuestro Código de Comercio vigente, no es tan explícito como el anterior que hacía un desglose de este derecho, pues únicamente establece "Los efectos que estén real o virtualmente en poder del comisiona-

ta, se entenderán especial y preferentemente obligados al pago de los derechos de comisión, anticipaciones y gastos que el comisionista hubiere hecho por cuenta de ellos, y no podrá ser desposeído sin antes ser pagado". Tal se desprende del artículo 306 del citado código, que no lo trata como privilegio, sino como un derecho de retención, sin embargo, en opinión de Garrigues, citado por Garciadiego dice "no es posible configurar de un modo unitario esta complicada figura jurídica llamada privilegio del comisionista, ya que ni la expresión "privilegio" ni la expresión "derecho de retención" abarcan por sí solas la complejidad de esta figura, ya que no es solo privilegio ni sólo derecho de retención, sino que es probablemente las dos cosas, pues si bien en momentos sucesivos de su vida. Lo que empieza siendo derecho de retención, se convierte en el privilegio cuando las mercancías se vendan por el comisionista". (88)

Sin embargo, ni en el código anterior, ni en el vigente se autoriza al comisionista a retener el precio de los efectos que ha vendido por cuenta del comitente, puesto que los preceptos mencionados solo se refieren a los efectos, más no al precio de éstos que es distinto, puesto que de acuerdo a lo señalado por Tena, el dinero no puede considerarse un efecto y nos dice textualmente "...el vocablo efectos, no puede aplicarse copropiedad al dinero en que solo accidentalmente desempeña el papel de mercancía". (89) El mismo autor opina, que es una lástima que nuestro Código de Comercio no otorgará el derecho de retención al comisionista, aún sobre el precio de los efectos, como está contemplado en -

(88) Bauche Garciadiego, Mario.- Op. Cit.- Pág. 245

(89) Tena, Felipe de J.- Derecho Mercantil Mexicano.- Editorial Porrúa, México, 1964.- Pág. 246

otras legislaciones como lo es la italiana, de manera que como no lo establece nuestro Código no puede dársele una aplicación extensiva.

Otra de las obligaciones que pesan sobre el comitente, es la previsión de fondos que está obligado a entregar al comisionista cuando así se ha pactado, o cuando así se requiere por la naturaleza de la comisión que se pacta, nuestro Código de Comercio contempla esta obligación en su artículo 281 que dice "En aquellas comisiones cuyo cumplimiento -- exige provisión de fondos, no está obligado el comisionista a ejecutar-- las mientras el comitente no se le haga en cantidad suficiente, y también podrá suspenderlas cuando se hayan consumido los que tenía recibidos".

Garrigues, citado por Garciadiego (90) nos comenta que, en este caso al comisionista no lo asiste una acción para poder obtener provisión de fondos necesaria para el desempeño de su encargo en contra del comitente, lo único que puede hacer es negarse a continuar con el desempeño del mismo.

Ahora bien, al hablar de fondos, se presume que se trata de dinero, así que cuando el comisionista, requiere del mismo para continuar su encargo o para iniciarlo, el comitente está obligado a proporcionarse lo, so pena de incurrir en responsabilidad, pero para Garciadiego (91) - existe una diferencia, que es necesario mencionar, cuando de provisión -

(90) Bauche Garciadiego, Mario.- Op. Cit.- Pág. 244 y 245

(91) Idem, Pág. 245

se trata, pues existe la provisión de fondos, que nos marca el artículo-281, y que consiste propiamente en dinero y la provisión en sentido amplio que vendría a ser la provisión de mercancías propiamente y en este sentido, nos dice, será considerada también como una provisión, el envío de las mercancías que el comisionista ha de vender o de cuyo transporte ha de encargarse. Incluso nosotros consideramos como provisión en este aspecto, los documentos necesarios que acrediten el envío de mercancías, cuando no estén virtualmente en poder del comisionista, pues si éste va a vender la mercancía que viene embarcada, pues en ello consiste la comisión, no podrá hacerlo en tanto no obren en su poder dichos documentos - como podría ser una carta de porte u otro similar.

Es imposible también señalar dentro de esta obligación, y más cuando se trata de provisión de dinero, el momento en que ha de proveerse, si es antes de iniciar el encargo, para que así pueda el comisionista sin ningún temor contraer obligaciones de pago a plazo frente a quien contrata, porque de otra forma, el comisionista no tendrá la obligación de asumir una obligación similar sabiéndose sin la provisión de fondos - necesarios, o si es después de su inicio. Surge entonces la cuestionante, la provisión de fondos deberá otorgarse al nacer la obligación cuyo cumplimiento se aplaza o cuando ha vencido dicha obligación.

Las dos posturas encierran un riesgo, para el caso de la primera el riesgo lo correría el comitente, pues podría suceder que el comisionis

ta no cumpliera con su encargo y destinara los fondos recibidos hacia otro fin. En el caso de la segunda, el riesgo es para el comisionista - quien se vería afectado sin la provisión necesaria para solventar sus -- deudas contraídas frente al tercero con quien contrata.

Creemos nosotros como posible salida, la segunda postura, porque no debemos olvidar que por el simple hecho de obligarse el comisionista a pagar en el futuro al tercero, implica para él un riesgo, haya o no provisión de parte del comitente. Por otro lado y como ya se vió, carece el comisionista de acción alguna para exigir la provisión de fondos sólo podrá suspender la comisión, suspensión que en todo caso sólo sería en beneficio para él, cuando se haga en el momento de contraer la -- obligación de pago aplazada y se dé cuenta de que no lo van a proveer de los fondos necesarios, pero si dicha suspensión se realiza con posterioridad, ya no tendría caso para él, porque de todos modos tendría que pagar al tercero, aún cuando haya comunicado al comitente tal suspensión, y pueda con posterioridad hacerle efectivo lo que él pagó por su incumplimiento.

Además, salvo lo que dispone el artículo 282 de nuestro Código de Comercio, que no es otra cosa que la anticipación de fondos por parte del comisionista, éste como profesional que es (la cuestión de la profesión del comisionista se analizará con posterioridad) en el comercio, y como así se dá a conocer frente al comitente, se supone, cuenta con los-

medios económicos necesarios para iniciar el encargo sin necesidad de verse provisto de ningún dinero.

Resta mencionar dos obligaciones más, que nos señala el Código de Comercio, las marcadas en los artículos 305 y 307, nos dice el -- primero "El comitente está obligado a satisfacer al contado al comisionista, mediante cuenta justificada, el importe de todos sus gastos y de desembolsos con el interés comercial, desde el día en que las hubiera hecho". Este artículo está íntimamente relacionado con los artículos 281 y 282 del propio código, porque cuando el comisionista solicite el importe, mediante la justificación correspondiente, recibos, notas de pago, etc., de todos los gastos que le originó el encargo al no recibir la provisión de fondos necesaria, marcado en el artículo 281 y que acabamos de comentar, el comitente deberá cubrirselos de contado, o cuando habiéndose pactado dicha provisión por parte del comisionista, como lo señala el artículo 282 del referido Código, éste haya cubierto hasta el último centavo para el cumplimiento del encargo y solicite del comitente el importe del dinero invertido, deberá también en este caso el comitente, pagar de contado dicho importe con su respectivo interés, como lo señala el artículo 305 que se comenta.

Por último, el artículo 307 señala "Quedando siempre a las res ultas de las gestiones ya practicadas, el comitente podrá en cualquier tiempo revocar la comisión conferida al comisionista.

La revocación intimada únicamente al comisionista no puede ser opuesta a terceros contratantes que no la conociesen, salvo el derecho del comitente contra el comisionista". La obligación que enmarca este precepto es la de notificación, porque si el comitente no avisa al comisionista que la comisión ha sido revocada y éste sigue fungiendo como tal frente a terceros, el comitente quedará a resultas aún de estas gestiones practicadas con motivo de la comisión, aún cuando ésta ya haya sido revocada. De ahí que el comitente tenga la obligación de avisar al comisionista de que la comisión se dá por terminada y aún es extensiva esta obligación para con los terceros con quienes contrata el comisionista, pues de no hacérseles saber a ellos también, no podrá oponerla en un momento dado. Por tanto, de no hacerse así, no tendría ningún efecto la revocación contra quien no tuvo conocimiento de ella.

b) LA RESPONSABILIDAD DEL COMISIONISTA ORDINARIO

Destacamos dentro del presente inciso el calificativo de ordinario para el comisionista, porque desde nuestro punto de vista, así debía tratar el Código de Comercio vigente a la propia comisión, ya que es el caso que nuestro código trata a la comisión ordinaria de la misma forma que a la comisión profesional, pues incluso ni siquiera las enuncia o distingue por separado, como trató de hacerlo el anterior Código de Comercio y sólo trató, porque si bien es cierto que menciona dentro de su articulado algunas obligaciones propias del comisionista de profesión --

que no le señala al comisionista ordinario o de ocasión, no marcó de manera tajante las responsabilidades a unos y otros, porque no previó específicamente las obligaciones que pudieran tener, tanto unos como otros, dependiendo de la comisión que realizaran, ya fuera ordinaria y profesional. Queremos sin embargo, aclarar que el tipo de comisión ordinaria, no es la que manejan algunos autores, en comparación con la comisión especial, es decir ellos llaman comisión ordinaria, aquélla en la cual el comisionista sólo responde de las obligaciones propias del contrato, sin comprometerse a responder por el incumplimiento en que incurran los terceros, con quienes contrata, cobrando por encargo realizado únicamente la comisión estipulada en el contrato y nada más, en cambio existe la comisión especial que se estipula en el propio contrato, mediante la cláusula "star del credere", nos dice Rodríguez y Rodríguez (92), en virtud de la cual, el comisionista se compromete a responder total o parcialmente, del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las personas con quienes contrató. Y en virtud de esta especial responsabilidad, tiene el comisionista derecho a cobrar además de la comisión estipulada, una comisión especial, se incumpla o no por parte de dichos terceros. Esta cláusula, nos comenta el mismo autor, no la acepta ni lo prohíbe el derecho mexicano para el comisionista, pero sí la prohíbe expresamente para los corredores, en el artículo 69 del Código de Comercio. Por consiguiente, se estima una cláusula lícita para el caso que se llegara a convenir en el contrato de comisión.

(92) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín.- Op. Cit.- Pág. 30

No es ese tipo de comisión a la que nos referimos nosotros, es más bien a la comisión que se practica de ocasión sin la intención de -- continuar su práctica en forma habitual y que estaba contemplada en el anterior Código de Comercio de 1884.

Así consultando la obra de Enrique Lelo (93), encontramos que el artículo 176 del Código de Comercio de 1884 decía "Aunque la comisión por regla general se desempeña como ocupación habitual o anexa a otra negociación, pueden los comerciantes ejercerla accidentalmente o en actos u operaciones determinadas". Quiso pues, así lo entendemos nosotros, el legislador de esa época, daba a entender, que si bien existía una comisión de profesión (pues tal se mencionaba en el artículo 187 del mismo Código de 1884), también se podía practicar una comisión ocasional por algún comerciante profesionalista en la materia, pero desde luego, de manera accidental, no como ocupación habitual, que no necesariamente debía estar sancionada al igual que la comisión de profesión, que mencionaba el anterior Código Mercantil de 1884, no se las impusiera al comisionista ordinario que trata en el artículo 176 el mismo código.

Ahora bien, queremos mencionar en el presente inciso, las responsabilidades en que pueden incurrir tanto el comisionista ordinario, como el comisionista de profesión, para lo cual haremos un listado de todas las que les señala nuestro Código de Comercio, pues en ellas englo--

(93) Lelo, Enrique.- Op. Cit.- Págs. 90 y 91

ba las responsabilidades de los dos comisionistas ya referidos, para en el próximo inciso destacar las que son propias del comisionista profesionalista y comentarlas.

La primera de las responsabilidades que tiene el comisionista, emana de la obligación que le impone el Código de Comercio en su artículo 275, lo cual se ha dicho de paso, es uno de los efectos del contrato de comisión que se imputa al comisionista, aún antes de que el contrato mismo se perfeccione (La perfección del contrato como lo señalamos páginas atrás, se da en el momento en que es aceptado), dicha obligación consiste para el comisionista, en que si rehusa el encargo que se le confiere, debe comunicarlo de manera inmediata, por el medio más idóneo, como lo señala el artículo referido que dispone "Es libre el comisionista para aceptar o no el encargo que se le hace por el comitente; pero en caso de rehusarlo, lo avisará así inmediatamente, o por el correo más próximo al día en que recibió la comisión, si el comitente no residiere en el mismo lugar".

Una segunda obligación, contemplada en el código con características similares a la anterior, es la que se marca en el artículo 277, encuentra semejanza porque le impone al comisionista la obligación de conservar el bien objeto físico de la comisión, aún cuando no acepte el encargo, y perdura la obligación hasta en tanto el comitente prevea un nuevo encargado, al saber la negativa de aceptación, dice al respecto el

citado artículo "Aunque el comisionista rehuse la comisión que se le confiera, no estará dispensado de practicar las diligencias que sean de indispensable necesidad para la conservación de los efectos que el comitente le haya remitido, hasta que éste provea de nuevo encargado, sin que por practicar tales diligencias se entienda tácitamente aceptada la comisión".

Y el artículo 278, ratifica las anteriores obligaciones que pesan sobre el comisionista, haciéndose responsable por los daños y perjuicios que sufra el comitente si deja de cumplir con ellas, pues destaca textualmente dicho artículo "Cuando sin causa legal dejare el comisionista de avisar que rehusa la comisión, o de cumplir la expresa o tácitamente aceptada, será responsable al comitente de todos los daños que por ello le sobrevengan".

Otra de las obligaciones contempladas en el código, que debe cumplir el comisionista, es el desempeño personal de la comisión, aunque bien puede emplear dependientes, pero únicamente para operaciones subalternas y bajo su responsabilidad, nos dice el artículo 280 del Código de Comercio.

Lo anterior es de entenderse, si atendemos que la comisión se pacta en base a las características personales del comisionista, es decir, se confiere a él la comisión por la confianza que el comitente dep

sita en sus cualidades personales y sólo podrá delegar dicha obligación, - si cuenta con la autorización del comitente, dice al respecto el artículo 280 ya citado "El comisionista debe desempeñar por sí los encargos -- que recibe y no puede delegarlos sin estar autorizado para ello.

Bajo su responsabilidad podrá emplear, en el desempeño de su comisión, dependientes en operaciones subalternas que, según costumbre, se confieren a éstos".

Por otro lado y como una obligación más, tenemos la suplencia de fondos por parte del comisionista, cuando así se pactó en el contrato, - siendo por tanto responsable si no hace la anticipación correspondiente de los mismos para que inicie el encargo que se le ha conferido, tal se infiere del artículo 282 del Código de Comercio que dice "Cuando el comisionista se comprometa a anticipar fondos para el desempeño de la comisión, estará obligado a suplirlos, excepto en el caso de suspensión de - pagos o quiebra del comitente".

El comisionista también tiene por obligación sujetarse a lo establecido en las instrucciones recibidas del comitente, en el desempeño de su encargo, haciéndose responsable de lo que pudiera resultar si se aparta de las mismas o procede incluso contra dichas instrucciones, tal obligación la impone el artículo 286 del Código que dice "El comisionista, - en el desempeño de su encargo, se sujetará a las instrucciones recibidas

del comitente, y en ningún caso podrá proceder contra disposiciones expresas". Podrá el comisionista alegar que el precepto es claro al estatuir "... contra disposiciones expresas", pero en aquéllo que no llegare a expresarse en el contrato, se preguntará ¿cual debe ser su comportamiento? En este caso, el precepto siguiente le dá la respuesta, en efecto, el artículo 287 dice "En lo no previsto y prescrito expresamente por el comitente, deberá el comisionista consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Si no fuere posible la consulta o estuviere el comisionista autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que la prudencia dicte, cuidando el negocio como propio". En este caso, tratará el asunto como si fuera de él, se basó para ello el legislador en el supuesto de -- que los bienes propios se cuidan siempre con el mejor esmero, máxime si de negocios se trata.

Los artículos 288, 289 y 290 se encuentran estrechamente vinculados, con éstos últimos que acabamos de mencionar, por lo que toca a la responsabilidad en que puede incurrir el comisionista, dice al efecto el artículo 288 "Si un accidente imprevisto hiciere a juicio del comisionista, perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas, podrá suspender el cumplimiento de la comisión, comunicándole así al comitente -- por el medio más rápido posible". En este caso se sobreentiende, que -- aún cuando no sea posible la comunicación de la suspensión del encargo, -- ésta se debe llevar a cabo aún cuando se violen las instrucciones pactadas, sin que por ello incurriera en responsabilidad el comisionista, sal-

vo el caso de que actuara obrando de mala fé o con dolo, pues no estaría tratando el asunto con el cuidado debido.

El artículo 289 establece por su parte "En las operaciones hechas por el comisionista con violación o con exceso del encargo recibido, además de la indemnización a favor del comitente de daños y perjuicios, quedará a opción de éste ratificarlas o dejarlas a cargo del comisionista". En este caso, no basta que el comisionista alegue a su favor que el exceso del negocio lo realizó para beneficiar a su comitente, pues -- aún con ello, se estaría apartando de las instrucciones precisas que recibió del comitente para efectuar el encargo, de ahí la facultad que se otorga a este último para ratificar lo actuado por el comisionista y cargar él con alguna posible responsabilidad que se llegare a presentar o -- que corra la responsabilidad a cargo del comisionista cuando así lo decida, por el exceso en que incurrió.

Y el artículo 290 determina "El comisionista estará obligado a dar oportuna noticia a su comitente de todos los hechos o circunstancias que puedan determinarle a revocar o modificar el encargo. Asimismo, debe dársela sin demora de la ejecución de dicho encargo". Con la comunicación, que este precepto ordena, haga el comisionista al comitente, puede este último saber en un momento dado, si el comisionista está siguiendo sus instrucciones, o si se presenta algún imprevisto como el caso que nos señala el artículo 288, o para cualquier otra circunstancia que lle-

gare o ocurrir y que a juicio del comitente sea más fácil revocar el encargo que continuarlo, para cualquier hecho que se llegare a suscitar, - es que se impone esta obligación de tener continuamente comunicado al comitente del desarrollo del negocio y sobre todo si éste ya concluyó por parte del comisionista.

Tiene también, obligación en la ejecución del encargo el comisionista, de cumplir con lo estipulado en las leyes y reglamentos como - lo indica el artículo 291 de nuestro Código de Comercio, que venimos consultando y que dice "El comisionista deberá observar lo establecido en las leyes y reglamentos respecto a la negociación que se le hubiere confiado, y será responsable de los resultados de su contravención u omisión. Si los contraviniere en virtud de órdenes expresas del comitente, las responsabilidades a que haya lugar pesarán sobre ambos".

En el caso de negligencias en el manejo de caudales que obren - en poder del comisionista y que traiga consigo su pérdida, destrucción, - quebranto o cualquier menoscabo que dichos caudales sufran en detrimento del comitente, es responsable el comisionista tal como lo ordena el artículo 292 del Código Mercantil "serán de cuenta del comisionista el quebranto o extravío del numerario que tenga en su poder por razón de la comisión, y de cargo del comitente siempre que al devolver los fondos sobrantes el comisionista observase las instrucciones de aquél, respecto a la devolución".

Otro tanto se estatuye respecto de la malversación de fondos que hiciere el comisionista, sólo que en este caso, aparte de la sanción pecuniaria que se impone a éste, en el artículo 293 del propio Código Mercantil y de los daños y perjuicios que debe cubrir por su inversión inadecuada en bienes que no son de su propiedad, se le sanciona también penalmente por el delito en que incurre, dice el referido precepto "El comisionista que habiendo recibido fondos para evacuar un encargo les diere distinta inversión, sin perjuicio de la acción criminal a que hubiere lugar y de la indemnización de daños y perjuicios, abonará al comitente el capital y su interés legal desde el día en que lo recibió".

Por lo que toca a la conservación de los efectos y mercaderías que reciba el comisionista y que se señalan en los artículos 294 y 295, diremos que esta obligación debe iniciar a cumplirla aún antes de que acepte o no el encargo, como ya se vió, pues dice el primero de dichos preceptos "Responderá el comisionista de los efectos y mercaderías que recibiere, en los términos y con las condiciones y calidades con que se le avisare la remesa, a no ser que al encargarse de ellos hiciere constar por la certificación de dos corredores, o dos comerciantes a falta de éstos, las averías o deterioros que en dichos efectos hubiere" y dice el artículo 295 "El comisionista que tuviere en su poder mercaderías o efectos por cuenta ajena, responderá de su conservación en el estado en que los recibió. Cesará esta responsabilidad cuando la destrucción o menoscabo sean debidos a casos fortuitos, fuerza mayor, transcurso del tiempo --

o vicio propio de la cosa.

En los casos de pérdida parcial o total por el transcurso del tiempo o vicio de la cosa, el comisionista estará obligado a acreditar por medio de la certificación de dos corredores, o en su defecto de dos comerciantes, el menoscabo de las mercancías, poniéndolo, tan luego como lo advierta, en conocimiento del comitente".

Debe iniciar su cumplimiento como decimos, aún antes de perfeccionarse el contrato, por los efectos que le impone el propio contrato, que son la obligación de avisar el rehusé de la comisión y la obligación de la conservación de los bienes que obren en su poder, por el lapso de tiempo transcurrido entre la aceptación o rehusé del encargo, porque -- bien pudiera suceder que en ese tiempo se deteriora la mercancía, u ocurriera lo mismo al enviarla en devolución por no darle el trato que necesita, por ejemplo, transportación inadecuada, mal manejo de la misma, -- etc., que son también obligaciones que le impone el código al comisionista, dice el artículo 296 "El comisionista que hubiere de remitir efectos a otro punto, deberá contratar el transporte, cumpliendo las obligaciones que se imponen al cargador" y el artículo 297 "El comisionista encargado de la expedición de los efectos, deberá asegurarlos, si tuviere orden para ello y laprovisión de fondos necesarios, o se hubiere obligado a anticiparlos".

Otra de las obligaciones y ésta es fundamental en el contrato, es la rendición de cuentas que debe hacer al comitente al término de su gestión y que se contiene en el artículo 298 que ordena "Estará obligado el comisionista a rendir con relación a sus libros, después de ejecutada la comisión, una cuenta completa y justificada de su cumplimiento, y a entregar al comitente el saldo recibido. En caso de morosidad, abonará intereses".

Para concluir con el presente listado, respecto de las obligaciones marcadas en nuestro Código de Comercio al comisionista, (ordinario o profesional) tenemos enseguida las relacionadas con la comisión de compraventa y que se contienen en los artículos 299 a 303 del citado código, dice el primero de ellos "Ningún comisionista comprará ni para sí ni para otro lo que se le hubiere mandado vender, ni venderá lo que se le haya mandado comprar, sin consentimiento expreso del comitente". En esta obligación que se le exige al comisionista, pensamos debía ser más flexible el legislador, toda vez que si sobre él ya recae la obligación de cuidar el negocio como suyo, al actuar en propio nombre, o al tratar el asunto con la prudencia necesaria cuando así se presente la ocasión, al vender en contra de este precepto, lo haría también en beneficio de su comitente, puesto que no puede afectar el interés que está obligado a cuidar desde que acepta el contrato y ese no es otro que el del comitente. Claro, no podemos menospreciar el fundamento del legislador para imponer tal obligación, que es precisamente que en un momento dado el co

misionista, olvidando el interés por el cual debe velar, obre en su propio interés, comprando para sí al precio más bajo, cuando tiene que ser al contrario para obtener la mayor ganancia posible.

El artículo siguiente o sea el 300 del código, nos indica que deberá el comisionista cuidar de no tener, bajo una misma marca efectos de una misma especie, cuando sean varios sus propietarios pues debe señalar una contramarca para cada una, para con ello precisar la propiedad de cada comitente, asimismo, tiene la obligación de no alterar las marcas de los distintos efectos que obren en su poder por compra o venta.

Y los últimos artículos restantes, si bien se refieren a la comisión de compraventa, también señalan en particular las obligaciones -- por la venta al fiado o a plazos que realice el comisionista. Nos dice el artículo 301 "El comisionista no podrá, sin autorización del comitente, prestar ni vender al fiado o a plazos, pudiendo en estos casos el comitente exigirle el pago al contado, dejando a favor del comisionista, cualquier interés o ventaja que resulte de dicho crédito o plazo". Por tanto para no incurrir en tal supuesto, deberá solicitar la autorización necesaria al comitente, e incluso, aún con ella, el artículo 302 del propio código impone al comisionista la obligación de revelarle al comitente los nombres de los compradores, pues si lo omitiere, se entenderá para éste último que la compra la celebró el comisionista de contado. Finalmente el artículo 303 señala, que cuando se hubiese vendido al fiado-

o plazos y el comisionista no verificare con oportunidad la cobranza de los créditos o siguiera los trámites conducentes para obtener el pago correspondiente, será responsable de los perjuicios que se causaren al comitente con su demora u omisión en su caso.

Del presente listado de obligaciones contempladas en nuestro código, veremos más adelante las que deben aplicarse al comisionista de profesión y las que deben cumplirse por parte del comisionista ordinario, -- pues no podrían aplicarse todas ellas a éste último, como trata de hacerlo nuestro código o que de hecho lo hace.

2.- LA RESPONSABILIDAD DEL COMISIONISTA DE PROFESION

a) CARACTERISTICA ESENCIAL DEL COMISIONISTA PROFESIONAL

Nuestro Código de Comercio al definir la comisión, no requiere para los integrantes ninguna característica especial para constituirse - como tales, sin embargo debiera hacerlo por lo que toca a quien de oficio o de manera habitual celebrará contrato de comisión, es decir, cuando menos la calidad de comerciantes como lo hace la Legislación Mercantil Española, ahora, bien, dicha característica debía exigirse para distinguir al comisionista ordinario del comisionista profesional en el ejercicio del comercio, con lo que se daría la nota esencial que reviste en la legislación extranjera el comisionista profesional.

No obstante que no lo exige nuestro código, creemos como ya lo hemos apuntado, que cuando menos el comisionista debe ser comerciante, - como lo apunta el Código de Comercio Alemán, que nos cita Malagariga en su obra, el cual define no la comisión, sino al comisionista "Como aquél que emprende profesionalmente y en su propio nombre la compra o la venta de mercaderías o valores por cuenta de un tercero" (94), o como lo hace el Código de Comercio Boliviano que nos cita el mismo autor, que define al comisionista como "el comerciante que trata por cuenta de otro u de otros de la misma profesión, sobre los negocios mercantiles que éstos le encargan, sin exigir pues, que obrase a nombre propio". (95)

(94) Malagariga, Carlos C.- Op. Cit.- Págs. 82 y 85

(95) Idem.

La calidad de comerciante no la exige nuestro Código, porque és te sigue para determinar la mercantilidad del negocio que se celebra entre comitente y comisionista, al acto mismo, no la característica con -- que ellos actúan, de esta suerte siendo la comisión un acto de comercio como se ve en el artículo 75 de nuestro Código de Comercio en su frac- ción XII, no importa la calidad de los contratantes, para considerar que entre ellos ha nacido un contrato de comisión y no un mandato civil, por que el objeto en este caso es mercantil y no civil. Con lo anterior ven ció nuestro código el tipo de contrato que nace, pero no vence en cam- -- bio, la problemática que acarrea, al no exigir cuando menos la calidad -- de mediador al comisionista, pues al no preveer que el comisionista tenga el carácter de comerciante, las obligaciones emanadas del contrato y las imputadas por el código que ya listamos más atrás, se aplican por -- igual al comisionista de ocasión que al comisionista que actúa profesio- -- nalmente como auxiliar del comerciante, y no se piense que es la termino- -- logía en sí lo que crea la problemática, realmente no, es la responsabi- -- lidad en que se incurre cuando se actúa de manera ocasional, lo que la -- origina, cuando menos así lo interpretamos al consultar la legislación y doctrina extranjeras.

Pudiera ser también, que nuestro Código de Comercio no exija la calidad de comerciante a los comisionistas, porque los considera auxilia res del comerciante, aunque no lo mencione textualmente, y por ello no -- les exige esta característica, pero si analizamos los supuestos para de-

terminar, cuando una persona debe ser considerada como comerciante, que nos enuncia Vicente y Gella Agustín (96), para lo cual recurre a varios autores, veremos como el comisionista debe ser considerado comerciante, tales supuestos son:

PRIMERO.- El comercio es una profesión, que se desarrolla por la serie de actos característicos (es decir mercantiles y en nuestro caso la comisión es uno de ellos) que el individuo realiza, a cuya actividad se dedica constantemente.

SEGUNDO.- Los actos han de ser mercantiles, y en este caso la comisión al serlo, cumple con este segundo requisito.

TERCERO.- Los actos han de ser ejecutados en nombre propio y --ésto se cumple si atendemos lo que determina el artículo 283 de nuestro Código de Comercio, el cual faculta al comisionista para actuar en nombre propio.

CUARTO.- Los actos han de ser ejercidos con habitualidad, es decir que el ejercicio de actos jurídicos en nombre propio sea constante.

Las anteriores características se cumplen en nuestro derecho, por lo que no nos extraña el porque el Código de 1884, si trataba profesionalmente a la comisión.

(96) Vicente y Gella, Agustín.- Introducción al Derecho Mercantil.- Editorial Labor, S.A.- 2a. Edición.- Págs. 67 y 68

Con todo lo anterior, es de considerar que tratándose de comisión, va a existir una que será considerada ordinaria y otra profesional, es esta última la que nos interesa ahora y a ella nos avocaremos, al tratar de las obligaciones y por ende de las responsabilidades en que incurre un comisionista de profesión cuando incumple, ya en el desarrollo de cada una veremos con más nitidez como son de aplicarse sólo a ellos.

Tenemos entonces, que del listado de obligaciones que nos señala el código son aplicables a este tipo de comisionistas las que a continuación analizaremos.

b) LAS RESPONSABILIDADES EN QUE INCURRE EL COMISIONISTA PROFESIONAL

Una de las obligaciones, es la marcada en el artículo 275 de nuestro Código Mercantil, que señala la libertad del comisionista para aceptar o rehusar el encargo conferido, y la obligación que tiene para en caso de rehusarla, avisar inmediatamente por el medio más idóneo, -- tal decisión. De la primera parte de este precepto, podemos decir, -- que sin voluntad, nadie está obligado a desempeñar un servicio, por -- lo que al comisionista le asiste el derecho de aceptar o rehusar la comisión, sin embargo, si llegare a decidir esto último, tiene la obligación de comunicarlo inmediatamente al comitente para no incurrir en responsabilidades por los daños sufridos a este último. Al respecto, nos indica Malagarriga "En el régimen que para las comisiones establecían --

las Ordenanzas de Bilbao, todo comerciante a quien otro encargarse la compra de cualquier género de mercaderías, debía atender el pedido, y lo mismo ocurría en el antiguo Derecho Italiano.

En la reglamentación actual de la comisión, el comisionista puede libremente aceptar o rechazar el encargo. Así lo dispone entre nosotros el artículo 235 del Código de Comercio.

Los inconvenientes que de ese régimen de libertad pudieran resultar, quedan compensados por la obligación que al que rechaza el encargo se impone de dar aviso dentro de las veinticuatro horas o por el segundo correo, bajo pena de responder de daños y perjuicios". (97)

Sobre esta misma obligación nos dice Constans lo siguiente: --
"El contrato quedará perfecto, una vez que el comisionista acepte.

La aceptación por parte de éste era obligatoria en los tiempos antiguos, cosa que se explica teniendo en cuenta que la clase mercantilera privilegiada y sólo podían ejercer el comercio, y por tanto el de comisión, los que estaban inscritos en las hermandades o corporaciones, por lo que no pudiendo acudirse, más que a un número determinado de personas, hubiera sido injusto permitirles que rehusaran, y consiguientemente difícil encontrar entre ellas quien aceptara. No es extraño, pues, que escritores como Casareis sostuvieron este principio; pero hoy que la

profesión de comerciante es libre, dicha obligación, con ser perjudicial, a nada conduce, así como estaba justificada. Por las mismas razones que antes lo estaba para los comerciantes, en la actualidad, se impone a los Agentes Colegiados, porque como el número de éstos es limitado y su intervención produce determinados efectos, no sería justo que quedasen privados de aquélla, si los pocos que había en la plaza se negaran a aceptar la comisión". (98)

Con lo anterior el citado autor, nos dice, que si bien en un tiempo no existía la libertad de aceptar o rehusar el encargo, por el número tan limitado de comerciantes, (y lo compara ahora con el número limitado de Agentes Colegiados, que si tienen la obligación de no rehusarse a aceptar lo que se les encomiende) en la actualidad la profesión de comerciantes ha aumentado considerablemente, por lo cual tienen la facultad de aceptar o rehusar la comisión, los comerciantes de profesión que la practican.

La razón de esta obligación nos dice Oscar Vázquez del Mercado es porque "La comisión se dá a comisionistas profesionales, pues a un médico, un ingeniero, etc., no se les puede obligar a realizar actos por el simple hecho de que se les encargue una comisión". (99) Y ampliándonos más sobre el particular Francisco Constans señala "Por lo que respecta a las obligaciones, aún cuando ni la aceptación del mandatario, ni la del comisionista pueden en buenos principios declararse obligatorias, ca

(98) Blanco Constans, Francisco.- Op. Cit.- Págs. 368 y 369

(99) Vázquez del Mercado, Oscar.- Op. Cit.- Pág. 77

be sin embargo, cuando se trata de un comerciante, hacerle que cumpla, - cualquiera que sea la rama del comercio a que se dedique, no sólo aquellos deberes que son inherentes al ejercicio de su profesión, sino cuantos estén inspirados en el interés general del comercio, dentro de lo -- que la equidad demanda, en armonía con la máxima comercial de verdad sabida y buena fe guardada, que no pueden ser exigidos a un simple particular, pues no hay razón alguna que justifique obligarle a que conteste, - por ejemplo rápidamente el correo o telégrafo, la no aceptación de un -- mandato..." (100).

Vemos pues que nuestro código, aún cuando no lo exprese, impone la obligación por igual, tanto al comisionista ordinario, como al comisionista profesional, de avisar si aceptan o no el encargo de acuerdo -- con los medios que se determinan, dependiendo del lugar en que se celebra el contrato. Situación similar guarda el Código de Comercio Chileno, según se infiere de la obra de Rafael Eyzaguirre (101), quien al analizar el artículo 243 del Código de Comercio que dice "El comisionista debe dar aviso a la brevedad posible al comitente, de su repulsa de la comisión...". encuentra que concuerda con el artículo 2125 del Código Civil - Chileno que establece "... las personas que por su profesión y oficio se encargan de negocios ajenos (Vg. los comisionistas), están obligados a - declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace, y transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación". Por lo que nos dice dicho autor, que la doctri

(100) Constan, Francisco.- Op. Cit.- Págs. 363 y 364

(101) Eyzaguirre, Rafael.- Op. Cit.- Págs. 248 y 249

na se encuentra dividida, al referirse a la aplicación del artículo 243 - del Código Mercantil Chileno respecto de los comisionistas, pues unos sostienen que sólo debe aplicarse al comisionista comerciante, más no al particular que se encarga ocasionalmente de un negocio, mientras que otros - se oponen a dicho criterio, sustentándose en que frente, al tenor claro - de la disposición no cabe al intérprete hacer distingos.

Por nuestra parte, nos inclinamos por el primer criterio, pues - es lo que tratamos de demostrar con el presente trabajo.

Ahora bien, ya hemos indicado anteriormente que esta obligación que le impone el código al comisionista, es uno de los efectos que produce el contrato de comisión, aún antes de perfeccionarse, aunado al segundo efecto, el de conservación del bien, obligación que se determina en - el artículo 277 de nuestro código, misma que debe aplicarse únicamente - al comisionista de profesión, más no al comisionista de ocasión, nos dice de lo anterior Rodríguez y Rodríguez "No se comprenderá este precepto, si no se tiene en cuenta el verdadero propósito del legislador. Es evidente que concebida la comisión como un acto objetivo de comercio, resulta absurdo suponer que un particular cualquiera, un médico, un abogado, - reciban de repente la comisión de vender un ganado, por ejemplo, que a su nombre se haya consignado en una estación de ferrocarril. Según esta norma, el particular, el médico o el abogado, tendrían que ocuparse - de realizar todas las gestiones necesarias para la subsistencia del gana

do hasta que el despreocupado comitente les nombrase un sustituto.

Hay que tener en cuenta que esta disposición, como toda la regulación de la comisión mercantil, descansa sobre el supuesto de que se trata de comisionistas profesionales; es decir, de personas que tienen como profesión el desempeño de comisiones. Respecto de éstas, resulta normal esta disposición". (102)

Es ésta básicamente la nota esencial que debe acompañar a los comisionistas profesionales, su profesión, pero es completamente claro el citado autor cuando nos dice, que no es la profesión de carrera universitaria, medicina, abogacía, ingeniería o cualquier otra similar, lo que debe revestir al comisionista profesional, no, lo profesión que debe ostentar dicho comisionista es la de ejercer el comercio profesionalmente de un modo habitual, como su modus vivendi, de tal suerte que la comisión la desempeñe en esas condiciones, solo así es posible entender aplicables todas las obligaciones emanadas del total de la regulación de la comisión en nuestro código, pues es preciso el referido autor, al indicarnos que en este supuesto de profesionalidad del comisionista, descansan no solo unos cuantos preceptos, sino toda la regulación de la comisión, con lo cual estamos de acuerdo completamente, pues debía existir una regulación exclusiva de la comisión ordinaria, y una distinta, aunque en el mismo código, de comisión profesional.

Como ya se dijo, toda la regulación de la comisión debe aplicarse a la comisión profesional, esto es, todos los preceptos que se engloben dentro de dicha regulación, todos, deben aplicarse en esos términos y no sólo algunos en especial, como lo hacía el Código de Comercio de 1884, cuyo artículo 187 se refería a la conservación de los efectos y se aplicaba de manera específica a la comisión profesional, según inferimos de la obra de Enrique Lelo (103), pues determinaba dicho precepto "El comisionista de profesión, aún rehusando la comisión tiene los siguientes deberes:

1°.- Hacer las gestiones conducentes para salvar de caducidad, prescripción u otro daño inminente, todo género de títulos y acciones, siempre que de la tardanza en promover viniere un perjuicio irreparable.

2°.- Dictar las medidas así de conservación de los efectos, como de precaución contra todo peligro que puedan correr, mientras el comitente determina a que persona se han de entregar.

3°.- Solicitar, si le conviniere, el depósito judicial de los objetos materia de la comisión, y la venta de los necesarios para reintegrarse, de los desembolsos hechos, en el caso de que no llegue a su poder por el segundo correo, en que deba recibirse, la respuesta relativa a su falta de aceptación". Y encontraba este precepto su responsabilidad por los daños y perjuicios hacia el comisionista en el artículo 196-

(103) Lelo de Larrea, Enrique.- Op. Cit.- Págs. 91 y 92

del mismo Código de Comercio de 1884 que determinaba "El comisionista es responsable de los daños y perjuicios, si no observare con puntualidad, - las disposiciones contenidas en las fracciones 1a. y 2a. del artículo -- 187..."

No obstante que solo parte de los preceptos que contemplaban la regulación de la comisión, en ese código de 1884 se refieren a la comisión profesional, fue con mucho, en relación con nuestro Código de Comercio vigente, mejor la regulación en el mismo, que en este actual.

De esta obligación de conservación que se imputa al comisionista de profesión, nos dice Garrigues citado por Garcíadiego "...el Código de Comercio Español (art. 248) impone una nueva obligación al comisionista que ha rehusado el encargo recibido. Consiste esta obligación en presentar la debida diligencia en la custodia y conservación de los efectos -- que el comitente le hubiere remitido hasta que éste designe un nuevo comisionista o hasta que, sin esperar nuevas designaciones, el juez o tribunal se haya hecho cargo de los efectos a solicitud del comisionista. - El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones mencionadas, constituye al comisionista en la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios que por ello sobrevengan al comitente". (104)

Por nuestra parte sentimos que estos efectos producidos por el contrato de comisión hacia el comisionista, aún antes de perfeccionarse -

son ejemplo típico para distinguir al comisionista ordinario del comisionista profesional, con lo cual no queremos decir, que todas las demás -- obligaciones, de las que ya hicimos un listado en el inciso anterior, no le sean aplicables al comisionista profesional, antes por el contrario -- nosotros concordamos exactamente con la opinión de Rodríguez y Rodríguez -- (105) en cuanto a que dichas obligaciones más que dirigirse al comisionista ordinario o de ocasión, se hicieron pensando que quien las iba a cumplir serían comisionistas profesionales, por lo que creemos no tendría -- sentido volver a repetir el listado de obligaciones a que hemos hecho referencia para indicar que deberán ser cumplidas por los comisionistas profesionales, solo podemos ratificar que se deben aplicar en su totalidad al comisionista profesional y por excepción y de manera parcial al comisionista de ocasión.

Solo por considerarlas de mayor interés, ampliaremos lo expuesto sobre algunas de las obligaciones que mencionamos en el citado listado del inciso anterior. Así tenemos primeramente la referida al desempeño -- total del encargo una vez que se ha aceptado o iniciado de manera tácita -- y que se contempla en el artículo 276 de nuestro Código Mercantil.

De dicha obligación podemos comentar la característica de indivisibilidad que se presenta en la comisión y que nuestro actual Código -- Mercantil no contempla de manera textual, como lo hacía en su artículo -- 180 el Código de Comercio de 1884, según vemos en la obra de Enrique Le-

(105) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín.- Op. Cit.- Pág. 36

lo (106) pues decía dicho precepto "La comisión es indivisible; no puede aceptarse solo en una parte, y dura mientras no esté desempeñada".

Malagarriga por su parte sobre este punto nos dice, refiriéndose al artículo 239 del Código de Comercio Argentino "...aceptado el encargo, debe cumplirse en su totalidad, y esto aunque sólo se haya aceptado parcialmente, pues partiendo de la base de que "la comisión es indivisible" el código (art. 239) establece que "aceptada en una parte, se considera aceptada en todo", se trata de una presunción contra la cual no podrá admitirse prueba al comisionista, como que ha sido creada en homenaje a los intereses del comercio. No puede entonces, alegarse que se aceptó parte del encargo.

También de acuerdo con este concepto debe interpretarse la posición final del artículo, cuando establece que la comisión dura mientras el negocio no esté completamente concluido". (107)

Por nuestra parte, sostenemos que la obligación de concluir la comisión por parte del comisionista, no se aparta del mismo, por alegar que entendió aceptado el encargo para realizarlo parcialmente y no en su totalidad, en todo caso solo se libraría de responsabilidades por suspender la ejecución del encargo, cuando el comisionista no haga la provisión de fondos necesaria, pero esto último en nada convalida o acepta el que la comisión se pueda desarrollar parcialmente.

(106) Lelo de Larrea, Enrique.- Op. Cit.- Pág. 91

(107) Malagarriga C., Carlos.- Op. Cit.- Pág. 89

Otra de las obligaciones que podemos comentar con mayor amplitud es la que se refiere al desempeño personal del encargo y a la delegación que puede hacerse del mismo, y que se encuentra sustentada en el artículo 280 de nuestro Código de Comercio.

En relación con dicha obligación, nuestro código es claro al señalar que la comisión debe desempeñarse en forma personal, pero respecto de la delegación de la misma, no es específico, puesto que no señala con exactitud, las responsabilidades en que puede incurrir el comisionista, cuando es él, quien se encarga de señalar la persona a la cual se va a delegar el encargo, de cuando toca al comitente designarlo, aún con autorización, en ambos casos. El Código de Comercio de 1884 en este sentido, detallaba en sus artículos 188 a 193 y 196 inclusive dicha obligación, según puede apreciarse en la obra de Enrique Lelo, decían dichos preceptos.

"Art. 188.- El comisionista debe desempeñar por sí mismo la comisión y no podrá delegarla sin previa autorización del comitente; con excepción del caso en que habiendo riesgo en la tardanza estuviere imposibilitado para obrar personalmente.

Art. 189.- El comisionista, si tiene facultad para elegir, hará la delegación en persona notoriamente honrada, capaz y solvente; y si no la tiene, en la que el comitente designe; procediendo a ello tan luego

como se proponga no hacer por su parte gestión alguna.

Art. 190.- Si el nuevo comisionista no aceptare, procederá en el acto al nombramiento de otro, en los casos en que pueda hacerlo, y en los demás dará al comitente sin demora el aviso respectivo.

Art. 191.- El comisionista queda libre de responsabilidad, - haciendo la delegación en la persona que designe el comitente; y la tendrá aunque subsidiario, si correspondiéndole la elección, la hace por -- falta de diligencia en persona que no tenga, al tiempo de delegarle, las cualidades necesarias.

Art. 192.- El comisionista participará en el acto al comiten te la delegación que ejecute, y el nombre y circunstancias conducentes - de la persona a cuyo favor la hiciere.

Art. 193.- Las delegaciones se haran siempre a nombre del co- comisionista que las autorice sin perjuicio de las responsabilidades que haya contraído.

Art. 196.- El comisionista es responsable de los daños y per- juicios, si no observare con puntualidad las disposiciones contenidas en las fracciones 1a. y 2a. del artículo 187; y si al tiempo de delegar la- comisión, no transmitiere con exactitud las instrucciones que haya reci-

bido". (108)

El Código de Comercio Chileno también contempla de manera pormenorizada esta obligación, según nos dice Rafael E. Izaguirre en su obra (109), pues nos señala que en el artículo 261 del referido Código se establece, que el desempeño de la comisión será personal y que no puede el comisionista delegar su encargo sin autorización explícita o implícita del comitente, entendiéndose continúa dicho autor, que hay autorización implícita para delegar el encargo, cuando el comisionista no puede obrar por sí mismo y existe peligro en la demora.

Y respecto a los efectos de la delegación, nos dice el mismo autor, éstos dependerán de que haya sido o no el comitente quien designara la persona en quien debe delegarse el encargo, ya que si ha sido el comitente quien designe a la persona, en ella deberá hacer la delegación el comisionista y no en otra persona, salvo que el designado hubiese perdido la probidad y la solvencia y se tratara de un negocio urgente, pues en caso de no requerir urgencia dicho asunto, bastará con que avise de tal situación al comitente para que él tome las medidas necesarias del caso.

Y si fuera el comisionista quien designara la persona indicada para delegarle las funciones, pues bien podría no hacerlo el comitente, o presentarse un caso como el que acabamos de comentar, en estos supuestos es responsable de los daños y perjuicios que se causen al comitente si el

(108) Lelo de Larrea, Enrique.- Op. Cit.- Pág. 92

(109) Izaguirre, Rafael E.- Op. Cit.- Pág. 251

delegado elegido por él no fuere capaz y solvente.

Consideramos que es suficiente con las obligaciones que hemos ampliado y mencionado, advirtiendo que las demás obligaciones que contempla nuestro Código Mercantil también son de sumo interés, pues en el incumplimiento de todas y cada una de ellas, en que incurra el comisionista encontraremos fincada una responsabilidad y por ende una sanción.

3.- LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTEGRANTES DEL CONTRATO FRENTE E LOS TERCEROS

a) LA RESPONSABILIDAD DEL COMITENTE.

Los efectos de la comisión mercantil se suscitan entre los integrantes del contrato, que conforman el elemento personal del contrato, y que no son otros que comisionista y comitente, es por ello que su eficacia se desarrolla únicamente entre ellos, tanto en su obrar en nombre propio del comisionista, que es, su actuación típica, como cuando obra en nombre de su comitente, actuaciones ambas que se encuentran contempladas en el artículo 283 de nuestro Código de Comercio que dice "El comisionista, salvo siempre el contrato entre él y el comitente, podrá desempeñar la comisión tratando en su propio nombre o en el de su comitente".

Tal pareciera, que el vínculo jurídico que se da entre el comisionista y el tercero contratante, fuera un efecto más del contrato de comisión, más esto no puede ser posible, ya que dicho efecto que se suscita, no es propio de la comisión, sino del contrato realizado en ejecución de ella, esto es, el contrato de comisión entre comitente y comisionista es una cosa, y el contrato entre el comisionista y el tercero contratante por la venta de tal o cual efecto en ejecución de la comisión es otra muy distinta, que Carrigues citado por Emilio Langle achaca a la representación cuando dice "Ningún contrato produce efectos jurídicos más que entre

las partes contratantes". (110) hasta aquí estamos de acuerdo, como lo expresamos arriba, pero más adelante, continúa refiriéndose al mandato - como sinónimo de comisión..." que el vínculo entre el mandante y los terceros que contratan con el mandatario, no puede ser un efecto del propio contrato de mandato sino que deriva de otra causa distinta, o sea de la representación. La representación por su naturaleza caé fuera del contenido puramente obligacional que constituye la materia propia y exclusiva de todo contrato". (111).

Nosotros concordamos con el citado autor, en cuanto a que la formación del vínculo que se suscita entre comisionista y terceros no deriva del contrato de comisión, como ya lo expresamos, pero disentimos de su opinión, en cuanto afirma que es un efecto de la representación, toda vez, que como ya lo dejamos asentado al comparar la comisión con el mandato, en la comisión no se dá la representación, luego entonces el vínculo jurídico que nace entre el tercero y el comisionista no puede provenir de la representación, sino del nuevo contrato que celebra el comisionista, y que lo lleva a cabo pensando en la realización de la comisión, de la cual puede o no estar enterado el tercero contratante, dependiendo de que medie o no el secreto de la comisión, en esta nueva contratación de tercero y comisionista.

Hemos señalado los efectos del contrato de comisión, para analizar la responsabilidad que en un momento dado, tendrá el comitente con -

(110) Langle Rubio, Emilio.- Temas de Derecho Mercantil, Editorial Reus; Madrid 1942, Pág.

(111) Idem

los terceros contratantes en la comisión, para dejar bien asentado lo ratificaremos una vez más, que en nada influyen el comitente y el tercero que contrata con el comisionista, cuando éste actúa en nombre de su comitente, y no nada más en este supuesto, sino también, cuando obrando en nombre propio no puede cumplir frente al tercero las obligaciones que le deriva el contrato, toda vez que el comitente no cumple con alguna de las obligaciones que le impone el contrato.

Tenemos entonces que entre las responsabilidades que le podemos fincar al comitente frente a los terceros contratantes figuran:

Primeramente, cuando el comisionista actúa en nombre del comitente, la relación jurídica si bien se dá entre ellos dos por efectos propios del contrato, no podemos decir lo mismo de las acciones que de él se derivan, puesto que las mismas, producen su efecto entre el comitente y los terceros contratantes, toda vez que el comisionista queda al margen del vínculo jurídico que se establece directamente entre el comitente y el tercero contratante, en este supuesto debe asumir las responsabilidades que nacen del contrato de comisión, el comitente, más no el comisionista, porque en este caso ni siquiera se rigen las relaciones como comisión, sino como mandato (artículo 285 del Código de Comercio) y por ende si el comisionista incurre en responsabilidades solo serán las que deriven propiamente de la comisión, por no cumplir la misma conforme a lo ordenado, pero frente a terceros no asume responsabilidad alguna, -

salvo que no haya obrado conforme a las instrucciones recibidas del comitente, como lo señala el artículo 289 de nuestro Código de Comercio que dice "En las operaciones hechas por el comisionista con violación o con exceso del encargo recibido, quedará a opción de éste ratificarlas o dejarlas a cargo del comisionista".

Se desprende del anterior supuesto que si el comitente no ratifica la violación del encargo por parte del comisionista por haberse apartado de las instrucciones recibidas del comitente, quedará obligado frente a los terceros contratantes, como si el negocio fuere suyo.

Otro tanto sucede cuando el comitente, no le avisa que la comisión ha sido revocada y el comisionista sigue actuando, pues todas las situaciones que practique después de la revocación quedan a su cargo junto con las responsabilidades en que incurra, que vendría a ser una segunda forma de responsabilizar al comitente frente a terceros si no cumple con avisar oportunamente de la revocación del encargo tanto al comisionista como al tercero contratante, determina al respecto el Código de Comercio en su artículo 307 "Quedando siempre a las resultas de las gestiones ya practicadas, el comitente podrá en cualquier tiempo revocar la comisión conferida al comisionista.

La revocación afecta únicamente al comisionista no puede ser opuesta a terceros contratantes que no la conocieron, salvo el derecho -

del comitente contra el comisionista".

Garrigues citado por Garcíadiego, sobre el particular nos dice "La revocación puede tener lugar antes o después de haber contratado el comisionista con el tercero. En el primer caso (reintegra) no hay dificultad porque aún no se ha creado ninguna nueva situación jurídica que afecte a terceras personas y todo se reduce a liquidar el contrato entre comitente y comisionista. Todo lo que a partir del conocimiento de la revocación haga el comisionista lo hará por cuenta suya y no por cuenta del comitente. En el segundo caso, cuando la cosa ya no está íntegra -- por haberse pactado el contrato que constituía el objeto de la comisión, hay que volver a distinguir: si el comisionista obraba en nombre propio, podrá obligar al comitente a que le facilite los medios económicos necesarios para el cumplimiento de todo lo pactado hasta el momento que conoció aquél la revocación. Si el comisionista obra en nombre de su comitente, éste quedará obligado frente al tercero a todo aquello que fue -- convenido por el comisionista antes de tener noticia de la revocación".

(112)

Por tanto nosotros inferimos que la responsabilidad corre a -- cargo del comitente por todos los actos que realice el comisionista, si no avisa oportunamente a éste y a los terceros contratantes que la comisión ha sido revocada.

También se constituye en responsable frente a los terceros si --

(112) Bauche Garcíadiego, Mario.- Op. Cit.- Pág. 258

no cumple, con enviar las provisiones oportunamente al comisionista cuando así se ha pactado en el contrato a causa de su incumplimiento se suspende la comisión, porque a nuestro modo de ver y en ésto concordamos -- con lo que dice Garrigues, sería tanto como revocar la comisión sin previo aviso del comisionista y del tercero contratante, nos dice Garrigues "En el supuesto de que el comitente no envíe los fondos en el momento -- oportuno se entenderá revocada la comisión, por hechos concluyentes ya -- que con su conducta está demostrando su voluntad de que la comisión no -- se realice". (113)

También podemos mensionar la responsabilidad de parte del comi tente frente a terceros, cuando caé en inhabilitación y en ese supuesto rescinde el contrato, porque el comisionista, puede legalmente seguir -- ejerciendo la comisión y los efectos de la misma seguirán surtiendo fren te al comitente. Por tanto si el comisionista contrata a nombre del co mitente, éste queda obligado frente a los terceros a responder de todo -- lo que resulte de la comisión, aún cuando el comitente, ahora inhabilita do, lo haya dado por rescindido, pues tal rescisión no tendrá lugar como lo señala el artículo 308 de nuestro Código de Comercio que dice "Por -- muerte o inhabilitación del comisionista se entenderá rescindido el con trato de comisión; pero por muerte o inhabilitación del comitente no se rescindirá, aunque pueden revocarlo sus representantes".

Finalmente podemos decir que será responsable el comitente --

(113) Bauche Garcíadiego, Mario.- Op. Cit.- Págs. 258 y 259

frente a terceros, cuando incumpla su obligación en el contrato de comisión y por dicho incumplimiento se suspenda la comisión porque en tal supuesto, la suspensión podrá tomarse como una revocación sin aviso hacia el comisionista o hacia el tercero, según inferimos nosotros del presente inciso.

b) LA RESPONSABILIDAD DEL COMISIONISTA

Toca ahora revisar cuando el comisionista es responsable frente a los terceros con quienes contrate en ejecución de la comisión, y cae en dicho supuesto en los siguientes casos:

En primer lugar, así como lo dispone el artículo 283 de nuestro Código de Comercio, el comisionista actúa en nombre propio, tratando el asunto como dueño, en este supuesto el comitente queda fuera del vínculo jurídico que se crea entre el tercero contratante y el comisionista, por tanto debe quedar libre de obligaciones y responsabilidades que se generan a cargo del comisionista, mismas que éste deberá asumir en su totalidad, como si el comitente no existiera, dado que no tiene ninguna obligación de declarar quien es el comitente como lo ordena el artículo 284 de nuestro Código de Comercio que dice "Cuando el comisionista contratarse en nombre propio, tendrá acción y obligación directamente con las personas con quienes contrate, sin tener que declarar cuál sea la persona del comitente, salvo en el caso de seguros".

Se encierran pues en el anterior precepto, tanto la asunción de obligaciones por parte del comisionista, así como el llamado secreto de la comisión, por el cual el tercero contratante desconoce en un momento dado si existe o no otra persona (comitente) detrás del comisionista. Rafael Eyzaguirre (114) nos dice refiriéndose al artículo 255 del Código de Comercio Chileno sobre el particular, que no importa incluso, que el comitente se halle presente en la celebración del negocio, participe como interesado en el negocio, o sea notorio que él mismo lo efectuó por su cuenta, aún así el comisionista se obliga personal y exclusivamente a favor de las personas que contratan con él, sin que el comitente asuma las obligaciones y responsabilidades que del contrato emanan y que son propias del comisionista, toda vez que trató el negocio como suyo, y persisten aún cuando cumpla con lo establecido en el artículo 256 del propio Código Mercantil Chileno, nos dice el citado autor, que autoriza al comitente a declarar a los terceros que contrataron con el comisionista que el contrato le pertenece, pues aún en ese supuesto, subsisten las relaciones entre el comisionista y los terceros contratantes.

La responsabilidad, por revocación del contrato, de parte del comisionista frente a los terceros contratantes solo opera si el comitente le informó con anticipación de la misma, por tanto si no fue informado en tiempo, la responsabilidad la tendrá el comitente por su omisión, y aún más sigue cargando con la misma, si avisa al comisionista, pero omite hacerlo al tercero que con él trató.

(114) Eyzaguirre, Rafael.- Op. Cit.- Págs. 252, 253 y 254

Finalmente señalaremos que incurre en responsabilidad frente - al tercero contratante, si se obliga a anticipar los efectos necesarios- para que la comisión inicie, y no cumple con la obligación, en este su- puesto, no solo es responsable frente al comitente, (quien confiado en - que el encargo ya se ha iniciado con los anticipos necesarios que está - aportando el comisionista por él, puesto que así pactaron, se desentien- de del asunto) sino que también es responsable frente al tercero contra- tante, quien actuando de buena fé y con el desconocimiento acaso de la - existencia del comitente, trata con el comisionista como único dueño -- del negocio, sin temor a que no se efectúe el mismo por la falta de pro- visiones, quizá el comisionista, en este caso no caiga en responsabili- dad puesto que antes de iniciar el negocio no existe relación entre el - comisionista y el tercero, aunque si incurriría en la misma frente a su- comitente por los daños y perjuicios que le resulten a éste último por - la omisión en el cumplimiento del contrato, más si ya hubiese mediado en tre comisionista y tercero una obligación de pago aplazada, en la que él está obligado a realizar la provisión de fondos y no lo hace, entonces - incurre en responsabilidad frente a dicho tercero, toda vez que, así co- mo el tercero no tiene por que saber en un momento dado de la existencia de un comitente, así tampoco tiene porque adivinar quien es el que hará- la aportación necesaria, por lo que lleva a cabo el contrato con la segu- ridad de que éste se va a realizar.

En suma será responsable de todas las obligaciones, el comisio-

nista cuando no cumpla con las mismas y cause daños y perjuicios a los -
terceros que con el contratan en cumplimiento del contrato de comisión,-
siempre y cuando actúe él en nombre propio o en situaciones como las que
se han descrito más arriba.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- No se conoce con precisión ni la época ni el lugar en que nace la comisión, pero sus orígenes nos remontan a la época de los egipcios. En Roma por su derecho familiar y solemne no se conoció esta figura, lo que se practicó fue la commenda que fue muy similar a la comisión, sin embargo la aparta a ésta las reglas del mandato que la habrían de regir en épocas posteriores.

SEGUNDA.- Con la aplicación de las reglas del mandato y el desarrollo del comercio, sobre todo el de importación y exportación, la figura adquiere un auge en aplicación y expansión territorial, por las ventajas que ofreció en quienes la utilizaron, desde su nacimiento hasta nuestra época incluso, ya que se utiliza para llevar a cabo nuevas operaciones mercantiles con su uso.

TERCERA.- El contrato de comisión cuenta con los mismos elementos del contrato en general y del contrato mercantil, pero utiliza de manera particular características que hacen muy peculiar y único este contrato.

CUARTA.- Si bien, los elementos que integran el contrato son los mismos que debe tener cualquier contrato en general, no puede decirse lo mismo respecto de las formalidades o requisitos que deben cumplir cuando se trata de el contrato de comisión puesto que las exigencias que les impo

ne el Código de Comercio a cumplirse en los mismos lo hacen ser diferentes a los de cualquier otro contrato tal se puede decir de la forma, el objeto, la capacidad, el silencio y algunos otros que no menciona pero - no por ello dejan de ser importantes como sería la profesionalidad como parte de la capacidad.

QUINTA.- El contrato de comisión cuenta con una peculiaridad propia, el actuar del comisionista cuando el contrato tiene por objeto la celebración de actos mercantiles, este actuar del comisionista en el negocio como si fuera dueño es lo que lo distingue de la representación, del contrato de trabajo, e incluso del propio mandato así como de algunos otros contratos afines como el contrato de agencia y otros.

SEXTA.- Existe basado en esta actuación del comisionista, un contrato representativo que no está regulado por la legislación mercantil, sino por el derecho común y que no es otro que el mandato mercantil, y existe a su vez un contrato no representativo regulado por el Código de Comercio que no es otro que el de la comisión mercantil, en el primero el comisionista no actúa por cuenta propia sino en nombre del comitente, en el segundo actúa en nombre propio por cuenta de su comitente tratándose en este caso como dueño en donde es responsable frente al tercero con quien contrata en tanto que en el primer caso la responsabilidad frente al tercero es a cargo del comitente por quien actúa.

SEPTIMA.- Existe un supuesto de responsabilidad propia del comisionista, que se basa prácticamente en la particularidad del contrato de comisión, la profesionalidad de quien asume las veces de comisionista, dicha profesión en él, le dá o hace que en él recaigan las responsabilidades que enmarca nuestro Código de Comercio aunque sea omiso a señalar dicha responsabilidad.

OCTAVA.- Por lo mismo de no señalarse en el Código de Comercio Vigente - la profesionalidad de comerciante que debe revestir todo comisionista, - queda obligado él mismo a asumir todas las responsabilidades que indebidamente le impone el referido Código Mercantil, por que lo que en nuestra opinión debe este último ser profundamente revisado en cuanto a este rubro de la responsabilidad pues al carecer de una especificación en -- cuanto a que dichas responsabilidades recaigan ya en comisionista profesional ya en comisionista ordinario, pues no hace tal distingo, impone las mismas responsabilidades por igual a ambos comisionistas al ordinario o de ocasión que al comisionista profesionalista.

NOVENA.- Las responsabilidades que impone el Código de Comercio Vigente al comisionista deben entenderse encaminadas a imponerse por regla general al comisionista profesional y por excepción al comisionista ordinario o de ocasión, y entendemos por profesionalidad de la comisión, no - la que deriva de una carrera universitaria, sino la derivada de la práctica continua del comercio y en ese sentido entiéndase la profesionalidad como el ejercicio continuo y profesionalista del comercio, es decir - el modus vivendi de una persona.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- Aguilar Carbajal, Leopoldo.

Contratos Civiles. Editorial Porrúa, S. A.
Primera Edición. México, 1964.

- 2.- Ascarelli, Tullio.

Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A.
Sexta Edición, México

- 3.- Bauche Garciadiego, Mario.

La Empresa Nuevo Derecho Industrial Contratos Comerciales y Sociedades Mercantiles. Editorial Porrúa, S. A. Segunda Edición. México 1983.

- 4.- Blanco Constans, Francisco.

Estudios Elementales de Derecho Mercantil.
Editorial Reus. Tercera Edición.

- 5.- Cervantes Ahumada, Raul.

Derecho Mercantil. Editorial Herrero, S.A.
Primera Edición. México, 1975.

- 6.- De J. Tena, Felipe.

Derecho Mercantil Mexicano. Editorial Porrúa, S. A. Tercera Edición. México.

- 7.- García Goyena, Florencio.

Febrero o Librería de Jueces Escribanos.
Editorial Imprenta y Librería de Gaspar Reig Editores. Novena Edición.

- 8.- Garriguez, Joaquín.

Curso de Derecho Mercantil. Editorial Aguirre Editores. México. 1940.

- 9.- Garriguez Joaquín.

Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S. A. Séptima Edición. México, 1981.

10.- Mantilla Molina, Roberto L.

Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S. A.
Cuarta Edición. México, 1984.

11.- Malagarriga, Carlos C.

Tratado Elemental de Derecho Comercial.
Editorial Argentina Editorial Tipográfica.
Primera Edición. Argentina.

12.- Puente y Flores, Arturo y
Calvo Marroquín, Octavio.

Derecho Mercantil. Editorial Banca y Co-
mercio, S. A. Vigésima Sexta Edición.
México, 1981.

13.- Ramella, Agustín.

Del Contrato de Cuenta Corriente del
Mandato Comercial y de la Comisión.
Editorial Editores Buenos Aires.
Argentina, 1951.

14.- Ripert, George.

Tratado Elemental de Derecho Comercial.
Editorial Tipográfica Editora Argentina.
Argentina, 1974.

15.- Rodríguez y Rodríguez, Joaquín.

Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A.
México, 1967.

16.- Rojina Villegas, Rafael.

Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa,
S. A. Tercera Edición. México 1977.

17.- Salandra, Vittorio.

Curso de Derecho Mercantil. Subtítulo
Obligaciones Mercantiles en General.
Editorial Jus. Año 1949.

18.- Vázquez del Mercado, Oscar.

Contratos Mercantiles. Editorial Porrúa,
S. A. Primera Edición. México, 1982.

19.- Vicente y Gella, Agustín.

Introducción al Derecho Mercantil. Edi-
torial Labor, S. A. Segunda Edición

20.- Uria, Rodrigo.

Derecho Mercantil. s/Ed. Novena Edición.
1974.