

LOS PODERES DE LOS AUXILIARES DE COMERCIO

Arturo Prado Puga

Profesor de Derecho Comercial

A) INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho Comercial, uno de los temas más clásicos, tanto por sus precedentes históricos como por su desarrollo ulterior, es el de la figura jurídica del *factor o gerente*, concepto clave de esta disciplina y que ha sido objeto de atención preferente en los más diversos sistemas jurídicos.

Hasta ahora la trayectoria seguida por los juristas de tradición continental se ha movido en los ámbitos donde el apoderamiento del factor responde a una línea básica que no se aleja en mucho de la fuente romana¹.

Teniendo en cuenta la atracción que ejercen las fuentes germanas en la construcción de las tesis modernas, nos resulta inevitable ahondar en el sistema que traza esta codificación, intentando comprobar y desentrañar aquellos aspectos que suscitan diferencias con el nuestro.

La trascendencia del problema de la extensión de los poderes del factor, y de modo particular las consecuencias prácticas que de él se derivan, han enfrentado las opiniones de dos epígonos del Derecho Comercial, polémica que se hace notar en una también discrepante actitud jurisprudencial.

La postura defendida por el Profesor Joaquín Garrigues, más progresiva y atenta a la realidad económica, invoca la aproximación de nuestro régimen al del

¹ El perfil que marcan las orientaciones históricas acerca de la figura del factor en loza, de modo particular con los antecedentes romanos del *institor* (DIGESTO, 14.3.18). Este se caracteriza como aquel que se coloca al frente de los negocios de otra hacienda o empresa mercantil terrestre, ya sea de la totalidad de sus negocios o sólo una parte de ellos, por cuenta e interés del titular del establecimiento principal o *dominus negotii* con el objeto de procurar una ganancia a favor de éste. El factor aparece vinculado a los conceptos estructurales de *praepositio* o acto de "puesta al frente" de un establecimiento o negocio con más o menos limitaciones contenidas en la *lex praepositionis*, que establecen concretamente el modo de conducir la gestión y consisten en instrucciones o limitaciones expresas que amplían o reducen el contenido de sus facultades que, de otro modo, obligan al principal en todos los actos pertinentes a la esfera negocial donde ha sido colocado.

La característica dominante de esta *lex praepositionis* es ser ineficaces frente a terceros en tanto no se dé cumplimiento a ciertas formalidades de publicidad.

En la medida que estos actos o contratos se celebren en la órbita de la *praepositio*, el Pretor facultaba a los terceros contratantes a proceder en contra del principal a través de unas acciones especialmente arbitradas para estos efectos denominados "acciones adiecticia qualitatis". Vid. E. VALIÑO DEL RÍO, "Las acciones adiecticia qualitatis y sus relaciones básicas en el Derecho Romano". Anuario de Historia del Derecho Español Nº 37 (1967) pp. 339-346; Nº 38 (1968) pp. 377-480.

En síntesis, podemos señalar que al Derecho moderno se transmite la figura del *institor* conservando los vestigios de su doble aspecto romano, esto es, los rasgos de sometimiento (arts. 333 y sigs. del Código de Comercio) como subordinado y la nota que lo distingue como apoderado general (art. 237, 339, 340 del mismo Código).

Prokurist germano que se adapta mejor a un concepto de representación mercantil acomodado al fenómeno de la empresa. Postula así la tesis de que el factor de comercio está dotado de un poder típico de "contenido legal mínimo e inderogable".

La postura del Prof. Aurelio Menéndez, en contraposición a la anterior², se muestra más conservadora y más ligada al acervo histórico de esta figura, y estima en congruencia con nuestra tradición jurídica que se trata de la prolongación de las características del factor o *institor*, de ascendencia romana, figura que evoluciona sin grandes rupturas por el Derecho Intermedio hasta penetrar en nuestros Códigos informando las normas actualmente vigentes (arts. 237 y 325 y sigs. de nuestro Código de Comercio, art. 283 del Código de Comercio español, 367 del Código de Comercio italiano de 1882, 248 del Código de Comercio portugués y arts. 132, 146 y 147 del argentino).

En este breve estudio, aspiro a destacar, desde una óptica comparativa, cuál es el soporte jurídico del régimen de la *Prokura* germana.

Digamos, para comenzar, que no obstante las características distintivas de cada régimen, existe un cierto paralelismo en la organización de la actividad de los auxiliares del comerciante y no extraña, por consiguiente, que en una dimensión generalizadora se descubran semejanzas y rasgos comunes.

Bien sabido es que el sistema establecido a través del *Prokurist* germano se ha ido cristalizando sucesivamente en ámbitos variados del acontecer mercantil³.

Obedece este fenómeno a la considerable influencia del principio de seguridad de tráfico (*Verkehrssicherheit*), verdadero *leitmotiv* de la doctrina alemana y que esta figura, por su indudable eficacia técnica, contribuye a amparar y mantener.

Las actuales tendencias unificadoras del Derecho europeo han pretendido trasladar este sistema de apoderamiento como criterio de aplicación general con relieve particular en el campo societario⁴.

La conmoción que produce hasta ahora la integración de la *Prokura* en el área de los países que siguen la tradición romana del *institor* (España, Italia, Chile

² La postura del Profesor GARRIGUES aparece en su célebre artículo "Auxiliares del comerciante". Revista del Derecho Privado N° 199 (1930) pp. 97-110 y posteriormente difundida en su *Curso de Derecho Mercantil*, T.I. (Madrid 1936 - 1ª. ed.; 1959 - 3ª. ed.; 1962 - 4ª. ed.; 1976 - 7ª. ed.), y en su *Tratado de Derecho Mercantil* T.I. Vol. I (Madrid, 1947).

La postura del Profesor A. MENÉNDEZ aparece en el artículo "Auxiliares del empresario", Revista de Derecho Mercantil N° 72 (1959) pp. 269 - 305.

³ Así J. CALAIS-AUOY, *Essai sur la notion d'apparence en Droit Commercial* (Paris, 1961) p. 90, "Il n'es peut-être pas exagéré d'affirmer que le mandat commercial permanent tend à se rapprocher de plus en plus à la "prokura" allemande, le mandataire possédant à l'égard des tiers un ensemble de pouvoirs normaux que le contrat est impuissant à limiter".

Para una aproximación a la aplicación de este régimen al Derecho francés Vid. D. MARTÍN, "Les pouvoirs des gerants de sociétés de personnes", *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, T. XXVI (1973), pp. 185-199, especialmente p. 193.

⁴ La bibliografía sobre este tema es abundante. J. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas* (Valladolid, 1952), pp. 357-364 y también de este autor: *Derecho de Sociedades*, T.I. (Madrid, 1976), pp. 203-209; 499-514; J. GARRIGUES - R. URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. III (Madrid, 1976), pp. 117-147. M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, "Representación de Sociedades Mercantiles" *Rev. Der. Not.* 55 (enero-marzo, 1967), pp. 223-272, especialmente pp. 236-243. J. RUBIO, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas* (Madrid, 1964), pp. 232-267; J. IGLESIAS PRADA, *Administración y Delegación de Facultades en la Sociedad Anónima* (Madrid, 1971), especialmente pp. 113-119; 126-128.

y la mayoría de los países de América Latina) obedece a planteamientos de fondo cuyo análisis como es natural pertenece a otro lugar.

Si descendiéramos un poco, es probable que este enfrentamiento refleje que las raíces del problema arrancan en la existencia de sistema de apoderamiento de *base* distinta.

Por un lado, el poder de representación de asentamiento causalista engarzado con el principio "espiritualista" de nuestra legislación que reconoce la libertad individual exaltada por los Códigos, a través de la tutela de la autonomía privada.

Por el otro, un sistema en cuya base predomina el principio de la abstracción, que busca, antes que la tutela de la voluntad, la *seguridad jurídica* y la disminución de los riesgos que trae aparejado el tráfico mercantil y cuyas ventajas le hacen operante en un arco importante de nuestras instituciones mercantiles (letras de cambio, órganos de representación social, etc.)⁵.

Estas diferencias mínimamente expuestas conducen a preguntarnos de entrada si antes de dismantelar nuestro sistema no sería acaso mejor buscar la solución a los problemas que asoman de la práctica masiva del tráfico en la aplicación prudencial del Derecho, es decir, confiar en la tarea de los jueces antes que en las construcciones dogmáticas recogidas desde una realidad histórico-jurídica de signo diferente.

El desarrollo de un orden contractual nuevo, alentado a través del ángulo de la unificación legislativa, impone la reflexión previa sobre este aspecto. Exigencia necesaria antes de caminar hacia un tipo de concepción jurídica contrapuesta a la nuestra.

LOS APODERADOS DE COMERCIO: CONSIDERACIONES ACERCA DE LA FIGURA DEL PROKURIST Y EL HANDLUNGSBEVOLLMACHTIGTER⁶

Como se ha señalado en el marco de las orientaciones vigentes, adquiere notable interés la reglamentación que en materia de apoderamiento establece el Código de Comercio alemán de 1897⁷ cuyo Libro I. Sección V. art. 48 a 58 disciplinan

⁵ El desarrollo de este principio opera en áreas variadas del Derecho Germano. Véase una clara y concisa explicación de este supuesto en N. HORN, H. KOTZ y H. LESER, *German Private and Commercial Law; An Introduction* (Oxford, 1982), p. 69.

⁶ La bibliografía consultada para este apartado es fundamentalmente la siguiente: J. VON GIERKE, *Derecho Comercial y de la Navegación*, T.I. (Buenos Aires, 1957), pp. 193 s.; H. HOENIGER, "El apoderamiento mercantil en Derecho alemán" R.D.P. N° 184 (enero, 1929), pp. 1-12; H. MEESKE, *Der Prokurist* (Heidelberg, 1963); H. HAMMERLE, *Handelsrecht*, T.I. (GRAZ, WIEN, KOLN, 1967) pp. 204 s.; K. HEINSHEIMER, *Derecho Mercantil* (Barcelona, 1933), pp. 69 y s.; R. MORERA, "L'istituto della 'Prokura' nella giurisprudenza tedesca" B.B.T.C. (1964), pp. 218-293; B. RUSTER, J. ZAHM, *The Commercial Laws of The Federal Republic of Germany and West Berlin* (New York, 1980); N. HORN, H. KOTZ, H. LESER, o.c., pp. 225-229. *Codes Allemands-Code Civil et Code de Commerce* (Paris, 1967); Code Civil Suisse des Obligations (Edition 1983), arts. 458-465.

Puede verse además: H. WUNDINGER, "Prokura und Handlungsvollmacht" in *Gross-Kommentar der Praxis, Handelsgesetzbuch* (Berlín, 1967), pp. 536 ss.; SCHELEGELBERGER-HILDEBRANDT, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (Berlín und Frankfurt, 1960) pp. 282-294 s., 301 s.

⁷ La figura del *Prokurist* y del *Handlungsbevollmächtigter* aparecen contempladas en el Código general alemán de Comercio de 1861, arts. 41 s. Sin embargo, como indica la doc-

las normas concernientes al poder general de comercio (*Prokura*) y al mandato de comercio o poder de gestión con un grado de extensión variable (*Handlungsvollmacht*)⁸.

El ordenamiento mercantil alemán plantea innovaciones que lo alejan en cuanto a las características y extensión del poder de representación reglamentado por el Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch B.G.B.*). El poder civil (*burgerechtliche Vollmacht*) reconoce expresa eficacia a la actuación del representante a nombre del representado dentro de los límites señalados en su apoderamiento (art. 164 B.G.B.).

Sobre quien contrata con un apoderado pesa el deber de informarse acerca del alcance y contenido de su poder de representación.

En cambio, en materia mercantil o bien se establece el principio inverso a través de una configuración legal del contenido (*Prokura*) o bien se modifica atribuyendo una configuración de carácter típico ajustado a los usos de tráfico y susceptible de sufrir restricciones.

Es sobre todo en el régimen de la *Prokura* donde encontramos mayores diferencias técnicas con la orientación que sigue nuestro Código.

Veamos en las líneas que siguen cuáles son ellas.

a) *Presupuestos del sistema de la Prokura: independencia de la relación interna y externa.*

Como premisa general del régimen elaborado por la dogmática jurídica alemana, digamos que en los ámbitos donde ella opera —sociedades mercantiles, comerciante individual— la directriz que se perfila como núcleo de estas disposiciones aparece articulada en la necesidad de dar rapidez a las operaciones de comercio en la tutela de terceros y en la seguridad de tráfico, lo cual justifica que el contenido y extensión de los poderes aparezca delimitado con máxima precisión, característica que se plasma en la especial tipicidad de esta modalidad que no permite la fijación discrecional de su contenido⁹.

Anteriormente hemos visto, al exponer las reglas correspondientes en los ordenamientos chileno y español, que el núcleo que las agrupa bajo un común denominador se establece fundamentalmente en la fuerza atribuida a la voluntad, capaz de dimensionar el contenido y alcance del poder con referencia a un tráfico determinado y concreto.

trina con respecto a la *Prokura*, se trata de figuras desconocidas por los Códigos de tradición latina. En este sentido, Vid. J. VON GIERKE I. o.c., p. 195; H. HOENIGER o.c., p. 3, nota dos; K. HEINSHEIMER o.c., p. 71; H. HAMMERLE I. o.c., p. 204.

⁸ La doctrina ha destacado la "intrínseca intraducibilidad" de las expresiones *Prokura-Prokurist-Handlungsvollmacht-Handlungsbevollmachtigter*, con respecto de su significado y correspondencia técnica con los términos *istituto* en italiano y *factor* en español. Así, R. MORERA, o.c., p. 282, nota uno; K. HEINSHEIMER o.c., p. 71 nota uno.

⁹ La rigidez de este sistema presenta, como señala BONELLI, "un inconveniente di non lieve portata", en tanto impide la adecuación del contenido de los poderes de representación a las necesidades y las características que conforman la organización del establecimiento, y constituye por lo mismo el punto de mayor distanciamiento con nuestro régimen. F. BONELLI, *Studi in tema di rappresentanza e di responsabilità dell'imprenditore* (Milano, 1968), p. 135.

El factor se presenta aquí con un poder susceptible de todas aquellas limitaciones que no desnaturalizan su consideración como apoderado general, dando oportuna publicidad a las cláusulas que restringen este ámbito de modo de hacerlas oponibles frente a terceros.

Los Códigos decimonónicos, que siguen en buena medida la huella impuesta desde las fuentes de orientación latina, acomodan las crecientes necesidades del tráfico al respeto a la autonomía privada (*volenti non fit injuria*) y a la tutela de la libertad individual.

La mayor concesión de estos textos al no poder desentrañar claramente la voluntad del poderdante será establecer los contornos del apoderamiento a través del mecanismo ficticio de las presunciones (art. 328 del Código de Comercio).

Conforme esto último, los supuestos que delimitan el contenido y límites de sus poderes se cifan al modelo "voluntarista", con lo cual su otorgamiento, contenido y efectos quedan relegados al absoluto señorío del *dominus negotii* con las reservas que suministra el legislador en cuanto al establecimiento de presunciones que miran a favorecer al tercero y a proteger su buena fe.

Se sustituye así "lo querido" por éste aplicando el "contenido natural de la preposición institoria"¹⁰, que opera subsidiariamente con carácter de presunción *iuris tantum*, es decir, salvo que se acredite la prueba contraria del conocimiento de las eventuales limitaciones.

El régimen germano de la *Prokura* se aleja de este sistema y en contraste con esta formulación establece un mecanismo de configuración legal que establece la densidad de sus facultades.

La búsqueda de una mayor seguridad en las relaciones de tráfico lo lleva a mirar con simpatía el "invento", contemporáneo a esta figura, del negocio abstracto¹¹.

A este núcleo de ideas pertenece, en el terreno de la valoración doctrinal de la voluntad, el alejamiento de las posturas voluntaristas y un clima de mayor objetividad, al desarrollo que alcanzan las tesis declaracionistas que no protegen ya "lo querido" sino "lo declarado" por aquel paradigmático "diligente hombre de negocios"¹².

La *Prokura*, al igual que el *Handlungsvollmacht*, responden a un esquema de representación formal de naturaleza abstracta que provoca un corte radical entre la relación de gestión subyacente (*Innerverhältnis*) (mandato, relación de servicios o laboral) y la relación externa (*Aussenverhältnis*) identificada con el título de poder que legitima la actuación representativa, que en este sistema operan como entidades jurídicas separadas e independientes¹³.

¹⁰ G. VALERI "Le forme della preposizione institoria". Riv. Dir. Comm. I (1921), pp. 299-301.

¹¹ F. DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid, 1967), p. 294.

¹² *Ibidem.*, o.c., pp. 15, 58-59.

Vid. A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit Civil français et allemand* (Paris, 1961) pp. 258-300.

¹³ No es necesario insistir en la visible influencia de la obra de Laband sobre este particular. La separación entre las esferas interna y externa aparece como *lugar común* entre los tratadistas. Así, E. THOL o.c., p. 164 objeta la definición dada por el art. 41 del Código de Comercio alemán de 1861 de *Prokurist* que establecía "Es *Prokurist* aquel que es encargado por el propietario del establecimiento comercial (Principal) de ejercitar por su nombre y por

Desde este punto de vista no escapa la circunstancia de que estos negocios abstractos —construcción empeñada en silenciar la causa— enlaza con el desenvolvimiento de los negocios formales. Así se explica que “los negocios tipificados por la ley se valoran como estructuras formales de contenido indiferente cuyo ‘para qué’ concreto no importa al Derecho”¹⁴.

El aludido principio se manifiesta en campos diferentes.

Así, por ejemplo, en el Derecho alemán, a diferencia de nuestra codificación, el carácter de apoderado general mercantil llámese *Prokurist* o *Handlungsbevollmächtigter* es absolutamente independiente de la relación interna de subordinación¹⁵.

Puede haber así auxiliares mercantiles dependientes (*Handlungsgehilfen*) que no están dotados de poder de representación (V. gr. un tenedor de libros) y apoderados ajenos a toda relación de dependencia, que no forman parte del personal mercantil (tomamos el ejemplo de Von Gierke, un comerciante enfermo otorga a un amigo un poder general de comercio)¹⁶, aunque regularmente el poder se otorga a quienes están unidos a través de una relación de carácter jurídico-personal.

Se advierte así la clara diferenciación entre lo que son por una parte las formas de representación y por otra la relación de naturaleza interna o de gestión que además quedan reguladas en este Código en secciones completamente separadas¹⁷.

Esta palmaria división se observa a su vez en la actuación de las vicisitudes extintivas que operan en esta especie de forma autónoma, esto es, independientemente de la relación causal que subyace¹⁸.

En lo concerniente a la revocación¹⁹, de igual manera que el poder civil, el *dominus* la puede llevar a efecto en forma soberana, prescindiendo de la relación

su cuenta el comercio y de firmar por Procura”. La objeción de THOL apuntaba precisamente a la referencia del precepto a la relación interna, buscando eliminar así todo vestigio de ella afirmando que el concepto *está* en la procura y no en el encargo, por consiguiente en la posición externa”. (Subrayado mío).

¹⁴ F. DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid, 1967) p. 290. En relación al formalismo imperante en el sistema alemán como medio de amparar la confianza de los terceros señala A. FALSEA, *Voz: Apparenza, Enciclopedia del Diritto*, T. II (Milano, 1958), pp. 684-685. “El formalismo en cuanto se manifiesta en una estructura rígida y tipificada actúa una tutela más intensa del tercero, dispensándolo de una específica justificación de su conducta cada vez que él puede referirse al contenido del documento formal”.

¹⁵ En este sentido, H. HAMMERLE, T.I. *o.c.*, p. 205.

¹⁶ J. VON GIERKE, T.I. *o.c.*, p. 196.

¹⁷ La regulación de los dependientes mercantiles aparece reglamentada en el Libro I Sección VI, Art. 59-83, la cual contiene las normas sobre dependientes y aprendices de comercio (*Handlungsgehilfen* y *Handlungslehrlinge*) y el meritorio de comercio (*Handlungsvolontar*). Las relaciones de dependencia que no tienen carácter mercantil se rigen por las disposiciones del arriendo de servicios.

¹⁸ En cambio, el art. 168, párrafo I del B.G.B. dispone que “La extinción del poder de representación está determinada a partir de las relaciones jurídicas sobre cuyo fundamento él ha sido conferido”. Sin embargo, cuando cesa la relación de gestión decae la “prokura”.

¹⁹ Al igual que el otorgamiento, la extinción y revocación de la Prokura deben ser comunicadas al Registro pero no como condición de eficacia sino como medida tutelar de terceros. En materia civil mientras la comunicación no se practique con arreglo a la misma forma que su otorgamiento, la ley protege al tercero declarando subsistente el poder (art. 171 B.G.B.).

subyacente (art. 168, párrafo segundo del B.G.B.), aun cuando puede llegar a ser irrevocable. En cambio en el supuesto de *Prokura* (art. 52 párrafo II del H.G.B.) el derecho a impetrar la revocación *adnutum* es irrenunciable²⁰.

Para no apartarnos más de nuestra línea de investigación dejándonos atraer por la espinosa materia de la abstracción, cuyo examen ha sido coronado con las meditadas páginas de Federico De Castro, cerramos este epígrafe aspirando dirigir nuestros esfuerzos hacia el ámbito peculiar de la *Prokura*.

b) *Extensión de la Prokura*

Efecto típico y característico de este sistema de apoderamiento es el que a través de la concesión de *Prokura*, el titular o *Prokurist* queda investido de la condición de *alter ego* o "consímil" del comerciante²¹. Esta locución, que ha recibido amplia acogida en la doctrina de todas las latitudes, es significativa de lo que su autor (Thol) pretendía poner de relieve: la condición de sustituto que en el Derecho alemán se atribuye al *Prokurist* con relación a aquel que confiere la *Prokura*, de suerte que "quien trata con un apoderado general de comercio (*Prokurist*), podrá en general, fiarse de que es como si estuviese frente al comerciante mismo"²².

Una vez otorgado expresamente el poder (art. 48 H.G.B.) e investido del *Prokurist* a través de la inscripción en el Registro competente (art. 15-I H.G.B.)²³ con carácter de *alter ego* del *dominus*, queda facultado para la realización no sólo de aquellos actos jurídicos pertenecientes al tráfico concreto del establecimiento o empresa en que actúa sino respecto de cualquier actividad mercantil en que el principal tenga intereses²⁴.

²⁰ El Código Suizo en su art. 465 dispone que la naturaleza jurídica de la relación interna puede estar basada en un contrato de trabajo, sociedad u otras relaciones jurídicas.

²¹ Expresiones acuñadas y puestas en boga por E. THOL, T.I. o.c., pp. 163-164.

²² J. VON GIERKE, T.I. o.c., p. 194.

²³ Conviene apuntar algunas particularidades que presenta esta *Prokura*: En cuanto a su otorgamiento sólo le está permitido al comerciante pleno (art. 48 - I H.G.B.) (*Vollkaufmann*) y el aparente (art. 5º del H.G.B.) (*Scheinvollkaufmann*). Le está vedado al pequeño comerciante (*Minderkaufmann*). Sólo puede ser conferido a personas físicas excluyéndose las personas jurídicas como sujetos designables.

El poder es personal e intransferible (art. 52-II del H.G.B.). Su otorgamiento sólo puede tener la forma expresa que puede ser verbal o escrita (art. 48-II H.G.B.). Se excluyen los hechos concluyentes como fuentes de designación. Se reconoce tal carácter toda vez que la expresión empleada en el caso singular de la especie no es ambigua, o de dudosa interpretación. Así, R. MORERA o.c., p. 287. El Código Suizo, en cambio, admite el carácter expreso o tácito de su otorgamiento.

En cambio el *Vollmacht* civil no está sometido a esta exigencia igual que el *Handlungsbevollmacht*.

²⁴ A pesar de tratarse de una disposición de orden público (*Ordnungsvorschrift*), la existencia y la eficacia de la *Prokura* no queda sujeta al cumplimiento de la formalidad ya que sólo produce efectos jurídicos declarativos o confirmatorios. Así, H. HAMMERLE, T.I. o.c., p. 207; K. COSACK o.c., p. 276; J. VON GIERKE T.I. o.c., pp. 195-196. Sin embargo, la ley protege a los terceros de buena fe y mientras no se efectúe la inscripción y publicación en el *Bundesanzeiger* (art. 10 H.G.B.) por la persona obligada a hacerlo en interés de sus propios negocios, el hecho se presume desconocido con presunción *iuris tantum*, ya que la parte interesada sólo podrá oponerle acreditando que los terceros lo conocían efectivamente según lo

El art. 49 del H.G.B. dispone que la *Prokura* faculta la realización de todos los actos judiciales y extrajudiciales así como todas las operaciones jurídicas que implique el ejercicio de una actividad comercial cualquiera²⁵.

Como vemos, se trata de una amplitud delimitada por la propia ley. Su configuración típica se aparta de los sistemas de orientación latina que reconocen eficacia plena a las limitaciones convencionales, sujetando, eso sí, su eficacia respecto de terceros al trámite de la publicidad legal.

En el evento que ello no suceda y partiendo de la primacía de este contenido voluntario se establece un mecanismo de presunciones que regula esta esfera permitiéndole al tercero en obsequio de su buena fe referirse sin más a lo que la doctrina mercantil denomina, como hemos visto, "contenido natural" de poder.

Siguiendo, no obstante, con el cuadro expositivo del régimen alemán, resulta fundamental la consideración formulada anteriormente acerca de la distinción que predomina en este sistema con relación al doble ámbito en que actúa la relación representativa, esto es, frente a terceros y respecto del principal. En virtud de este presupuesto se intenta trazar una división entre aquello que el apoderado *puede* hacer, delineado en el art. 49-I del H.G.B., y aquello que se encuentra facultado *para* hacer, pero que permanece plegado a las relaciones de carácter interno²⁶ sin que le sea oponible al tercero.

Concordante con lo expuesto, veamos, en primer lugar, cuál es el ámbito de la *Prokura*.

c) *Alcance de su contenido*

Señalábamos anteriormente que la competencia del *Prokurist* era de contenido amplísimo. No se reduce por tanto a un ramo o sector de la actividad, sino a una *radical sustitución* en todas aquellas actividades en que el principal pueda actuar en condición de comerciante²⁷.

El alcance de la *Prokura* se extiende, a diferencia de cualquier otra especie de representación, incluso la del *Handlungsbevollmacht* —cuyo ámbito se refiere a aquellas operaciones y actos jurídicos que *usualmente* implica el ejercicio de una

dispone el art. 15-I H.G.B. que contempla la publicidad material en su vertiente negativa (negativ Publizitat). Vid. J. GIERKE, T.I. o.c., pp. 91-92; H. HAMMERLE, T.I. o.c., p. 49. Si se inscribe, rige el principio de la publicidad material en su vertiente positiva y el hecho se reputa conocido por todos, *pero, a diferencia del sistema español e italiano la presunción no es iuris et de iure sino sigue siendo iuris tantum* ya que el tercero puede excepcionarse de la aplicación de sus efectos (art. 15-I H.G.B.).

²⁵ El art. 459 del Código Suizo restringe esta amplitud exclusivamente al giro o tráfico del principal autorizando únicamente la realización de los actos jurídicos que pueda traer consigo la finalidad de la industria o negocio del principal.

²⁶ K. HEINSHEIMER o.c., p. 70; H. MEESKE o.c., p. 67.

²⁷ Son ya clásicos los ejemplos de THOL que señala que un *Prokurist* establecido en un comercio de vinos puede efectuar, para su patrón, operaciones de especulación de algodón o comprar conejos, ejemplo que H. HAMMERLE, T.I. o.c., p. 208 nota 22 califica, como "grotesco" (Groteskeschulbeispiel) aunque sin duda es elocuente por destacar esta amplitud. De igual modo puede ampliar o modificar el objeto social. Así "un comerciante de vinos podría, al regreso de un viaje, encontrarse con que se ha convertido en un banquero". Todos estos ejemplos son citados por la *communis opinio* de los autores.

actividad comercial de ese género o la realización de operaciones de esa naturaleza (art. 54, párrafo primero del H.G.B.)—, a todos los *actos de administración*, tanto *ordinaria* como *extraordinaria* sea ya en el orden judicial como extrajudicial.

La casuística en esta materia es naturalmente abundante y por lo mismo es imposible establecer *a priori* un criterio fijo. A título enunciativo y siguiendo el periplo de la jurisprudencia, Morera señala²⁸ entre otras facultades: la de asumir obligaciones ajenas; contratar personal dependiente y conferir a éste un mandato comercial (*Handlungsvollmacht*); a transferir la sede de la empresa; a adquirir participaciones, y a ejercitar en la sociedad de participaciones los derechos correlativos, a tutelar los derechos del principal en las sociedades comerciales (también tratándose de sociedades a nombre colectivo y de sociedades en comandita) delante de los socios, a conferir y designar apoderados judiciales, a deducir acciones de jurisdicción voluntaria, abrir y cerrar agencias, a hacer donaciones a nombre del principal, etc.

En el ámbito procesal el *Prokurist* está legitimado para intervenir demandando como actor como defendiéndose en calidad de sujeto pasivo, y tanto en la jurisdicción civil como en la rama penal²⁹.

En definitiva, en virtud de la declaración de voluntad que designa a un *Prokurist*, la ley regula sus efectos habitándole de modo tal que queda autorizado para realizar *toda clase de operaciones, negocios y actuaciones, tanto judiciales como extrajudiciales*.

Corolario de este sistema es que, a nuestro juicio, la concesión de un poder de esta naturaleza se convierte en una verdadera fuente de obligaciones que a poco que se mire importa la constitución indirecta de una garantía, que se desprende, del patrimonio del empresario poderdante en favor del tercero.

A esta conclusión se llega al observar que es la propia *ley* la que hace responsable al principal en un radio tan amplio que abarca no sólo los márgenes del negocio encomendado sino la totalidad de la actividad comercial del empresario.

Este es, tal vez, el quicio de la elaboración de la *Prokura*, pero es también punto de convergencia de las mayores discrepancias con el sistema de orientación romanista, en el cual la intervención en el patrimonio ajeno-verdadero “hogar inviolable” adquiere siempre una perspectiva de carácter restrictivo.

C) LA CONDICIÓN DE ILIMITABILIDAD DE LA PROKURA

El art. 50 del H.G.B. establece que: “Una limitación del alcance de la procura es ineficaz frente a terceros. Esto vale especialmente respecto de la limitación en el sentido que la *Prokura* debe ser ejercida sólo para ciertos negocios o para cierta clase de ellos o bajo determinadas circunstancias o por un tiempo fijo o en un lugar particular. Una limitación de la *Prokura* respecto del tráfico de uno entre varios establecimientos del dueño del negocio, sólo es eficaz frente a terceros cuando los establecimientos son explotados bajo firmas diferentes. Una diferencia de las firmas, en el sentido de este precepto, se funda en que a la sucursal se le agregue un aditamento que lo especifique como firma de la sucursal”.

²⁸ R. MORERA *o.c.*, pp. 288 - 289.

²⁹ El Ordenamiento procesal alemán dispone que “la notificación y entrega de la demanda mediante la que se acciona contra quien otorgó la “*prokura*” puede hacerse *válidamente* al apoderado que tenga este carácter” (Z.P.O. art. 173).

La *ratio iuris* de esta disposición ha de buscarse en los antecedentes legislativos del primer Código general alemán de comercio de 1861³⁰.

La fuente del indicado precepto aparece inspirada por la especial preocupación de este ordenamiento por tutelar los intereses de terceros y su construcción aparece recogida como solución elaborada a partir de la práctica comercial. Este es el punto cardinal de este tipo de representación que busca ante todo la seguridad de las relaciones de tráfico³¹.

Conforme a ella, las limitaciones no surten eficacia respecto a terceros en tanto su contenido viene predeterminado legalmente.

Como dice Hoeniger "O hay procura completa, o no hay"³². Las eventuales limitaciones o instrucciones que condicionan el ejercicio de la *Prokura* quedan reducidas al ámbito interno y son operativas únicamente entre las partes aun a pesar de que se curse el trámite de su inscripción en el Registro. Con todo, si el *Prokurist* las desatiende, se le puede exigir la correspondiente responsabilidad.

Así se pone de relieve la dicotomía de la relación interna y de la externa que en armonía con los principios de la abstracción lleva a este sistema a independizar la relación gestora respecto del poder con el propósito de agilizar el tráfico jurídico.

De esta manera, si el *Prokurist*, unido al principal por una relación de mandato, ha debido atenerse a determinadas instrucciones o limitaciones que delimiten negativamente instrucciones o limitaciones que delimiten negativamente su ámbito de actuación, o bien cuando actúa en situación de conflicto de intereses con respecto a aquellos que gestiona (situaciones de abuso —*Missbrauch*— de la *Prokura*, de competencia desleal), el tercero no ve en modo alguno quebrantarse la validez del negocio con el *Prokurist* ni la responsabilidad patrimonial subsiguiente

³⁰ Así lo indica E. VIDARI, T.I. *o.c.*, p. 323, a la luz de las razones esgrimidas en la conferencia de Nürenberg que da origen a esta "excepcional condición jurídica hecha al factor"... Vid. H. HOENIGER *o.c.*, pp. 3-4 nota dos, refiriéndose a los antecedentes legislativos de la *Prokura* y a su utilización en la práctica corriente de los negocios en Hamburgo y Austria. Para este último ordenamiento conviene tener presente la obra de G. ZANELLA, *Il Diritto Commerciale Austriaco* (Venezia, 1866) pp. 178-179 nota uno, en la cual desarrolla la evolución legislativa del art. 43 equivalente al art. 50 del H.G.B. actual. Destaca este autor la existencia en el Proyecto Prusiano de la posibilidad de establecer limitaciones a la *Prokura* similar al sistema de tradición latina, insertas en un Registro de Comercio. En defecto de publicidad legal su validez quedaba subordinada al conocimiento del tercero al momento de concluir el negocio. Los antecedentes demuestran que este sistema fue descartado y ya en 1857 se adoptó el criterio de no admitir limitaciones a la *Prokura* tanto en relación al tercero como en el Registro.

Para Suiza los *Motifs du projet de Code de Commerce Suisse* justifican este régimen de ilimitabilidad de la *Prokura* haciendo referencia a la actividad en que se coloca el *Prokurist*, sujeta a fluctuaciones que requieren de esta extensión, lo que según su redactor, Munzinger, es "como un lugarteniente que no puede acudir al cuartel general a pedir el asentimiento del jefe en el momento decisivo debiendo contar con los poderes necesarios y avanzar resueltamente". Sin embargo, los *Motifs* destacan que se admite la restricción al poder cuando se inscriba en el Registro, excepción que se dirige a amparar contra la mala fe y la violación de las reglas de lealtad. Reproducido por J.J. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado o.c.*, pp. 468-469, nota uno.

³¹ E. THOL *o.c.*, p. 167.

³² H. HOENIGER *o.c.*, p. 5.

del principal en tanto lo ampara el carácter típico del contenido de la *Prokura* y la configuración legal de su extensión.

Existen, sin embargo, algunos remedios que permiten al principal temperar el rigor de este principio.

a) *Limitaciones derivadas de la protección a la buena fe*

Cabe destacar, en primer término, que la ilimitabilidad como garantía en favor del tercero, parte del modelo ético que domina todo el sistema legal como es su buena fe o visto desde una óptica negativa, que el tercero no esté de mala fe.

La protección que el ordenamiento dispensa al principal en contra del tercero entronca con la figura romana de la *exceptio doli*, que perseguía como medida defensiva "privar de fuerza al derecho formal del actor cuando su ejercicio se estimaba contrario a la buena fe y a la lealtad"³³.

En este supuesto, la ausencia de buena fe es "causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier poder jurídico"³⁴.

La aplicación de esta norma permite que el principal pueda oponer los límites eventuales a la *Prokura* (*Vertretungsmacht*).

Existiría mala fe (*arlistig*), según algunos, en el evento de que el tercero las conozca³⁵ o esté en condiciones de conocer³⁶ el abuso de la *Prokura*. En cambio, otros señalan que la ineficacia de las limitaciones surte efectos en todo caso aun cuando el tercero las conozca³⁷.

Menos controversia parece existir siendo plenamente oponibles las limitaciones, en los supuestos de colusión (*Kollusion*) entre el *Prokurist* y el tercero, de manera que obtenga "para sí o para terceros ventajas económicas en perjuicio de su principal"³⁸.

Resulta de interés destacar que estos mismos supuestos que arrancan del modelo de la *Prokura* se aplican al órgano que representa a la sociedad (*Vorstand*), asimilando aquellas hipótesis en que pueden hacerse oponibles a terceros los límites del objeto social³⁹.

³³ P. JORS - W. KUNKEL *o.c.*, p. 370.

³⁴ Vid. F. WIEACKER, *El principio general de la buena fe*. Prólogo de L. Díez-Picazo. (Madrid, 1977) p. 19. El Código Suizo consagra de forma expresa este supuesto de protección en su art. 460.

³⁵ J. VON GIERKE, T.I. *o.c.*, p. 196. Anteriormente (pp. 93-94) destaca que "Tener que conocer" significa que la ignorancia no sea culposa (art. 122-II del B.G.B.) comprende la obligación de informarse sobre las publicaciones del Tribunal de Registro, leyendo los periódicos pertinentes".

³⁶ Esta hipótesis no es compartida por todos los autores, y el propio J. VON GIERKE, T.I. *o.c.*, p. 196 nota 9, estima que la jurisprudencia del *Reichsgericht* que acepta esta propuesta "va demasiado lejos".

³⁷ Vid. R. MORERA *o.c.*, pp. 290 - 291.

³⁸ H. HOENIGER *o.c.*, p. 5 nota seis.

³⁹ Vid. G. LA VILLA, *L' Oggetto Sociale* (Milano, 1974) pp. 250-253, con abundante bibliografía sobre el tema en Derecho Alemán.

b) *Limitaciones derivadas del ejercicio de la Prokura*

Aunque la ley declara ineficaces las limitaciones opuestas al contenido del poder con las puntualizaciones ya anotadas, esto no significa que en punto a su ejercicio no puedan establecerse limitaciones.

Esto se manifiesta en un doble aspecto:

– cuando la limitación se establece al ejercicio de la *Prokura (Betrieb)* con respecto a una de las varias sucursales (*Niederlassungen*) del empresario principal.

En tal supuesto las limitaciones sólo serán eficaces en la medida en que estas sucursales vengán gestionadas o explotadas bajo *razones sociales* distintas, válida tanto para ésta como para la casa o establecimiento matriz. El *Prokurist* de la sucursal (*Filial Prokurist*) sólo podrá actuar válidamente con relación a ella⁴⁰.

– cuando el principal ha otorgado una *Prokura* de carácter mancomunada o colectiva (*Gesamtprokura*), supuesto contemplado en el art. 48 párrafo segundo del H.G.B.

Permite este mecanismo diluir los riesgos que trae consigo la designación de un solo *Prokurist (uti singuli)* con un bagaje tan amplio de facultades sobre el patrimonio de la empresa y del empresario.

En esta hipótesis, la *Prokura* es portadora de unos límites de carácter *subjetivo* que condicionan la eficacia de la actuación del *Prokurist* a la modalidad de ejercicio conjunto (un grupo de ellos, o bien uno solo con el principal), lo cual se denomina *Prokura* “impropia” (*unechte gesamtprokura*), actuante tanto en los ámbitos del comerciante individual y social⁴¹.

c) *Limitaciones derivadas de la propia naturaleza de la Prokura*

Finalmente digamos que la derogación de los principios tradicionales no consiente ni aun en este sistema de contenido abstracto que la *Prokura* se extienda fuera de la esfera de la actividad comercial, ya que desbordaría la finalidad perseguida con su otorgamiento.

De no tener en cuenta este criterio, la *Prokura* pasaría a convertirse en un remedio peor que el problema que intenta solucionar.

La pretendida seguridad jurídica en que está pensando esta construcción se transformaría en un arbitrio injusto que beneficiaría a los terceros de mala fe operando sobre el patrimonio del principal un privilegio injustificado.

De ahí que la extensión de la *Prokura* se agote en el radio de la actividad del *dominus*, frontera que determina inderogablemente la sujeción de su responsabilidad⁴².

⁴⁰ Sin embargo, indica la doctrina que la diferencia de razón social se entiende en el supuesto en que se añade a esta denominación una indicación que la denota de manera específica. Así R. MORERA *o.c.*, p. 291.

⁴¹ *Ibidem.*, *o.c.*, pp. 285-286; J. VON GIERKE, T.I. *o.c.*, p. 200. Al igual como sucede con el *Prokurist*, la *Prokura* colectiva debe ser objeto de inscripción.

⁴² Puede parecer ilustrativo destacar cómo en aquellos ámbitos donde el sistema de la *Prokura* es *ius receptum* se indica precisamente esta característica. Así, en Francia la antigua ley de S.R.L. adoptaba como modelo paradigmático para el Gerente el sistema de la *Prokura* alemana disponiendo en el art. 24 párrafo segundo que “salvo cláusula en contrario de los Estatutos, los Gerentes tienen los poderes para actuar a nombre de la sociedad en todas las circuns-

Consecuencia de lo anterior es que la *Prokura* no autoriza a la realización de actos extraños a la explotación comercial considerada en su ser como un todo unitario.

Se trata de limitaciones derivadas de la propia naturaleza de la actividad, es decir, que escapan al objeto en que se consuma la explotación.

Tales son aquellos supuestos contrarios al "ejercicio o administración del negocio mercantil que apuntan a su extinción (*aufgabe*) o desaparición (petición de quiebra, cambio de razón social) del ejercicio de la profesión mercantil.

— No puede por tanto realizar actos que atenten contra la integridad del establecimiento que administra: la imposición de cargas o gravámenes reales, la enajenación de inmuebles le está expresamente vedada a menos que se le autorice expresamente (art. 49, párrafo segundo del H.G.B.).

Por último, necesita de *poder especial* para la presentación de juramento, para la suscripción del inventario y balance del establecimiento o empresa (art. 41 H.G.B.).

No puede conferir una *Prokura* ni transferir la ley haya sido otorgada (art. 52 del H.G.B.)⁴³.

Participan finalmente en esta categoría aquellos supuestos que atañen a la esfera personal del comerciante, como sería el caso de los actos de Derecho de Familia o Sucesorio, que son ajenos absolutamente a la actividad de tipo mercantil⁴⁴.

D) REFERENCIA A LOS APODERADOS MERCANTILES NO INVESTIDOS DE PROKURA

Por último, y como ya hemos adelantado, el sistema alemán contempla una doble forma de representación en cuya cima se sitúa el *Prokurist* para luego dar cabida a lo que se conoce como *Handlungsvollmacht* que equivale a "poder mercantil" o "mandato para actos comerciales"⁴⁵ que puede ser general o especial (art. 54 del H.G.B.).

tancias" añadiendo que las cláusulas contrarias (aunque válidas entre los asociados) son "sin efecto respecto de terceros".

La doctrina que comentaba esta disposición criticaba esta fórmula señalando: Si favorable au crédit que soit cette disposition, elle est, trop contraire a l'individualisme français pour que les rédacteurs des status ne se soient pas efforcés d'en atténuer la portée".

J. HAMEL, G. LAGARDE, *Traité de Droit Commercial*, T.I. (París, 1954), p. 936. En el mismo sentido J. CALAIS - AULOY o.c., pp. 49-50.

⁴³ Según señala H. HAMMERLE, T.I. o.c., p. 210, la unión de la *Prokura* a la persona del *Prokurist* es completa e incondicional, por ello es imposible un traspaso incluso con la aprobación del principal.

⁴⁴ En cambio el Código Suizo en su art. 459 es más explícito y declara expresamente que los actos del *Prokurist* deben estar comprendidos en la finalidad del comercio o de la empresa.

⁴⁵ Sigo con ello la traducción del K. HEINSHEIMER o.c., p. 73; K. COSACK o.c., p. 268, y en italiano la de R. MORERA o.c., p. 282. En cambio J. GIERKE, T.I. o.c., p. 201, se ciñe al término "mandato". Otros como HOENIGER o.c., p. 7, prefieren hablar de "poder de gestión".

En primer lugar, y con independencia de cuestiones marginales que escapan al propósito de este epígrafe, en contraposición al *Prokurist*⁴⁶ se presenta el *Handlungsbevollmächtigter*, auxiliar mercantil que advierte un sensible paralelismo con la regulación que ofrece nuestro factor mercantil⁴⁷.

Se distingue la *Prokura*, ya que puede conferirlo cualquier tipo de comerciante e incluso un *Prokurist* y su otorgamiento puede ser realizado además que de manera expresa, en forma tácita e incluso deduciéndolo de actos concluyentes⁴⁸.

La extensión del apoderamiento aparece regulada por el art. 54 H.G.B.

Domina el principio según el cual el auxiliar tiene un poder típico y uniforme pero a diferencia de la procura limitable.

El *Handlungsbevollmächtigter* tiene por consiguiente todas las facultades que "usualmente" corresponde al negocio en que ha sido colocado y dentro de la esfera de funciones encomendadas, lo que constituye una clara diferencia con el radio de actividad inherente al *Prokurist*. Salvo poder especial no puede realizar actos de tráfico inmobiliario (enajenación o gravamen) y carece de representación procesal o de facultades de suscripción cambiaria, operando respecto a esto último una neta separación con relación al factor de los ordenamientos español e italiano (art. 54 párrafo segundo del H.G.B.).

La tutela eficaz del tercero y a un nivel más general, la seguridad de tráfico como directriz de esta normativa, se logran confiriéndole la máxima relevancia a la publicidad fáctica o puramente externa del poder.

Al quedar determinado su contenido de modo voluntario, ajeno a toda configuración normativa, como sucede en cambio con la *Prokura*, esta publicidad no trasciende al Registro del Comercio.

Su contenido se extiende a aquellos actos que usual u ordinariamente pertenecen al tráfico que le ha sido encomendado, lo que es lo mismo que decir que su determinación queda sometida a criterios de valoración casuística⁴⁹.

Está prevista la existencia de limitaciones.

Su eficacia queda subordinada, sin embargo, al conocimiento que de ellas

⁴⁶ A este apoderado no se le inviste de *Prokura*. El art. 57 del H.G.B. apunta a que debe abstenerse de añadir a su firma la frase "*por Prokura*" dejando entrever la existencia de una *Prokura*: su firma debe llevar una adición indicando la existencia de mandato.

⁴⁷ Se pone de manifiesto esta analogía en el comentario de E. THOL, Vol. I. o.c., pp. 169 s., con referencias continuas y comparaciones con el *institor* de abolengo latino. Recuérdese la comparación que formula a este respecto G. VALERI, "Il contenuto essenziale della preposizione institoria" o.c., pp. 147-148, al señalar los criterios de valoración de la esfera de actividad del *Handlungsbevollmächtigter* al cual califica de "corrispondente quasi in tutto e per tutto al nostro institore".

⁴⁸ Puede otorgar este apoderamiento cualquier comerciante y no como sucede con el *Prokurist* que está vedado al comerciante pequeño (*Mindenkaufmann*). En cuanto a su designación puede ser expresa o tácita, admitiéndose los supuestos de actos concluyentes de los que se deduzca la facultad de representación pero no en un solo acto sino para toda la actividad. Los actos que requieren de poder especial no pueden conferirse sino a través de forma expresa (art. 54-II H.G.B.). Vid. por todos H. HOENIGER o.c., pp. 7 s.

⁴⁹ Se trata de un criterio esencialmente relativo. Según la doctrina se atiende a las "circunstancias del caso", E. THOL, Vol. I. o.c., p. 187, o a lo "normalmente acostumbrado", K. HEINSHEIMER o.c., p. 74.

puedan tener o perceptiblemente hayan tenido estos terceros, lo que sujeta sus efectos a la prueba que de este conocimiento efectivo produzca el principal⁵⁰.

Por último, la configuración normativa de los poderes vuelven a asomar en los arts. 55 y 56 del H.G.B. pero de modo mucho más completo ya que no sólo abarca la extensión, sino, a diferencia de los otros apoderamientos, la propia existencia del poder, lo cual se aplica a aquellos auxiliares en servicio externo (viajantes) o internos con directa comunicación con el público (dependiente).

El poder de representación de estos auxiliares es naturalmente restringido a unas funciones.

En el supuesto de los empleados de establecimientos (art. 56 H.G.B.) se descubren analogías sustanciales con los apoderados singulares dependientes o mancebos en el art. 343 del Código de Comercio⁵¹.

Es previsible la posibilidad de limitar esta autorización siempre y cuando le dé una publicidad adecuada que permita al tercero conocerla o colocarse en situación de conocerla (art. 54 del H.G.B.). Toda esta regulación (con excepción de los viajantes que en nuestro medio gozan de regulación especial) sigue un curso bastante parecido tanto en el ordenamiento alemán como en el de orientación latina y no creemos que sea necesario extenderse a puntos ajenos al de nuestra exposición.

E) CONCLUSIONES

Con el objeto de adquirir un sentido crítico del conjunto de los sistemas en los que nuestra moderna doctrina intenta adscribir el contenido de los poderes del factor o apoderado general hemos hecho una excursión por el sistema de la *Prokura* y de los poderes mercantiles de los auxiliares del comerciante en el Derecho alemán de cuyo análisis cabe destacar como aspectos relevantes:

a) Que como criterio de distinción conceptual el régimen de la *Prokura* nos transporta a un sistema que postula la tutela de la seguridad de tráfico y el amparo de terceros como valor supremo a través de la cual se busca disminuir sus riesgos y agilizar la rapidez en la contratación. No resulta posible entender cabalmente este sistema sin atender en forma previa la concepción abstracta sobre la cual descansa.

Ambas características dejan sentir su influencia en el ámbito de su construcción dogmática produciendo por una parte una completa independencia doctrinal y sistemática de las esferas de la relación de gestión y el poder de representación, lo que también es común al *Handlungsbevollmächtigter* y, por otra, la configuración legal de su contenido ajustada a una delimitación típica e inderogable que obliga y vincula por el solo hecho de su otorgamiento.

b) En el sistema alemán, el poder debe ser otorgado de forma expresa e inscribirse en un Registro. Sin embargo, la publicidad ampara sólo al tercero de buena fe, excluyendo al que conoce o está en condiciones de conocer su contenido

⁵⁰ Art. 54, párrafo final H.G.B.

⁵¹ Llama la atención que en la traducción del artículo de HOENIGER o.c., p. 10 nota 10, se estime que el factor mercantil se pueda encontrar en esta situación tan peculiar. "La misma norma rige para el factor o Gerente en Derecho español (Código de Comercio art. 286). En todos estos casos la relación interna y la existencia de un poder es indiferente. De esta manera se consigue en la práctica notable aproximación al punto de vista jurídico alemán".

por otros medios. La publicidad sólo genera una presunción simplemente legal de conocimiento.

c) Además de estas diferencias, objeto de nuestra atención ha sido comprobar la orientación que sigue la *Prokura* en cuanto a la ineficacia respecto a terceros de las limitaciones convencionales establecidas por el principal empresario o comerciante. La configuración *típica* o *inderogable* de su contenido se extiende a todas las actividades mercantiles en que este último pueda tener algún interés. Esta ilimitabilidad se convierte así en una *verdadera garantía* para el tercero que se evita la carga de tener que estar continuamente consultando el Registro de Comercio. Sus efectos se detienen únicamente en aquellas situaciones en que su aplicación beneficia a un tercero de *mala fe*, supuestos a los que se agregan aquellos casos en que se limita su ejercicio por tratarse de actos extraños a la actividad mercantil (familia y derechos personales) o de ámbitos reservados al empresario.

d) Finalmente, sentamos como conclusión, que la figura más cercana al factor o gerente de nuestro Código de Comercio no es el *Prokurist* sino el *Handlungsbevollmächtigter* a reserva de sus específicas diferencias existentes en punto a la publicidad de su designación y la amplitud de su contenido, expuestas a lo largo de este artículo.