

308909
10
EJ2



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

INCORPORADA A LA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**LA CLAUSULA STAR DEL CREDERE
EN EL
CONTRATO DE COMISION MERCANTIL**

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MARIA DE LOS ANGELES DE LA FUENTE

DE LA FUENTE

DIRECTOR DE TESIS:

Lic. José Manuel Torreblanca Sentfes

México, D. F.

1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

I N D I C E

INTRODUCCION.....I

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTORICOS.

I.1. Prehistoria.....	1
I.2. Las Leyes Rodias.....	6
I.3. Derecho Romano.....	8
I.4. Edad Media.....	14
I.5. Era Moderna.....	23
I.6. Formación Histórica de la Figura del Comisionista.....	29
I.7. Regulación Jurídica de la Comisión.....	31

CAPITULO SEGUNDO

DEFINICION, CONTENIDO Y REGULACION JURIDICA

DE LA COMISION MERCANTIL

II.1. Concepto y Caracteres.....	36
II.2. Elementos del Contrato.....	41
II.2.a. Elementos Personales.....	41
II.2.b. Elementos Reales.....	46

II.2.c. Elementos Formales.....	48
II.3. Contenido Obligatorio del Contrato.....	51
II.3.a. Obligaciones del Comisionista.....	51
II.3.b. Obligaciones del Comitente.....	61
II.4. Derechos del Comisionista.....	66
II.5. La Autoentrada del Comisionista.....	69
II.6. Diversas clases de Comisión.....	71
II.6.a. Comisiones de Compra y de Venta.....	71
II.6.b. Comisión de Transporte.....	74
II.6.c. Comisión de Cobranza.....	76
II.6.d. Comisión de Garantía.....	77
II.7. Extinción de la Comisión Mercantil.....	77

CAPITULO TERCERO

DERECHO COMPARADO

III.1. España.....	84
III.2. Italia.....	95
III.3. Alemania.....	101
III.4. En otros países.....	104
III.4.a. Francia.....	104
III.4.b. Bélgica.....	106
III.4.c. Argentina.....	106
III.4.d. Colombia.....	107

CAPITULO CUARTO

LA CLAUSULA STAR DEL CREDERE EN EL CONTRATO DE COMISON MERCANTIL

IV.1. Origen Histórico.....	109
IV.2. España.....	118
IV.3. Italia.....	122
IV.4. México.....	124
IV.5. Figuras Afines.....	126
IV.5.a. Aval.....	126
IV.5.b. Fianza.....	129
IV.6. Análisis de la Cláusula Star del Credere y su conveniencia práctica dentro del Contrato de Comisión Mercantil.....	146
IV.6.a. La Cláusula Star del Credere como figura independiente.....	146
IV.6.b. Elementos primordiales que influyen en el Star del Credere.....	149
IV.6.c. Utilidad práctica que representa su utilización.....	163
CONCLUSIONES.....	V
BIBLIOGRAFIA.....	XI

I N T R O D U C C I O N

El artículo 273 del Código de Comercio, define a la comisión mercantil, como el mandato aplicado a actos de comercio.

En virtud de lo anterior es conveniente señalar que, en el contrato de comisión mercantil el comisionista puede actuar en nombre propio o bien, en nombre de su comitente; sin embargo, cuando esto último sucede, ya no se trata de un contrato de comisión mercantil y de un comisionista, sino de un mandato mercantil y de un mandatario el cual, ya no contrae una obligación propia, rigiéndose entonces sus actividades por las normas del Derecho común.

En consecuencia, observamos que el contrato de comisión mercantil, tiene un carácter no representativo: el comisionista ejecuta actos o practica operaciones mercantiles en nombre propio, pero por cuenta del comitente.

Por tal motivo, el comisionista queda obligado a realizar los actos encargados exclusivamente de acuerdo con los intereses del comitente.

Debido a que el comisionista actúa en su propio nombre, debe desempeñar por sí los encargos que recibe y no puede delegarlos sin estar autorizado a ello por el comitente.

Queda obligado asimismo, a informar oportunamente al comitente de todos los hechos o circunstancias, que por su naturaleza, puedan inducir a éste a modificar o revocar el encargo encomendado al comitente.

Por último, el comisionista también está obligado a rendir cuentas de su cumplimiento, una vez ejecutada la comisión.

Consecuentemente, el comisionista tiene derecho naturalmente, a ser retribuido por el trabajo que ha desempeñado.

Al realizar el estudio de la comisión mercantil en la legislación comparada, pudimos observar que, en otros países como es el caso concreto de España e Italia, se aplica a la comisión mercantil de compra o de venta, una cláusula denominada *Star del Credere* o comisión de garantía.

El contenido primordial de la citada cláusula es el siguiente: el comisionista se compromete a responder frente al comitente, ya sea en una forma parcial o total, del correcto cumplimiento de las obligaciones asumidas por las personas con quienes contrató, generándose así, una responsabilidad especial para el comisionista, quien por tal motivo, tiene el derecho a cobrar una comisión especial, que recibe el nombre de premio o comisión de garantía, independientemente del pago que recibe por la ejecución ordinaria del contrato en sí.

Dicha cláusula nos llamó la atención y por ello decidimos elaborar la presente tesis profesional, por considerar importante la inserción de la *Cláusula Star del Credere* en el contrato de comisión mercantil, debido a que para el comisionista representa un incremento notable en su pago, mientras que para el comitente, constituye una garantía relevante al tener seguridad completa de que el negocio que ha encomendado al comisionista, tendrá el fin deseado. Salvo claro está, que mediara un caso fortuito o de fuerza mayor.

También observamos que, en nuestro Código de Comercio no hay ninguna disposición que aluda a dicha

cláusula, ni aun que la prohíba; sin embargo, en el artículo 69 del citado ordenamiento, sí existe una prohibición expresa para los corredores, en el sentido de que no pueden garantizar los contratos en los que intervengan.

Dicha disposición estuvo en vigor hasta un mes después del 29 de diciembre de 1992, fecha en que se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal de Correduría Pública, que derogó el numeral indicado.

Luego entonces, la *Cláusula Star del Credere* bien puede ser incorporada al contrato de comisión mercantil, previo acuerdo entre las partes que van a celebrar el contrato por dos importantes razones: en primer lugar, porque se trata de una cláusula perfectamente lícita, ya que no existe ninguna disposición legal que la prohíba en forma expresa, ni es contraria a las leyes de orden público o a las buenas costumbres; y en segundo lugar, porque su incorporación al contrato aportaría beneficios a ambas partes: para el comitente, la certeza de que la obligación encomendada al comisionista tendrá un buen fin y, para el comisionista, un acrecentamiento en su remuneración ordinaria en virtud de la comisión normal, toda vez que el mismo, está asumiendo toda la responsabilidad por los terceros con quienes contrató.

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTORICOS.

I.1. PREHISTORIA.

En los orígenes de la humanidad, cuando los individuos vivían en agrupaciones -que por regla general, eran nómadas- surge el problema de como satisfacer las necesidades de ese grupo que va aumentando poco a poco.

Así pues, el jefe de la tribu distribuía entre sus miembros, los productos obtenidos en su territorio. (1)

Con el tiempo, dichos productos resultaron insuficientes pues había necesidades a las que no sabía darles solución; unas veces porque carecía de implementos de labranza o bien, teniéndolos en forma rudimentaria, no sabía qué destino darles; y otras, porque la escasez respecto a la caza y la pesca, reducía sus alimentos; aun cuando debido a las condiciones climatológicas de su territorio, no había determinados frutos, que sí existían en tierras vecinas pertenecientes a otras tribus y para evitar posibles peleas

(1) Cfr. Tena, Felipe de J., Derecho Mercantil Mexicano, Ed. Porrúa, S.A., México, 1978, p. 16.

al tratar de obtener esos productos, los jefes resuelven cambiar entre sí los artículos necesarios para el mantenimiento de su tribu. Empezaron con formas sencillas como es el caso del trueque, el cambio y la permuta; tipos de operación muy rudimentarios del comercio, gracias a los cuales podían intercambiar productos de todo género, ya fuesen del suelo o pertenecieran al uso cotidiano.

"Tan pronto como la economía cerrada o natural, en la cual cada grupo satisface íntegramente sus necesidades por sí mismo, resulta inadecuada la compleja organización de una sociedad, surge un fenómeno: el trueque, que tal vez en sí mismo, no pueda ser calificado de mercantil, pero que tiene como necesaria consecuencia el comercio". (2)

"De esta manera, se logran ciertos beneficios para la comunidad, se empiezan a ubicar determinados artículos para satisfacer ciertas necesidades y surge una nueva forma de apreciación: su valor de utilidad o de uso".

(3)

Esto significa que, se toma en cuenta el valor intrínseco de los artículos; sólo se les ve la necesidad que

(2) Mantilla Molina, Roberto L., Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, S.A., México, 1980, 20a. ed., p. 3.

(3) Gero, Francisco, El Derecho Comercial, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1965, p. 4.

por medio de ellos podrán remediar; surgen dificultades cuando las partes dan valor de cambio a sus productos, pues cada uno de ellos cree que los suyos son de mayor estima debido a las grandes dificultades que ha tenido para su elaboración, por lo que tomando en cuenta esta estimación, aparece otra modalidad: la permuta estimatoria o permuta por valor de cambio, de la cual deriva el darle un valor equitativo a los productos. Pongamos por caso, el cambiar unas pieles curtidas por una carga de trigo, más esto les resulta complicado y viene a poner término a esta lucha de evaluación de productos, la aparición de la moneda, gracias a la cual, surge un adelanto notable en el comercio puesto que, hay un patrón a seguir; se sabe que con determinadas monedas se adquirirán o se venderán ciertos productos, dando origen así a la compraventa, que trae como consecuencia la transacción comercial.

Dentro de la comunidad, algunos individuos observaron que al adquirir ciertos objetos y venderlos, podían obtener un lucro o ganancia, sin que ellos tuvieran que elaborarlos; asimismo, los artesanos y los labriegos ven la posibilidad de vender sus productos en forma rápida, sin tener necesidad de conseguir clientes y acuden a estos

pequeños comerciantes establecidos, pagándoles en moneda su valor.

"Empieza entonces la inversión del dinero para obtener una ganancia, nace el comerciante que realiza actos de mediación directa e inmediata, que en este comienzo lo son entre la producción y el consumo". (4)

Debido al auge que toman las actividades mercantiles, surgen paralelamente otras como son el transporte, el correo, que logra una mayor perfección; así como las entidades bancarias, las cuales otorgan créditos para incrementar las actividades mercantiles; es el momento en que nacen varias instituciones mercantiles.

"El comercio se ha presentado en todo tiempo y lugar, debido a que el hombre no puede bastarse a sí mismo, para satisfacer sus múltiples necesidades, requiere forzosamente de la cooperación de sus congéneres; gran verdad sentó Aristóteles al decir que el hombre es un animal político y su vida es alimentada por la vida de sus semejantes". (5)

(4) Garo, Francisco, Op. Cit., p. 5.

(5) Tena, Felipe de J., Op. Cit., p. 11.

De esta manera nace la necesidad de otorgar a cada uno de los miembros de la comunidad una tarea para que sea resuelta en conjunto a través de la colectividad, así también surge la necesidad de controlar las voluntades sin menoscabo alguno de sus intenciones; asimismo, existe la urgencia de que una autoridad marque las obligaciones de los integrantes de esa comunidad y además, que sean establecidas de acuerdo al interés común.

Es por lo anterior que, en los pueblos más antiguos encontramos normas reguladoras de los nacientes actos de comercio como lo son Babilonia, Egipto, Grecia, Fenicia, Rodas, Roma, etc., siendo las más destacadas las Leyes Rodias, elaboradas sobre derecho marítimo y más tarde, al ser incorporadas al Derecho Romano, alcanzaron fama.

I.2. LAS LEYES RODIAS.

Como hemos dicho anteriormente, los pueblos más sobresalientes en materia mercantil fueron Fenicia, Egipto, Rodas, Grecia, etc., y de sus grandes actividades se derivó probablemente, la existencia de un derecho consuetudinario o escrito, que vino a reglamentar las necesidades económicas de los pueblos mercantes.

En otros tiempos, sólo los hombres acaudalados podían enviar su cargamento por vía marítima ya que, los comerciantes eran por regla general, dueños del barco en que se enviaban las mercaderías. Los peligros que implicaba el viaje eran grandes y si el barco naufragaba, las pérdidas resultaban cuantiosas; por todo esto y más, se empezaron a dictaminar leyes y ordenamientos que regulaban dichas situaciones ocurridas en alta mar.

"Atención especial merece el derecho de la Isla de Rodas, habitada por un pueblo heleno, cuya legislación referente al comercio marítimo alcanzó tal perfección, que un emperador romano, Antonino, hubo de declarar que así como a

él le correspondía el imperio sobre la tierra, a la Ley Rodia incumbía el del mar". (6)

"A través de su incorporación en el Derecho Romano, las Leyes Rodias han ejercido un influjo que perdura en nuestros días y esta es la echazón (reparto proporcional, entre todos los interesados en la suerte de un buque, del valor de los objetos que se echan al mar para salvarlo); está incluida en la regulación que casi todos los códigos de comercio hacen de las averías comunes y conserva los caracteres con que la establecieron las leyes rodias". (7)

(6) Mantilla Molina, Roberto, Op. Cit., p. 4.

(7) IBIDEM.

I.3. DERECHO ROMANO.

En el sistema del Derecho Romano se encuentran normas aplicables al comercio, pero no una distinción formal entre derecho civil y mercantil.

Se ha pretendido explicar la falta de un derecho mercantil autónomo en Roma y aun la escasez de las disposiciones referentes al comercio, lo cual pensamos se haya debido, a la flexibilidad de su derecho pretorio que, permitía encontrar la solución adecuada a las necesidades de cada caso, satisfaciendo así las propias del comercio.

Debido a las nuevas necesidades comerciales y al desarrollo de la vida social y civil, en Roma no fue necesario un derecho mercantil especial, pues bastó con adaptar el tradicional derecho civil a las nuevas exigencias del comercio. (8)

De esta manera, nos encontramos con un derecho exento de formas, regulador del comercio, aplicable a romanos y a extranjeros; se trata del *ius gentium*, cuya fase se

(8) Cfr. Iglesias, Juan, Derecho Romano, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 103.

extiende, desde el final de la segunda guerra púnica -201 A. de C.- hasta la muerte de Alejandro Severo -235 D. de C.-, cuando cesa el predominio de Roma y de Italia. Es la época de la expansión y dominación mundial. La jurisprudencia, el edicto pretorio y la legislación imperial son los factores que contribuyen a la formación y desenvolvimiento del derecho cosmopolita.

El *ius gentium* es un *ius civile* abierto y progresivo, en el que prevalece el principio de la libre forma contractual.

En Roma se desconoció completamente el contrato de comisión mercantil.

"La necesidad de este contrato no se hizo sentir en Roma, en razón de que el comerciante se servía de sus propios hijos y de los esclavos, como colaboradores de las operaciones del comercio". (9)

Sin embargo, existe dentro de la estructura contractual romana una figura jurídica: la *emptio-venditio* o compraventa, cuyas características principales se asemejan a

(9) Bauche Garciladiego, Mario, La Empresa. Nuevo Derecho Industrial: Contratos Comerciales y Sociedades Mercantiles, Ed. Porrúa, S.A., México, 1977, p. 228.

las funciones realizadas por el clásico comerciante de la Edad Media; mismo que consideramos como uno de los precursores remotos del moderno comisionista.

A manera de un breve resumen, analizaremos los rasgos fundamentales que caracterizaban a la compraventa romana:

La *emptio-venditio* era un contrato consensual, por el que una de las partes -vendedor- se obligaba a transmitir la posesión de una cosa y asegurar su pacífico goce -*habere licere*-, en tanto que la otra -compradora- asumía la obligación de entregar en propiedad, una suma de dinero -*pretium*-. Tenía efectos obligacionales únicamente, tanto para el comprador como para el vendedor. Se entregaba tanto la cosa como el precio. De ella no nacía un derecho real a favor del adquirente, ya que la obligación de transmitir y la efectiva transmisión se producían con independencia.

El objeto de la compraventa -*merx*- podía ser una cosa corporal o incorporeal, así como presente o futura.

Según los sabinianos, cualquier cosa podía servir de precio *-pretium-*. Prevalece sin embargo, la doctrina proculeyana, luego acogida por Justiniano, de que el precio debía consistir en una suma determinada de dinero.

El comprador viene obligado a pagar el precio *-pretium dare-*, esto es, a transmitir al vendedor la propiedad en monedas.

Por otra parte, la responsabilidad por la custodia, que incumbía al vendedor, limitaba los riesgos del comprador a los casos de pérdida o deterioro accidental de la cosa. Finalmente, las partes podían proveer una distinta regulación del riesgo, mediante la inserción en el contrato, de las oportunas cláusulas.

El vendedor se obligaba a transmitir al comprador la posesión pacífica de la cosa. Esta sola atribución posesoria subsiguiente al cumplimiento de tal obligación, viene calificada como *habere licere*.

Existía pues, la obligación de procurar el *habere licere*, pero nunca la de transmitir la propiedad, hasta el

punto de que, si mediaba un pacto sobre ese extremo, quedaba excluida la compraventa.

"Para evitar los inconvenientes de esta singular estructura de la venta romana, se concedía la *usucapio*, por lo cual el comprador poseyendo, según los casos, por uno o dos años la cosa, adquiría el *dominium* sobre ella con base en el título *pro emptore*; y en el interín, el pretor le concedía la *actio Publiciana*, cuando la cosa le había sido entregada".

(10)

Entregada la cosa, el vendedor respondía del *habere licere* es decir, de la privación de la posesión y el disfrute que pueda sufrir el comprador como consecuencia de una sentencia condenatoria.

"Como antecedente de la clásica compraventa romana, encontramos también estipulaciones recíprocas; unas, para fijar los principales deberes del comprador y otras, para fijar los deberes esenciales del vendedor. Esta práctica corresponde al típico espíritu del derecho primitivo, con su señalada tendencia a construir una relación bilateral con dos relaciones unilaterales. De este modo, un contrato más tarde,

(10) Sánchez Meda, Ramón, De los Contratos Civiles, Ed. Porrúa, S.A., México, 1978, p. 118.

esencialmente bilateral y por tanto, en la época clásica, *bonae fidei*, podía recibir en tiempos preclásicos un carácter *stricti iuris*". (11)

(11) Merqadant S., Guillermo, F., Derecho Romano, Ed. Esfinge, México, 1978, 8a. ed., p. 402.

1.4. EDAD MEDIA.

Aparece la Edad Media que trae consigo un adelanto para la legislación comercial y derrumbando al Imperio Romano, surge en Europa la anarquía. Carlomagno pudo establecer cierto orden social, el cual no tuvo éxito pues el feudalismo con su gran poderío, es nuevamente un obstáculo para el progreso mercantil. Tiempo después, surgen las Cruzadas y viene una época floreciente para el comercio, naciendo centros de gran poderío comercial, por lo que el antiguo derecho romano a pesar de su gran amplitud, resulta inoperante.

"Queda por ver -y es una cuestión esencial- cómo se formó la clase mercantil, que ha sido el instrumento del comercio. La cuestión es muy difícil, a causa de la escasez de documentos que poseemos y, sin duda, jamás será completamente esclarecida". (12)

Los comerciantes o mercadores, son hombres nuevos. Aparecen como creadores de una riqueza nueva, que se encuentra al margen de los que detentan el poder de la

(12) Pirenne, Henri, Historia de Europa, Desde las Invasiones al Siglo XVI. Traducción de Juan José Domenchina, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 153.

antigua fortuna territorial y que son completamente distintos.

Fue en las ciudades de la Italia septentrional y de la Provenza por una parte y por otra, en los burgos de la región flamenca, donde se formaron las primeras colonias mercantiles. Por lo mismo que aventajaron al resto de Europa en la historia del comercio, estos dos territorios conocieron las primeras manifestaciones de la vida urbana. En el siglo X, los comerciantes fundan aquí y allá, establecimientos acerca de los cuales se sabe poco en realidad; en el siglo XI, éstos se multiplican, cunden y consolidan. Por entonces, tanto en la ciudad como en el burgo, los comerciantes desempeñan el papel principal. La vida comercial se impone a la vida agrícola y su oposición hace surgir conflictos y necesita utilizar recursos mediante los cuales elabore, a través de una multitud de ensayos locales, un nuevo orden de cosas.

La llegada de los mercaderes, trastueca todas las costumbres y produce en todos los dominios una verdadera revolución. A decir verdad, son considerados como intrusos, a quienes el orden tradicional no deja ningún sitio. Con ellos aparecen, no solamente el espíritu de lucro y de empresa,

sino también el trabajo libre, la profesión de independientes, igualmente desligada de la tierra y de la autoridad señorial y sobretodo, la circulación del dinero.

A estos caracteres ya tan sorprendentes en la colonia mercantil, hay que añadir todavía otro: la rapidez de su crecimiento. (13)

Las actividades genuinamente comerciales, necesitaban ser reguladas jurídicamente, de manera que les permitieran desenvolverse con mayor elasticidad y prontitud que los negocios del tráfico civil.

En las corporaciones y en las ciudades, la forma más elevada de la economía común era la del artesano y la del comerciante. Esta se hallaba favorecida y respetada, ya que el genio y el poder de los hombres, hacen vivir noblemente a los pueblos con las empresas comerciales y marineras que daban riqueza y fama a los jefes y a las masas. Un derecho personal a la profesión y a la libre ordenación de las relaciones; las cuales se organizan en torno a las corporaciones y a las empresas de artesanos y mercaderes; se va afirmando frente al derecho común -cerrado a toda

(13) Cfr. Pirenne, Henri, Op. Cit., p. 159.

innovación- frente al derecho de casta y al feudal. Las corporaciones son la fusión de unos hombres libres que regulan el papel que a cada uno de ellos corresponde representar en la vida social.

"Surgió pues, entonces, por espontánea virtud, un nuevo derecho constituido primero por la costumbre, cristalizado después, de ciertas leyes escritas que recibieron el nombre de estatutos y cuyo conjunto forma el derecho estatutario". (14)

"El derecho mercantil, nacido en pleno esplendor de las repúblicas italianas, eleva y propaga por el mundo, el derecho de la persona y el derecho de la libertad. Abrió paso franco a toda idónea actividad personal contra el feudalismo, a toda osada forma de trabajo encaminada al bien común". (15)

No se trata de un derecho de privilegio, no es el derecho de una clase que se sobrepone a las demás sino que, por el contrario, es un derecho que se convierte en derecho estatutario y ciudadano. Toda la vida de las ciudades se rige

(14) Tena, Felipe de J., Op. Cit., p. 26.

(15) Mossa, Lorenzo, Historia del Derecho Mercantil en los Siglos XIX y XX, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 1.

ya según el derecho mercantil y el derecho común no regula sino lo referente a la familia y a la tierra.

En la segunda parte de la Edad Media, hay una intensa actividad mercantil, teniendo como antecedente directo a las corporaciones, ya que con el gran sentido de asociación que tuvieron los trabajadores libres para ir en contra del despotismo de los feudales, llegaron a ser tan poderosas que, se empiezan a reconocer privilegios y derechos, empezaron a elaborar sus ordenamientos, pero a medida que la actividad comercial crecía, surgían nuevas normas, lo que da nacimiento -como en párrafos precedentes se ha dicho- al derecho especial formado por las necesidades cotidianas de la clase mercantil.

De una forma somera, trataremos en este punto, el desarrollo del derecho estatutario, ya que él constituye el primer indicio del derecho mercantil autónomo.

Al frente de las corporaciones, estaban uno o varios cónsules, en cuya función duraban de seis meses a un año; cada cónsul al entrar a desempeñar el cargo, juraba administrar bien la corporación y publicaba su juramento, el cual era escrito en latín y en primera persona, conteniendo

reglas administrativas, procesales, etc.; tiempo después, se redactaron en lengua vulgar, en forma impersonal y aumentando las reglas de derecho privado. Estos juramentos y las decisiones de los consejos y de las asambleas, se transcribían en volúmenes llamados estatutos, en orden cronológico, mas no había ningún control para su elaboración; en varias ocasiones eran contradictorios o bien, se repetían, por lo que acordaron que, de los comerciantes más acreditados se formara una magistratura especial, temporal o permanente y dicha magistratura se le conocía con el nombre de *statutoi* o *emendatori*; por lo que los contratos de cambio, de sociedad, de quiebra y las reglas del procedimiento, encontraron en estos estatutos una disciplina cada vez más metódica.

Guiada por dichos estatutos y por los usos, la justicia se administró en primera instancia por cónsules, en la misma residencia del consulado, con la asistencia de un jurisconsulto o de dos comerciantes, en forma sumaria, en brevísimos plazos de dos o tres días, los litigantes comparecían, pues estaba prohibida la asistencia de abogados y patronos. Una vez terminada la discusión, el tribunal dictaba sentencia. En principio, la apelación era improcedente y en aquellos negocios que permitían tal recurso, de él conocían otros comerciantes matriculados,

designados a la suerte, los cuales recibían el nombre de *supraconsoli*.

Cuando ambos fallos eran contradictorios, se podía recurrir a una tercera decisión pronunciada por el Consejo General de Mercaderes, quienes optaban por alguno de los fallos precedentes; de esta práctica se vislumbra el incipiente derecho mercantil.

Los cónsules y supracónsules se basaban en la experiencia cotidiana de los negocios, los estatutores redactaban y revisaban los estatutos y la asamblea general que debía aprobarlos, todos ellos eran comerciantes.

"De esta manera, las resoluciones de los tribunales comerciales fueron recopiladas en forma original, redactadas en términos generales y ordenadas sistemáticamente, formando estatutos y ordenanzas que, diferían de una a otra ciudad". (16)

Esta legislación estatutaria, es la que controló la actividad mercantil en Italia desde el siglo XII hasta

(16) Mantilla Molina, Roberto L., Op. Cit., p. 5.

principios del siglo XIX, de la cual se han derivado los códigos vigentes.

I.4.a. APARICION DE LOS PRINCIPALES ORDENAMIENTOS JURIDICOS EN MATERIA MERCANTIL.

En el siglo XII, las ciudades alemanas importantes, comenzaron a coaligarse para protegerse de los continuos abusos propios de la época. Este movimiento fue iniciado por localidades como Hamburgo y Lúbeck y pronto se les unieron otras más, hasta que todas ellas formaron la poderosa Liga Hanseática.

"Durante unos dos siglos, esta Liga protegió eficazmente el comercio estableciendo bases comerciales importantes, obteniendo así un gran poder político. Se reunía en Asambleas, aprobando reglas para sus miembros. Las Actas de Asambleas de la Liga Hanseática contenían normas que se aplicaban en el mar del Norte". (17)

Al mismo tiempo, se fueron condensando las costumbres relativas al comercio marítimo en otros ordenamientos mercantiles conocidos, tales como las Capitulare Nauticum de

(17) Mantilla Molina, Roberto L., Op. Cit., p. 5.

Venecia; la Tabla Amalfitana de Amalfi; los Roles de Oberón en Francia; las Leyes de Wisby en Inglaterra y aun antes, las Costumbres de Tortosa y el Consulado del Mar en España (siglo XIII).

El derecho mercantil terrestre se refleja en una serie de normas y disposiciones estatutarias, dictadas por los gremios y corporaciones en el primer tercio del siglo XIV, los más antiguos. El derecho estatutario italiano, jugó un papel preponderante en esta elaboración, a la que contribuyeron en gran medida, las costumbres mercantiles de las ferias españolas (Medina del Campo especialmente), francesas y centroeuropeas.

1.5. ERA MODERNA.

"El final del siglo XV y el siglo XVI son, en todos los dominios, tanto en la política, la economía, como en el campo del pensamiento, una época de transformaciones que marca claramente el advenimiento de los tiempos modernos". (18)

La transformación fue dada por el espíritu renacentista en la mentalidad europea, tanto en el aspecto social, como en el económico, el comercio en especial, tuvo un poderoso impulso durante esta época de sorprendentes cambios. "La capilaridad que había existido en las corporaciones de la Edad Media, cedió su lugar a un espíritu de casta; los comerciantes se enriquecieron y alcanzaron gran importancia así como los banqueros; la separación entre las clases sociales se agudizó". (19)

De esta forma nos encontramos con la aparición de la brújula, la cual cambió por completo el carácter de la navegación, ya que los navegantes no sólo transitaban ya por

(18) Enciclopedia Autodidáctica Guillet, Tomo I., Ed. Argentina Aristides Guillet, Buenos Aires, 1952, p. 436.

(19) Scheffler A. Xavier, Historia del Pensamiento Económico, Tomo I, Ed. Trillas, S.A., México, 1974, p. 115.

los mares interiores, sino que recorrían nuevas rutas a través de los océanos, dando lugar a importantísimos descubrimientos y a un provechoso desarrollo del comercio.

La apertura de estas nuevas rutas comerciales, se debió a dos grandes motivos: La caída de Constantinopla y los grandes descubrimientos geográficos:

Lo anterior produce los siguientes resultados:

- Al apoderarse los turcos de Constantinopla en 1453, quedaron cortadas las antiguas rutas de occidente con Asia. Pero los nuevos Estados en lugar de resignarse con los acontecimientos, van a tratar de encontrar una nueva solución al problema del comercio con los países asiáticos.

- Las naves de Enrique el Navegante pasan la línea del Ecuador, doblan el Cabo de Buena Esperanza y llegan finalmente a la India en 1498; de ahí pasan de Malaca hasta China.

- Buscando un camino más corto para llegar a la misma meta, Cristóbal Colón descubre América en

1492. Poco tiempo después, tendrían lugar las conquistas de México y del Perú y toda una serie de descubrimientos geográficos de gran importancia: casi todo el continente americano, Filipinas, Japón, etc.

Los descubrimientos anteriores tuvieron como consecuencias:

- El desplazamiento de los antiguos ejes comerciales; Venecia cede su sitio a Lisboa y a Sevilla. Estos son los puertos que ligan a toda Europa con las Indias Orientales y con América.

- La apertura de inmensos mercados: Por Lisboa y Sevilla afluyen a Europa toda clase de productos coloniales que van a transformar la economía europea -el maíz, la papa, el tabaco, las especias y, sobretodo, el oro y la plata-. Las especias y toda clase de productos asiáticos, inundan los mercados de Europa. América y Asia ofrecen grandes mercados a los productos europeos.

- La afluencia de metales preciosos: De 1450 a 1560, los portugueses llevan oro africano del Sudán y Etiopía a Portugal. Esta gran afluencia se debe a la explotación de las minas en América.

"Hacia 1550, las minas de plata del Perú y de México, comenzaron a suministrar a España lingotes de ese metal que circularon enseguida por toda Europa en forma de monedas. Semejante inundación de metales preciosos, disminuyó el valor adquisitivo del numerario, y tuvo por consecuencia un alza general de precios". (20)

1.5.a. SURGIMIENTO DE NUEVOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS EN MATERIA MERCANTIL.

La formación de los Estados nacionales que ocurre en la Edad Moderna, impone una cierta concentración legislativa. Aparecen las grandes Ordenanzas francesas del comercio terrestre (1673) y marítimo (1681), las Ordenanzas españolas de Burgos (1538), Sevilla (1554) y Bilbao (1459, 1560 y 1737).

(20) Pirenne, Henri, Op. Cit., p. 367.

La Revolución Francesa rompió los moldes tradicionales e inició la época de la codificación. El Código de Comercio Francés de 1808 fue decisivo como modelo seguido en casi todos los países civilizados.

Igualmente, deben citarse los Códigos de Comercio de 1829, obra de Don Pedro Sáenz de Andino, el cual fue considerado por la doctrina como el código más perfecto de la época; el Código de Comercio de Albertino de 1844 y el Código General de Comercio Alemán de 1861.

En la evolución posterior, en Francia sigue vigente el Código de 1808 con sus respectivas modificaciones y leyes complementarias.

En Italia, después del Código Albertino, entraron en vigor los Códigos de Comercio de 1865, 1882 y el Código Civil de 1942, en el cual se encuentra comprendida gran parte del derecho mercantil.

En España, el Código de Comercio de 1829 fue reemplazado por el de 1865, el cual no es superior a su antecesor.

En Alemania, el Código de Comercio Alemán de 1900, es uno de los más comentados que se hayan elaborado.

Finalmente nos encontramos con el Código Suizo, mismo que merece mención especial en lo que respecta al tema de las obligaciones en materia mercantil.

Con lo antes expuesto, damos término a una breve relación de los principales códigos extranjeros que constituyeron los pilares decisivos para la adecuada y correcta reglamentación del comercio. Más adelante podremos observar con mayor detenimiento a los mismos, en cuanto a la regulación específica que hacen del comisionista.

1.6. FORMACION HISTORICA DE LA FIGURA DEL COMISIONISTA.

El Contrato de Comisión es de origen relativamente moderno; apareció en el siglo XVII.

Primitivamente, los comerciantes llevaban sus géneros a los mercados para venderlos; luego encargaban de ello a un portador o factor creándose posteriormente, factorías en los sitios de más activo tráfico comercial, trayendo como consecuencia la aparición de los comisionistas, los cuales por una retribución, desempeñaban las funciones mercantiles encomendadas por sus comitentes, actuando por cuenta de éstos y generalmente en nombre propio, con la peculiaridad de que el nombre de quien confería el encargo, quedaba completamente en silencio.

"Esta característica de la comisión mercantil tiene su explicación histórica, ya que el fundamento de esta institución se halla en la circunstancia de que los comerciantes extranjeros o forasteros, podían utilizar el prestigio y el crédito de los comerciantes de la plaza en la

que querían operar, al hacer éste la operación en su nombre y por cuenta de aquél". (21)

De ahí que el comisionista, estipulaba un pacto - negocio de ejecución- en interés de su comitente. (22)

Por todo lo antes mencionado podemos concluir precisando que, el precursor más remoto del moderno comisionista se encuentra en la persona que viajaba a países extranjeros y admitía de sus compatriotas, mercancías que llevaba él consigo para venderlas durante su viaje, obteniendo así una determinada retribución por dicho servicio.

"Surge entonces la figura del comisionista con su fisonomía más moderna como comerciante, cuyo comercio consiste en realizar operaciones mercantiles por cuenta de otros comerciantes". (23)

El negocio de comisión como acto mercantil necesario, se desarrolló junto al comercio de importación y exportación de mercancías, lo cual sirvió al comisionista

(21) Garrigues,, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, México, Ed. Porrúa, S.A., Tomo I, 1977, 7a. ed., p. 220.

(22) Cfr. Sánchez Calero, Fernando, Curso de Derecho Mercantil, México, Ed. Porrúa, S.A., 1974, p. 97.

(23) IBIDEM.

como enlace entre el comerciante nacional y el extranjero".

(24)

1.7. REGULACION JURIDICA DE LA COMISION.

En la formación del Derecho Mercantil Mexicano, desempeñó un papel muy importante la creación del Consulado de México en 1592. Las Ordenanzas de los Consulados de Burgos y Sevilla tuvieron aplicación ante el Consulado, hasta la formación del mismo en México, cuya aprobación fue dada en 1604.

Las Ordenanzas de Bilbao se impusieron en la práctica y fueron de general observancia; en las mismas se consignaba que el comisionista actuase en su propio nombre. Tuvieron vigencia legal hasta la promulgación del primer Código de Comercio Mexicano el 16 de mayo de 1854, muy influido a su vez por el Código Español de 1829, el cual permitía que el comisionista actuase en nombre propio o en el de su comitente.

"Más adelante, el Código de Comercio de 1883, da una definición perfecta del comisionista al decir que es la

(24) Cfr. Garrigues, Joaquín, Op. Cit., p. 221.

persona o compañía que por su ocupación habitual, ejecuta actos o practica operaciones mercantiles en su nombre y bajo su responsabilidad, pero por cuenta y riesgo de otra". (25)

Las ventajas del comisionista que contrata en su propio nombre son las siguientes:

"I. El comitente suele ser desconocido en el lugar donde el comisionista opera -en el extranjero, por lo general-; de esta manera puede aprovechar el crédito y las relaciones comerciales del propio comisionista.

II. Puesto que el comisionista se ofrece al tercero con quien contrata como dueño del negocio, queda a virtud de esta apariencia, ampliamente legitimado frente a la otra parte contratante, sin necesidad alguna de un apoderamiento que resultaría incompatible con la anterior ventaja.

III. Actuando el comisionista en su propio nombre, facilita el secreto de las operaciones de su comitente, quien de esta manera, puede eludir naturalmente

(25) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Derecho Mercantil, México, Ed. Porrúa, Tomo II, 1980, p. 34.

ciertas prohibiciones y especiales tributos a los comerciantes". (26)

En el Código de Comercio Alemán del 10 de mayo de 1897, se dice que el comisionista es el comerciante cuya profesión consiste en comprar o vender mercancías o valores en su propio nombre y por cuenta de un comitente.

Naturalmente, sólo un comerciante puede ser comisionista, ya que la comisión es un acto anexo al comercio. En algunas legislaciones como la alemana, también un no comerciante puede ejecutar un contrato de comisión mercantil.

No obstante lo dicho, las normas relativas a la comisión se aplican al acto aislado de un comerciante que no es comisionista, lo que destruye el principio de la profesionalidad absoluta de la comisión.

En el Código Suizo de las Obligaciones de 1911, al reglamentar la comisión de compra y de venta y las disposiciones del mandato, comprende también los seguros, libros, alquiler de artículos, etc.

(26) Garrigues, Joaquín, Op. Cit., p. 222.

Para nosotros, poder saber si se trata de un verdadero contrato de comisión mercantil, debemos partir del acto que lo originó, ya que si es un acto de comercio, estamos en presencia de una auténtica comisión mercantil, y si no, porque sea civil, podemos estar en presencia de un mandato para actos de administración o de dominio.

El Código de Comercio Francés de 1807, ha originado inacabables controversias en torno a los contratos de mandato y comisión, al establecer que los deberes y los derechos del comisionista que obra en nombre de un comitente, son determinados por el Código Civil.

En cambio, en el proyecto preliminar del actual Código de Comercio Italiano, se hace hincapié en el carácter de individualidad o especialidad de los actos realizados por el comisionista. En él se dice que, la comisión tiene por objeto una o más operaciones de comercio, individualmente determinadas, que ejecutará el comisionista, por cuenta del comitente.

A este efecto, Felipe de J. Tena opina que, la diferencia no estriba en el carácter de individualidad que

éstos atribuyen exclusivamente a los actos propios del comisionista. (27)

En el Derecho Anglosajón -inglés y norteamericano-, no existe el contrato de comisión mercantil; pero en el comercio, se conocen intermediarios que compran o venden por cuenta de otro y que cumplen funciones análogas a las de los comisionistas.

La palabra comisión se utiliza en Inglaterra y los Estados Unidos de América, para connotar la remuneración que recibe el agente que contrata por cuenta de otro. Los intermediarios contratan en su propio nombre y también pueden contratar en nombre de otro.

"Es por el consiguiente, un comisionista de ventas que, por lo general, aunque no obligatoriamente, contrata en nombre propio, afirma Forbes". (28)

(27) Cfr. Op. Cit., p. 210 - 211.

(28) Muñoz, Luis, Derecho Comercial. Contratos, México, Ed. Herrero, S.A., 1953, p. 115.

CAPITULO SEGUNDO

DEFINICION, CONTENIDO Y REGULACION JURIDICA
DEL CONTRATO DE COMISION MERCANTIL.

II.1. CONCEPTO Y CARACTERES.

De acuerdo al artículo 273 del Código de Comercio, "el mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil y comisionista el que la desempeña". (29)

Después de analizar la definición anterior, coincidimos con Arturo Díaz Bravo, en el sentido de que no existe un concepto legal autónomo de comisión mercantil; el precepto respectivo acoge el significado civil de mandato que se limita a precisar que cuando tal mandato se refiera a actos concretos de comercio, se reputará comisión mercantil. (30)

"En otros Códigos, como sucede en el francés, en el belga, en el holandés, en el italiano y en otros del grupo

(29) Código de Comercio, Leyes Complementarias, Ed. Porrúa, S.A., México, 1992, 57a. ed., p. 29.

(30) Cfr. Díaz Bravo, Arturo, Contratos Mercantiles, México, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1982, p. 233.

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". (31)

Vemos entonces que, no hay confusión alguna entre mandato civil y comisión, debido a que la distinción esencial estriba en el carácter mercantil del negocio encomendado. El equívoco surge cuando se pretende juzgar a la comisión y al mandato mercantil como un solo contrato.

Para algunos autores no existe diferencia alguna entre comisión y mandato mercantil. En este supuesto se encuentra Garrigues al decir que, "como la comisión es, simplemente un mandato mercantil, de la misma manera que el mandatario puede obrar, bien en nombre ajeno, bien en nombre propio, puede también el comisionista actuar en nombre propio o en nombre de su comitente. En definitiva, se trata de un contrato de gestión de los intereses de otro". (32)

Nosotros opinamos que la postura más indicada la constituye el considerar a la comisión como un contrato

(31) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Op. Cit., p. 33.

(32) Cfr. Tratado de Derecho Mercantil, México, Ed. Porrúa, S.A., Tomo III, 1979, 6a. ed., p. 460.

diferente al del mandato mercantil, debido a que en el primero el comisionista actúa en nombre propio, mientras que en el segundo el mandatario lo hace en nombre ajeno.

Ahora bien, en forma más profunda vemos que el mandato mercantil es la facultad de celebrar a nombre y por cuenta de otro, a quien se representa en un acto de comercio. La comisión mercantil en cambio, no es representativa, pues siempre se obra en nombre propio. Hay diversas disposiciones que nos dan el fundamento de esa distinción, como por ejemplo el artículo 285 del Código de Comercio, en cuanto precisa: "Cuando el comisionista contratarse expresamente en nombre del comitente, no contraerá obligación propia, rigiéndose en este caso sus derechos y obligaciones como simple mandatario mercantil, por las disposiciones del derecho común". (33)

Asimismo observamos que, tanto la Ley General de Sociedades Mercantiles, en sus artículos 142, 157 y 192, como la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículos 289 y 319, se emplea el término mandato cuando se refieren a relaciones jurídicas de carácter mercantil. Así podemos ver por ejemplo, el contenido del artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que al efecto dice: "La

(33) Cfr. Op. Cit., p. 31.

administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad". (34)

Para los mismos efectos, citaremos el encabezado del artículo 289 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismo que determina lo siguiente: "El descontatario será considerado, para todos los efectos de ley, como mandatario del descontador, en cuanto se refiere al cobro de los créditos materia del descuento". (35)

Para finalizar este planteamiento, citaremos el contenido del artículo 283 del Código de Comercio, que define: "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". (36)

Analizando lo anterior, podemos reafirmar que, la misma ley a través de diversos ordenamientos propios de la materia, deja ver, aunque no en forma directa, la distinción de estos dos contratos; por lo tanto, creemos que no hay, ni debe haber confusión alguna entre los mismos.

(34) Cfr. Ley General de Sociedades Mercantiles, México, Ed. Pac., S.A. de C.V., 1993, p. 24.

(35) Cfr. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, México, Ed. Porrúa, S.A., 1992, 57a. ed., p. 314.

(36) Cfr. Op. Cit., p. 31.

El segundo aspecto distintivo de la comisión, está constituido por los actos concretos de comercio que deban realizarse. Como el calificativo concreto es también materia de controversia, decidimos tratarlo separadamente, en el apartado correspondiente al elemento material de la comisión, para que de esta manera resulte más clara su comprensión.

II.2. ELEMENTOS DEL CONTRATO.

II.2.a. ELEMENTOS PERSONALES.

Están constituidos por el comitente, el comisionista y el consentimiento.

Siendo la comisión mercantil un contrato, requiere para su integración de la existencia de dos partes que reciben el nombre de comitente y comisionista; siendo aquél el que confiere la comisión y éste quien la desempeña.

Ambos deben ser capaces. Para tal fin, el artículo 81 del Código de Comercio nos dice lo siguiente: "Con las modificaciones y restricciones de este código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes..."⁽³⁷⁾

La capacidad es de dos tipos: de goce, que es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones; y la de ejercicio que consiste en la disposición jurídica

(37) Cfr. Op. Cit., p. 28.

para hacer valer los derechos que se tengan y poder asumir deberes jurídicos.

"Si hay capacidad de goce y de ejercicio, también en ocasiones la ley establece que determinadas personas no pueden tener ciertos derechos, creando así una incapacidad de goce; o bien, la ley determina que, teniendo esos derechos, les está vedado ejercitarlos por sí, de donde resulta la incapacidad de ejercicio". (38)

Esto se observa en la persona del comitente, si se tratare de un menor o de un incapaz comerciante, mismo que podrá actuar por mediación de representantes legales.

Pero pactándose la comisión con el fin de que se realicen actos jurídicos de comercio y pudiendo ser realizados por comerciantes, vemos que también los que tengan dicha calidad y capacidad, de acuerdo con las disposiciones del ordenamiento mercantil, tendrán capacidad para celebrar el contrato.

"La capacidad legal de los comerciantes, que indica y que alude el Código de Comercio, normalmente se

(38) Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, México, Ed. Cajica, 1979, 5a. ed., p. 329.

refiere a la capacidad de ejercicio, no a la de goce, cuya reglamentación es propia del derecho común; se trata concretamente, del ejercicio de actos de comercio". (39)

"Por esto debemos distinguir entre la capacidad para ser comerciante y la capacidad para realizar actos de comercio. Estos pueden efectuarlos todas las personas que tengan capacidad civil; pero para la adquisición de la calidad profesional de comerciante, puede bastar con una capacidad especial". (40)

El artículo 30. del Código de Comercio, habla precisamente de esa capacidad legal, que constituye una auténtica capacidad de ejercicio para actuar, ya sea creando, modificando o, extinguiendo relaciones jurídicas. Dicho artículo establece que: "Se reputan en derecho comerciantes: I.- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria; ..." (41)

De lo anterior se desprende que, los sujetos comprendidos en la norma ejercen el comercio profesionalmente; esto es, en forma reiterada y habitual,

(39) Barrera Graf, Jorge, Introducción al Derecho Mexicano, México, U.N.A.M., Tomo II, 1981, p. 823.

(40) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Op. Cit., Tomo I, 1980, p. 38.

(41) Cfr. Op. Cit., p. 3.

aunque no de manera necesariamente principal o exclusiva y que, al ejecutar o celebrar el acto lo hagan en nombre propio y que se trate en efecto de una actividad es decir, del ejercicio de varios actos de naturaleza lucrativa.

"No se requiere en cambio que, la actividad del sujeto sea lícita, porque a pesar de no serlo se trataría de un comerciante (persona física o sociedad), pero obviamente, se aplicarían sanciones por el ejercicio de tal actividad ilícita". (42)

Como todo contrato, el de comisión supone un consentimiento es decir, un acuerdo al que se ha llegado a través de una oferta y la aceptación consiguiente.

Ahora bien, este consentimiento puede ser expreso o tácito, según se deduce de los artículos 274 y 276 del Código de Comercio; si es dado de palabra tiene que ser ratificado por escrito antes de que el negocio concluya.

Puede ser tácito según el artículo 276, el cual expresa que se entiende aceptado el cargo si se practica cualquier gestión en el desempeño del mismo, haciéndose por

(42) Barrera Graf, Jorge., Op. Cit., p. 824.

tanto necesaria la demostración indicada para que el consentimiento se integre, sin que el solo silencio tenga valor alguno al respecto para la formación del consentimiento.

El silencio únicamente acarrea al comisionista una responsabilidad por todos los daños que sobrevengan por ello al comitente.

Ahora bien, cuando ya ha recibido cosas relacionadas con la comisión que se le ha ofrecido y no manifiesta expresamente su negativa, debe practicar todas las diligencias que sean necesarias para la conservación de los efectos remitidos, las cuales no implican que por realizarlas, se entienda aceptada la comisión de manera tácita, y hasta que el comitente se provea de un nuevo encargado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 277.

"Si en un contrato de comisión mercantil, al actor se le designó comisionista, pero nunca actuó como tal, ya que sus facultades consistían únicamente en buscar clientes y obtener solicitudes de éstos, para los productos de la propia empresa y una vez logradas, quien decidía en cuanto a la aceptación de la operación mercantil era la empresa, es obvio que el mencionado actor no estaba autorizado para concluir la citada operación, que en sí es el acto de comercio por tanto, no

puede considerársele como comisionista, puesto que en ningún momento dejó de estar subordinado directamente a la empresa.

Amparo directo 5369/73.- Laboratorios Helios, S.A. 13 de junio de 1977.-
Unanimitad de 4 votos.- Ponente: Alfonso López Aparicio". (43)

II.2.b. ELEMENTOS REALES.

El contenido de la comisión mercantil está constituido por la realización del acto o actos de comercio encargados al comisionista por el comitente.

El alcance de la expresión legal de actos concretos de comercio, ha sido la causa de innumerables debates al respecto, en el sentido de que si la comisión es otorgable para un solo acto concreto.

Arturo Díaz Bravo nos dice que, son válidas las comisiones que un comerciante otorgue para vender la mercancía sin especificar el número de unidades, para comprar todo tipo de mercancías, para obtener créditos o préstamos de naturaleza mercantil, aun cuando no se precise su número o cuantía. (44)

(43) Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Séptima Parte, Actualización VI Civil, México, 1986, p. 90.

(44) Cfr. Op. Cit., p. 221.

Rodríguez y Rodríguez establece que, la concreción o unidad de los actos, contenido de la comisión, está basado en criterios tan poco jurídicos que, conducen al absurdo de creer que si no se cumple el acto concreto, se está en presencia de un mandato y no de una comisión y que, al no cumplir con dicho requisito, se convierte en un contrato distinto. (45)

Felipe de J. Tena afirma lo contrario, al decir que lo que caracteriza básicamente a la comisión es la *especialidad o individualidad del mismo negocio, lo cual es suficiente para caracterizar este contrato e impedir que se confunda con ningún otro, sea cual fuere el derecho a que pertenezca.* (46)

Por lo tanto, podemos concluir en que el contenido de la comisión está constituido por varios actos o, actos generales, "con tal de que sean actos de comercio y el comisionista los realice en nombre propio". (47)

(45) Cfr. Op. Cit., p. 34.

(46) Cfr. Op. Cit., p. 240.

(47) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Op. Cit., p. 34.

II.2.c. ELEMENTOS FORMALES.

El artículo 274 del Código de Comercio Mexicano se expresa de la siguiente manera: "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 de que el negocio concluya". (48)

"En el Código de Comercio, no se señala formalidad especial, se puede conferir por escrito antes de que el negocio concluya; aunque esto no tiene sanción, ni la falta de ratificación nulifica el negocio". (49)

Lo anterior permite ver con claridad que, la comisión mercantil es un contrato formal, cuya formalidad puede consistir en un simple escrito privado; pero tiene de peculiar que, puede otorgarse en forma de ratificación del contrato verbal.

El legislador ha tomado en consideración en virtud del mencionado artículo, la urgencia del tráfico

(48) Cfr. Op. Cit., p. 29.

(49) Cervantes Ahunada, Raúl, Derecho Mercantil, México, Ed. Herrero, México, 1978, 2a. ed., p. 546.

mercantil, la rapidez que requieren los negocios comerciales; desgravando por tanto, a la comisión mercantil de las formalidades exigidas por el derecho común, para algunos contratos.

"La falta de forma del contrato de comisión mercantil, no puede determinar que dicho contrato no exista, si existen otras pruebas por las cuales se advierte la existencia del mismo.

Amparo directo 399/1957.- Sotero Cuevas.- 10 de enero de 1958.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Ministro Alfonso Guzmán Meyra". (50)

Por otra parte, los artículos 2o. y 81 del citado ordenamiento establecen que, la falta de formalidad escrita en la comisión, traerá aparejada su nulidad.

"Si bien es cierto que el contrato de comisión mercantil, no requiere para su validez de formalidades específicas, también lo es que, concertado éste entre las partes y formalizado por escrito, para tener por acreditada su modificación, se requiere que la misma se compruebe en forma fehaciente, pues de lo contrario, se llegaría a la conclusión, que no se puede aceptar ni lógica ni jurídicamente, que cualquiera de los contratantes, sin comprobar el consentimiento del otro, podría alegar con eficacia que se valió del alcance y consecuencia de lo pactado, con antelación. De manera que habiéndose celebrado el contrato de comisión mercantil

(50) Jurisprudencia y Tesís..., Op. Cit., p. 41.

por escrito, cualquier modificación también debe constar por escrito, de conformidad además, con el artículo 274 del Código de Comercio que dispone que cuando el contrato de comisión mercantil haya sido verbal, se ha de ratificar por escrito, antes de que el negocio concluya.

Amparo directo 4499/80.- Cambridge Wire Cloth Co. International, S.A.- 29 de enero de 1982.- 5 votos.- Ponente: Gloria León Orantes". (51)

A manera de síntesis podemos decir que, la comisión tiene que ser expresa; ya que como dice Felipe de J. Tena, no existe la comisión tácita, entendiendo por tal, la que se presume otorgada en virtud de meros hechos o circunstancias. (52)

(51) Cfr. Jurisprudencia y Tesis..., Op. Cit., p. 41.

(52) Cfr. Op. Cit., p. 212.

II.3. CONTENIDO OBLIGATORIO DEL CONTRATO.

II.3.a. OBLIGACIONES DEL COMISIONISTA.

A). *Obligación de Aceptar*: De la simple lectura del articulado que dicho contrato de comisión tiene en nuestro Código de Comercio, podemos apreciar claramente que, el comisionista está obligado en cierto modo, a desempeñar su encargo, aunque naturalmente deberá expresar su conformidad o inconformidad con el cumplimiento de la comisión, estando obligado a hacerlo a la brevedad posible, por el correo más próximo al día en que se le comunicó la comisión.

Garrigues nos dice al respecto que, mientras en general, nadie está obligado a contestar las propuestas del contrato, y en este sentido el silencio de la persona que recibe una oferta, no engendra ningún tipo de responsabilidad, en materia de comisión, la persona que se dedique a este género de comercio es decir, el comisionista, es entonces tratado con mayor rigor, precisamente por su carácter profesional. (53)

(53) Op. Cit., Tomo II, p. 141.

"Quien da el encargo al comisionista, tiene derecho a suponer que, mientras el comisionista no diga nada en contrario, el encargo ha sido aceptado, precisamente porque la profesión del destinatario del encargo, consiste justamente en realizar encargos. Y, quien descansa en esta confianza, puede sufrir daño, si el comisionista, luego de haber guardado silencio, se niega a ejecutar la comisión". (54)

Por tal motivo, si no acepta o bien, rehusa con esa perentoria, el comisionista propuesto se hace responsable de pagarle al comitente, todos aquéllos daños y perjuicios que se lleguen a ocasionar con motivo de su actuación.

B). *Obligación de Conservación*: El artículo 277 del Código de Comercio establece que: "Aunque el comisionista rehuse la comisión que se le confiere, 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". (55)

(54) Bauche Garcíadiego, Mario, Op. Cit., p. 234.

(55) Cfr. Op. Cit., p. 30.

"El comisionista que tuviera en su poder mercancías o efectos, por cuenta ajena, responderá de su conservación, en el estado en que los recibió. Esta responsabilidad termina cuando la destrucción o menoscabo sean debidos a casos fortuitos, de fuerza mayor, por el transcurso del tiempo o por vicios propios de la cosa". (56)

La comisión es un acto objetivo de comercio, no como lo define la legislación alemana al decir que, cualquier particular puede desempeñarla. Para exigir esta responsabilidad, se necesita que la persona a quien le sea propuesta la comisión, sea un comisionista profesional.

Rodríguez y Rodríguez aclara que, hay que tener en cuenta que 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. (57)

C). *Obligación de Desempeñar el cargo en interés del comitente*: Una vez aceptada la comisión, el comisionista tiene que cumplir con el contrato, realizando los actos que

(56) Martínez y Flores, Miguel, Derecho Mercantil, México, Ed. Pax, 1980, p. 57.

(57) Cfr. Op. Cit., p. 36.

le hayan sido encargados, de acuerdo con los intereses del comitente.

Ya se dijo que la aceptación puede ser expresa o tácita; en esta última pueden surgir ciertas dificultades, sobretodo cuando se trata de comisiones cuyo cumplimiento exige que el comitente provea de fondos al comisionista, pero mientras este supuesto no se da, no se encuentra obligado frente al comitente, a practicar alguna gestión en desempeño del encargo hecho por éste y sujetando al comisionista a continuarlo hasta que lo concluya (Art. 276 C.Com.), mientras no constituyan actos indispensables para la conservación de las cosas, cuando la comisión ha sido rehusada (Art. 277 C.Com.) o bien, si la comisión ya se inició, puede inclusive ser suspendida, si le faltan los fondos económicos necesarios para atenderla. (Art. 281 C.Com.)

El comisionista no puede por ningún motivo, proceder fuera de las instrucciones precisas del comitente (Art. 286 C.Com.) y en el caso de que no las hubiera, deberá pedir las siempre que la naturaleza del negocio lo permita y, en casos de urgencia, podrá resolver a su arbitrio lo que crea prudente, cuidando del negocio como si fuera el suyo propio. (Art. 287 C.Com.).

Esto último puede ocurrir como ya dijimos, por la posible demora en relación a un negocio de importancia o bien, cuando expresamente se haya estipulado en el contrato es decir, cuando el comitente haya facultado al comisionista para que en los casos que no se encuentren previstos en sus instrucciones y cuando se retrase la consulta, resuelva según su leal saber y entender, atendiendo el negocio como si en realidad se tratara del suyo propio.

Aun cuando el comisionista reciba instrucciones precisas, no debe proceder en contra de ellas, aunque sí podrá suspenderlas cuando un accidente imprevisto hiciera perjudicial su ejecución, comunicándola así al comitente, por el medio más rápido posible. (Art. 258 C.Com.).

El comisionista debe actuar de acuerdo a lo establecido por las leyes y reglamentos respecto a la negociación encomendada y si los contraviniere u omitiere, será responsable de los resultados. Si la contravención surgiere en virtud de ordenes expresas del comitente, las responsabilidades a que haya lugar, pesarán sobre ambos. (Art. 291 C.Com.).

Todos los encargos que el comitente le haga al comisionista para el mejor desempeño de su cometido, debe realizarlos éste, y de ninguna manera puede delegarlos en tercera persona (Art. 280 C.Com.) a menos que, el comitente lo haya autorizado expresamente a ello.

A este respecto, Felipe de J. Tena nos dice lo siguiente: La comisión es un contrato cuya formación está influida de un modo preponderante, por la persona del comisionista; esto obedece por lo común, a la confianza que al comitente le inspira en virtud de sus cualidades personales es decir, a su aptitud para desempeñar ventajosamente el encargo que se le confía. ⁽⁵⁸⁾

La comisión resulta entonces un cargo de confianza y siendo la confianza algo intransmisiblemente de suyo, claro es que el comisionista tendrá que desempeñarla personalmente.

Sin embargo, el comisionista puede tener auxiliares previos y posteriores al acto materia de la comisión, pero el acto en sí mismo, debe efectuarlo el comisionista y no un subordinado suyo o una tercera persona.

(58) Cfr. Op. Cit., p. 213.

En algunas ocasiones, el comisionista al que la comisión le reeditúa buenas ganancias anticipa al comitente, alguna cantidad de lo que obtenga en el futuro; y si esta obligación existe en el contrato de comisión, debe cumplir con ello, excepto en los casos en que el comitente entre en estado de suspensión de pagos o en quiebra, susceptible de una valoración económica. (Art. 282 c.Com.).

Cuando se le de aplicación distinta al dinero que hubiere recibido, el comisionista comete abuso de confianza y está obligado a pagar daños y perjuicios esto es, que dará el capital y los intereses legales de lo anticipado desde el día en que recibió el dinero o los fondos, con motivo de algún acto nacido de la comisión. (Art. 293 c.Com.).

El comisionista adquiere una obligación de cuidar y conservar debidamente los efectos o mercaderías que recibiere, en los términos, condiciones y calidades que se le comuniquen en la remesa de ellos (Art. 294 c.Com.); pero suponiendo el caso de que tales efectos y mercaderías llegaren en estado defectuoso al poder del comisionista, deberá éste levantar constancia de inmediato de esas averías, en presencia de dos corredores o bien, de dos comerciantes; cuando el menoscabo

se origina por caso fortuito, fuerza mayor, transcurso del tiempo o por vicio propio de la cosa, cesa su responsabilidad. (Art. 295 C.Com.).

Cuando se pierda total o parcialmente el objeto de la comisión, en los casos señalados en el párrafo anterior, también se requiere justificarlo ante la presencia de dos corredores o en su defecto, ante dos comerciantes, tan pronto como lo advierta toda vez que, dará conocimiento de ello inmediatamente al comitente.

Los comisionistas no podrán alterar las marcas de los efectos que hubieran comprado o vendido por cuenta ajena, ni tener efectos de una misma especie pertenecientes a distintos dueños, bajo una misma marca, sin distinguirlos por una contramarca que designe la propiedad respectiva de cada comitente. (Art. 300 C.Com.).

Las ventas a plazos o en abonos, sólo pueden hacerse por autorización expresa del comitente y si no es así, éste puede exigir al comisionista su pago al contado, quedando en favor de este mismo, el interés o ventaja económica que haya obtenido de la venta al fiado o a plazos.

(Art. 301 del C.Com.).

Pero si tiene autorización en cuanto que se realice un acto propio de la comisión, lo debe hacer saber a su comitente, dándole el nombre de los compradores y demás circunstancias relativas al caso; y si no lo hace, se entenderá respecto al comitente que, las ventas fueron al contado. (Art. 302 C.Com.).

D).- Obligación de Información: El artículo 290 del Código de Comercio ordena que: " El comisionista estará obligado a dar oportunamente 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". (59)

Ambas obligaciones son consecuencia de un principio, según el cual, todo comitente es libre de rectificar, modificar o cambiar sus ordenes, mientras la operación no concluya.

Para que el comitente pueda ejercer esa facultad con conocimiento de causa, si es que la comisión aun no se desempeña o bien, para que se sepa que ya no puede

(59) Cfr. Op. Cit., p. 32.

ejercitarla, si la operación ya está concluida, la ley ha impuesto al comisionista las obligaciones pertinentes.

"A lo cual agregamos que el propio comitente tiene interés legítimo, de conocer cuanto antes, si el comisionista ha cumplido o no con sus obligaciones, y qué obligaciones y derechos tiene aquél, por virtud de la ejecución de la comisión, así para el comisionista como para los terceros que con él hubieran contratado". (60)

E). Obligación de Rendir Cuentas: El comisionista estará obligado a rendir con relación a sus libros, una cuenta completa y justificada de su cumplimiento después de ejecutada la comisión y a entregar al comitente, el saldo de lo recibido. En caso de morosidad, abonará intereses. (Art. 298 C.Com.).

Podríamos decir que se trata de una cuenta detallada, fundamentada y justificada de lo obtenido en la operación, y no de manera meramente declarativa o descriptiva. Además observamos que, el contenido de la obligación debe integrarse según la naturaleza del encargo.

(60) Tena, Felipe de J., Op. Cit., p. 225.

Serán por 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. (Art. 292 C.Com.).

"Ahora bien, la obligación de restituir no se refiere sólo al dinero sino que abarca también, la de las cosas y los derechos adquiridos por el comisionista, por consecuencia de la comisión (mercancías no vendidas en la comisión de venta, mercancías adquiridas en la comisión de compra, mercancías consignadas en la comisión de transporte, créditos nacidos de la venta, etc.)". (61)

II.3.b. OBLIGACIONES DEL COMITENTE.

Las obligaciones del comitente son las siguientes:

A). *Provisión de Fondos*: El artículo 281 del Código de Comercio establece: "En aquellas comisiones cuyo cumplimiento exige provisión de fondos, el comisionista no está obligado a ejecutarlas mientras el comitente no se la

(61) Bauche Garcíadiego, Mario, Op. Cit., p. 242.

haga en cantidad suficiente, y también podrá suspenderlas cuando se hayan consumido los que tenía recibidos". (62)

Ahora bien, el comisionista puede comprometerse a anticipar los fondos necesarios para el desempeño de la comisión. Así lo establece el artículo 282 del citado ordenamiento legal, al decir que es por cuenta de éste el suplirlos, salvo en los casos de quiebra o suspensión de pagos del comitente.

En relación al primer precepto, Bauche Garciadiego opina que, si tenemos presente que el comisionista carece de acción para exigir la provisión de fondos y que sólo cuenta con la posibilidad de suspender el cumplimiento de la comisión, si no recibe dichos fondos, parece que ese derecho de suspensión, solo tiene sentido en el momento de contraer la obligación de pago aplazado, ya que mas tarde la suspensión no es posible, porque el comisionista tendrá que pagar al tercero, aunque hubiese comunicado al comitente que suspende el cumplimiento de la comisión. (63)

B). *Asunción de Contratos*: "Como el comisionista contrata por cuenta ajena, debe quedar libre de obligaciones

(62) Cfr. Op. Cit., p. 31.

(63) Cfr. Op. Cit., p. 242 - 243.

y de responsabilidades derivadas del cumplimiento de la comisión, siempre que haya obrado según las instrucciones recibidas, o en el marco de las que le eran propias ya que, solo en el caso de obrar según su propio arbitrio, incurre en responsabilidad, frente al comitente". (Arts. 286, 287 y 289 C.Com.). (64)

"Establecido en el contrato respectivo que, el comisionista se hará responsable para con el comitente en los términos del artículo 289 del Código de Comercio, por cualquier acto que realice en contravención con el contrato, quedando en aptitud el propio comitente de ratificar o no las operaciones así efectuadas, esto quiere decir que, la responsabilidad del comisionista coexiste con la facultad del comitente para ratificar o no las operaciones por aquél concertadas, máxime si se considera en determinado caso que, el comisionista no envió las referencias a que estaba obligado. Por lo demás, no es absurdo admitir que, la intención de los contratantes fue la de que el comisionista garantizase el ciento por ciento de los créditos concedidos sin referencias, por el solo hecho de que las comisiones en ningún caso excedían del quince por ciento; si dicho comisionista responde de tales créditos con la totalidad de sus comisiones devengadas y no solo con las que obtuviere en la operación respectiva.

Amparo directo 5307/82.- Carlos del Pozo Landa.- 11 de julio de 1982.- Mayoría de 4 votos.- Ministro: Mariano Ramírez Vázquez.- Disidente: Ministro Gabriel García Rojas". (65)

(64) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Op. Cit., p. 38.

(65) Jurisprudencia y Tesis..., Op. Cit., Novena Parte, Actualización VIII Civil, 1982 - 1983, p. 18.

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. (Art. 283 C.Com.).

"Pudiera objetárse nos que, puesto que el artículo 285, el que habla del comisionista representante, es el que nos remite al mandato del derecho civil, para poder determinar los derechos y obligaciones de ese representante, sólo éste cae bajo el régimen del derecho común y no el comisionista que desempeña la comisión como negocio propio. La objeción sería torpe, porque los derechos y obligaciones a que se refiere el citado artículo 285, son los mismos que asume el comisionista-representante en orden a terceros, relaciones jurídicas que son absolutamente diversas de las adquiridas para con esos mismos terceros, el comisionista que actúa en nombre propio". (66)

Aquí se establece una vez más, como quedó asentado en párrafos anteriores, que el Código de Comercio regula una comisión mercantil no representativa, cuyo objeto es la realización de actos de comercio y un mandato mercantil que tiene el mismo objeto: los actos de comercio, pero cuyo

(66) Tena, Felipe de J., Op. Cit., p. 218.

carácter es representativo, por lo tanto, se regirá íntegramente por las disposiciones del derecho común.

Cuando el comisionista contrate en nombre propio, tendrá acción y obligación directamente con las personas con quienes contrató, sin tener que declarar cuál será la persona del comitente. (Art. 284 C.Com.).

Por último vemos que, el comitente podrá en cualquier momento revocar la comisión conferida, quedando siempre obligado a las resultas de las gestiones ya practicadas.

La revocación comunicada únicamente al comisionista, no puede ser opuesta a terceros contratantes que no la conozcan, salvo el derecho del comitente contra el comisionista. (Art. 307 del C.Com.).

II.4. DERECHOS DEL COMISIONISTA.

A). *Retribución*: De acuerdo al texto del artículo 304 del Código de Comercio se desprende que, 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.

Analizando la definición anterior, coincidimos con Mario Bauche Garciadiego al decir que, el pacto en contrario resulta de más, pues no creemos que existan comisionistas que trabajen de manera gratuita. Más aun, el artículo 50. Constitucional consagra la garantía de que nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento. ⁽⁶⁷⁾ Para el doctor Ignacio Burgoa, esta disposición constitucional, proscribire todo trabajo gratuito; esto es, toda prestación de servicios que se realice sin la remuneración correspondiente, a no ser que se trate de obras de caridad, pero aquí ya se configura el consentimiento correspondiente de la persona en sí.

(67) Cfr. Op. Cit., p. 244.

B). *Retención*: Respecto a ello, el Código de Comercio en su artículo 306 nos dice que: "Los efectos que estén real o virtualmente en poder del comisionista, se entenderán especial y preferentemente obligados al pago de los derechos de la comisión, anticipaciones y gastos que el comisionista hubiere hecho por cuenta de ellos, y no podrá ser desposeído de los mismos sin antes ser pagado". (68)

"El anticipo hecho, no engendra un elemento, puesto que el comisionista no adquiere la mercancía para sí, dada la prohibición expresa del artículo 299 del mismo ordenamiento legal, de acuerdo con el cual, ningún comisionista comprará ni para sí ni para otro, lo que se le hubiera mandado vender, ni venderá lo que se le haya mandado comprar, sin consentimiento expreso del comitente. La circunstancia de que en unas listas se hayan contenido los precios conforme a los cuales, deberá ser vendida la mercancía por el comisionista, tampoco implica elemento ajeno a la comisión mercantil, en cuanto que esas listas consignan instrucciones de la comitente para la comisionista, en relación con la ejecución del encargo conferido. Por tanto, es inadmisibles y carece de fundamento legal, la apreciación que se haga en el sentido de que si la comisionista hace un anticipo a cuenta del precio de la venta y este precio se convierte en unas listas, el contrato celebrado entre las partes, contiene características que corresponden a la compraventa y a la comisión mercantil.

(68) Cfr. Op. Cit., p. 34.

Amparo directo 53/1981.- The East Asiatic Co. de México, S.A.- 5 de abril de 1982.- Mayoría de 4 votos. Ponente: Ministro Hilario Medina". (69)

C). *Enajenación*: El artículo 279 del ordenamiento citado determina que: "El comisionista puede hacer vender los efectos que se le han consignado, por medio de dos corredores o de dos comerciantes a falta de éstos, que previamente certifiquen el monto, calidad y precio de ellos:

I. Cuando el valor presunto de los efectos que se le han consignado, no pueda cubrir los gastos que haya de desembolsar por el transporte y recibo de ellos;

II. Cuando habiéndole avisado el comisionista al comitente, que rehusa la comisión, éste después de recibir dicho aviso, no provea de nuevo encargado que reciba los efectos que hubiere remitido.

El producto líquido de los efectos así vendidos, será depositado a disposición del comitente en una institución de crédito, si la hubiere, o en poder de la persona que en su defecto, designe la autoridad judicial".

(70)

(69) Jurisprudencia y Tesis..., Op. Cit., p. 61.

(70) Código de Comercio, Op. Cit., p. 30.

II.5. LA AUTOENTRADA DEL COMISIONISTA.

Está prohibida en nuestro derecho ya que, como lo atestigua el artículo 299 del Código de Comercio, salvo que el comisionista cuente con el consentimiento expreso del comitente, no podrá de ninguna manera comprar ni para sí ni para otro, lo que se le haya mandado vender, así como tampoco podrá vender lo que se le haya mandado comprar.

Por lo tanto el negocio de ejecución debe consumarse con terceros; pero no con cualquier tipo de terceros, ya que el mismo precepto prohíbe que el comisionista compre para otro lo que se le haya encargado vender.

"Esto se prohíbe por el temor de que en el conflicto entre los intereses del comitente y del comisionista, éste se incline por la defensa de los propios, en detrimento de los de su cliente que está obligado a defender". (71)

(71) Brosseta Pont, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, Madrid, Ed. Tecnos, 1974, p. 402.

Similar es la opinión de Emilio Langle Rubio al decir que, esta prohibición se funda en el recelo de que el comisionista perjudique al comitente, posponiendo el interés de éste al suyo propio". (72)

Garrigues amplía el tema sosteniendo que, si el comisionista optara por la autoentrada el efecto será, no que coexistan un contrato de comisión y otro de compraventa por cuenta propia, sino que desaparece el contrato de comisión, siendo entonces substituido por uno de compraventa.

Y continúa diciendo que, al ejercitar la facultad de la autoentrada, el comisionista comienza a gestionar un negocio propio y sería injusto que el comitente tuviera que remunerar un servicio que en realidad no existe. (73)

(72) Cfr. Temas de Derecho Mercantil, Madrid, Ed. Reus, 1952, p. 115.

(73) Cfr. Op., Cit., p. 509.

II.6. DIVERSAS CLASES DE COMISION.

II.6.a. COMISIONES DE COMPRA Y DE VENTA.

El principio general de la comisión es que, ésta se ejerce sobre cualquier clase de acto de comercio. Ahora bien, existe una categoría especial dentro de la cual, se encuentran las comisiones de compra y de venta.

En este tipo específico de comisiones se hace patente la prohibición de la autoentrada del comisionista, a la que hicimos referencia en párrafos anteriores.

Además, se hace exigible otra prohibición, misma que consiste en que, el comisionista no podrá prestar ni vender al fiado o a plazos, si no cuenta con la debida autorización del comitente, el cual podrá exigirle el pago al contado, dejando a favor del comisionista cualquier interés o ventaja que resulte de dicho crédito o plazo. (Art. 301 del C.Com.).

Ahora, si cuenta con dicha autorización y vende a plazos, deberá comunicar esto al comitente, notificándole los nombres de los compradores; si no lo hiciera, se entenderá

respecto al comitente que, las ventas fueron al contado. (Art. 302 C.Com.).

Asimismo, el comisionista no podrá alterar las marcas de los efectos comprados o vendidos por cuenta ajena, ni tampoco podrá tener efectos de una misma especie, pertenecientes a distintos dueños bajo una misma marca, sin distinguirlos por una contramarca que designe la propiedad respectiva de cada comitente (Art. 300 C.Com.).

En este tipo especial de comisiones puede surgir cierta incertidumbre de saber a quién pertenece la propiedad de las mercancías, si al comitente o al comisionista.

Pues bien, esta cuestión queda esclarecida al tomar en cuenta lo dispuesto por el artículo 300 del ordenamiento mercantil, al decir en sus párrafos finales: ...la propiedad respectiva de cada comitente. Luego entonces, corresponde a éste la propiedad de las cosas aunque se hallen en poder del comisionista.

El tomar posesión de las mercaderías, no implica que el comisionista adquiera su dominio; lo cual permite

entender que el comitente toma posesión por medio del comisionista. (74)

Aquí es necesario saber, si se actúa en nombre propio o bien, con poder de representación.

En el primer caso, el cual constituye la figura original de la comisión, se oculta el nombre del comitente y así el comisionista manifiesta a los terceros que compra para sí o que vende lo que es suyo.

En el segundo caso, al actuar en representación del comitente, la comisión se transforma en mandato mercantil, estableciéndose directamente los efectos reales entre el comitente o mejor dicho, mandante y el tercero comprador o vendedor.

"En la comisión de venta, las mercaderías pasan del comitente al comisionista, sin que éste deba adquirir previamente su propiedad, porque al recibirlas del primero, en consignación, el comisionista recibe un poder de disposición expreso, que legitima su transmisión directa al tercero adquirente.

(74) Cfr. Lengle Rubio, Emilio, Op. Cit., p. 115.

En la comisión de compra, aunque el comisionista compre en su nombre y aparentemente para sí, desde que recibe la mercancía del tercero vendedor, pueden éstas entenderse adquiridas por el comitente, supuesto que el comisionista los ha adquirido para su comitente y así lo convino expresamente con él". (75)

II.6.b. COMISION DE TRANSPORTE.

Agustín Vicente y Gella, al referirse al comisionista de transporte nos dice que: "Es un intermediario que por cuenta del cargador celebra con el porteador este contrato. Su obligación fundamental es como en toda comisión, realizar el negocio que se le encomendó y por lo tanto, debe concluir satisfactoriamente el contrato de transporte". (76)

En relación a la Comisión de Transporte, el Código de Comercio Mexicano, en sus artículos 297, 296, expresa lo siguiente:

(75) Broseta Pont, Manuel, Op. Cit., p. 405.

(76) Vicente y Gella, Agustín, Curso de Derecho Mercantil (Comercado, Zaragoza, Tipográfica "La Académica", Tomo II, 1945, p. 55.

"El comisionista encargado de la expedición de efectos, deberá asegurarlos si tuviera orden para ello y la provisión de fondos necesarios, o se hubiere obligado a anticiparlos.

El comisionista que hubiere de remitir efectos a otro punto, deberá contratar el transporte, cumpliendo las obligaciones que se imponen al cargador.

En nuestro Código falta una norma sobre la responsabilidad del comisionista -expedicionario-, por los daños y perjuicios, si no contrata el seguro estando obligado a ello. Esta sanción está claramente prevista en su antecedente español y pensamos que es aplicable a nuestro derecho. Por omisión quizá, nuestro legislador no copió en su totalidad el precepto que le sirvió de antecedente.

En la comisión de transporte, el comisionista queda sometido, además, a un régimen especial de responsabilidad más amplio y riguroso, que el propio comisionista ordinario". (77)

(77) Arce Gargollo, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, México, Ed. Trillas, S.A., 1985, p. 124.

II.6.c. COMISION DE COBRANZA.

El artículo 303 del Código de Comercio establece que, el comisionista que no verifiquere oportunamente la cobranza de los créditos, o no usare los medios legales para conseguir el pago correspondiente, será entonces responsable de los perjuicios que causaren su omisión o tardanza.

Arce Gargollo establece que, la comisión de cobranza no es una figura distinta o conexas a la comisión, toda vez que es una disposición que únicamente se refiere a los casos en que el comisionista tiene que efectuar la cobranza. (78)

Nuestra ley ordena que si éste no cobra oportunamente, o no usa los medios legales para conseguir el pago, será responsable de los perjuicios.

Pensamos que siempre que se añade esta obligación al comisionista, es importante señalar expresamente en los acuerdos este deber y la retribución que le corresponde al comisionista por esta actividad adicional. (79)

(78) Cfr. Op. Cit., p. 124.

(79) IBIDEM.

II.6.d. COMISION DE GARANTIA.

Esta clase de comisión será tratada con todo detenimiento y amplitud en el Capítulo Cuarto de la presente tesis profesional, por ser el tema principal de la misma.

II.7. EXTINCION DE LA COMISION MERCANTIL.

La comisión mercantil tiene las mismas causas de terminación que el mandato, por lo tanto, se rige por las disposiciones del Código Civil sobre la materia.

El artículo que se encarga de señalar dichos motivos es el 2595, que a la letra dice:

" El mandato termina:

I. Por revocación;

II. Por renuncia del mandatario;

III. Por la muerte del mandante o del mandatario;

IV. Por la interdicción de uno u otro;

V. Por el vencimiento del plazo y por la conclusión del negocio para el que fue concedido;

VI. En los casos de ausencia". (80)

(80) Código Civil para el Distrito Federal, México, Ed. Porrúa, S.A., 1992, 61a. ed., p. 451.

Rafael de Pina Vara, siguiendo con los lineamientos establecidos por el ordenamiento civil, hace un extracto de los mismos, exponiéndolos de la siguiente manera:

a). Por revocación: El comitente podrá en cualquier tiempo, revocar la comisión conferida al comisionista, quedando siempre obligado a las resultas de las gestiones ya practicadas; la revocación comunicada únicamente al comisionista, no puede ser opuesta a terceros contratantes que no la conozcan, salvo el derecho del comitente contra el comisionista. (Art. 307 del C.Com.).

b). Por renuncia del comisionista: La renuncia debe obedecer a justa causa, debiendo el comisionista practicar las diligencias de conservación necesarias, mientras el comitente no provea de nuevo encargado. (Art. 278 C.Com.).

c). Por muerte o inhabilitación del comisionista: La muerte o inhabilitación del comitente, no termina la comisión, aunque sí podrán revocarla sus representantes.

d). Por la quiebra del comisionista o del comitente: A no ser que el síndico, autorizado por el juez, se subroge en la obligación, de acuerdo con el otro contratante. (Art. 141 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos) (81)

En cuanto a la renuncia del comisionista al contrato de Comisión Mercantil:

"El Código de Comercio no contiene disposición expresa sobre la renuncia del comisionista a la comisión, pero el artículo 2595 del Código Civil, llena este vacío incluyendo entre los diversos modos de terminar el mandato, la renuncia del mandatario. Aun cuando sin aludir a la renuncia, el artículo 278 del Código de Comercio declara que cuando sin causa legal, dejare el comisionista de cumplir la comisión aceptada, será responsable de los daños y perjuicios que el comitente sufra; una interpretación a contrario sensu de este precepto, conduciría a afirmar que el comisionista puede dejar de cumplir su encargo, cuando haya causa legal para ello, sin incurrir en la responsabilidad relativa al pago de daños y perjuicios. De acuerdo con la Doctrina Jurídica más generalizada, la renuncia a la comisión importa la obligación del comitente de reembolsar al comisionista las cantidades que hubiere anticipado de tomar el negocio encomendado o encomendarlo a otra persona y pagar la retribución proporcionada a una ejecución completa; mas la misma doctrina observa que estos efectos no se producen cuando la ejecución de la comisión se interrumpe sin justa causa y, determinar si concurre una causa justa,

(81) Cfr. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, México, Ed. Porrúa, S.A., 1964, 2a. ed., p. 209 - 210.

es cuestión que debe ser resuelta mediante la apreciación de las circunstancias de cada caso particular. Si el comitente no autoriza ante la baja del mercado, la venta de la mercancía a los precios en que se cotiza, es evidente que impone al comisionista una condición que impide la cabal ejecución del encargo, por lo que debe estimarse que la renuncia hecha por el comisionista tiene lugar por una causa jurídicamente fundada, no pudiendo imputarse al comisionista incumplimiento del contrato.

Amparo directo 53/1984.- The East Asiatic Co. de México, S.A., 5 de abril de 1985.- Mayoría de 4 votos.- Ponente: Ministro Hilario Medina". (82)

El contrato de comisión:

"Puede ser revocado unilateralmente por el comitente, aunque se hubiera fijado un término de duración del mismo. El otorgamiento de la comisión, al igual que el mandato, descansa preferentemente en la confianza que el comisionista o mandatario inspira al otorgante, de que ejecutará con fidelidad el encargo, así, la desaparición de esta confianza en el ánimo del comitente o mandante, hará posible la subsistencia de la comisión, aun cuando el interés de aquél siguiera reclamando su cumplimiento y aun cuando no concluyera su término de duración. Por otra parte, el hecho de que se hubiera fijado un término de duración del contrato, ciertamente que demuestra la voluntad de las partes de que el mismo rigiera durante ese tiempo, pero la cláusula que contiene tal manifestación de voluntad, técnicamente no podría considerarse como cláusula que marque la pauta para afirmar la

(82) Jurisprudencia y Tesis..., Op. Cit., p. 63.

irrevocabilidad del contrato, sino que por el contrario, si bien es cierto, que se fijó un término de duración del contrato, también lo que se pactó, además, que el comitente podría dar por terminado el contrato si el comisionista incurría en un incumplimiento del mismo (cláusula décimo sexta). Esta cláusula con independencia de que por su naturaleza, la comisión es revocable y solamente por excepciones terminantes de la ley, es irrevocable, reafirma que el contrato motivo de este conflicto, es de carácter revocable, sin que ello sea perjudicado con la circunstancia de que se hubiera señalado en el mismo el término de diez años de duración... A mayor abundamiento, esta Sala estima, que aun cuando no se hubiera pactado la citada cláusula decimo sexta en el contrato, al se interpreta en estricto sentido el contenido del artículo 307 del Código de Comercio, se llega al conocimiento de que la facultad que el mismo otorga al comitente, no es arbitraria, sino que le constriñe a responder por todas las gestiones que hubiere realizado el comisionista, de manera que si se revoca la comisión unilateralmente, como es el caso, eso no le podría causar un perjuicio irreversible al comisionista, supuesto que contaría con acción para exigir al comitente una indemnización correspondiente a las gestiones que con motivo del contrato realizó, como lo serían los gastos efectuados para el desempeño de la comisión y de las comisiones devengadas.

Amparo directo 4724/76.- Casa Weira, S.A.- 5 de noviembre de 1979.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Pablo Ibarra Fernández".

(83)

Con respecto a la revocación declarada por el comitente, y a la muerte o inhabilitación del mismo, Garrigues los considera como dos causas *sui generis* de extinción anticipada, dado el carácter de contrato de confianza que es propio del mandato y que asimismo persiste en la comisión. (84)

"En los casos especiales, el mandato civil puede ser irrevocable. Al hablar de la comisión, el Código de Comercio no prevee esta situación; pero teniendo en cuenta el carácter supletorio del derecho civil, la no contradicción con norma especial alguna del Código de Comercio, y la circunstancia de un progreso de la doctrina y de la jurisprudencia, debemos llegar a la conclusión, de que en los mismos casos en que el mandato civil puede ser irrevocable, pueden serlo también la comisión y el mandato mercantil". (85)

Abundando en este concepto, el licenciado Rogerio R. Pacheco sostiene que, el mandato irrevocable muestra siempre un aspecto patrimonial, independiente del mandato mismo y mientras no se termine satisfactoriamente para el acreedor, no podrá darse por terminado. Pero si bien es cierto, que la muerte del mandante en un mandato irrevocable,

(84) Cfr., Op. Cit., p. 390.

(85) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Op. Cit., Tomo II, p. 40.

no termina con el mandato, la muerte del mandatario sí opera su terminación. Esta conclusión es lógica ya que, ni el mandato ha sido revocado, ni se pueden perjudicar de manera alguna los derechos del mandatario o del tercero. El mandante puede cumplir personalmente con las obligaciones que se han contraído. (86)

(86) Estudios Jurídicos en Homenaje a Manuel Borja Soriano, México, Ed. Porrúa, S.A., Universidad Iberoamericana, 1969, p. 561.

CAPITULO TERCERO

DERECHO COMPARADO.

III.1. ESPAÑA.

El artículo 244 del Código de Comercio Español, define a la comisión como un mandato cualificado por la presencia de elementos específicamente mercantiles, que le hacen perder su naturaleza civil; tal es el caso de la retribución en la comisión mercantil, contrariamente a lo que sucede en el mandato, el cual por su naturaleza es gratuito.

(87)

De la definición anterior se desprende que, la comisión es un mandato que debe tener por objeto un acto de comercio y que el comitente o el comisionista sean comerciantes; estableciéndose así, una relación esporádica entre las partes de modo que, ejecutado y consumado el acto o negocio, se extingue el contrato.

Manuel Broseta Pont nos dice que, la comisión bien puede definirse como el contrato por el que el

(87) Cfr. Garrigues, Joaquín, Op. Cit., p. 102.

comisionista, en su condición de empresario mercantil, se obliga a prestar su actividad consistente en realizar un acto o negocio jurídico por cuenta del comitente. ⁽⁸⁸⁾ Actividad normalmente remunerada cuando se consigue el resultado previsto.

El comisionista actúa frente a los terceros de dos maneras diferentes:

En nombre de su comitente o sea, con poder de representación y, en nombre propio ocultando el nombre de su comitente, siendo este un caso de representación indirecta.

"Aunque el comisionista contratase en nombre propio y apartándose de las instrucciones del comitente, en la ejecución de la comisión, si éste con todo, no sufriese daños ni perjuicios, no procederá indemnización alguna". ⁽⁸⁹⁾

Ahora bien, pasemos a analizar la obligación de desempeñar el cargo en interés del comitente, bajo la luz del derecho español: Esta obligación del comisionista, es la de

(88) Cfr. Op. Cit., p. 400.

(89) Gay R. de Montellá, Código de Comercio Español Comentado, Barcelona, Ed. Bosch, Vol. I, Tomo III, 1946, p. 437.

mayor importancia, ya que constituye el contenido fundamental de la comisión mercantil.

A este respecto Garrigues nos dice que, la característica principal de la comisión como contrato que obliga a desempeñar una actividad en interés de otro es la de actuar, según la opinión del comitente. ⁽⁹⁰⁾

La primera obligación consiste pues, en procurar hacerse cargo de la intención del comitente al conferir la comisión.

Solo de este modo podrá ajustarse a las instrucciones recibidas, quedando en tal caso libre de responsabilidad. Tendrá que conocer las expresiones técnicas usuales en el comercio y que el comitente haya empleado al dar su encargo; cuando este sea obscuro o dudoso, tendrá que pedir aclaraciones pertinentes al comitente, antes de ejecutar el encargo.

Cuando la comisión se formula de manera incompleta, en lo no previsto y prescrito expresamente por el comitente, deberá el comisionista consultarle siempre que lo

(90) Cfr. Op. Cit., p. 465.

permita la naturaleza del negocio; esto se da como consecuencia de la obligación de acatar las instrucciones del comitente.

La doctrina distingue desde este punto de vista de las instrucciones entre comisión imperativa, indicativa y facultativa. En la primera, el comisionista ha recibido ordenes precisas y categóricas sin poderse interponer un malentendido o una interpretación incorrecta.

Parece pues que no puede apartarse de las instrucciones recibidas, ni aun en el caso de que con ello resulte benéfico para el comitente. Pero esta interpretación literal puede conducir a resultados poco prácticos, desde el punto de vista de los intereses del comitente.

La comisión indicativa o enunciativa no se encuentra prevista en el Código de Comercio Español, ni en el nuestro. Aquí las facultades concedidas al comisionista son elásticas en cuanto que puede interpretar según su criterio, las instrucciones recibidas.

Por último, la comisión facultativa concede al comisionista la facultad de proceder a su arbitrio, al elegir el modo de realizar la comisión.

Ahora bien, si el comisionista estuviera autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que le dicte la prudencia, estando más de acuerdo al uso del comercio, cuidando del negocio como propio.

De esta manera se establece que, el arbitrio no es ilimitado y que el criterio aplicado es triple: hay un criterio objetivo por una parte, que es el uso del comercio, por otra un criterio subjetivo, que es el cuidar el negocio como si fuera propio y, finalmente tenemos un criterio mixto, el cual queda constituido por los dictados de la prudencia.

En la realidad del tráfico moderno mercantil sin embargo, no podemos encontrar tipos puros de comisiones imperativas, indicativas o facultativas, sino mas bien figuras mixtas o combinaciones de estas modalidades. "Como dice Van Ryn, la orden del comitente es siempre imperativa, en lo que concierne a la naturaleza de la operación a realizar (venta, compra, depósito de mercancías) y su objeto (clases de mercancías que han de ser compradas o vendidas);

pero no ha de ser necesariamente imperativa respecto a las demás modalidades: precio, época y lugar de entrega". (91)

"El comisionista que no verificare la cobranza de los caudales de los comitentes a las épocas en que según el carácter y pactos de cada negociación eran estos exigibles, se constituía en responsable de las consecuencias que en perjuicio de su comitente podía producir su omisión, si no acreditaba que con la debida puntualidad usó de los medios legales para exigir el pago". (92)

Con relación a la obligación por parte del comisionista de rendir cuentas encontramos que, de este precepto se desprenden dos obligaciones distintas:

La primera comprende un deber de estricta información dirigido a tener al comitente al corriente de las noticias que interesan al buen éxito de la negociación y a la celebración del negocio de ejecución. La segunda, tiene por objeto trasladar al comitente el resultado y los efectos obtenidos del encargo ejecutado. (93)

(91) Bauche Garcíadiego, Mario, Op. Cit., p. 227.

(92) Estasén, Pedro, Instituciones de Derecho Mercantil, Madrid, Ed. Reus, Tomo III, 1923, p. 158.

(93) Cfr. Broseta Pont, Manuel, Op. Cit., p. 242.

En el primer sentido, el cual podría entenderse como amplio, destaca la culminación de la obligación ya conocida de comunicar al comitente de las novedades que le conciernen, para saber si el negocio se ha resuelto favorable o negativamente.

El segundo sentido que sería el estricto, corresponde a una obligación de contabilidad, que exige el detalle de los gastos y de los ingresos, acaso con exhibición de libros pertenecientes al comisionista y en todo caso, reintegro al comitente del sobrante que resulte a su favor, abonando el interés legal en caso de morosidad.

En lo concerniente a la responsabilidad del comisionista, Garrigues indica que, el Código de Comercio la regula con vigor y en forma detallada, basándose en la doble consideración de ser de ordinario el comisionista un profesional y estar retribuida su gestión. ⁽⁹⁴⁾ Dichos preceptos sobre responsabilidad, son agrupados por el autor de la siguiente manera:

(94) Cfr. Op. Cit., p. 104.

I. Responsabilidad por negativa a la ejecución de la comisión cuando se ha concedido un plazo razonable para el cumplimiento de la misma.

II. Responsabilidad por inobservancia de las instrucciones del comitente.

III. Responsabilidad por ejecución defectuosa de la comisión mercantil.

Garrigues continúa diciendo que, en general, responde el comisionista, siempre y cuando no defienda como es su deber, los intereses del comitente.

Acerca del régimen del llamado privilegio del comisionista, Broseta Pont asevera que, frecuentemente el comisionista se convierte en un acreedor del comitente por anticipos concedidos, por gastos de los que debe ser reembolsado o, incluso, por premios o comisiones devengadas y no pagadas. (95)

Para estos casos, y especialmente para garantizar al comisionista la percepción de estos créditos, el Código

(95) Cfr. Op. Cit., p. 245.

establece dicho régimen, el cual queda integrado por dos importantes derechos:

El primero, es el de retener o impedir ser desposeído de las mercancías recibidas del comitente, mientras no quede satisfecho íntegramente su crédito contra él; el segundo derecho queda constituido al percibir el importe de su crédito, de modo preferente a los restantes acreedores del comitente, con cargo al importe de tales efectos, una vez que sea instada su ejecución.

La garantía se extiende sobre la totalidad de efectos que el comisionista hubiera recibido en consignación del comitente o, que de éste se hallaren a su disposición.

La autoentrada del comisionista también se encuentra prohibida, estableciéndose que el comisionista no puede comprar ni para sí ni para otro, lo que se le haya mandado vender; igualmente, tampoco podrá vender lo que se le haya decretado como compra específicamente; todo esto sin contar con la debida licencia del comitente.

"Mediante esta prohibición, la Ley Española -en contra de la alemana y de otras-, rechazará la figura tan

controvertida del contrapartista o, la autoentrada (Salbseintritt), llamada también autocontrato o contrato consigo mismo, pero la rechaza cuando el comisionista carece de autorización para ello". (96)

Sin embargo, hay opiniones como la de Emilio Langle Rubio que considera que, se debía permitir la autoentrada sin licencia en el caso, al menos de la compraventa de títulos o mercaderías que tengan un precio fijado oficialmente en Bolsa o en el mercado, como establecen algunas leyes extranjeras. (97)

En el Derecho Español existe, independientemente de las comisiones de compra y de venta, la de transporte; figura que se presenta cuando el comisionista se encarga de contratar el transporte de mercancías y efectos por cuenta del comitente.

Sobre el particular, Manuel Broseta Pont declara que, es esta una actividad reservada a los comisionistas de transporte en cuanto a las obligaciones generales de la comisión, y tan solo conviene resaltar la especialidad consis-

(96) Broseta Pont, Manuel, Op. Cit., p. 122.

(97) Cfr. Op. Cit., p. 115.

tente en el hecho de que el comisionista garantiza a su comitente, el cumplimiento de las obligaciones del porteador. (98)

Por mandato legal se impone al comisionista, una comisión de garantía.

Precisamente en este punto, aun cuando la comisión de garantía o *Cláusula Star del Credere*, es admitida plenamente en algunas legislaciones extranjeras -de manera especial en España e Italia-, ésta no será tratada en este capítulo, sino en el siguiente, dada su importancia y amplitud.

(98) Cfr. Op., Cit., p. 246.

III.2. ITALIA.

"Por regla general, el mandato contractual existe sin necesidad de representación o sea, sin que el mandatario deba tratar y ultimar el negocio que se le ha encargado, en nombre del propio mandante. El mandatario que no teniendo la representación del mandante contrata por cuenta de éste, pero en nombre propio, se denomina comisionista. Frente a los terceros, el titular del negocio, *dominis negotii*, es el comisionista". (99)

Messineo considera el contrato de comisión como subfigura del mandato sin representación, pero hace resaltar que consiste en "la adquisición y venta de bienes en nombre del comisionista y por cuenta del comitente". (100)

Por último, de acuerdo a las palabras de Alberto Trabucchi, comisión "es la denominación dada al mandato sin representación y cuyo objeto es la adquisición o venta de bienes por cuenta del comitente y en nombre propio... La

(99) Boleffo, León, Derecho Mercantil, Madrid, Ed. Reus, traducción de José L. de Benito, 1945, p. 118.

(100) Citado por Bauche Garciladiego, Mario, Op. Cit., p. 228.

comisión se refiere, por tanto, solo a los negocios de compraventa". (101)

En la comisión son aplicables todas las normas relativas al mandato sin representación. Ahora bien, en cuanto a las relaciones internas entre comitente y comisionista, éstas serán reguladas de acuerdo a las disposiciones especiales para dicho efecto.

Al comisionista le corresponde una provisión, la cual será aumentada si se hubiere obligado al *Star del Credere*; esto es, si se hubiera garantizado al comitente, el cumplimiento de la prestación a la que se obligó el tercero contratante.

El negocio puede ser concluido por el comisionista por cuenta propia, cuando se trate de adquisición de títulos, mercaderías o divisas que tengan precio corriente en el mercado, salvo que el comitente lo haya prohibido expresamente.

(101) Instituciones de Derecho Civil, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, Traducción de Luis Martínez Calcerreda, 1967, 15a. ed., p. 320.

"No debe confundirse a los comisionistas con otros auxiliares del empresario, vgr. con los dependientes que son trabajadores subordinados". (102)

No es esencial a la comisión la existencia de un poder de representación en el comisionista ya que, su carácter esencial es la independencia de actuación del mismo, respecto al comitente. (103)

Por esta razón, Tulio Ascarelli sostiene que, los terceros pueden dirigirse únicamente al comisionista para exigir el precio de la mercancía vendida. (104)

Pero, como el comisionista al mismo tiempo obra por cuenta del comitente, éste deberá reembolsarse cuantos gastos haya realizado por él y al mismo tiempo, el comisionista debe transferir al comitente todo lo que ha comprado y cobrado por su cuenta.

El comitente debe entregar al comisionista las cantidades que se requieran para la adquisición de las

(102) Trabucchi, Alberto, Op. Cit., p. 320.

(103) Cfr. Minervini, Gustavo, El Mandato, Barcelona, José María Bosch Ed., 1959, p. 461.

(104) Derecho Mercantil, México, Ed. Porrúa, S.A., Traducción de Felipe de J. Tena, 1940, p. 76.

mercancías, o remitirle lo que haya de vender por su cuenta, retribuyéndole por último, con la comisión convenida.

Ahora bien, bajo estos términos, el tercero con quien el comisionista contrata, puede faltar a su obligación o ser insolvente, no pagando por ejemplo, las mercancías que haya recibido.

En este caso, el comisionista no es responsable de la ejecución por parte del tercero. Esto obedece a que está actuando por cuenta del comitente. De aquí, que éste debe hacer frente a sus obligaciones para con el comisionista, aun cuando el tercero se abstenga de cumplir con las suyas, o que resulte ser un sujeto insolvente.

Sin embargo, el comisionista puede asumir frente al comitente, la responsabilidad de manera total o parcial de la ejecución del contrato por parte del tercero, garantizando así su solvencia.

Para poder actuar de esta forma, el comisionista tiene naturalmente que ser retribuido mediante una comisión especial, además de la normal debida, por el desempeño de su trabajo.

La institución de la autoentrada, se regula de manera muy diversa en las legislaciones vigentes, vgr. la italiana, la cual adopta una postura liberal en relación a la figura de la autoentrada del comisionista.

Esto podemos observarlo en el Código Civil Italiano, en su artículo 1735, que a la letra dice: "Comisionista que contrata por cuenta propia. En la comisión de compra o de venta de títulos, divisas o mercaderías que tengan un precio corriente..., si el comitente no ha dispuesto otra cosa, el comisionista puede proporcionar el precio, indicando las cosas que debe comprar, o puede adquirir para sí las cosas que debe vender, salvo, en todo caso, el derecho a la remuneración. Aun cuando el comitente haya fijado el precio, el comisionista que adquiere para sí, no puede fijar un precio inferior al corriente, en el día en que lleva a cabo la operación, si éste es superior al precio fijado por el comitente; y el comisionista que proporciona las cosas que debe comprar, no puede fijar un precio superior al corriente, si éste es inferior al precio fijado por el comitente". (105)

(105) Bauche Garcíediego, Merlo, Op. Cit., p. 254 - 255.

Finalmente, en cuanto a la revocación hecha por el comitente, se establece un premio a la comisión, cuando es revocado del encargo, todo ello en base al trabajo realizado por el comisionista, hasta el momento de la revocación.

"Esta es la solución adoptada por el Código Civil Italiano en su artículo 1734, que a la letra dice: Revocación de la comisión. El comitente puede revocar la orden de concluir el negocio, mientras el comisionista no lo haya concluido. En tal caso, corresponde al comisionista una parte de la remuneración, que se determina teniendo en cuenta los gastos soportados y la obra realizada". (106)

(106) Bauche Garcíadiego, Mario, Op. Cit., p. 264 - 265.

III.3. ALEMANIA.

Según el Código de Comercio Alemán es comisionista quien, profesionalmente se encarga de comprar o vender, en nombre propio y por cuenta ajena. (107)

Asimismo, exige que la comisión tenga por objeto, la compraventa de mercancías y de títulos de crédito. (108)

Cabe hacer notar que, el sistema alemán no presenta duda alguna entre las figuras tan controvertidas de la comisión y el mandato mercantil; dicha incertidumbre no existe toda vez que, la comisión debe ser realizada por el comisionista, únicamente en nombre propio.

El negocio de comisión, tanto de compra como de venta es fundamentalmente de naturaleza mercantil y quien a ello se dedica, tiene por consiguiente la calidad de comerciante.

Ahora bien, si se tratara de negocios que no tengan por objeto la compraventa de mercancías y de títulos

(107) Cfr. Código de Comercio Español, Op. Cit., p. 438.

(108) Cfr. Minervini, Gustavo, Op. Cit., p. 451.

de crédito, el derecho relativo a la comisión, solamente se aprecia si la persona que de ellos se encarga, es ya un comisionista de profesión. ⁽¹⁰⁹⁾

Con relación al derecho de retribución del comisionista, el criterio germánico establece que la comisión debe entenderse cumplida, no solo por la conclusión del contrato previsto, sino por la consumación efectiva que ha de ser probada por el comisionista.

El premio del comisionista recompensa el resultado, el cual consiste en la consumación del contrato o, de la operación encargada por el comitente, siendo esta precisamente la finalidad que persigue. Sin embargo, el artículo 396 del Código de Comercio Alemán establece que, esta regla se exceptúa en el caso de que el comisionista no haya podido llevar a cabo la operación, por causa imputable al comitente. ⁽¹¹⁰⁾

El mismo Código determina que, la cuota o retribución puede consistir en dejar en favor del comisionista la diferencia, en mas o en menos, obtenida por él en la comisión de compra o de venta respectivamente, sobre

(109) Cfr. Código de Comercio Español. Op. Cit., p. 438.

(110) Cfr. Bauche Garciladiego, Merlo, Op. Cit., p. 245.

el precio que hubiera fijado el comitente. Si se trata de un tanto por ciento sobre el precio de la venta, éste tanto por ciento puede ser calculado, o sobre el precio neto o sobre el precio bruto.

En párrafos anteriores habíamos dicho que, existían legislaciones que contemplaban la autoentrada de manera liberal y el prototipo de este criterio lo marca el citado Código de Comercio Alemán, el cual, en su artículo 400, determina lo siguiente:

"Está permitido al comisionista vender lo que se le ha encargado comprar, y comprar lo que se le haya encargado vender, cuando la comisión se refiera a mercaderías que tengan un precio en el mercado, o, títulos valores cuyo precio de bolsa o mercado, se fija oficialmente".

III.4. EN OTROS PAISES.

III.4.a. FRANCIA.

"El comisionista es aquel que actúa en su propio nombre, o bajo un nombre social, por cuenta del comitente".

(111)

Lo anterior es establecido por el Código de Comercio Francés, el cual admite que el comisionista actúe en su propio nombre; sin embargo, los deberes y los derechos del comisionista que obra en nombre de su comitente, se determinan por el Código Civil Francés, el cual añade a la disposición dada por el Código de Comercio, que el comisionista puede actuar en nombre de su comitente y también en nombre propio.

"La explicación estriba en que el Código de Comercio, al declarar que el comisionista ha de obrar necesariamente en nombre propio, se refiere a los preceptos del Código Civil, que sienta las reglas para el caso de que los mandatarios obren en nombre de los mandantes,

(111) Código de Comercio Español, Op. Cit., p. 439.

pareciéndole al Código de Comercio una redundancia repetirlos, limitándose en sus disposiciones, el caso único no regulado por el Código Civil, en que el comisionista obre en su propio nombre". (112)

En lo relativo a la retribución como uno de los derechos del comisionista, la Doctrina Francesa establece con respecto a la cuota que ha de recibirse, que ésta ha de consistir en una cantidad fija o bien, un tanto por ciento sobre el precio si se trata de una comisión de venta, o, sobre la cantidad percibida, si se trata de una comisión de compra. (113)

Respondiendo a los motivos económicos que inducen a conceder al comisionista, ciertos recursos jurídicos privilegiados, que le asegurasen el cobro de su retribución y de los gastos y anticipos realizados con motivo de la comisión, el derecho mercantil tradicional, reconocía al comisionista un derecho de retención y de prenda legal para proteger sus créditos contra el comitente.

Consecuente con esa tradición, el Código Francés regula por vez primera, el privilegio del comisionista,

(112) Código de Comercio Español, Op. Cit., p. 439.

(113) Cfr. Bauche Garciladiego, Mario, Op. Cit., p. 244.

concediéndose únicamente cuando las mercancías habían sido expedidas de una plaza a otra. Este requisito se ha suprimido en las leyes modernas y en el propio Derecho Francés. ⁽¹¹⁴⁾

III.4.b. BELGICA.

El comisionista es aquel que actúa en nombre propio por cuenta del comitente. ⁽¹¹⁵⁾

Los deberes y los derechos del comisionista, se encuentran regulados en el Código Civil.

III.4.c. ARGENTINA.

El Código de Comercio Argentino, distingue dos modalidades de mandato mercantil.

Uno llamado mandato comercial con carácter representativo, otorgado para la regulación de actos de comercio; el segundo recibe el nombre de comisión, que es un mandato mercantil no representativo, en el cual, el

(114) Cfr. Bauche Gardiáñez, Mario, Op. Cit., p. 246.

(115) Código de Comercio Español, Op. Cit., p. 439.

mandatario obra en nombre propio, aunque por cuenta del comitente. (116)

III.4.d. COLOMBIA.

El mandato comercial toma el nombre de comisión, cuando versa sobre una o más operaciones mercantiles, individualmente determinadas. (117)

Sin embargo, la legislación colombiana admite tres clases de mandato comercial en donde primeramente, se destaca la comisión, después la proposición y por último, la correduría y agencia de cambio.

Por último, añadiremos la opinión de Esteban Csato, de Venezuela, en lo concerniente a la comisión de transporte y nos dice que, en el Derecho comparado hay semejanzas entre los diferentes países, para juzgar este tipo de comisión y consiste en que, la obligación principal del comisionista de transporte, es la vigilancia y cuidado, y de la diligencia y prudencia que atañen al comisionista, mientras éste efectúa la expedición de mercancías. (118)

(116) Cfr. Minervini, Gustavo, Op. Cit., p. 471.

(117) Cfr. Código de Comercio Español, Op. Cit., p. 441.

(118) Cfr. El Contrato de Comisión de Transporte de Cosas, Caracas, Universidad Central, Revista de la Facultad de Derecho No. 21, 1961, p. 132.

Asimismo, hace hincapié en el Código de Comercio Mexicano, el cual no menciona nada acerca de la comisión de transporte; mientras que reglamenta el transporte en su artículo 577. (119)

Para dar por concluida esta exposición breve de la legislación comparada, consideramos conveniente establecer que de los países que regulan separadamente la comisión del mandato mercantil se encuentran: México, Italia, Bélgica y Francia.

(119) Csato, Esteban, Op. Cit., p. 105.

CAPITULO CUARTO

LA CLAUSULA STAR DEL CREDERE
EN EL CONTRATO DE COMISION MERCANTIL

IV.1. ORIGEN HISTORICO.

Existen dos puntos de vista en cuanto al origen histórico de la *Cláusula Star del Credere*. Por una parte, la *fideiussio* romana y por la otra, la iniciación del crédito comercial durante la Edad Media.

En virtud de lo anterior, procederemos a estudiar primero la figura de la *fideiussio*, para concluir con el crédito comercial que apareció en la Epoca Medieval.

La *Cláusula Star del Credere* tiene su antecedente remoto en la figura romana de la *fideiussio*, la cual pertenece a una de las tres formas de la fianza verbal: la *sponsio*, la *fideipromissio* y la *fideiussio*.

Antes de iniciar el estudio de la *fideiussio*, analizaremos el contenido de la fianza, misma que Margadant, explica de la siguiente manera:

Es un contrato accesorio, mediante el cual, una persona llamada fiador se obliga a cumplir con su propio crédito, en el caso de que otra persona denominado fiado, - que es el sujeto pasivo de una obligación garantizada por la fianza- no la cumpla. ⁽¹²⁰⁾

Esta obligación principal, podía ser futura, como en el derecho moderno o bien, natural.

La fianza podía ser por menos del valor del objeto del contrato principal, pero no por más, debido a que el accesorio no puede contener más que el principal.

La fianza romana *in duriolem causa* (con efecto más pesado), era totalmente nula, mientras que la fianza moderna en tales circunstancias, se reduce al importe de la obligación principal.

El deudor principal, no podía oponer excepciones y defensas personalísimas que el fiado hubiera tenido, en virtud de que no todas las excepciones que tuviera el deudor principal aprovechaban igualmente al fiador. Así también,

(120) cfr. Op. cit., p. 385 - 386.

encontramos casos en que el fiador no gozaba de determinadas ventajas procesales que hubiera tenido el deudor principal.

Una vez cumplida la acción, el fiador podía dirigirse al deudor principal, mediante la acción de mandato, cuando había recibido instrucciones por parte del deudor para pagar la deuda o bien, de la *actio negotiorum gestorum*, en el caso de que no hubiera recibido dicho encargo.

Para garantizarse previamente la eficacia de esta reclamación contra el deudor principal, el fiador antes de obligarse pedía que éste, a su vez le diera fiadores para responder de la devolución.

En la época republicano-clásica se conocen tres formas de fianza: La primera en aparecer es la *sponsio*, después de ella viene la *fideipromissio* y finalmente, la *fideiussio*.

La forma de celebrarse las tres es *verbis*, a pesar de que la aplicación de cada una es distinta y en algunos casos, poseen naturaleza diferente.

"En el Derecho Justiniano, sólo existe una forma de fianza: la *fideiussio*, que es el resultado de la fusión de todas. Los compiladores sustituyen simultáneamente los términos *sponsio* y *fideipromissio* por el de *fideiussio*". (121)

"No debe confundirse, desde luego, tales contrafiadores, con los fiadores del fiador (*fideiussores*, *fideiussoros*), que deben garantizar al acreedor, en forma subsidiaria, la solvencia del fiador". (122)

En relación a este punto, Juan Iglesias nos dice que, la *fideipromissio* sirve para garantizar toda suerte de obligaciones, contrariamente a lo que sucede con la *sponsio* y la *fideipromissio*, que solamente son aplicables a la garantía de obligaciones contraídas verbalmente y que únicamente se refieren a la misma promesa del deudor, sin subordinarse a la obligación principal. (123)

La *fideiussio* en cambio, acarrea la obligación para el garante, siempre y cuando, el deudor quede obligado.

(121) Iglesias, Juan, Op. Cit., p. 504.

(122) Margadant, Guillermo, Op. Cit., p. 386.

(123) Cfr. Op. Cit., p. 505 - 506.

Esta figura presenta dos modalidades que no ocurren en la *sponsio* ni en la *fideipromissio*: la obligación para el garante del *fideiussor*, se trasmite hereditariamente, teniendo carácter perpetuo, la acción para hacerla efectiva; y la *fideiussio* operaba tanto para romanos como para extranjeros.

En la época clásica, el *fideiussor* responde al igual que el deudor principal. El acreedor puede dirigirse a su elección, contra uno u otro, y la *litis contestatio* que se hubiere celebrado con cualquiera de ellos, extinguían ambas obligaciones.

Justiniano introdujo finalmente, a favor de los fiadores, el *beneficium excussionis*, mediante el cual, el fiador podía exigir que el acreedor persiguiera primero al deudor antes de dirigirse a él¹²⁴.

Cuando era evidente que la ejecución en el patrimonio del deudor principal no daría ningún resultado, el juez podía negar este beneficio al fiador, bajo la suposición de que lo había solicitado únicamente para ganar tiempo.

(124) Cfr. Mergadant, Guillermo, Op. Cit., p. 388.

El *beneficium excussionis*, añadió el carácter de accesorio a la fianza, un carácter subsidiario, constituyéndose así en la obligación o responsabilidad que suple y robustece a otra principal.

Con Justiniano, toda fianza se convirtió en una *fideiussio indemnitis* -fianza por el saldo del daño-; el procedimiento consistía en que el acreedor trataba de cobrar al deudor mismo, en forma judicial, si esto último era necesario y posteriormente, el fiador lo indemnizaba por el faltante eventual.

Ahora bien, el segundo punto de vista es el que, algunos autores entre ellos Garrigues sustentan en el sentido de que, consideran que el antecedente histórico de la figura del *Star del Credere* se originó en virtud de la práctica medieval italiana en el comercio. (125)

Al resurgir el comercio y multiplicarse los caminos, las viejas ciudades comenzaron a repoblarse y nacieron otras en los burgos que gozaban de una buena situación geográfica; la nueva actividad económica pronto superó a la de los feudos donde se encontraban.

(125) Cfr. Op. cit., p. 498.

Esto aconteció especialmente en los puertos italianos como Venecia, Génova, Pisa, etc., que se transformaron en repúblicas y en los burgos donde los artesanos y los comerciantes favorecieron la prosperidad general de su población.

Entre las más importantes ciudades comerciales se encontraban las siguientes: Florencia, antigua colonia romana que adquirió la calidad de ciudad comercial a principios del siglo XII, debido al espíritu industrial y emprendedor de sus habitantes; tenía establecimientos comerciales en Levante, Francia y otros países, y entre sus comerciantes había agentes de cambio, prestamistas, joyeros y orífices. En segundo lugar estaba Pisa, antigua ciudad etrusca convertida luego en colonia romana; pasó a ser república independiente en el año de 888, y ya en el siglo X, por sus hazañas militares y empresas comerciales, pasó a ocupar un puesto prominente entre los estados italianos. Similar situación guardaban Venecia y Amalfi. ⁽¹²⁶⁾

En la Edad Media, las monedas no desaparecieron en realidad sino, por el contrario, se multiplicaron tanto

(126) Cfr. Vera Tornell, Ricardo, Historia de la Civilización, Barcelona, Ed. Ramón Sopena, Tomo I, 1958, p. 660.

que perdieron su valor; cada feudo acuñaba muchas veces su propia moneda y sólo valían, generalmente, dentro de sus propios dominios. (127)

Pero el comercio no podía desarrollarse a base del trueque o de diversas monedas en cada feudo.

El comercio requería de instrumentos de cambio fáciles, accesibles, con valor efectivo, con leyes uniformes y de aceptación general y permanente.

Los comerciantes de Venecia primero, y luego los de otras ciudades de Italia, influyeron poderosamente en ese surgimiento de la circulación monetaria.

Tanto o más que de la moneda, los comerciantes necesitaban del crédito manejado a base de documentos fiduciarios con el correspondiente interés.

Al desarrollarse el comercio, el crédito era un factor indispensable para la vida económica. Los pagarés, las letras de cambio, las operaciones a plazos, los préstamos con interés, los seguros sobre empresas, etc., se difundieron

(127) Cfr. González Blackaller, C. y Guevara Ramírez, Luis, Síntesis de Historia Universal, México, Ed. Herrero, 1971, p. 178 - 180.

cada vez más desde el siglo XI, gracias a los mercaderes venecianos, pisanos y genoveses del sur y a los de Flandes en el norte.

Nacieron así, las operaciones bancarias que dieron seguridad a la moneda y que refaccionaron tanto a los comerciantes y a los maestros de talleres de artesanos, como más tarde también, a los productores industriales.

De hecho, el renacimiento del comercio como consecuencia de las Cruzadas, provocó una verdadera revolución mercantil, dando nacimiento al capitalismo mercantil.

En 1860, con la aplicación del maquinismo a la producción artesanal, se provocó una segunda revolución industrial con sus consecuencias inmediatas: la revolución comercial o sea, la conquista de mercados exteriores, que ha provocado a su vez, las rivalidades y la revolución financiera, en la cual, el desarrollo del crédito facilitó las transacciones comerciales y favoreció la estrecha unión entre comerciantes, industriales y banqueros.

IV. 2. ESPAÑA.

La *Cláusula Star del Credere* es conocida en el Derecho Español como *comisión de garantía*, limitándose al caso de la comisión de venta.

El artículo 272 del Código de Comercio Español la regula, diciendo al respecto que si el comisionista percibiera sobre una venta, además de la comisión ordinaria, otra llamada de garantía, correrán por su cuenta los riesgos de la cobranza, quedando obligado a satisfacer al comitente, el producto de la venta en los mismos plazos pactados por el comprador. (128)

Broseta Pont opina al respecto que, el comisionista normalmente se limita a estipular el negocio de ejecución ya sea en nombre del comitente o en nombre propio. Pero una vez estipulado, el comisionista no garantiza el buen resultado económico de dicho negocio a menos que se haya comprometido expresamente a ello, mediante la percepción de una sobreprima llamada garantía. (129)

(128) Cfr. Bauche Garcillego, Mario, Op. Cit., p. 257.

(129) Cfr. Op. Cit., p. 406.

A juicio de Garrigues, el comisionista es un intermediario y quien utiliza sus servicios, lo hace a su propio riesgo; en consecuencia, es el comitente quien soporta el riesgo de la operación con el tercero, ya que el comisionista queda libre de responsabilidad, cuando ha empleado la diligencia normal en la ejecución de la comisión y, justamente para eliminar el riesgo de inejecución defectuosa por el tercero del contrato concluido por el comisionista, aparece históricamente la *Cláusula Star del Credere*. (130)

A pesar de que el artículo 272 del Código de Comercio citado, establece el pacto de garantía únicamente para la comisión de venta, este sistema de garantía bien puede extenderse a cualquier encargo. (131)

A diferencia de lo que ocurre con el pacto del *Star del Credere*, el artículo 101 del ordenamiento mercantil mencionado, en relación a los agentes colegiados de Cambio de Bolsa, no concede al comisionista en este caso, ningún premio especial.

(130) Cfr. Op. Cit., p. 499.

(131) Cfr. Brosseta Pont, Manuel, Op. Cit., p. 406.

Al contrario de otros códigos, el Español no menciona el uso como posible fundamento de la comisión de garantía; sin embargo Garrigues, no encuentra obstáculo en admitirlo si se demuestra la existencia de un uso de carácter normativo. (132)

El pago de esta comisión especial o de garantía, estará regulado con arreglo a los usos comerciales del lugar en que se cumplió la comisión.

La comisión de garantía necesariamente es más onerosa que la comisión ordinaria puesto que, comprende además de la retribución debida por la intervención del comisionista, la correspondiente a la garantía para el caso de que existiera incumplimiento por parte del tercero que contrató.

El comisionista no resarce al comitente de las pérdidas o daños, pero asume la consiguiente responsabilidad por el puntual e íntegro cumplimiento de la prestación específica (remesa de la cosa o pago del precio). (133)

(132) Citado por Bauche Garcíadiego, *María*, Op. Cit., p. 258.

(133) Cfr. Bolaffio, León, *Op. Cit.*, p. 122.

La hipótesis de la comisión de garantía es excepcional, contraponiéndose así a la normal, en la que el comisionista no responde de la ejecución del negocio, si bien, de esta ejecución depende su derecho al premio.

Si el contrato no se cumple, el comisionista perderá su derecho al premio; en la comisión de garantía no pierde este derecho, pero viene obligado a realizar una prestación normal, la que incumbía al tercero que contrató con el comisionista. (134)

(134) Cfr. Bauche Garcíadiego, Mario, Op. Cit., p. 258.

IV.3. ITALIA.

"El comisionista que en virtud de pacto o de uso, está obligado al *Star del Credere*, responde frente al comitente por la ejecución del negocio. En tal caso, tiene derecho además de la remuneración, a una compensación o a una mayor remuneración, la cual en defecto de pacto, se determine según los usos del lugar en que se ha realizado el negocio. En defecto de usos, provee el juez según equidad. Tal es lo que dispone el artículo 1736 del Código Civil Italiano". (135)

En virtud de lo anterior, vemos que el Código Civil Italiano utiliza el término *Star del Credere*, para encabezar el artículo anteriormente transcrito y supone que, el comisionista se compromete a responder total o parcialmente del cumplimiento de las obligaciones asumidas con quienes contrató.

Trabucchi nos dice que, corresponde al comisionista una provisión, la cual será aumentada si se hubiera obligado al *Star del Credere* o sea, si se hubiera

(135) Bauche Garcíadiego, Mario, Op. Cit., p. 256 - 257.

garantizado al comitente el cumplimiento de la prestación a que se obligó el tercero contratante. (136)

"Comentando el citado artículo 1736 del Código Civil Italiano, Messineo nos dice que el comisionista cuando deba (en virtud de pacto o de uso) *Star del Credere*, o sea, garantizar al comitente (caso de fianza), la regular ejecución del negocio (regular cumplimiento de la obligación del tercero) respecto de él, comisionista, que lo ponga en situación de cumplir a su vez frente al comitente (extraño al contrato), tiene derecho (además de a la remuneración o comisión), a una compensación especial o a un suplemento de comisión; esto en razón del riesgo que asume para el caso de inejecución del tercero, su contratante". (137)

En el Derecho Italiano a diferencia del Español, no se especifica a cuál tipo de comisión debe aplicarse el *Star del Credere*; por lo que se entiende que es adaptable tanto a la comisión de compra como a la de venta.

(136) Cfr. Op. Cit., p. 320.

(137) Bauche Garcíadiego, Mario, Op. Cit., p. 257.

IV.4. MEXICO.

La comisión de garantía no se encuentra prevista en el contrato de comisión mercantil.

Sin embargo, Luis Muñoz establece que "esta cláusula está permitida en el Derecho Mexicano para los comisionistas, no así para los corredores (Art. 68 fr. VI del C.Com.), en su consecuencia, el comisionista garantiza la obligación del contratante con su comitente aunque el comisionista haya obrado en nombre propio". (138)

Consideramos de suma importancia volver a hacer hincapié, en la aclaración que se estableció en la introducción de la presente tesis profesional, en el sentido de que la prohibición para los corredores de garantizar los contratos en los que intervinieran, consignada en el artículo 68 fracción VI del Código de Comercio, surtió efectos hasta un mes después de la publicación de la Ley Federal de Correduría Pública en el Diario Oficial de la Federación, de fecha 29 de diciembre de 1992.

(138) Cfr. Contratos, México, Ed. Herrero, Tomo II, 1960, p. 140.

Asimismo, Rodríguez y Rodríguez dice que, este pacto de garantía no está previsto en el Derecho Mexicano, que no lo acepta ni lo prohíbe para los comisionistas. ⁽¹³⁹⁾

Luego entonces, considera que la citada cláusula es perfectamente lícita.

(139) Cfr. Op. Cit., p. 39.

IV.5. FIGURAS AFINES.

La comisión de garantía o *Cláusula Star del Credere*, bien puede ser juzgada como una configuración especial de garantía con una fisonomía singular, concedida por los usos mercantiles.

No obstante, algunos autores consideran que la citada cláusula ofrece ciertas similitudes con dos figuras conocidas: el aval y la fianza.

Con el fin de completar nuestro estudio sobre el tema, haremos un breve análisis de cada una de ellas, con el objeto de determinar la posible afinidad que pudieran tener con la *Cláusula Star del Credere*, obteniendo de esta forma una visión clara del concepto.

IV.5.a. AVAL.

"Es aquella obligación escrita independientemente de la que contraen el aceptante y el endosante que afianza o garantiza el pago de una letra. El aval es objetivo (garantiza el pago de la letra), autónomo (subsiste por sí,,

independientemente de las demás obligaciones asumidas en la letra) y formal (se obliga cambiariamente sin relación con la cláusula *intercedendi*)". (140)

En relación a las personas que pueden avalar, el artículo 110 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece lo siguiente: "Puede prestar el aval quien no ha intervenido en la letra y cualesquiera de los signatarios de ella". (141)

El artículo 113 del citado ordenamiento, determina igualmente que el aval puede darse en favor de cualquier obligado cambiario.

En el caso de que no se declare de manera expresa por parte del avalista, quién será el avalado, existen normas supletorias de la ley que determinan que el aval garantizará al aceptante, y, en su defecto al girador.

El avalista asume una obligación cambiaria directa frente a cualquier tenedor legítimo. (142)

(140) Torres Pascual, Jesús, Elementos de Derecho Civil, Instituciones Civiles y Mercantiles, Madrid, Ed. E.C.A.I., 1983, p. 329.

(141) Cfr. Op. Cit., p. 255.

(142) *Idem*, p. 256.

El tenedor no tiene necesariamente que proceder primero contra el avalista, sino que se dirige directamente contra el avalista si así lo desea. Incluso, la acción cambiaria puede dirigirse simultáneamente contra el avalista y el avalado, de acuerdo al vínculo solidario que los une.

La acción cambiaria contra el avalista, puede ejercerse durante el tiempo que la ley determine, antes de declarar la prescripción de la misma.

En lo concerniente a las relaciones entre el avalista y el avalado, y entre aquél y los coobligados cambiarios, el artículo 115 de la ley citada, concede al avalista acción cambiaria contra el avalado y contra los demás coobligados anteriores, no contra los posteriores que podrían oponerse a aquella, contraponiéndole su propia responsabilidad.

Si hubiere varios avalistas, las relaciones entre los mismos dependerán del tipo de obligaciones que asuman.

Tratándose de un avalista de otro avalista, la relación entre uno y otro es la misma que existe entre el avalista y el avalado, sin que el avalista-avalado pueda

dirigirse contra su avalista, cuando pagara, ya que este segundo sólo garantizó el pago por aquel y por los obligados anteriores.

Garrigues opina al respecto que, la responsabilidad del comisionista se asemeja a la del avalista mercantil, ya que una vez vencida la obligación del tercero, el comitente puede dirigirse indistintamente contra el tercero o contra el comisionista, sin estar obligado a dirigir su acción en primer término contra el tercero, ni menos aun, a ejecutar los bienes de éste. ⁽¹⁴³⁾

IV.5.b. FIANZA.

Los contratos de garantía son aquellos que directamente sirven, para asegurar al acreedor el pago de su crédito y para que confíen en el deudor, quienes contratan con él, y son de dos clases: de garantía personal y de garantía real.

Los primeros tienden fundamentalmente, a garantizar al acreedor el cumplimiento de la obligación, mediante la creación o establecimiento de una pluralidad de

(143) Cfr. Citado por Bauche Garcíadiego, Mario, Op. Cit., p. 260 - 261.

deudores, de suerte que el riesgo que corre aquél, ya es menor porque si el deudor principal no puede pagar, queda la posibilidad de ir en contra de los demás codeudores.

Este primer tipo de seguridad, lo proporciona el contrato fianza.

Los segundos, remedian el inconveniente que presentan los contratos de garantía personal, ya que en estos subsiste para el acreedor, el peligro de no cobrar a causa de la insolvencia de los deudores, por lo que se afecta o grava un determinado bien del deudor, dotando al acreedor de un verdadero derecho real sobre ese bien, que lo faculta a obtener la venta del mismo y al pago de su crédito, con el producto de tal venta con preferencia a todos los demás acreedores de su deudor. (144)

El Código Civil, en su artículo 2794 define a la fianza de la siguiente manera: "Es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, si éste no lo hace. (145)

(144) Cfr. Sánchez Medel, Ramón, Op. Cit., p. 389 - 390.

(145) Cfr. Op. Cit., p. 482.

La fianza se encuentra dentro de los contratos de garantía, ya que el fiador se compromete a pagar, si el deudor no cumple con su obligación de pago. La garantía se establece en función del fiador, cuando paga la cantidad debida.

"La obligación que uno hace para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá las condiciones de algún contrato, o bien, la convención por la cual un tercero toma sobre sí el cumplimiento de la obligación ajena, para el caso de que no la cumpla el que la contrajo". (146)

- *Clasificación.*

Es un contrato unilateral y gratuito, pero admite pacto en contrario para que la fianza sea remunerada u onerosa teniendo entonces, el carácter de contrato bilateral en un sentido amplio, pues genera obligaciones a cargo de una y otra parte.

Es un contrato de garantía y un contrato accesorio, por cuanto que la validez del mismo, depende de una obligación principal ya existente o que puede nacer,

(146) Escriche, Joaquín, Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tomo I, 1979, p. 679.

cualquiera que sea la fuente de la obligación, puesto que la obligación principal puede dimanar de la ley, de una resolución judicial, de un delito, de un acto ilícito, de una declaración unilateral de voluntad o de algún contrato.

Es un contrato consensual, debido a que no requiere formalidad alguna para su celebración.

- *Especies.*

a).- *Fianza convencional, legal y judicial.*- En la fianza convencional no existe, antes de celebrar el contrato, ninguna obligación de otorgar la mencionada garantía personal, en tanto que en la fianza judicial o legal, antes de celebrar el contrato, existe ya la obligación de otorgar esa garantía personal, bien sea, por una resolución judicial o por una disposición de ley.

b).- *Fianza onerosa o gratuita.*- Según exista o no, la remuneración del fiador.

c).- *Fianza civil y mercantil.*- Esta última fianza existe cuando la obligación del deudor principal, es mercantil.

La fianza mercantil, puede ser a su vez un contrato o bien, una simple declaración unilateral de voluntad, que es lo que ocurre en las pólizas que expiden las instituciones de fianzas. (147)

- *Elementos Personales.*

El contrato de fianza relaciona a tres personas: el fiador, que es quien asume la obligación de pagar, en defecto del deudor o fiado; y el acreedor, que es quien recibe la garantía del cumplimiento de la obligación que con él tiene el deudor.

- *Elementos Formales.*

No se requiere formalidad alguna para la celebración de la fianza, por lo que es un contrato consensual; pero en todo caso, debe la fianza ser expresa y no tácita; esto es, que el fiador debe obligarse de manera expresa a responder por el deudor principal, aunque el acreedor acepte solamente de modo tácito, tal compromiso del fiador.

(147) Cfr. Sánchez Medel, Ramón, Op. Cit., p. 394 - 395.

La fianza mercantil constará necesariamente en la póliza, lo que se excluye para la fianza civil. (148)

- *Elementos Reales.*

El elemento real de la fianza es la obligación principal, cuyo cumplimiento se garantiza.

Dicha obligación principal, ordinariamente consiste en una deuda de dinero, pero nada impide que consista también en una obligación de hacer o de no hacer, a cargo del deudor principal, en cuyas hipótesis, la responsabilidad del fiado, se traduce en el pago de una suma de dinero, en caso de que el deudor no cumpla con aquella obligación de hacer o de no hacer.

En virtud de lo anterior, sobre el fiador gravita solo la responsabilidad y no el débito de la obligación a cargo del deudor principal.

La obligación principal, susceptible de garantizar con fianza debe ser:

(148) Cfr. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Op. Cit., p. 273.

a).- Una obligación que exista o que pueda llegar a existir;

b).- Una obligación válida; en cuanto que una obligación que no exista, ni que llegue a existir, no es susceptible de garantizarse con fianza.

La responsabilidad del fiador no puede rebasar el alcance de la obligación principal, así como tampoco puede aquella ser pura y simple, y esta última, sujeta a modalidad, pero en cambio, sí puede la obligación del fiador estar a su vez asegurada con otras garantías (prenda, fianza e hipoteca), que no estén garantizando directamente la obligación principal.

- *Efectos de la Fianza.*

La fianza produce dos clases de efectos: los que nacen directamente del solo contrato de fianza y que son conocidos como relaciones o efectos, entre el acreedor y el fiador y los que nacen de hechos posteriores a la celebración del contrato tales como, el pago que el fiador efectúa de la obligación principal, o la insolvencia sobreviniente de un

fiador y otros hechos similares, cuyos efectos se conocen como relaciones o efectos, entre el fiador y el deudor principal y entre diversos cofiadores entre sí.

A). Efectos Directos del Contrato.

El efecto que nace directamente del contrato es la obligación del fiador de pagar al acreedor, si el deudor principal no lo hace. Esta obligación es personal del fiador, distinta de la del deudor principal, con carácter de accesoria y subsidiaria (mas no condicional).

De lo antes mencionado, se deriva la siguiente consecuencia:

El fiador puede oponer al acreedor, las excepciones personales que aquél tuviera contra éste como compensación, vicios del consentimiento, etc., y además, salvo que el fiador haga valer el beneficio de orden cuando no haya renunciado a él, o no le esté negado por ley, puede el mismo fiador ser demandado directamente y antes que el deudor principal. (Arts. 2855 y 2814 c. civil).

El fiador se obliga a otro tanto igual que el deudor principal, salvo que expresamente se haya reducido por convenio a un monto inferior, pero no es una obligación solidaria. (Art. 2799 C. CIVIL).

El fiador que paga (aun en el caso del fiador solidario), no extingue la obligación principal, sino que se subroga en ella contra el deudor principal, lo cual no ocurriría si fueran obligaciones solidarias. El acreedor puede también transigir con el deudor principal o con el fiador, sin que la transacción del primero perjudique al segundo y sin que tampoco la transacción con el segundo, perjudique al primero. (Arts. 2830, 2826 y 2952 C. CIVIL).

El fiador puede obligarse a menos cantidad que el deudor principal, o hacerse que la obligación del fiador esté sujeta a modalidades de un término o de una condición, que no tenga la obligación del deudor principal. Por este motivo, puede la obligación del fiador tener garantías (prenda, hipoteca u otra fianza), que no tenga la obligación principal.

Es una obligación accesoria, por lo que si se extingue la obligación principal, entonces si se extingue la obligación del fiador.

La obligación del fiador es una obligación subsidiaria de la del deudor principal, pero no es una obligación sujeta a condición, puesto que existe desde que se celebra el contrato de fianza y no nace hasta que el deudor principal deja de cumplir con su obligación.

Es subsidiaria la obligación del fiador, por cuanto que éste pagará cuando se haya hecho imposible la satisfacción al acreedor, no antes.

Por ser la del fiador una obligación subsidiaria de la del deudor principal, puede alegar los tres beneficios: de orden y de excusión (Arts. 2814 y 2823 c. civil); que no existen en la fianza legal ni en la judicial (Art. 2855 c. civil) y el de división (Art. 2827 c. civil). Cuando el fiador renuncia a estos tres beneficios, se trata de un fiador solidario y deja de ser subsidiaria la obligación del fiador.

- Beneficios del Fiador.

Las relaciones del fiador con el acreedor están constituidas por los derechos y obligaciones del fiador para con el acreedor, los cuales son los siguientes: el fiador tiene como obligación el pago al acreedor, en defecto del fiado; pero para cumplir la obligación, tiene tres derechos correlativos, denominados también beneficios. (149)

Estos beneficios son renunciables y constituyen verdaderas excepciones, en el estricto sentido jurídico de la palabra. (150)

Los beneficios de orden y excusión, son excepciones dilatorias y el beneficio de división, es al mismo tiempo, una excepción dilatoria y parcialmente perentoria.

a).- *Beneficio de orden*: El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor (Art. 2814 c. civil), o lo que es lo mismo, que antes de demandar al fiador, o de continuar la demanda formulada en

(149) Cfr. Principios de Derecho, Escuela Bancaria y Comercial, Ed. E.B.C., México, 1941, p. 173.

(150) Cfr. Sánchez Medel, Ramón, Op. Cit., p. 401 - 404.

contra de éste, debe el acreedor haber ya demandado y terminado el juicio respectivo contra el deudor principal, sin haber podido cobrar a éste por falta de bienes y no por otra causa.

b).- *Beneficio de excusión*: Consiste también en la excepción dilatoria que debe hacer valer el fiador, precisamente al contestar la demanda o al ser requerido de pago, para el efecto de que, antes de perseguirse o continuarse el juicio contra el fiador, procede judicialmente el acreedor en contra del deudor principal y embargue o ejecute los bienes de éste. (Art. 2819 c. civil).

Ordinariamente, se identifican el beneficio de orden y el de excusión pero cuando se hace valer el primero, no es necesario que el fiador señale los bienes del deudor principal, que basten para la deuda, cosa que sí es necesaria para oponer el beneficio de excusión; sin embargo, el beneficio de excusión no puede existir sin el beneficio de orden.

c).- *Beneficio de división:* Este beneficio también debe hacerse valer como excepción dilatoria, para que suspenda el juicio hasta que sean citados los demás cofiadores (Art. 2827 C. CIVIL), y a la vez, como excepción parcialmente perentoria, para el efecto de que la deuda se divida en tantas partes como cofiadores haya. (Art. 2827 C. CIVIL).

Este beneficio que hace valer el fiador frente al acreedor, se da cuando ha sido demandado aquél por éste último; este beneficio no debe confundirse con la división de deuda sobre todos los cofiadores, cuando uno de ellos ha pagado ya, y cuya división se hace efectiva por un fiador frente a sus cofiadores y no se hace valer por el fiador frente al acreedor.

B). Efectos derivados de hechos posteriores a la celebración del Contrato.

Estos efectos dimanar del pago que haga el fiador al acreedor y que consecuentemente dan derechos al mismo fiador para acciones de regreso, a efecto de obtener un reembolso total del deudor principal, o, por lo menos, el

reembolso parcial de los demás cofiadores cuando haya pluralidad de fiadores.

Dicho pago hace operar asimismo, la subrogación legal en favor del fiador, para tomar éste el lugar del acreedor y demandar el pago al deudor principal.

Todos estos efectos derivados de hechos posteriores a la celebración del contrato se subdividen en, efectos con relación al deudor y efectos con relación a los cofiadores.

1). *Efectos entre el fiador y el deudor principal*: El fiador -aun el fiador solidario-, que efectúa el pago, tiene dos acciones: una personal o de reembolso y otra por subrogación; ambas en contra del deudor principal y en razón de que al otorgar la fianza, el fiador no obró con el deseo de hacer una liberalidad a dicho deudor. La acción personal o de reembolso, es para que el deudor indemnice al fiador (Art. 2829 c. civil). Además, el fiador que ha pagado al acreedor, tiene una acción de subrogación por ministerio de ley, en contra del deudor principal, lo que

significa que el fiador toma el lugar del acreedor para exigir el pago de la obligación principal. (Art. 2830 c. Civil).

2). *Efectos entre el fiador que paga y los demás cofiadores:* Cuando haya varios cofiadores y uno de ellos paga al acreedor, tiene derecho a su vez a que, los demás cofiadores le reintegren la parte correspondiente a éstos, salvo que alguno de ellos sea insolvente, porque entonces la parte del insolvente, debe absorberse por todos los demás. (Art. 2837 c. Civil).

- Modos de Extinción.

La obligación del fiador puede extinguirse de dos maneras: o por vía de consecuencia -al extinguirse la obligación principal garantizada-, o bien, por vía principal -cuando se extingue la obligación del fiador, pero continua viva la obligación del deudor principal-.

Por vía de consecuencia se extingue la obligación del fiador, dado su carácter de accesorio; cuando se extingue por cualquier causa la obligación principal. (Art. 2842 c. Civil).

Por vía principal, se extingue la fianza dejando viva la obligación del deudor principal, de dos maneras: o por las causas establecidas por el derecho común o, por ciertos modos propios o privativos de la fianza. (Planiol). (151)

Los modos del derecho común que extinguen la fianza, son todas las causas generales de extinción de la obligación:

Los modos de extinción propios de la fianza, son los siguientes:

a).- Si el acreedor libera a uno de los fiadores sin el consentimiento de los otros cofiadores, la fianza se extingue hasta el importe del fiador liberado, pero continúa la deuda en su totalidad, frente al deudor principal. (Art. 2844 c. civil).

b).- Si por culpa o negligencia del acreedor, los fiadores no pueden subrogarse en los derechos de prenda, hipoteca, retención o privilegios que tuviere el mismo acreedor, quedan liberados los fiadores, aunque sean solidarios del deudor principal. (Arts. 2830 y 2845 c. civil).

(151) Cfr. Sánchez Medel, Ramón, Op. Cit., p. 407 - 408.

c).- Si el acreedor concede una prórroga o espera al deudor principal, sin consentimiento del fiador, se extingue la fianza. (Art. 2846 c. civil).

d).- Si el acreedor conviene con el deudor principal, a nuevos gravámenes o condiciones que la hagan más onerosa, o que exponga al fiador a un mayor peligro, tales hechos liberan al fiador de su responsabilidad. (Art. 2847 c. civil).

e).- Si el acreedor no requiere judicialmente de pago al deudor principal, dentro del mes siguiente a la fecha de vencimiento de la obligación principal o, a la fecha en que ésta se haya hecho exigible cuando la fianza se haya otorgado por tiempo indeterminado. (Arts. 2848 y 2849 c. civil).

f).- Si una vez iniciado el juicio contra el fiador por el acreedor deja éste de promover sin causa justificada por más de tres meses en dicho juicio. (Art. 2849 c. civil).

IV.6. ANALISIS DE LA CLAUSULA STAR DEL CREDERE Y
SU CONVENIENCIA PRACTICA DENTRO DEL CONTRATO DE
COMISION MERCANTIL.

IV.6.a. LA CLAUSULA STAR DEL CREDERE COMO FIGURA
JURIDICA INDEPENDIENTE.

Una vez analizadas las figuras afines a la *Cláusula Star del Credere*, queremos hacer hincapié en que a pesar de que dicha cláusula guarda semejanza con las figuras jurídicas antes expuestas, en cuanto al punto de garantía que representan, la misma tiene a su vez, ciertas características particulares, que la hacen aparecer como una figura con independencia propia.

En virtud de lo anterior, citaremos a un autor que a nuestro juicio, analiza de manera eficaz este tema tan controvertido, sentando las bases precisas para que el comisionista que actúa de acuerdo a la *Cláusula Star del Credere*, no se mezcle con el concepto de fiador; conceptos que aunque en apariencia son iguales, difieren entre sí, creando de esta forma, dos nociones distintas para cada uno.

Una vez hecha la aclaración correspondiente, pasaremos al análisis que Arce Gargollo hace sobre el particular, y que consiste en lo siguiente:

La opinión más generalizada de la doctrina, tiende a situar al comisionista garante en la calidad de fiador.

Por consiguiente, la figura de la comisión de garantía, exige que se defina la calidad en que el comisionista garantiza, para que de esta forma, pueda establecerse el régimen legal aplicable a la relación accesoria.

Si se pactara como una fianza, no se requeriría entonces, del consentimiento del comitente, pudiendo pactarse únicamente entre el comisionista y el tercero. ⁽¹⁵²⁾

Luego entonces, no es una fianza, porque la obligación asumida por el comisionista frente al comitente, no es accesoria de la del comprador, debido a que el comisionista puede obrar en nombre propio, entonces el comprador no queda ligado con el comitente, sino con el

(152) Cfr. Op. Cit., p. 125 - 126.

propio comisionista; contrariamente a lo que sucede con el fiador, el comisionista no gozará de los beneficios de excusión y división, estudiados en el apartado correspondiente a la fianza.

Por otra parte, el pacto de fianza supone un acto jurídico distinto, que se caracteriza por ser una unión contractual de codependencia, contrariamente a lo que sucede si se estuviera en presencia de una obligación solidaria a cargo del comisionista, pues entonces la solidaridad aparece en el mismo acto en que se obliga el tercero.

"Tampoco puede ser considerado el comisionista como fiador del tercero que contrata en interés del comitente, porque entre éste y aquél, o sea, el tercero, no existe ninguna relación de crédito o de débito". (153)

Continuando con el estudio comparativo que Arce Gargollo presenta observamos que el mismo estima que, el fiador o el obligado solidario, pueden ser una persona ajena a las relaciones que existen entre el comisionista y el comitente; luego entonces, si un tercero es quien garantiza,

(153) Bolaffio, León, Op. Cit., p. 122.

estamos en presencia de otra figura jurídica, no ya frente a la comisión de garantía. (154)

IV.6.b. ELEMENTOS PRIMORDIALES QUE INFLUYEN EN LA CLAUSULA STAR DEL CREDERE.

a).- *Libertad*: Por libertad se entiende en un sentido afirmativo, la facultad de autodeterminarse, y en sentido negativo, la ausencia de trabas, estorbos, impedimentos o vínculos que hace posible autodeterminarse. (155)

Las normas de conducta pueden gravar la conciencia del hombre de dos maneras: como exigencias que el hombre debe cumplir para lograr el perfeccionamiento integral, o bien, como exigencias según las cuales la conducta humana debe ordenarse al bien común, constituyéndose entonces, en normas jurídicas que se ejercen dentro de la libertad jurídica, la cual está impregnada de responsabilidades hacia los demás.

(154) Cfr. Op. Cit., p. 126 - 127.

(155) Villero Toranzo, Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, México, Ed. Porrúa, S.A., 1978, 3a. ed., p. 443.

"La libertad jurídica entendida en esta forma, es el medio más apto para lograr el bien común. A su vez, el Derecho -cuyo fin es el bien común-, logra plenamente su cometido, cuando fomenta en los súbditos la capacidad de tender libremente a su perfección individual y social". (156)

Generalmente, el individuo suele desempeñarse en la actividad que más está de acuerdo con su idiosincrasia, con sus inclinaciones naturales o innatas. etc.,

Consiguientemente, la libertad que la persona tiene para elegir la labor o el oficio que desee, constituye el medio para conseguir los fines que se ha propuesto.

"Es por esto por lo que la libertad de trabajo, concebido como la facultad que tiene el individuo de elegir la ocupación que más le convenga, para conseguir sus fines vitales, es la manera indispensable sine qua non, para el logro de su felicidad y bienestar". (157)

Nuestro artículo 50. Constitucional, consagra la libertad del trabajo en los términos siguientes: A ninguna

(156) Villoro Toranzo, Miguel, Op. Cit., p. 312.

(157) Burgos, Ignacio, Las Garantías Individuales, México, Ed. Porrúa, S.A., 1985, 19a. ed., p. 311.

persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos.

A este respecto, Ignacio Burgoa establece que la libertad de trabajo (cuya connotación abarca la de la industria, profesión, comercio, etc., por ser sinónima de libertad de ocupación), tiene una limitación en cuanto a su objeto; lo cual requiere que dicha actividad sea lícita. "Por ende, todo aquel trabajo que sea ilícito, no queda protegido por la garantía individual de que tratamos, habiéndolo considerado así la Suprema Corte... (Informe de 1970, Tribunal Pleno, p. 291)". (158)

A continuación expondremos algunas citas de jurisprudencia dictadas en 1918, sobre el tema de la libertad de trabajo:

"Es una garantía consagrada por la Constitución, y por consecuencia, a nadie podrá impedirse que se dedique a la profesión o industria que mejor le acomode, siendo lícitas, salvo las resoluciones impuestas por la ley.

Ley Reglamentaria del Artículo 4o. Constitucional: Mientras no se expida y quede, por lo mismo, determinado cuáles son las profesiones que necesitan título, o

(158) Cfr. Op. Cit., p. 312.

cuáles son las responsabilidades en que incurran los que ejercen las mismas, sin ese requisito a nadie podrá impedírsele el ejercicio de ellas.

Considerando Primero: El artículo 4o. de la Constitución consagra la libertad de trabajo, como una garantía individual, estableciendo que a ninguna persona podrá impedírsele que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos, y que la ley determinará cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, Mientras no sea expedida la ley reglamentaria a este precepto, en la que se determine cuáles son las profesiones que no pueden ser ejercidas sin título y cuáles son las responsabilidades en que incurran los que ejerzan sin ese requisito, no se podrá impedir a nadie el ejercicio de esas profesiones, sin violar la libertad de trabajo consagrada como una garantía por el precepto constitucional mencionado. Siendo pues, notoria la violación cometida, con perjuicio del quejoso, procede confirmar la sentencia por la cual fue concedido el amparo.

(Tomo II, p. 1353.- Amparo Penal en Revisión.- Andrés J. Hazereth.- 6 de mayo de 1918.- Unanidad de votos)". (159)

"La restricción de la libertad del trabajo, cuando este no ataca derechos de tercero, ni ofende los de la sociedad, constituye una violación del artículo 4o. Constitucional.

(159) Guerrero Lara, Ezequiel y Guadarrama López, Enrique, La Interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917-1984), México, U.N.A.M., 1985, 2a. ed., p. 32 - 33.

Tomo II, p. 25.- Amparo Administrativo en Revisión.- Zamora Enrique.- 2 de enero de 1918.- Unanimidad de 10 votos)". (160)

"La Constitución General de la República, en su artículo 4o., previene que a ninguna persona se le podrá impedir que se dedique a la profesión, industria o trabajo que le acomode, siendo lícitos, y siendo el principio general de que debe existir la libertad franca de trabajo y el ejercicio franco de las profesiones.

ID. ID. Sólo puede vedarse por determinación judicial cuando se ataquen derechos de tercero, o por resolución gubernativa dictada en los términos de la ley cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

ID. ID. Las legislaturas de los Estados pueden imponerle limitaciones; pero para que esas limitaciones tengan existencia constitucional, deben ser posteriores a la Constitución.

ID. ID. El principio que la establece está vigente y no puede ni debe ser derogado, sino por el contrario, ser aplicado, respetado y llevado a la práctica desde el día en que entró en vigor la Constitución.

(Tomo II, p. 668.- Amparo Civil en Revisión.- Rivera Enrique A.- 1o. de marzo de 1918.- Mayoría de votos)". (161)

(160) Guerra Lara, Ezequiel y Guadarrama Lopez, Op. Cit., p. 35.

(161) Idem, Tomo II, p. 52 - 53.

La ilicitud de un acto o de un hecho es una circunstancia que implica contravención a las buenas costumbres, o a las normas de orden público. En el primer caso, la ilicitud tiene un contenido inmoral toda vez que, se refiere a una contraposición con la moralidad social, que en un tiempo y espacio determinado exista; en el segundo caso, la ilicitud se ostenta como una disconformidad o una indivisión, entre un hecho o un objeto y una ley de orden público, o bien, de una norma de orden privado, cuando se establece una regulación para los intereses privados, en vista de una situación jurídica o fáctica determinada.

b).- Voluntad: "Un amplio sector del derecho privado asegura a los individuos una esfera de libertad y autonomía, que les permite regular sus propios intereses, en sus relaciones con terceros. Dentro de ese ámbito de libertad jurídica, la voluntad de los particulares, puede crear válidamente derechos y situaciones jurídicas a favor o en contra de los autores del acto que se haya celebrado". (162)

La autonomía de la voluntad se manifiesta a través del negocio jurídico, que es el instrumento que reviste mayor importancia en el campo del derecho.

(162) Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, México, Ed. Porrúa, S.A., 1979, 3a. ed., p. 225.

La persona individual posee una voluntad. El problema se plantea respecto a las personas colectivas, para saber si tienen o no voluntad.

Gierke lo esclarece de esta manera: "La persona corporativa está ciertamente sobre, pero no fuera de la colectividad de las personas que forman su cuerpo; constituye una immanente unidad con él; es un ente único, pero simultáneamente colectivo. Esta asociación tiene una voluntad general propia, que no es la simple suma de varias voluntades autónomas, como no es la voluntad de una unidad ideal separada de los todos ordenadamente declarada". (163)

Para que los efectos se produzcan, es necesario que la voluntad se de a conocer, que se manifieste por medio de la declaración.

Dicha declaración o exteriorización puede tener lugar a través de la palabra oral o escrita; por medio de gestos o de signos, siempre que el medio que se emplee para declarar la voluntad sea idóneo para expresar claramente, qué es aquello que el sujeto quiere efectivamente declarar.

(163) Villoro Toranzo, Miguel, Op. Cit., p. 412.

La voluntad en el sentido jurídico, consta de dos momentos:

I. Voluntad de querer realizar determinado negocio.

II. La voluntad de declarar por medio de una conducta externa realizada, lo que el sujeto quiere. De ello resulta que la voluntad y la declaración de la voluntad, están íntimamente unidas y concordes.

La declaración ha de permitir que a través de ella, se conozca con certeza, determinada voluntad. La certeza no puede tener lugar cuando la declaración es oscura o ambigua y tampoco puede aceptarse como declaración de voluntad, aquellos medios que no son idóneos para interpretar lo querido por el sujeto. (164)

"De acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para celebrar o no celebrar contratos, y al celebrarlos obran libremente y sobre

(164) Galindo Garfias, Ignacio, Op. Cit., p. 226 - 227.

un pie de igualdad, poniéndose de acuerdo unos contratantes con otros, fijando los términos del contrato, determinando su objeto, sin más limitación que el orden público. Esta limitación se encuentra consignada en términos generales del artículo 60. del Código Napoleón, en el artículo 15 del Código de 1884 y en el artículo 60. del Código de 1928, según el cual: *La voluntad de los particulares no puede eximir la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.* Esto quiere decir que, los particulares pueden estipular en sus contratos todo lo que no sea contrario a una ley, si ésta no es de interés público, sino solo supletoria de las partes". (165)

c).- *Responsabilidad*: "Es el conjunto de notas por las cuales un sujeto ha de dar razón a otros de un acto o de un hecho. La responsabilidad añade algo a la imputabilidad; ésta es la simple atribución de un hecho o acto, a un sujeto determinado, aquélla implica el deber de dar cuenta del hecho o del acto a otros". (166)

(165) Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, México, Ed. Porrúa, S.A., 1968, 6a. ed., p. 143.

(166) Villoro Toranzo, Miguel, Op. Cit., p. 350.

La responsabilidad jurídica es una solución social, construida por el derecho, con el fin de señalar a una persona para que de cuenta de las consecuencias de determinados hechos o actos jurídicos.

Consiste en una obligación de dar cuenta ante los demás miembros de la comunidad, puesto que es una solución social, a diferencia de la responsabilidad moral, la cual da cuenta ante la conciencia propia del individuo.

"Lo cual no significa naturalmente, que el Derecho y la Moral sean disciplinas extrañas entre sí, sino por el contrario, los principios establecidos por el legislador en materia de responsabilidad, deben estar -como todos los del Derecho Positivo- de acuerdo con los de la Moral". (167)

La responsabilidad jurídica tiene sin embargo, un límite impuesto por los datos de la realidad: la imputabilidad jurídica.

No puede haber responsabilidad jurídica sin imputabilidad jurídica. Para que alguien esté obligado a dar

(167) Villoro Toranzo, Miguel, Op. Cit. p. 351.

cuenta de las consecuencias de un hecho o de un acto jurídico, es necesario que ese hecho o ese acto, no lo puedan atribuir a su causa.

Siempre que un hecho o acto, tenga repercusiones en el orden jurídico, le interesa al Derecho descubrir una persona, a quien poder imputar las consecuencias de todo hecho o acto jurídico y la encuentra en las personas que por su situación jurídica, están ligadas a lo acontecido; si el hecho o acto fue constructivo, para proteger a la persona que tiene derecho a beneficiarse del mismo y, si fue destructivo, para que alguien se haga responsable del desorden ocasionado.

En todos estos casos, la persona a quien se imputen los hechos, debe ser responsable y capaz de responder, por las consecuencias de los mismos.

d).- Remuneración: El artículo 50. Constitucional, establece lo siguiente: Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento.

Además de exigir que todo trabajo personal sea remunerado, salvo cuando se trate de funciones electorales o

censales, el artículo 5o. de la Ley Suprema, en el párrafo transcrito anteriormente, establece que al individuo que lo desempeña, debe otorgársele una justa retribución.

Por tal, se entiende toda remuneración que esté de acuerdo y en proporción con la naturaleza misma del servicio que se preste, así como en consonancia con las dificultades de su ejercicio.

La justa retribución, se traduce en el pago del salario mínimo (fracción VI del artículo 123 Constitucional), así como con el salario remunerador, que es el que debiendo ser siempre superior al mínimo, se establece convencionalmente entre trabajador y patrón, atendiendo a diversos factores y circunstancias, como son la naturaleza intrínseca de la prestación personal, la dificultad que puede representar su realización, la capacidad económica del sujeto que la recibe, etc.

En conclusión, todo trabajo personal, no debe ser gratuito obligatoriamente, para el que lo desempeña, sino tener una justa retribución que se fije a posteriori, atendiendo a la índole de cada servicio de que se trate. (168)

(168) Cfr. Burgos, Ignacio, Op. Cit., p. 335 - 336.

Ahora bien, el importe del premio asignado a la comisión, puede resultar de la existencia de un uso mercantil.

El término uso, se aplica para designar el hecho escueto de la repetición de cierta conducta o manera de actuar; en este caso, se puede hablar del uso como elemento objetivo de la costumbre, como la reiteración de una práctica o de un hábito social.

Se emplea también el concepto uso, para aludir a ciertos hábitos generalizados y propios de un gremio o grupo social, conforme a los cuales se interpretan los contratos o negocios jurídicos, y así se habla, por ejemplo, de los usos y prácticas bancarias, de la costumbre entre los comerciantes, etc.

En relación al punto anteriormente mencionado, Galindo Garfias, establece que: "La fracción III del artículo 2o. de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, reconoce a los usos bancarios y mercantiles, la naturaleza de fuente

formal de Derecho como costumbre *praeter legem*, respecto de la materia a que dicha ley se refiere". (169)

Al referirse Coviello al elemento material o de hecho, consistente en el hábito, señala como característica del mismo, el ser general, constante y más o menos permanente. (170)

En lo concerniente a la generalidad, se distinguen los usos referidos a personas determinadas, como por ejemplo, a ciertos contratantes, de la costumbre como hábito de la colectividad, para que exista el atributo común con la norma jurídica, o sea, el ser una regla general.

En cuanto al requisito de la constancia, se desenvuelve respectivamente en los de uniformidad y continuidad; es decir, que los hábitos sociales siempre sen los mismos y que no sean interrumpidos.

Por último, está la permanencia, la cual es un elemento un tanto abstracto, ya que la misma no puede

(169) *Cfr. Op. Cit.* p. 49.

(170) *Cfr. Rojas Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, México, Ed. Porrúa, S.A., 1978, 15a. ed., p. 32.*

determinarse a priori, en un cierto número de años, sino por una permanencia más o menos continua.

IV.6.c. UTILIDAD PRACTICA QUE REPRESENTA SU UTILIZACION.

El pactar la *Cláusula Star del Credere* dentro del contrato de Comisión Mercantil, representa para el comisionista, por una parte, un incremento en su responsabilidad, para que el negocio encomendado por el comitente a éste, tenga un buen fin; y por la otra, un considerable acrecentamiento en el pago que recibe, por haber desempeñado la comisión de una manera completa y por ende, satisfactoria.

Este pago podríamos considerarlo como un estímulo para el comisionista, que en virtud de haber pactado dicha cláusula con el comitente, va más allá del contenido normal de la comisión, al responder -total o parcialmente- del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las personas con quienes contrató; representando al mismo tiempo, una garantía para el comitente, el cual cuenta con la seguridad -desde el momento en que se pacte entre ambos la *Cláusula Star del Credere*- de que el negocio que está encomendando al

comisionista, tendrá el fin deseado, sin ningún menoscabo o incumplimiento de ninguna especie, salvo en los casos en que intervengan casos fortuitos o de fuerza mayor.

Para Ignacio Burgoa, la palabra garantía proviene del término anglosajón de *Warranty* que significa, la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar. Garantía equivale pues, en su sentido lato, a aseguramiento o afianzamiento, pudiendo denotar también *protección, respaldo, defensa, salvaguarda o apoyo.* (171)

Luego entonces, en virtud del *Star del Credere*, el comisionista ofrece al comitente lo antes mencionado, en cuanto a la ejecución del contrato de comisión.

Ahora bien, se ha dicho que la cláusula referida, puede pactarse de manera total o parcial.

Si se pactara en forma parcial, entonces se tratará de una obligación de actividad; esto es, que la obligación se estimará perfeccionada cuando se empleó el esfuerzo que requiere la diligencia de un buen padre de familia, en relación con el negocio encomendado.

(171) Cfr. Op. cit., p. 161.

Si se pactara en forma total, se habla entonces, de una obligación de resultado; aquí sí se está acordando el buen éxito del contrato de comisión, asumiendo entonces el comisionista, toda la responsabilidad y entendiéndose cumplida la obligación, tan solo cuando se obtuvo el resultado deseado.

A nuestro juicio, el premio o comisión de garantía, no podrá ser igual en los dos casos, ya que en el primero, el comisionista se obliga parcialmente, ajustándose por consiguiente, a una obligación de dar, mientras que en el segundo, cuando se obliga de manera total, está cumpliendo con una obligación de hacer, asumiendo entonces, todas las consecuencias que implica el estar sujeto al *Star del Credere*.

No obstante, las modalidades del *Star del Credere*, podrán ser estipuladas libremente entre el comisionista y el comitente, estableciéndose así, la forma en que el comisionista se obligará a cumplir y el pago que el comitente hará por este concepto.

Por otro lado, León Bolaffio nos explica claramente la mecánica de la *Cláusula Star del Credere*, con lo siguiente: El comisionista dice al comitente: En todos los negocios que por mi mediación y con mi nombre haga para tí, te garantizo el resultado, tú compra o vende, pero si la cosa no te fuera remesada o no se te paga el precio, yo respondo del cumplimiento del contrato en los términos convenidos, yo te remesaré las cosas o te pagaré el precio debido. ⁽¹⁷²⁾

El principio básico que se desprende del planteamiento antes expuesto es el siguiente:

Por regla general, el comisionista no responde al comitente, del resultado del negocio concertado por su mediación; sin embargo, excepcionalmente responde, cuando se pacta la comisión de garantía o *Star del Credere*.

Por otra parte, vemos que para Garrigues, los efectos de la cláusula citada, consisten en esencia, en situar al comisionista en el mismo lugar que ocupa el tercero contratante, imponiéndole por tanto, la misma responsabilidad en el caso de incumplimiento del contrato. Surge entonces,

(172) Cfr. Op. Cit., p. 124.

una obligación adicional para el comisionista, cuyo contenido se determina por el de la obligación del tercero. (173)

Consecuentemente, si el tercero no responde, por haberse interferido un caso fortuito o de fuerza mayor, tampoco deberá responder el comisionista.

La responsabilidad del comisionista cesará también, cuando el comitente haya concedido por su propia iniciativa, un aplazamiento al tercero.

Tampoco responderá el comisionista, en los casos en que el comitente, actuando de mala fe, realice sus prestaciones contractuales, en contra de la opinión del comisionista, fundada en la insolvencia del tercero contratante.

"Y claro es que estos principios sobre la responsabilidad anormal del comisionista, pueden ser modificados por una cláusula que aumente esa responsabilidad o que la disminuya. Lo primero ocurrirá, si el comisionista se compromete a responder en todo caso, incluso cuando medie fuerza mayor o cuando renuncie a oponer las excepciones

(173) Cfr. Op. Cit., p. 500.

inherentes a la obligación del tercero. Lo segundo tendrá lugar, cuando el comisionista garantice tan solo una parte de la obligación del tercero". (174)

En lo concerniente al premio o comisión de garantía, éste no posee la misma suerte que la remuneración principal del contrato de comisión.

El comisionista percibe esta comisión de garantía, cuando voluntariamente acepta obligarse en forma solidaria, para que el contrato goce así de un correcto cumplimiento.

"De todos modos, son innegables las ventajas de este pacto para el comitente, por asegurarle el buen fin de la operación concluida con el tercero, mientras que para el comisionista significa el percibo de un premio notablemente superior al normal, a condición de que sepa elegir bien a la persona con quien va a contratar. Justamente, la finalidad práctica que se persigue con esta cláusula, es la de evitar que el comisionista realice operaciones arriesgadas en perjuicio del comitente". (175)

(174) Bauche Garciladiego, Mario, Op. Cit., p. 261.

(175) Idem, p. 259.

Coincidimos con la opinión de Rodríguez y Rodríguez en el sentido de que, estimamos al *Star del Credere* o comisión de garantía, como una cláusula perfectamente lícita. (176)

Lo anterior, se desprende de los siguientes razonamientos:

En relación a las cláusulas que pueden contener los contratos, el artículo 1839 del Código Civil, establece que: Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes..., pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

Art. 1830 del Código Civil: Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Art. 1831: El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

(176) Cfr. Op. Cit., p. 39.

"... un acto en contra de una prohibición de la ley es un acto ilícito. Toda prohibición tiene carácter excepcional, en cuanto deroga singularmente al principio de la eficacia de toda declaración de voluntad, que sea manifestada ordenadamente y perfecta sustancialmente. De donde se sigue que todo lo que no está prohibido es lícito; que la prohibición no puede presumirse, sino que debe ser expresa; que en materia de leyes prohibitivas no puede adoptarse una interpretación analógica. Al lado de las prohibiciones singulares que se encuentran esparcidas en los códigos, la ley ha establecido también una disposición general prohibitiva (que no por eso pierde el carácter de la singularidad), con lo cual una vez, tantum y para todos los casos ha prohibido todos los convenios que tengan un contenido contrario... al orden público. (Ferrara, Op. Cit., Núm. 3, p. 3; Art. 60., 70. y 15 del Código de 1884 y Arts. 60. y 80. del Código de 1928)". (177)

"El contra legem agere supone una prohibición y por lo mismo una ley prohibitiva. Entonces solamente puede decirse que una obra contra la ley cuando se ejecuta realmente un acto, pero violando los límites impuestos a su voluntad. Se entiende por lo demás, que para juzgar de la extensión de estos límites, se tendrá en consideración no solo el sentido literal de la ley, sino, aun y más bien, el elemento lógico, pudiéndose tener un acto ilícito, no explícitamente prohibido, pero que conceptualmente se ha querido comprender en la prohibición. (Ferrara, Op. Cit., Núm. 8, p. 17)". (178)

(177) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit., p. 171.

(178) IBIDEM.

En cuanto a las buenas costumbres, Ihering determina lo siguiente: A la norma que declara ilícitos los actos inmorales, se han dirigido graves censuras, lamentando que constituya una intromisión arbitraria de la moral en el derecho, y que señala un retroceso en la legislación, o, al menos, un resto de aquella confusión de principios morales y jurídicos, cuya distinción clara es una conquista de la ciencia moderna. Pero reflexionando sobre esta acusación, queda uno persuadido de que carece de fundamento... tanto las reglas morales como las jurídicas, tienen por objeto la conducta humana, y quieren dirigir y guiar las acciones individuales en ciertas direcciones, y según cierta medida, a fin de alcanzar los fines, de la convivencia social". (179)

Ferrara declara que: "De estas normas, que nacen como producto natural de la experiencia en la regulación de las relaciones de la vida de la sociedad, y sancionadas por el poder social constituido, se llamaron leyes, reglas jurídicas; otras normas quedaron libres de coacción, aun útiles socialmente, y se llamaron moral... Por lo tanto, moral y derecho no son sino grados de evolución... No se trata ya de diversidad intrínseca, sino todo lo contrario,

(179) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit., p. 176 - 177.

hay identidad sustancial, pero tales reglas, según el grado de importancia respecto al ordenamiento de la sociedad, son o no reconocidas oficialmente por la ley, y llegan a ser coactivas". (180)

Ripert et Boulanger opina que: "El contrato inmoral es nulo como el contrato contrario al orden público, y el respeto de la moral entra, a decir verdad, en el del orden público. Pero es raro que el contrato sea inmoral por su objeto, lo es casi siempre por su causa. La acción de nulidad obliga, pues, al juez, a investigar el fin inmoral perseguido por los contratantes... En realidad, la regla moral admitida en un país, es una regla de origen religioso. en Francia, como en los países de Europa y de América, es el cristianismo el que ha impuesto cierta moral". (181)

"Ripert, en su obra *La règle morale dans les obligations civiles*, enseña que entre la regla moral y la regla jurídica no hay diferencia alguna de dominio, de naturaleza y de fin; Renard a su vez, proclama la identidad fundamental de la Moral y el Derecho". (182)

(180) Borja Soriano, Manuel, Op. Cit., p. 177.

(181) IBIDEM.

(182) IBIDEM.

"Si bien es verdad que la voluntad de las partes, es la suprema ley de los contratos, también lo es que dicho principio tiene las limitaciones forzosas, ineludibles: la primera, que se deriva del interés público que está por encima de la voluntad individual; y la segunda, de la técnica jurídica, sobre la que tampoco puede prevalecer el capricho de los contratantes.

Quinta Epoca: Tomo XXXV. pág. 1236.- Espinosa, Manuela y Coprs.- Apéndice del Semanario Judicial de la Federación 1917-1975)". (183)

Después de haber analizado el contenido de la *Cláusula Star del Credere* y la función que desempeña en el contrato de comisión mercantil, afirmamos que la misma, dada su naturaleza de garantía, no trasgrede en ninguna forma, ni a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

Asimismo, concluimos diciendo que la *Cláusula Star del Credere*, no tiene inconveniente alguno para ser aceptada libremente por el comisionista, para desempeñar la comisión mercantil de manera eficaz, así como por lo que respecta al comitente, el cual queda protegido a través de la ejecución de la misma.

Fundamentamos la opinión antes mencionada, en base a que el *Star del Credere* es adaptable al contrato

(183) Leyva, Gabriel y Cruz Ponce, Leandro, Código Civil para el Distrito Federal, México, U.N.A.M., 1932-1982, p. 612.

principal; bien puede pactarse o no, depende, -como ya dijimos- de la libre voluntad de las partes; en este caso del comisionista, ya que a él básicamente concierne, la responsabilidad de adquirir la obligación tantas veces detallada en párrafos precedentes, la cual se verá recompensada al concluir el negocio encomendado, con el premio o comisión de garantía, independientemente de la retribución normal que recibe por la ejecución del contrato de comisión mercantil.

CONCLUSIONES

I.- Comisión y mandato mercantil son dos contratos diferentes entre sí, toda vez que en la comisión, el comisionista actúa en nombre propio pero por cuenta del comitente; mientras que en el mandato, el mandatario actúa a nombre y por cuenta del mandante.

En virtud de lo anterior, la comisión mercantil se rige por las disposiciones del Código de Comercio, en tanto que el mandato mercantil es regulado íntegramente por el Código Civil.

II.- La comisión tiene un carácter de no representación y el mandato mercantil es, en consecuencia, representativo.

III.- El contrato de comisión mercantil, en cuanto al elemento formal que lo configura, tiene la peculiaridad de que puede otorgarse en forma de ratificación del contrato verbal, antes de que el negocio concluya.

IV.- Las obligaciones del comisionista son las siguientes:

- a). Cumplir con la comisión; si la rehusa, deberá avisar de inmediato al comitente;
- b). Continuar con las negociaciones, una vez realizada alguna gestión, hasta la terminación;
- c). Vender los objetos encomendados con auxilio de dos corredores o de dos comerciantes;
- d). Desempeñar personalmente la comisión y sujetarse a las instrucciones recibidas o, en su defecto, actuar de acuerdo a su buen juicio;
- e). Rendir cuentas;
- f). Conservar las mercancías que recibió para su venta y cuidar el numerario que se le dio;
- g). Responder por los actos realizados en exceso de facultades.

V.- Los derechos del comisionista consisten en el pago de sus servicios y en el derecho de retención, hasta el momento en que sus honorarios le sean pagados.

VI.- En cuanto al comitente, sus derechos y obligaciones se encuentran comprendidos de la siguiente manera:

a). Reembolsar al comisionista al contado y mediante cuenta justificada, los gastos efectuados por éste y los intereses devengados desde el día en que los hizo;

b). Revocar en cualquier tiempo la comisión conferida, por ser un contrato *intuitu personae*;

c). Quedar sujeto a los resultados de lo hecho por el comisionista en cumplimiento de su cometido.

VII.- El comisionista -salvo autorización expresa del comitente-, no puede comprar ni para sí o vender a su comitente, lo que éste quiera comprar o vender.

Esta operación recibe el nombre de autoentrada del comisionista, la cual es aceptada en otros países; sin embargo en México está prohibida; con la salvedad anteriormente mencionada, de que el comisionista cuente

con la autorización expresa del comitente para que dicha operación se lleve a cabo.

VIII.- En la legislación alemana, se permite al comisionista vender lo que el comitente le haya encargado comprar y, comprar lo que se le haya solicitado vender, cuando la comisión se refiere a mercaderías que tengan un precio en el mercado o, a títulos valores cuyo precio de bolsa o de mercado, se fije oficialmente.

IX.- En el Derecho Alemán, no existe confusión alguna entre las figuras de comisión y mandato mercantil, debido a que la comisión tiene que ser realizada por el comisionista, únicamente en nombre propio.

X.- En España, la comisión de transporte se rige de acuerdo a las obligaciones generales de la comisión; sin embargo, la especialidad de la misma, consiste en que el comisionista garantiza al comitente, el cumplimiento de las obligaciones del porteador. Por mandato legal, se impone al comisionista, una comisión de garantía.

XI.- En el caso concreto de España e Italia, la comisión de garantía es plenamente aceptada y regulada, y mediante

la cual, el comisionista se compromete a responder total o parcialmente, frente al comitente, del cumplimiento de las obligaciones asumidas por quienes contrató.

En virtud de responsabilizarse de manera tan especial, al contratar con los terceros y de garantizar en consecuencia al comitente, el buen fin del negocio, ya sea que éste haya sido pactado en forma total o bien, parcial, el comisionista tiene derecho a cobrar un premio o comisión de garantía.

XII.- Aunque ambas formas de pactar la *Cláusula Star del Credere* -total o parcialmente-, son igualmente importantes, consideramos que la citada cláusula se configura verdaderamente, cuando el comisionista se obliga para con el comitente del correcto cumplimiento del contrato de manera total, presentándose así, la responsabilidad especial a la que tanto se alude cuando se habla del *Star del Credere*.

XIII.- Consideramos que por su naturaleza, la *Cláusula Star del Credere* puede pactarse libremente entre las partes, siguiendo el principio de que los contratantes pueden pactar cuantas cláusulas estimen necesarias, siempre y

cuando éstas no se opongan al contenido básico del contrato en sí.

XIV.- El Código de Comercio, en su Capítulo I, del Título Tercero, relativo al contrato de comisión mercantil no determina de manera alguna, la prohibición expresa de que los comisionistas se vean imposibilitados a garantizar los contratos de comisión en los que intervengan; luego entonces, la *Cláusula Star del Credere* o comisión de garantía, no presenta inconveniente alguno para ser considerada como una cláusula plenamente válida.

XV.- Al tratarse, por una parte, de una garantía para el comitente y, por la otra, el constituirse en un premio para el comisionista, por haber realizado de una manera correcta y eficaz, el negocio encomendado, independientemente del pago normal de la comisión, consideramos que la misma no acarrea ningún daño o perjuicio a las partes, sino por el contrario, aporta considerables beneficios y seguridad a las mismas.

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

- 1.- Arce Gargollo, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, México, Ed. Trillas, S.A., 1985.
- 2.- Ascarelli, Tulio, Derecho Mercantil, México, Ed. Porrúa, Hnos y Cía., traducción de Felipe de J. Tena, 1940.
- 3.- Barrera Graf, Jorge, Introducción al Derecho Mexicano, México, U.N.A.M., Tomo II, 1981.
- 4.- Bauche Garciadiego, Mario, La Empresa, Nuevo Derecho Industrial; Contratos Comerciales y Sociedades Mercantiles, México, Ed. Porrúa, S.A., 1977.
- 5.- Bolaffio, León, Derecho Mercantil, Madrid, Ed. Reus, traducción de José L. de Benito, 1945.
- 6.- Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, México, Ed. Porrúa, S.A., Tomo I, 1968, 6a. ed.
- 7.- Broseta Pont, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, Madrid, Ed. Tecnos, 1974.
- 8.- Burgoa, Ignacio, Las Garantías Individuales, México, Ed. Porrúa, S.A., 1985, 19a. ed.
- 9.- Cervantes Ahumada, Raúl, Derecho Mercantil, México, Ed. Herrero, 1978, 2a. ed.
- 10.- Código Civil para el Distrito Federal, México, Ed. Porrúa, S.A., 1992, 61a. ed.
- 11.- Código de Comercio y Leyes Complementarias, México, Ed. Porrúa, S.A., 1992, 57a. ed.

- 12.- Código Federal de Procedimientos Civiles, México, Ed. Delma, 1992, 4a. ed.
- 13.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Ed. Porrúa, S.A., 1992, 96a. ed.
- 14.- Csato, Esteban, El Contrato de Comisión de Transporte de Cosas, Caracas, Universidad Central, Revista de la Facultad de Derecho, No. 21, 1961.
- 15.- Díaz Bravo, Arturo, Contratos Mercantiles, México, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1982.
- 16.- Escuela Bancaria y Comercial, Principios de Derecho, México, Ed. E.B.C., 1941.
- 17.- Enciclopedia Autodidáctica Quillet, Buenos Aires, Ed. Argentina Aristides Quillet, Tomo I, 1952.
- 18.- Escriche, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tomo I, 1979.
- 19.- Estasen, Pedro, Instituciones de Derecho Mercantil, Madrid, Ed. Reus, Tomo III, 1923.
- 20.- Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, México, Ed. Porrúa, S.A., 1979, 3a. ed.
- 21.- Garo, Francisco, El Derecho Comercial, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1965.
- 22.- Garrigues, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, México, Ed. Porrúa, S.A., Tomo I, 1977, 7a. ed.
- 23.- Garrigues, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, México, Ed. Porrúa, S.A., Tomo II, 1977, 7a. ed.

- 24.- Garrigues, Joaquín, Tratado de Derecho Mercantil, México, Ed. Porrúa, S.A., Tomo III, 1979, 6a. ed.
- 25.- Gay R. de Montellá, Código de Comercio Español Comentado, Barcelona, Ed. Bosch, Tomo III, Vol. I, 1946.
- 26.- González Blackaller, C. y Guevara Ramírez, Luis, Síntesis de Historia Universal, México, Ed. Herrero, 1971.
- 27.- Guerrero Lara, Ezequiel y Guadarrama López, Enrique, La Interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917-1984), México, U.N.A.M., Tomo I, 1985, 2a. ed.
- 28.- Guerrero Lara, Ezequiel y Guadarrama López, Enrique, La Interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917-1984), México, U.N.A.M., Tomo II, 1985, 2a. ed.
- 29.- Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, México, Ed. Cajica, 1979, 5a. ed.
- 30.- Iglesias, Juan, Derecho Romano, Barcelona, Ed. Ariel, 1972, 6a. ed.
- 31.- Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Actualización VI Civil, Séptima Parte, México, 1986.
- 32.- Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1982-1983, Actualización VIII Civil, Novena Parte, México.
- 33.- Langle Rubio, Emilio, Temas de Derecho Mercantil, Madrid, Ed. Reus, 1952.
- 34.- Ley General de Sociedades Mercantiles, México, Ed. Pac, S.A. de C.V., 1993.

35.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, México, Ed. Porrúa, S.A., 1992, 57a. ed.

36.- Ley Federal de Correduría Pública, Exposición de Motivos, Lic. Carlos Salinas de Gortari, Palacio Nacional, México, 25 de noviembre de 1992.

37.- Leyva, Gabriel y Cruz Ponce, Leandro, Código Civil para el Distrito Federal 1932-1982, México, U.N.A.M., 1982.

38.- Mantilla Molina, Roberto, L., Derecho Mercantil, México, Ed. Porrúa, S.A., 1980, 20a. ed.

39.- Margadant, Guillermo Floris, Derecho Romano, México, Ed. Esfinge, 1978, 8a. ed.

40.- Martínez y Flores, Miguel, Derecho Mercantil, México, Ed. Pax, 1980.

41.- Mossa, Lorenzo, Historia del Derecho Mercantil en los Siglos XIX y XX, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1948.

42.- Minervini, Gustavo, El Mandato, Barcelona, Ed. José María Bosch, 1959.

43.- Muñoz, Luis, Contratos, México, Ed. Herrero, Tomo II, 1960.

44.- Muñoz, Luis, Derecho Comercial, Contratos, México, Ed. Herrero, 1953.

45.- Pina Vara, Rafael de, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, México, Ed. Porrúa, S.A., 1964, 2a. ed.

- 46.- Pirenne, Henri, Historia de Europa. Desde las Invasiones al Siglo XVI, México, Fondo de Cultura Económica, traducción de Juan José Domenchina, 1981.
- 47.- Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Derecho Mercantil, México, Ed. Porrúa, S.A., Tomo I, 1980, 15a. ed.
- 48.- Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Derecho Mercantil, México, Ed. Porrúa, S.A., Tomo II, 1980, 15a. ed.
- 49.- Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, México, Ed. Porrúa, S.A., 1978, 15a. ed.
- 50.- Sánchez Calero, Fernando, Curso de Derecho Mercantil, México, Ed. Porrúa, S.A., 1974.
- 51.- Sánchez Medal, Ramón, De los Contratos Civiles, México, Ed. Porrúa, S.A., 1978, 4a. ed.
- 52.- Scheiffler Amezaga, Xavier, Historia del Pensamiento Económico, México, Ed. Trillas, S.A., Tomo I, 1974.
- 53.- Tena, Felipe de J., Derecho Mercantil Mexicano, México, Ed. Porrúa, 1978, 9a. ed.
- 54.- Torres Pascual, Jesús, Elementos de Derecho Civil. Instituciones Civiles y Mercantiles, Madrid, Ed. E.C.A.I., 1983.
- 55.- Trabucchi, Alberto, Instituciones de Derecho Civil, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, Tomo II, traducción de Luis Martínez Calcerrada, 1967, 15a. ed.
- 56.- Universidad Iberoamericana, Estudios Jurídicos en Homenaje a Manuel Borja Soriano, México, Ed. Porrúa, S.A., 1969.

57.- Vera Tornell, Ricardo, Historia de la Civilización, Barcelona, Ed. Ramón Sopena, Tomo I, 1958.

58.- Vicente y Gella, Agustín, Curso de Derecho Mercantil Comparado, Zaragoza, Tipográfica La Académica, Tomo II, 1945.

59.- Villoro Toranzo, Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, México, Ed. Porrúa, S.A., 1978, 3a. ed.

60.- Vox, Diccionario Manual de Sinónimos y Antónimos, Barcelona, Ed. Bibliograf, 1983, 6a. ed.