

CAPITULO IV

La representación

§ 26.—NOCIONES GENERALES (I)

Sumario.—246. Empleo normal de la representación.—247. Fuentes de la representación.—248. Gracias a la representación la facultad de obligarse pasa del principal al representante.—249. El representante es un *cooperador jurídico* del principal.—250. Efectos de la representación.—251. La voluntad valedera frente a terceros es la del representante.—252. La validez y los efectos del contrato se deciden en consideración al principal.—253. No obstante, la representación no debe ser empleada para fines ilegítimos.—254. Diferencia entre el mandato, el arrendamiento de servicios y la representación.—

(1) El concepto esencial de la representación, consistente en que los derechos y las obligaciones contractuales pasan directamente al representado, no tiene nada que le corresponda exactamente en el Derecho romano. Véase COSTA, *Las acciones «exercitoria» e «institoria» en el Derecho romano*, Parma, 1891. La forma como se ha elaborado el concepto sutilmente abstracto de la representación, mediante un ulterior desarrollo de los gérmenes esparcidos en el Derecho de Justiniano, es señalado con notables ejemplos por PERTILE, IV, § 150, nota 7 y sig.; en cambio son insuficientes las indagaciones de LATTES, § 8₁₂. § 10; tampoco se ocupó de llenar esta laguna TARTUFARI en su recomendable monografía, *De la representación en la conclusión de los contratos*, Torino, 1892. La construcción dogmática de este instituto nos llega directamente de la doctrina alemana y especialmente de los trabajos de BUCHKA, *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*, Rostock, 1882; HELMANN, *Stellvertretung*, 1882; MITTEIS, *Streitvertretung*, 1885; LENEL en *Jhering's Jahrbücher*, vol. XXXVI, págs. 1-144; aplicadas largamente al Derecho mercantil por LABAND, *Zeitschrift*, X, pág. 183 y sig.; BEHREND, § 48 y sig.; por WENDT, en *Endemann's Handbuch*, I, pág. 274 y sig. Aprovechando esta amplia preparación científica el Código civil alemán hizo objeto esta materia de una tratadación especial en el libro I, sec. 3.ª, de los actos jurídicos, §§ 164-181, aplicable también a los negocios mercantiles, ámpliamente ilustrada por PLANCK en su *Comentario*, vol. I, Berlín, 1898 (2.ª ed.), pág. 210 y sig.; en ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 7.ª ed., 1900, pág. 337; en DERNBURG, *Deutsches bürgerliches Recht*, § 161; en HUPKA, *Die Vollmacht*, Leipzig, 1900. En Italia, además de la citada obra de TARTUFARI, véanse las notas de FADDA y Bensa en la traducción de WINDSCHEID, vol. I, pág. 915 y sig.; NATTINI, *La doctrina general de la procura*, Milán, 1910; COVIELLO, *Manual de Derecho civil*, 381 y sig. En la reforma del Código de comercio actualmente en curso se han tenido en cuenta estos estudios para dedicar a la cuestión un título especial en el proyecto que he preparado.

255. La representación debe ser manifiesta.—256. La representación subsiste dentro de los límites para los cuales fué conferida.—257. Exhibición del título constitutivo de la representación.—258. Límites rigurosos de la representación. Contratos al contado.—259. Representación con exclusiva.—260. Representación colectiva.—261. Sustitución del representante.—262. El fin de la representación.—263. Representación judicial.—264. A quién incumbe la prueba de la representación.—265. Representante que se sale de sus poderes. Ratificación.—265 bis. Falta de representación.—265 ter. Efectos de la ratificación rehusada.—266. Prestación del nombre.

246. Funciones de la representación.—A nada que el ejercicio del comercio se extienda, surge para los comerciantes y para las Sociedades mercantiles, no sólo la necesidad del trabajo ajeno sino también la de buscar quien les sustituya de un modo estable en la realización de los negocios y en sus relaciones con el público. Colocando estos auxiliares en el puesto para el que son más diestros, valiéndose de sus aptitudes en el servicio del propio establecimiento, delegando en ellos una parte de la propia facultad de obligarse, el comerciante multiplica los beneficios de su crédito y de su dirección industrial. El uso continuo, indispensable de la representación ha convertido este instituto en un instituto jurídico normal, de donde viene la regla que admite pueda hacerse por medio de los representantes todo lo que se pueda hacer personalmente, salvo pocas excepciones fijadas expresamente por la ley (1). Esta regla se deduce del art. 740 del Código civil y es confirmada por los art. 349 y 350 del Código de comercio, según los cuales todo negocio comercial puede ser objeto de mandato.

247. Fuentes de la representación.—La representación se basa en las más varias relaciones: de Derecho público o de Derecho privado, gratuitas u onerosas, procedentes de una ley o de una disposición del Magistrado, en un negocio jurídico unilateral (cuasi contrato) o en un negocio jurídico bilateral (contrato) (2); puede encerrar una finalidad política, académica, patrimonial. Aquí nos ocupamos solamente de la representación que tiene un contenido patrimonial de Derecho privado.

La representación de Derecho privado puede surgir de relaciones de familia, de sucesión, de arrendamiento, de Sociedad, de quiebra, de mandato, de gestión.

(1) Código civil, arts. 94, 213 y 775; Código de comercio, arts. 526, 698 y 832.

(2) Código civil, arts. 224, 296, 329, 1.144, 1.720 y 1.752; Código de comercio, arts. 12, 349 y sig.

La representación es unas veces *necesaria*, como cuando se da a un incapaz o a una persona jurídica que no pueden actuar sin una persona física que manifieste su voluntad. Y otras voluntaria, como sucede siempre que el principal encuentra útil servirse del trabajo de un representante y figurar mediante él respecto de terceros con todo el peso de la propia responsabilidad moral y patrimonial.

248. Gracias a la representación, la facultad de obligarse que es inherente a toda persona, se separa de ella para figurar en la persona del representante. El derecho irreductible del principal de revocar a su albedrío (*ad nutum*) la delegación de su voluntad, es el remedio inexcusable contra los peligros de este instituto.

248 bis. La representación no constituye el objeto de un contrato autónomo; constituye una relación accesorio, complementaria, que se injerta sobre un vínculo fundamental cuyo fin es la administración del patrimonio ajeno. Así vemos que se añade a los poderes del tutor, del curador, del socio administrador, del mandatario, para que puedan realizar, en sus tratos con los terceros, los objetivos de dicha administración (1).

249. El representante es un *cooperador jurídico* de su principal; es un *órgano de voluntad* que se pone al servicio del principal para llevar a cabo una operación o una serie de operaciones. Sean amplias o restringidas sus facultades él será siempre un representante mientras haya un margen de iniciativa para sus determinaciones. Aun en el caso en que reciba el encargo del principal con todas las cláusulas del negocio dispuestas, no le faltará el margen de iniciativa expresado, en el sentido de que el representante puede abstenerse de verificar la operación si cambian las circunstancias que determinaron la voluntad del principal (art. 353).

En consecuencia, no son representantes los que carecen de la facultad de efectuar el negocio, como el recadero, el intérprete, el mediador, los taquilleros de teatros o estaciones, los cobradores de tranvías, los agentes que se limitan a procurar proposiciones de negocios para su principal (núm. 277) o que, provistos del recibí firmado por éste están encargados de hacer cobros (2);

(1) BRUGI, *Instituc.*, 3.^a ed., pág. 168 y LA LUMIA, *Derecho com.*, 1911, 109, admiten que la representación puede constituir una relación autónoma. No sé concebirlo; si se constituye con un contrato tendrá su fundamento en una relación principal, generalmente de mandato, que le servirá de base.

(2) Ap. Génova, 20 de Junio de 1918; *Mon. Trib.*, 1918, 733.

todos estos son ejecutores materiales de la voluntad del principal, el cual no les deja margen alguno de cooperación autónoma.

250. Efectos de la representación.—El efecto característico de la representación radica en que el negocio *verificado* por el representante *pertenece* al principal. El representante no adquiere en las operaciones que realiza como tal ni derechos ni obligaciones frente a terceros; dichos derechos y obligaciones, pasando sobre su cabeza, van a caer directamente en el patrimonio del principal. En éste quedan, activa o pasivamente, los efectos de los negocios hechos por el representante, como si hubiese actuado él mismo.

Esto conduce necesariamente a examinar qué parte tengan uno y otro en la disciplina de los negocios ultimados con terceros: el representante que da a la operación su propia voluntad y el principal que siente los efectos.

Al hacer tal indagación yo doy por supuesto que la representación está bien constituida, por el contrato o por la ley, cuando el representante despliega su actividad. El acto mediante el que se otorga, queda en esta investigación fuera del negocio que el representante debe realizar. Si fuese tomada en consideración la voluntad del principal haría falta exponer la doctrina de todas las relaciones jurídicas de que surge: la familia, la sucesión, el mandato, la gestión; se precisaría partir de la hipótesis de que el principal no tiene voluntad alguna, como en el caso de los menores, de los nonatos, de los entes morales, del quebrado, hasta llegar a aquella otra en que la voluntad del principal penetra de tal modo en el negocio que apenas deja espacio para la del representante. Debe prescindirse del examen del acto en donde la representación tiene su origen si se quiere exponer una disciplina única, cualquiera que sea la relación interna de donde deriva; desde el momento en que se tenga en cuenta la parte que el principal toma en la constitución de la representación, toda construcción autónoma de este instituto resulta imposible (1).

(1) Este es el principal defecto de la doctrina de MITTELS, ob. cit., págs. 109-128, seguida entre nosotros por TARTUFARI, pág. 496 y sig.; según ella, tanto el principal como el representante cooperan a la conclusión de la operación, debiéndose determinar su validez y su contenido según las dos voluntades del representante y del representado, en la medida en que cada una de ellas influyó en la conclusión del negocio. Según esta doctrina, en el mandato general habría que atenerse esencialmente a la voluntad del representante; en el mandato específico se debería tener principalmente en cuenta la voluntad del representado; y en el mandato en donde se hallan determinados sólo algunos elementos habría que considerar simultáneamente las dos voluntades, cada una por la parte concreta de las respectivas determinaciones contractuales.

251. La función del representante.—El representante es un cooperador jurídico del principal en la conclusión del contrato. Lleva la voluntad, presunta o efectiva, del principal o de quien hace sus veces, desde el interior al mundo externo, o sea la enlaza a la voluntad de un tercero creando entre éste y aquél un vínculo irrevocable. En calidad de cooperador jurídico del principal no obra como un mero instrumento suyo a modo de un empleado o un intérprete, o, peor aún, cual un aparato mecánico o un botones, sino como un hombre que pone al servicio de su principal su aptitud para manifestar su voluntad libre y juiciosamente.

En consecuencia:

a) Se debe atender con cuidado a la voluntad que se ha formado en su mente, es decir, a su intención para determinar la validez del negocio y su contenido (1).

b) La operación realizada con un representante es una operación entre presentes, aun cuando el principal se halle lejano, porque las personas que se manifiestan recíprocamente la voluntad de obligarse están presentes (2).

c) El representante debe ser una persona dotada de discernimiento, capaz de determinarse racionalmente y por tanto no podría ejercer tal cargo un niño. También aquí se patentiza netamente la diferencia entre el representante y el recadero o el intérprete, que constituyen un simple instrumento de la voluntad ajena y pueden serlo niños inclusive.

(1) De conformidad con la doctrina dominante el Código civil alemán dispone § 166: «No es la persona del representado sino la del representante la que se debe tomar en consideración para determinar si la voluntad de obligarse ha sido influida por vicios derivados de la ignorancia o del conocimiento de determinadas circunstancias». BEHREND, § 49, nota 35 y sig.; PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2.ª ed., 1898, § 166; ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 7.ª ed., 1900, vol. I, pág. 340, nota 8 y sig.; DERNBURG, *Bürgerliches Recht*, 3.ª edición, I, pág. 350; Código sajón, § 788. La precedente doctrina, ya defendida en Alemania por MITTEIS, *Die Lehre von der Stellvertretung*, Wen, 1885, acogida entre nosotros por TARTUFARI, *De la representación*, Torino, 1892, núm. 441 y sig., sostiene que deberían considerarse como elemento del negocio tanto el representante como el representado, según que la voluntad concreta de uno o de otro diese lugar, como causa determinante, a la voluntad de obligarse. Esta doctrina, más bien ambigua, padece el error de colocar al principal en una situación demasiado favorable frente a terceros, porque le sustrae a las consecuencias de la mala fe de su representante cada vez que haya conferido un mandato especial; en tal hipótesis, según TARTUFARI, núm. 458, no se podría oponer al principal el hecho de que el representante conocía los vicios ocultos de la cosa, por ejemplo, su origen furtivo o el advenimiento del siniestro.

(2) Cas. Torino, 8 de Mayo de 1903; *Monit.*, 824; Ap. Bolonia, 14 de Julio de 1903; *Monit.*, 832; Ap. Trani, 3 de Febrero de 1914; *Foro*, Rep. voz *Viajante de comercio*, núm. 3.

d) La situación de su voluntad es decisiva para determinar los derechos adquiridos por el principal. De donde se deduce que si el consentimiento del representante está viciado por dolo, por error o por violencia, el contrato es anulable, aunque el principal hubiese querido un negocio conforme con el que se efectuó. Según que el representante ignore o conozca el vicio de la posesión de su contratante, adquiere o no para el principal la propiedad de la cosa comprada. Si conoce los vicios de la mercancía comprada, el principal no puede ejercer la acción redhibitoria, y por el contrario podrá ejercitarla caso de no conocerles. Cuando el representante, encargado de un seguro, sabía en el momento de llevarle a cabo que la mercancía había sido afectada por el siniestro (art. 430), y, en general, silenciaba circunstancias conocidas por él, el contrato es anulable, aunque fuesen ignoradas por el principal. Si el representante sabía que su contratante, caído en quiebra con posterioridad, había cesado en sus pagos, el negocio puede ser anulado a causa del fraude cometido en daño de la masa de los acreedores, aunque el principal ignorase la cesión de pagos.

e) Siendo el representante quien manifiesta su voluntad en la realización del contrato, éste será válido cuando dicha voluntad se exponga en la forma impuesta por la ley. La existencia de una voluntad conforme por parte del principal es un antecedente natural del contrato, pero que queda fuera del mismo. Por consiguiente, cuando para su realización exige la ley una determinada forma solemne, esta exigencia deber ser satisfecha directamente por el representante al estipular el pacto, sin que se amplíe al acto preliminar mediante el que la representación fué constituida; si se admitiese lo contrario, habría que extender la sanción de nulidad establecida por la ley para los contratos formales al acto precursor del mismo, es decir, al mandato, y como éste puede ser tácito se introduciría en la ley un formalismo inconciliable con las necesidades prácticas de la vida.

Aceptando la doctrina que atribuye al consentimiento del principal el valor de un elemento esencial al negocio, sucedería que el mandato para firmar letras debería figurar sobre la letra de cambio puesto que tendría que ser otorgado con las mismas formalidades con que se contrae la obligación cambiaria; y el mandato para estipular un contrato de préstamo a la gruesa debería realizarse por escrito (art. 590); pero la jurisprudencia ha resuelto justamente sobre estas exigencias formales. Los textos del Código se pronuncian en ese sentido: el Código civil (art. 1.738), según el cual el mandato puede ser expreso o tácito; el Código de comercio que autoriza al mandatario a verificar todos los actos ne-

cesarios para la ejecución del negocio principal (art. 350), aunque entre ellos haya alguno que reclame una forma solemne y a pesar de que el mandato pueda concederse tácita o verbalmente; y también cuando dicho Código autoriza a los representantes generales, aun a los instituidos tácitamente como los factores o gerentes (art. 370) y los representantes de casas extranjeras (art. 376), a realizar todos los actos comprendidos en el ramo de comercio a ellos confiado; estos, pues, pueden, sin mandato escrito, comprar inmuebles, firmar obligaciones cambiarias, prestar o recibir prestado a la gruesa, aun cuando la forma escrita es esencial para la existencia de dichos actos. Se me arguyó ingeniosamente (1) que el último de los ejemplos citados no demuestra nada, porque los representantes generales reciben sus poderes por determinación de la ley. Pero puesto que esos poderes tienen por base una voluntad tácitamente manifestada, aquel ejemplo demuestra que en nuestro derecho positivo el consentimiento expreso del representante puede estar sometido a una forma solemne sin que lo esté el consentimiento del principal, que constituye el fundamento de la representación. La afirmación del representante de ser tal, garantizada por las sanciones civiles y penales que la acompañan, es fundamento bastante para el negocio solemne, como lo sería la voluntad del gestor para el contrato por él estipulado; y del mismo modo que en este caso la ratificación posterior fijará el contrato de acuerdo con el conocido principio *ratihabitio mandato aequiparatur*, en el otro la prueba posterior de la representación demostrará la existencia de la suposición en que se apoyaba el negocio principal (2).

(1) FADDA y BENSA en las notas a la traducción de WINDSCHEID, vol. I, página 917.

(2) La cuestión es bastante discutida entre nosotros en materia civil, especialmente respecto de las operaciones sobre inmuebles, al paso que en materia mercantil la jurisprudencia, fundándose en razones de conveniencia práctica, acoge las soluciones dadas en el texto, sin preocuparse de una solución sistemática. Conf. con el texto, CHIRONI, *Cuestiones de Derecho civil*, XXVII, pág. 200; SRAFFA, *Com.*, pág. 33; SATTA, en la *Ley*, 1896, I, pág. 390; Ap. Génova, 16 de Abril de 1886; Filangieri, 1886, 440; Ap. Brescia, 9 de Noviembre de 1897; *Monit.*, 1898, 210; Cas. Torino, 17 de Diciembre de 1900; *Monit.*, 1901, 385; Ap. Génova, 14 de Junio de 1901; *Monit.*, 850; Ap. Trani, 6 de Marzo de 1903; *Temi* 627; Id., 19 de Junio de 1906; *Temi*, 738; Ap. Casale, 31 de Diciembre de 1906; *Jur. torin.*, 1907, 299; Casación Torino, 14 de Septiembre de 1906; *Jurisp. ital.*, 1078; Id., 31 de Diciembre de 1909 y 23 de Marzo de 1910; *Jurisp. ital.*, 1910, 1.058. Contra TARTUFARI, núm. 141, nota 155; FADDA y BENSA, libro cit., pág. 915. El Código civil alemán ha adoptado expresamente la solución expuesta en el texto, § 167: «No hace falta que la procura se otorgue en la forma jurídica exigida para el negocio que constituye su objeto». «La procura no es un acto formal aunque lo sea el negocio a que se refiere»: COSACK, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 3.ª ed., I, pág. 222 b).

252. Puesto que la operación verificada por el representante es la operación del principal, ya que entra en su patrimonio con todos sus efectos activos y pasivos; puesto que es el principal quien adquiere y quien enajena, quien recibe y quien paga, él exclusivamente deberá ser considerado en las siguientes cuestiones:

a) Para decidir sobre la *capacidad* personal necesaria a la válida conclusión del negocio. Si el representante verifica una operación que rebasa los límites de la capacidad del principal, por ejemplo, del menor autorizado para ejercer el comercio, o de la Sociedad comercial de que depende, el negocio puede ser anulado (1). Como dice muy bien Brugi, «la voluntad del representante tiene un radio de acción determinado por la capacidad del representado». Por otra parte, la capacidad del representante no afecta a la cuestión, y esta es la razón de que pueda tomarse como que representante a un menor no emancipado o a un inhabilitado, aun siendo incapaces de realizar por sí los actos en que tienen que intervenir. Esto parecerá lógico a cualquiera que considere que la incapacidad se establece en el exclusivo interés del incapaz, el cual en el caso presente no corre el menor peligro, ya que los contratos que realiza como representante son ajenos a su patrimonio (2).

b) Para decidir si la enajenación o la constitución de derechos reales sobre los bienes del principal son válidas. Si podía disponer de ellos, el acto produce sus efectos jurídicos.

c) Habiéndose estipulado el negocio en nombre del principal, resultara que,

1.º La operación tendrá carácter mercantil si aquél es comerciante; la condición personal del representante no influye en la cuestión.

2.º El principal deberá estar provisto de las patentes, de

(1) Los mandatos generales y tácitos concedidos por el padre o por la madre no pueden trasferir al gestor un poder más amplio del que determina la disposición judicial: Ap. Génova, 30 de Julio de 1887; *Eco*, 273. «La eficacia jurídica de los actos del gestor se determina según la capacidad del principal y no según la suya». Comisión Preliminar, *Expediente*, núm. 88. Arg. art. 373, Código de comercio.

(2) Ap. Torino, 29 de Octubre de 1886; *Foro*, 1887, 54; Ap. Milán, 7 de Mayo de 1888; *Monit.*, 491; Ap. Génova, 4 de Octubre de 1901; *Foro*, 1902, 263; TARUFARI, núm. 54 y sig.; BRUGI, *Rev.* 1916, 1, 429; AUBRY ET RAU, IV, § 411, núm. 2, pág. 639, notas 8, 9 y 10; LAURENT, XXVII, núms. 397 y 398; VENDT en *Endemann's Handbuch*, pág. 299; BEHREND, § 49₈₆; WINDSCHEID, § 73₁₀; Código alemán, § 165; Código austriaco, §§ 1.017 y 1.108. Contra PACCHIONI, *Rev.* 1916, 1, 37.

los títulos profesionales que las leyes exijan para efectuar el negocio (1).

253. El ejercicio de la representación está sin embargo dominado en todas sus relaciones por esta exigencia de probidad: que el principal no debe valerse de dicho ejercicio para eludir las prohibiciones que le tocarían si obrase personalmente. En tal hipótesis los terceros podrían librarse de sus pretensiones oponiéndole la mala fe. Por consiguiente:

a) Si el principal al dar un mandato específico de comprar una cosa conocía que el poseesor no podía disponer de ella, no adquiere su propiedad aunque su representante obrase de buena fe (art. 707, Código civil).

b) En el caso precedente, si conocía los vicios ocultos de la cosa comprada, no podrá ejercer la acción redhibitoria aunque su representante los ignorase (arts. 1.498 y 1.499, Código civil).

c) Si había suspendido pagos cuando su representante realizaba por su cuenta una operación, estará sujeto a la presunción de fraude en caso de quiebra, aunque el representante desconociese dicho estado de cesación de pagos (art. 709, Código de comercio).

d) Si ha comprado por medio de su representante los bienes de las personas sujetas a su tutela o a su curaduría, la compra es nula, aunque el representante ignorase aquellas relaciones de su principal (art. 1.457, Código civil) (2).

254. Diferencias entre mandato, arrendamiento de servicios y representación.—Existen tres negocios jurídicos, filiaciones del arrendamiento de servicios, que a menudo se encuentran en la práctica enlazados y se confunden fácilmente: el *mandato*, el

(1) Así, según la ley sobre la contabilidad del Estado y el correspondiente Reglamento, las aptitudes y la probidad demostradas suficientes para concurrir a las subastas públicas, deben darse en el representado y no en el representante; Ley, 17 de Febrero de 1884, art. 6; Reg., 4 de Mayo de 1885, arts. 77-79, 92 y 100.

(2) Estas reglas son aceptados sin discusión. NATTINI, pág. 69; ley TARTUFARI, núm. 457 y sig. Así TARTUFARI, *Efectos de la posesión*, II, núm. 995; TROP-
LONG, *Prescrip.*, núms. 260 y 934; GOLDSCHMIDT, *Handbuch*, 1.^a ed., pág. 827^{ss}; Código alemán, § 166, y sus comentadores: PLANCK, 2.^a ed., I, pág. 214; DERN-
BURG, I, pág. 551; ENDEMANN, libro cit. 7.^a ed., 1900, pág. 340; TARTUFARI y los autores por él citados han creído explicar teóricamente estos efectos admitiendo que tratándose de la representación específica la voluntad del principal entra también en la conclusión del negocio; pero esta explicación incurre en el error de introducir en el instituto de la representación la relación preexistente que la ha constituido. Si la voluntad del principal no está conforme con la voluntad manifestada por el representante, éste obra fuera de los límites de la representación, la cual, por tanto, no existe.

arrendamiento de servicios y la representación. A mi parecer, deben distinguirse poniendo de relieve la naturaleza del trabajo con fiado al mandatario, al arrendador del servicio o al representante. El mandato contiene el encargo de administrar uno o más negocios del principal (1); la representación el de estipularles en nombre del principal; el arrendamiento de servicios supone el encargo de ejecutarles (2).

Esta distinción va ya penetrando en nuestro derecho, pudiendo considerarse vencida la doctrina que identificaba el mandato y la representación. La combatimos ahora, no para acabar con una tesis muerta, sino para aclarar los conceptos de representación y de mandato.

Hay todavía quien considera la representación como un elemento esencial del mandato, haciendo de ambos una sola tratación. Yo sostengo en cambio que la representación no es esencial al mandato, puesto que existe en nuestro derecho mandato sin representación y representación sin mandato (3).

Puede decirse que, en materia civil, los textos del Código resuelven la discusión, pues el art. 1.737 no reproduce la frase que se lee en el artículo correspondiente del Código francés (art. 1.984), según el cual el mandatario debe obrar *en nombre del mandante*, y no equipara, como este artículo, el mandato a la procura que consiste precisamente en el acto mediante el que se verifica el nombramiento de un representante. Es más, nuestro Código civil establece la hipótesis de un mandatario que obre en nombre propio, que adquiera para sí los derechos y las obligaciones procedentes de la operación (art. 1.744), excluyendo así la representación de los elementos necesarios al mandato.

(1) El Código emplea expresiones variables que giran en derredor del concepto de administrar: el mandatario trata los negocios del principal (349, 371, 377), obra según sus instrucciones (356, 364), hace las operaciones del principal (372, 377).

(2) Estos conceptos defendidos en las varias ediciones de este *Tratado* con más evidencia cada vez han penetrado ampliamente en nuestra jurisprudencia: Cas. Palermo, 9 de Marzo de 1915; *Rev.* 681; Ap. Milán, 12 de Febrero de 1914; *Mon.*, 229; Ap. Génova, 25 de Abril de 1911; *Temi gen.*, 244; Ap. Florencia, 2 de Febrero de 1909; *Temi ven.*, 203; Ap. Milán, 5 de Febrero de 1901; *Mon.*, 211.

(3) La opinión aquí combatida es repetida por VIDARI, 4.ª ed., IV, números 3.043-3.045; CALUCI, *Com.*, 2.ª ed., art. 349, núm. 31; CERRONI, *Instit.*, II, § 319; AUBRY ET RAU, IV, § 371 bis, nota 1, pág. 512; LAURENT, XXVII, número 333; LYON-CAEN ET RENAULT, III, núm. 520; BAUDRY-LACANTINIERE ET WAHL, *Des contr. aleat. du mandat du cautions.*, París, 1900, núms. 361, 363, 377 y sig.; Cas. Nápoles, 7 de Enero de 1902; *Movim. jurídico*, 1903, 91; Ap. Venecia, 19 de Febrero de 1903; *Temi*, 231; *Id.*, 15 de Abril de 1909; *Temi*, 363. Conf. con el texto, NATTINI, *La doctrina general de la procura*, Milán, 1910, página 8 y sig.; TARTUFARI, pág. 338 y sig.; BARASSI, *El contrato de trabajo*, núm. 39; SRAFFA, *Com.*, págs. 10-11; BRUGI, *Instituc.*, 2.ª ed., § 19, sub. b) sentencias citadas así como autores y sentencias en la nota precedente y en la siguiente.

Se ha creído encontrar este requisito de la representación, abandonado por el Derecho civil, en el mandato comercial, porque el Código de comercio (art. 349) dice que el mandatario trata en nombre del mandante, como si el mismo instituido en el mismo sistema de derecho, pudiese tener caracteres sustancialmente diversos (1). La verdad es que aquel requisito de la representación se establece en el Código como un elemento natural del mandato pero no como un elemento esencial, indispensable. Es natural en el mandato, presumible en él, porque en la vida corriente resulta lógico que quien recibe el encargo de gestionar un negocio por cuenta ajena tenga también la facultad de concluirle. Para que la doctrina que considera la representación esencial al mandato fuese exacta, sería necesario que ningún mandato mercantil se viese privado de esta, lo cual no ocurre; en efecto, existen varios mandatos comerciales, por disposición de ley, sin representación:

1.º El comisionista es un mandatario mercantil; puede decirse que es el mandatario de que habla el art. 1.744 del Código civil, considerado en su actividad comercial, y no obstante, está privado de representación. No puede negársele el carácter de mandatario puesto que asume respecto del otro contratante, es decir, respecto del mandante, *todos los derechos y todos los deberes del mandatario*, y es por tanto, necesariamente, un mandatario; podrá tener, y ciertamente tiene, alguna particularidad propia, pero no hay aquí diferencia sustancial entre comisión y mandato (2).

2.º Los administradores de las Sociedades anónimas son definidos por la ley (art. 122) como *mandatarios temporales y revocables*. También es natural en ellos la representación, o sea la facultad de verificar los negocios que han gestionado, pero no es necesaria, puesto que los estatutos pueden confiarla solamente a uno de ellos, o al director, o a uno de los administradores y

(1) Resulta de los trabajos preparatorios que el mandato mercantil fué considerado como el mismo contrato que el regulado por el Código civil, y si se introdujeron algunas disposiciones sobre el mismo fué «sólo por darle la flexibilidad necesaria para adaptarle a los negocios del comercio». Comisión preliminar, Actas, núm. 849; TARTUFARI, núms 144, 290, 335 y 336; LA LUMIA, *Derecho comercial*, 1901, 107; SRAFFA, *Com.*, págs. 5 y 10, están de acuerdo conmigo en negar al mandato mercantil el carácter esencial de la representación. Conf. Cas. Palermo, 9 de Marzo de 1915, *Monit.*, 486.

(2) Código de comercio, art. 380. Conforme la Memoria MANCINI-PASQUALI, núm. XLVIII (Trabajos preparatorios, vol. II, parte I, pág. 220): «Entre comitente y comisionario existen los mismos derechos y obligaciones que entre mandante y mandatario, porque la comisión es en su esencia una especie de mandato»; SRAFFA, pág. 6 y sig.; BONFANTE en el *Monit.*, 1901, pág. 321.

al director conjuntamente. Así el Código de comercio, art. 89, núm. 6.º, dice que *los estatutos deberán designar el número de administradores, expresando cuál de entre ellos tiene la firma social*; y como el uso de la firma es indispensable en la representación y los administradores pueden quedar privados de ella, resulta evidente que según el criterio del Código hay mandatarios sin representación.

3.º La misma situación jurídica se presenta donde exista un Colegio de administradores, como en los seguros mutuos (art. 241), o donde sea necesario simplificar la representación delegándola en una o dos personas para hacerla más expedita y unida.

4.º Si el factor, el viajante de comercio y en general el representante (arts. 371, 376, 378), trata los negocios del principal sin nombrarle, la ley considera que ha obrado igualmente como mandatario y autoriza a los terceros a dirigirse contra el principal, salvo la responsabilidad personal del factor.

Existen pues en la ley y en la práctica mandatarios que son tales aunque no ejerzan funciones de representación.

Sin embargo, la desaparición de este requisito en el mandato no podría admitirse ante las exigencias sistemáticas y lógicas del derecho vigente, cuando, suprimido en el mandato dicho requisito de la representación no se encontrase otro que diferenciase el mandato y el arrendamiento de servicios. De lo contrario no se explicaría cómo es posible que vivan separadamente en el Código y en la jurisprudencia dos institutos que tienen el mismo contenido, *la ejecución de un trabajo por cuenta ajena*; se impondría entonces su fusión por falta de diferencias características.

Su diferenciación, a mi modo de ver, consiste en que el mandatario administra los negocios del principal mientras que el arrendador de servicios esta encargado de ejecutarles. El primero pone a disposición del principal su capacidad administrativa, el segundo su capacidad técnica, mecánica, profesional. Muchas veces se da por el principal, tanto a uno como a otro, la facultad de representarle; en el primer caso para estipular las operaciones ya concertadas dentro de la administración, en el segundo para comprar los materiales necesarios a la ejecución de ellas. En ambas hipótesis la representación es una relación accesorio, eventual, no necesaria (núm. 248 y sig.); con esta diferencia, que tratándose del mandato, dada su función administrativa reconocida por el Código, la representación se presume, lo que no ocurre tratándose del arrendamiento de servicios (1) Teniendo así un

(1) En este punto la doctrina de TARTUFARI, núm. 295 y la de SRAFFA, pá-

criterio preciso para distinguir ambos contratos, se comete una equivocación inútil cuando se busca en la representación el carácter diferencial entre mandato y arrendamiento de servicios. El arrendador de servicios es un *cooperador material* del principal; el mandatario y el representante son sus *cooperadores jurídicos*, el uno *dentro* del establecimiento, el otro *en sus relaciones con los terceros*.

Aplicando esta sistematización, las tres figuras: arrendador de servicios, mandatario y representante están suficientemente diferenciadas; imagínese un ingeniero encargado por una Sociedad anónima de la construcción de un edificio (arrendador de servicios), un consejo de administración que examina sus proyectos y delibera sobre la adquisición de materiales (administrador), y un director o un consejero delegado que procede a las compras (representante). Las tres figuras pueden también reunirse en la misma persona, o combinarse de modo que el arrendador de servicios obre al mismo tiempo como representante, lo que sucedería si el ingeniero, tras deliberación del Consejo, fuese encargado de adquirir los materiales.

255. El representante no obra como tal si no informa a aquél con quien contrata que lo hace por cuenta de su principal. Debe excluir la presunción de que quiere contratar por sí (art. 1.127, Código civil); debe hacer saber al tercero que no pretende obligarse él mismo, sino a su principal ausente al acto del contrato. Es necesario que *la representación sea dada a conocer* de modo que el tercero, contratante, sepa que entra en relaciones jurídicas con el principal y no con el representante y se determine sabiendo que el negocio se refiere al principal. Pero la existencia de la representación puede deducirse también tácitamente de las circunstancias objetivas y subjetivas que acompañan a la conclusión

ginas 17-19, me parece sin embargo incompleta, pues suprimen toda diferencia entre el arrendamiento de servicios y el mandato al decir que también este puede tener por objeto meros hechos o servicios constitutivos de una cooperación material. SRAFFA, con mejor criterio, trata de evitar esta confusión de los dos contratos en uno diciendo que el mandatario debe *tratar los negocios*, tomando la frase en su sentido más amplio, es decir comprendiendo tanto los actos que de cualquier modo preparan el negocio jurídico como los que le verifican, mientras que el arrendador de servicios tiene el encargo de realizar actos materiales. Pero si de esta manera evita el escollo de dar necesariamente una representación al mandatario, cae en el de confundirle con el arrendador de servicios, puesto que, a preparar el negocio concurren los mediadores, los intérpretes, los empleados que llevan la correspondencia, los mecánicos, los guarda-almacenes, los ingenieros que preparan los dibujos, modelos y muestrarios etc., y todos estos son arrendadores de servicios. Conf. con el texto: Ap. Milán, 7 de Febrero de 1913; Rev., 1913, 348; NATTINI, Cas. Palermo, 9 de Marzo de 1915; Rev., 681.

del negocio, por ejemplo, de la exhibición del mandato, de las precedentes relaciones comerciales, del lugar donde se contrata (art. 349) (1). Si el encargado obró en nombre propio, ni el tercero adquiere derecho alguno contra el representado ni éste puede dirigirse contra el tercero en virtud de un derecho propio (2). El contrato toma su constitución definitiva en tales condiciones; la ulterior declaración del nombre del principal es incapaz de modificarle, salvo acuerdo de los contratantes, aunque el representante estuviese autorizado desde el principio a tratar en nombre de su principal.

256. La representación permanece dentro de los límites en que fué conferida; su fundamento radica en la voluntad del principal de hacerse representar: allí donde esta voluntad cesa, cesa la representación. Pero dada la índole formal de este instituto, que al favorecer al principal no debe tender engaños a la confianza de los terceros, dichos límites, una vez que la representación exista, se deben determinar según la voluntad manifestada por el principal, y no según otra diferente que hubiese pensado revelar; caso de no coincidir ambas habrá que atenerse a la primera. Por consiguiente, si el acto realizado por el representante entra según las apariencias en la esfera de sus poderes, el principal responde aunque en realidad haya habido un abuso. Así, si el representante se vale repetidamente y con diversas personas del mandato que le otorga la facultad de tomar a préstamo una cierta suma, el principal responde por todos los préstamos hechos en su nombre (3). Y si el representante oculta a los terceros las instrucciones secretas y separadas que le merman las facultades contenidas en el poder, por ejemplo, la correspondencia y las circulares cursadas entre él y la empresa, el principal queda obligado a tenor de lo establecido en el mandato; si se origina un perjuicio la culpa será suya, porque debería haber retirado el poder que no se ajustaba a la realidad para sustituirle por otro (4). Tampoco las instrucciones secretas que extienden los poderes existen frente a terceros cuando

(1) En este sentido va dirigida la fórmula demasiado restringida del art. 349 del Código de comercio donde se ordena que el mandatario debe tratar siempre en nombre del principal. Conf. TARTUFARI, núms. 41 y sig.; SRAFFA, pág. 5; FADDA y BENZA, 1, pág. 913; Ap. Milán, 22 de Febrero de 1898; *Monit.*, 406; Cas. Torino, 26 de Noviembre de 1887; *Monit.*, 1888, 93; *Id.*, 20 de Abril de 1888; *Jurisp. torin.*, 430; *Id.*, 11 de Diciembre de 1888; *Jurisp. ital.*, 1889, 1, 283; Código. suizo, art. 37; Código sajón, § 788; Código civil alemán, § 164.

(2) Véase núm. 272. Código civil, art. 1.744; Código comercial, art. 381.

(3) POTHIER, *Du mandat*, núm. 89; AUBRY ET RAU, § 415; LAURENT, XXVIII, núm. 56; Cas. Torino, 23 de Octubre de 1920; y SEGRE, *Foro ital.*, 1921. 70.

(4) Cód. civ., art. 1.758; Cód. de com., arts. 359, 370 y 377.

el representante no considera oportuno servirse de ellas; si aquellos las averiguaron obusivamente no podrán invocarlas contra el principal.

257. El representante debe, si se lo piden, exhibir a aquellos con quienes contrata el documento que le contiene la representación a fin de que conozcan la existencia y la extensión de sus poderes. Los terceros pueden pedirle tanto si se trata de un documento público (una disposición del Juez o del Poder administrativo, un acuerdo social, un acta notarial) como si se trata de un escrito privado, pudiendo además sacar una copia (art. 359); esta facultad les corresponde lo mismo en el momento de verificar el contrato que posteriormente, cuando ejercitan las acciones que de él se derivan. No tienen sin embargo derecho a exigir la entrega del mencionado documento, porque el representante puede necesitarle, sea para darle a conocer a los demás con quienes contrata, sea para regular sus relaciones con el principal, sea para restituirle a su representado, el cual está facultado para revocar en cualquier momento los poderes otorgados (1).

258. El poder comunicado a los terceros determina los límites de la representación; en su riguroso cumplimiento está la defensa del principal que pone su nombre, delicado y peligroso instrumento de responsabilidad, en manos del representante. Los terceros no deben rebasar aquellos límites, ni aun cuando creyesen beneficiar con ello al principal; no podrían reclamar nada a éste si, a consecuencia de tal proceder, resultasen perjudicados. Supongamos que el poder da al representante el encargo de comprar al contado; que el vendedor, a causa de la confianza que le merece el comprador y creyendo favorecerle consigna las mercancías a crédito al representante; y que éste huye apropiándose el dinero que su representado le dió para pagar al contado. En tal caso, los daños producidos por la imprudente confianza del vendedor deberán recaer sobre él, y no podrá repetir el precio al comprador. Efectivamente, el principal pesa de antemano cuál es, cuánta es la confianza que merece su representante, para medir la duración, las garantías, la importancia del negocio que le confía. Al darle el mandato de retirar una cosa pagándola al contado, limita la duración y la cuantía de su confianza puesto que el representante no puede retener el precio sino hasta el momento de la entrega de la cosa vendida, y porque no puede conservar en su poder al mismo tiempo las mercancías y el precio correspondiente. Si el tercero hace la

(1) Cód. civ., art. 1.758; Ap. Génova, 19 de Enero de 1883; Res., 111, 94.

entrega a crédito resultará alargada, sin plazo previsible, la duración de una confianza que acaso deberá durar solo pocas horas, o sea desde el momento de la consignación del dinero hecha por el principal hasta aquel otro en que el representante le entrega las mercancías; resultará que éste entra en posesión de un valor aproximadamente doble del que el principal quería confiarle. Es más, como el representado puede permanecer mucho tiempo desconocedor del crédito que generosamente le otorgaron a su representante, continuará entregándole más sumas destinadas a la ejecución de otros contratos, creyendo siempre que solo se confía a él por la última cantidad. Podría ser así víctima de un abuso de grandes cantidades, no por su culpa, puesto que midió la fe depositada en el propio mandatario en razón de la vigilancia que podía ejercer o de las garantías que tomó contra él, sino por culpa del tercero que le concedió una confianza no querida, no prevista por el principal.

La protección necesaria a nuestras haciendas domésticas agrícolas o comerciales se halla en la doctrina que niega al mandatario la facultad de aceptar a crédito lo que debería recibir al contado, haciendo recaer sobre el tercero que entregó a crédito lo que hubiera debido entregar al contado, la responsabilidad por la confianza personal que concedió al representante. Es la doctrina admitida sin discusión para los domésticos, los cuales, si pudiesen adquirir a crédito las cosas que según orden recibida tienen que pagar en el acto arruinarían a las familias más ordenadas y prudentes (1). Y con la misma unanimidad se aplica respecto de los administradores agrícolas a los que se reconoce la facultad de aprovisionar los fundos que administran, solamente al contado, no a crédito, porque de lo contrario se haría imposible por parte de los propietarios toda fiscalización; cuando el abuso pudiese ser descubierto, el daño no tendría ya remedio (2).

259. Representación con exclusiva.—Con el fin de aumentar la utilidad de la representación, tanto a favor del principal como

(1) TROPLONG, *Du mandat*, núms. 603 y 134 y la numerosa jurisprudencia allí citada, cuyo criterio resume él así: *Quand les tiers font credit au domestique c'est une confiance personnelle qu'ils lui accordent, et le maître, dont le mandat était pour acheter au comptant, n'est pas responsable*; PONT, *Du mandat*, núm. 850; LAURENT, XXII, núm. 390; BORSARI, *Derecho civil*, art. 1.738, § 3.866; TARTUFARI, *De la representación*, núm. 150, pág. 187; Cas. Florencia, 16 de Marzo de 1876; *Anales*, I, 135; Cas. Florencia, 21 de Enero de 1897; *Foro*, 153.

(2) Ap. Bolonia, 26 de Junio y 19 de Julio de 1886; *Foro Rep.*, 1886, voz *Mand. civil*, núms. 8-12; Trib. Bolonia, 11 de Enero de 1887; *Id.*, *Rep. id.* núms. 8-11; Cas. Roma, 14 de Mayo de 1907; *Foro Rep.*, voz *Mand. civil*, núm. 31.

a favor del representante, se añade frecuentemente al contrato de la representación la cláusula de una concesión exclusiva. Gracias a éste pacto, el principal se compromete a no vender las mismas mercancías en la plaza o en la región reservada al representante, y éste a su vez se obliga a no admitir otras representaciones del mismo género de negocios. Ambas obligaciones son correlativas, de modo que la exclusiva dada por el principal requiere necesariamente la que a su favor establece en compensación el representante.

La significación negativa de la *exclusiva*, o sea el compromiso adquirido por el principal de servirse solamente del trabajo de su representante, demuestra que aquélla no constituye materia propia de un contrato autónomo, sino que debe ir unida a un contrato principal cuyos objetivos refuerza. Este contrato, al que se incorpora la exclusiva, puede ser de diversa naturaleza.

La concesión de una *exclusiva* puede añadirse a otros contratos además de al de representación, especialmente al de la venta. La determinación del negocio principal en el que dicha exclusiva se establece tiene una importancia especial, en primer lugar porque ella va unida a un contrato de representación, de mandato o de comisión puede ser revocada *ad nutum* (art. 366), mientras que si va unida a la venta es irrevocable, de acuerdo con la doctrina común a los demás contratos (art. 1.123, Código civil); además, porque el mandatario debe seguir las instrucciones del principal, al paso que en la venta el concesionario puede regirse a su modo fijando el precio de la reventa; finalmente, porque en la venta, la propiedad, los riesgos y los peligros de la mercancía pasan al concesionario y los favores concedidos por el concesionario a sus clientes quedan de su cuenta, mientras que tratándose del mandato sucede lo contrario.

Para resolver el problema no debe tomarse como punto de mira la relación accesoria de la exclusiva que tiene siempre un carácter personal, sino el negocio principal que la lleva consigo: lo accesorio sigue a lo principal y no lo desnaturaliza. Si el concesionario trata las operaciones de reventa por *su propia cuenta*, el negocio principal deberá regularse según la disciplina de la venta; si vende *por cuenta* del principal la operación tiene los caracteres del mandato y de la comisión. Este es el signo decisivo y sintético para distinguir la venta con exclusiva del mandato con exclusiva, y el Magistrado deberá dirigir sus indagaciones hacia el punto indicado. Para determinar el mandato con exclusiva pueden servir de guía las siguientes circunstancias:

a) Es mandatario el concesionario que obra en nombre del cedente, en depósitos o negocios que funcionan a nombre de éste;

si el nombre del cedente es empleado sólo para distinguir los productos, por ejemplo, Ferro Quina Bisleri, el uso de dicho nombre pierde toda influencia;

b) Es mandatario el concesionario si el cedente fija los precios de la reventa, si corre con los riesgos y hace los gastos de la publicidad y de la venta, e igualmente si el concesionario debe rendirle cuenta de las ventas y si estipula una retribución en razón de la mercancía vendida;

c) No afectan a la cuestión las cláusulas que fijan el mínimo o el máximo de la reventa, la duración de la concesión, las razones de confianza personal que indujeron al cedente a otorgar la exclusiva, porque son todas cláusulas compatibles con el negocio principal de la venta, el cual tiene tal carácter cuando la colocación de los productos es hecha *por cuenta* del concesionario, a riesgo suyo, sobre mercancías que han llegado a ser de su propiedad pagadas por él en razón de lo que ha retirado del concesionario y no de lo que ha revendido a los propios clientes (1).

260. Representación colectiva.—Pueden ser nombradas varias personas para representar al principal conjuntamente, de modo que se imposibilita la actuación separada de cualquiera de ellas. Esta forma de representación hace sin duda más segura la gestión del establecimiento contra los abusos o los errores individuales, pero es de todo punto incompatible, por su lentitud y complejidad, con ciertas ramas del comercio, por ejemplo, con el comercio de Banca y Bolsa, y siempre ofrece el peligro de que puede originar un grave embarazo; de aquí la tendencia a restringir su uso en la práctica. En la hipótesis de una representación colectiva, todos los representantes reunidos equivalen a un solo representante; el vicio de voluntad de uno de ellos equivale al vicio de voluntad colectiva, pudiendo el principal valerse de esto o soportar sus efectos, según los casos (núm. 251 y sig.). Sin embargo el error o la ignorancia de uno o más representantes no impide la eficacia de la declaración de voluntad colectiva si el representante sabedor del verdadero estado de cosas le ha silenciado a los demás; los terceros que contratan con la colectividad no deben salir perjudicados por su negligencia (2). De modo

(1) Cas. Torino, 19 de Abril de 1918; *Mon. Trib.*, 1918, 435; Id., 22 de Abril de 1918; *Mon. Trib.* 1918, 523; Ap. Milán, 8 de Enero de 1914; *Rev. de Der. com.*, 1915, 11, 882; Cas. Roma, 16 de Febrero de 1917; *Rev.*, 1917, 98; 7 de Marzo de 1911, *Rev.*, 1911, 206; Ap. Nápoles, 3 de Febrero de 1909; *Gac. Proc.*, XXVI, 113.

(2) Trib. Supr. del Imperio alemán de 17 de Diciembre de 1877, 28 de Fe-

que donde exista la representación colectiva, basta la información dada a uno de los representantes para ilustrar a la colectividad, salvo, claro es, el caso de colusión.

Se precisa que todos los representantes den su propio consentimiento en el negocio, pero no hace falta que le den al mismo tiempo o en la misma forma; uno podrá darle por escrito, otro podrá emplear la forma verbal o adherirse tácitamente; sólo cuando el consentimiento debe manifestarse en forma solemne, por ejemplo, con la firma cambiaria, es necesario que cada uno le dé en el título (1).

La ley admite estos procedimientos colectivos, más aún, reconoce al principal la facultad de imponer que ningún acto se realice sin el concurso simultáneo de todos los representantes (art. 364). Pero modera el rigor de dichas reglas procesales, ya que podrían constituir un obstáculo pernicioso al normal desenvolvimiento de los negocios, mediante algunas presunciones que deben servir de guía al Magistrado siempre que no choquen contra la clara voluntad del principal.

Si en el mismo acto son designados varios representantes y no aparece claro que deban actuar conjuntamente, se les considerará encargados de obrar por separado (2); la ley ha acogido este criterio, ya dominante en la doctrina, facilitando el ejercicio de la representación. Pero la solución del problema no fué muy afortunada, porque impone al que contrata con uno de estos representantes el difícil cuidado de indagar si se presenta en el lugar de otro según el orden establecido en el acto del nombramiento.

Cuando los representantes son nombrados conjuntamente, pero no aceptan todos el cargo, los que aceptan pueden desempeñarle, con tal de que sumen la mayoría de los nombrados y el acto del nombramiento no se oponga. La ley sin embargo, excluye el caso en que se trate de obrar conjuntamente, resultando entonces que la ausencia o la negativa de uno solo de ellos impide que el principal sea representado. Y no se diga que si el

brero de 1889, 19 de Octubre de 1889; en RIESENFELDT, *Monatschrift für Handelswesen*, 1895, pág. 233.

(1) BIE, *Kollektivprokura*, Leipzig, 1894; LEHMANN, *Lehrbuch*, § 40, núm. 4 b); LEHMANN UND KING, *Com.*, § 40, núm. 9.º; STAUB, *Com.*, art. 41, § 6; RIESENFELDT, *Monatschrift*, 1895, pág. 201 y sig.

(2) En igual sentido, también ante el silencio de la ley, se ha pronunciado la doctrina francesa adoptando la regla seguida para la administración de las Sociedades civiles y mercantiles (art. 1.721, Código civil; art. 107, Cód. com.); TROPLONG, *Mand.*, núm. 495; GUILLOUARD, *id.*, núm. 118; BAUDRY LACANTINERIE Y WAHL, *id.*, 655; LEHMANN Y KING, § 48, núm. 9; BIE, libro cit., pág. 16. Respecto del Código suizo, véase el art. 401.

representante puede rechazar el encargo podrá también negarse a llevarle a efecto sin perjudicar el derecho de la mayoría, pues una vez que ha aceptado su voluntad constituye un elemento inseparable de la voluntad colectiva en la que el principal ha depositado su confianza y sus garantías. Si los representantes son dos, ambos deberán aceptar y participar en cualquier operación.

Con estos razonamientos he supuesto que la regla establecida en el art. 364 se refiere a la representación y no únicamente al mandato; en otras palabras, he supuesto que disciplina tanto el lado interno como el lado externo del mandato. Y a darle esa interpretación me inducen varias consideraciones:

a) Que el mandato regulado por el Código de comercio va normalmente acompañado de representación y es considerado en su función exterior (núm. 524);

b) Que el Código (art. 364) no regula estos mandatarios colectivos en el acto en que administran sino en el acto en que realizan el encargo, es decir, cuando se ponen en contacto con los terceros.

c) Que las garantías buscadas por el principal con la representación colectiva se esfumarían si la resolución tomada colectivamente pudiese ser ejecutada más tarde, acaso en condiciones diferentes de las previstas, por uno solo de los representantes.

Este modo de entender la ley conduce a admitir que todos los representantes deben dar su consentimiento directamente a los terceros con quienes verifican la operación. Si la pudiese verificar uno solo de ellos, siguiendo la decisión de los demás, vendría a faltar frente a terceros aquella representación colectiva querida por el principal y faltarían por tanto aquellas garantías que puso en la intervención personal de todos (1).

261. Sustitución.—¿Puede el representante comercial transferir a otros su representación aunque no se le haya concedido esa facultad? ¿Queda obligado el principal por las operaciones realizadas por el sustituto? El Derecho mercantil moderno tiende cada vez de una manera más clara a atribuir a la representación general un carácter personal, habida cuenta de que su fundamento es la confianza que el principal deposita en la habilidad y en la honradez del representante. Este carácter personal se traduce prácticamente en la obligación impuesta al representante

(1) En este sentido se manifiestan la doctrina y la jurisprudencia alemana: BEHREND, § 125, nota 10; v. HAHN, art. 41, § 5; STAUB, art. 41, § 6, letra b); *Die Zustimmung darf nicht ein Internum der Kollektivberechtigten bleiben*; LEHMANN y RING, *Com.*, 1, § 48, núm. 8.

de ejercer personalmente su cargo considerado en su totalidad y consta en la ley para los administradores sociales, para los factores, para los viajantes, sin merma, como es natural, de la facultad que estos tienen de utilizar personas a su servicio a fin de verificar particulares incumbencias (1). ¿Cabe deducir de aquí, como principio general, la prohibición de transmitir a otro la propia representación? No lo creo, si considero que en el derecho moderno se concede la facultad de realizar por medio de representantes todo acto jurídico patrimonial que se pueda verificar directamente, y si pienso que por derecho común el representante, salvo el caso de prohibición, tiene atribución para hacerse sustituir (2). Sólo excepcionalmente podrá el Juez absolverle de las obligaciones contraídas en su nombre por un sustituto: cuando la intención del principal de fiarse exclusivamente del representante nombrado por él, sea manifestada a los terceros (art. 1.239, Código civil).

262. Fin de la representación.—La terminación de la representación no produce efectos frente a terceros hasta que no tienen noticia de ella, por lo cual estos adquieren derechos y contraen obligaciones mientras ignoran o pueden ignorar sin culpa el fin de la representación. Hay algunos casos en que no se requiere ningún acto de publicidad para hacerla conocer, por ejemplo, cuando el mandato es temporal, o para una sola operación, o cuando está sujeto a condición resolutive, puesto que en tales casos los terceros al conocer el mandato conocen también su duración. Pero cuando los límites no se fijan en el mandato mismo, es necesario que el principal haga saber a los terceros que el mandato, del que les dió expresa o tácitamente cuenta, ha cesado, y a este objeto podrá valerse de los numerosos medios de publicidad usados en el comercio: circulares, anuncios en los periódicos y mejor que todo con la correspondencia dirigida a los que han tratado con el representante cuyos nombres conocerá el principal por

(1) Cód. com., arts. 105, 106, 116, 125, 141, 183, 191, 371 y 377; Código alemán, § 58 (art. 53, del Código 1861); Código húngaro, art. 50; Código suizo, art. 393; Código español, art. 296. También la doctrina francesa admite que, al igual que los arrendadores de servicios, los mandatarios comerciales no pueden encargar a otros que verifiquen el mandato confiado a ellos en consideración a sus cualidades personales; véase PARDESSUS, núm. 533; LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité*, III, núm. 529; RIVIERE, *Du commis-voyageur*, núm. 49 y sig., 106 y sig. (2) AUBRY ET RAU, IV, § 413, 14; LAURENT, XXVII, núms. 486, 494; PARDESSUS, núm. 533; TARTUFARI, núm. 183; Código civil, art. 1.748; Código civil francés, art. 1.994. En caso de duda, el Código civil alemán excluye la transmisión del mandato; Código civil alemán, § 664; Código austriaco, § 1.010; Código sajón, art. 1.307; Código suizo, art. 396.

las operaciones anteriormente verificadas (1). El solo retiro del poder no priva al representante, frente a terceros, de su cualidad de tal (2); para que así sucediese haría falta que estos estuviesen obligados a solicitar la exhibición del documento en donde el poder consta en cada operación aislada; pero en la práctica, la rapidez del tráfico y el mutuo respeto hacen que realizada la primera operación no se exija ya la demostración de que el representante conserva en sus manos el mandato. Así, en virtud de una ficción de la ley, el mandato se considera existente frente a terceros, aunque por muerte, por revocación, o por otras causas previstas en la ley, haya cesado realmente (arts. 1.759, 1.762); el rigor del derecho se ha inclinado por respeto a la buena fe de los terceros y al propio interés del instituto de la representación, que de otro modo perdería gran parte de su confianza y por tanto de su utilidad.

263. Representación judicial.—El representante general está facultado para promover acciones y sujeto a ser demandado en juicio por las obligaciones derivadas de actos realizados en nombre del principal, pudiendo ejecutarse las sentencias sobre los bienes de este último, tanto si forman parte de la hacienda comercial confiada al representante como si no pertenecen a ella (3). La representación judicial puede, mediante su acto constitutivo o con los contratos aislados por los que se ejerce, ser extendida, restringida o excluida (4), porque la competencia por razón del territorio es un instituto de interés privado al que los interesados tienen derecho a renunciar, sea con pactos sea con su tácito consentimiento. Deplorable tolerancia de la ley que ha permitido a muchas empresas fijar el lugar de competencia judicial de las

(1) De varias disposiciones del Código civil se desprende, aunque en forma casuística, la obligación del representado de dar a conocer a los terceros el fin total o parcial de la representación: arts. 1.758, 1.759 y 1.762; TARTU-
FARI, núm. 280 y sig. Conf. Cód. suizo, art. 41. En lo concerniente al factor véase el art. 374, Cód. com., y más adelante el núm. 277.

(2) Cas. Nápoles, 30 de Diciembre de 1911; *Foro Rep.*, 1912, voz *Factor*, núm. 6. Se debería, no obstante, hacer una excepción para el que contrata con un viajante de comercio (art. 377). Véase núm. 283.

(3) Cód. com., arts. 375, 376 y 872. Ap. Palermo, 21 de Junio de 1897; *Foro sic.*, 1898, 136; Ap. Génova, 1.º de Marzo de 1895; *Temi Genov.*, 169; Ap. Génova, 24 de Mayo de 1889; *Temi ven.*, 400; Ap. Génova, 17 de Mayo de 1899; *Temi genov.*, 330; Ap. Florencia, 29 de Octubre de 1902; *Anales*, 486; T. Palermo, 22 de Febrero de 1907; *Foro Rep.*, col., 814, 1.

(4) Cas. Torino, 15 de Febrero de 1899; *Jurisp. tor.*, 381; Cas. Nápoles, 10 de Abril de 1893; *Temi genov.*, 395; Ap. Bolonia, 29 de Abril de 1889; *Foro*, 818; Rocco, *Sociedad com. en juicio*, pág. 134. Contra SRAFFA, *Comenta-*

controversias surgidas de sus negocios, en puntos muy distantes de donde fueron realizados, dificultando así a los clientes el ejercicio de sus derechos y a veces haciéndole imposible (1).

En cambio el representante encargado de operaciones aisladas no puede promover ni sufrir acciones judiciales para el cumplimiento de los contratos por él realizados; su cometido termina con el negocio que se le confía. Podrá y deberá sin embargo ejecutar los actos de conservación necesarios a la tutela de los derechos que correspondan a su principal como consecuencia de la operación que éste puso en sus manos; así, si está encargado de retirar la mercancía deberá protestar contra el porteador culpable (2); si debe hacerse entregar las mercancías adquiridas podrá demostrar mediante un peritaje judicial que no reunían las condiciones pactadas; si recibió la orden de exigir una letra de cambio podrá protestarla y personarse en juicio para obtener el pago (3).

264. Prueba.—El tercero que quiera ejercitar contra el principal los derechos que supone haber adquirido respecto de él por medio del representante, deberá probar que éste tenía poder para representarle; a tal efecto aportará al juicio copia del acta notarial de la correspondencia o de las circulares que lo acrediten y si no dispusiese de documentos podrá citar en juicio al representante para que exhiba el mandato y demuestre su existencia (4).

rio, pág. 126. Como es natural, esta limitación se refiere sólo a los terceros que contratando con el representante le aceptaron expresa o tácitamente.

(1) Para impedir estos abusos, se introdujo en el proyecto de ley sobre seguros (Cámara de los Diputados Legisl., XIX, 1.ª Ses., 1895, Documento, número 125) a propuesta mía el art. 14: «Las reglas sobre competencia establecidas en la 1.ª parte del art. 872 del Código de comercio no pueden ser modificados por el acuerdo de las partes contratantes». La reciente ley francesa de 31 de Diciembre de 1901 se ha prevenido también contra ellos estableciendo una disposición análoga en materia de seguros.

(2) Código de comercio, arts. 350, 352, 413, 415 y 554.

(3) Código de comercio, arts. 71 y 259. La costumbre reconoce al que recibe el mandato de asegurar y está en posesión de la póliza de seguro, la facultad de actuar en juicio para el pago de la indemnización, sin necesidad de un mandato especial. Los rápidos vencimientos de los plazos, la necesidad de hacer valer el derecho de resarcimiento antes de que desaparezcan las huellas del siniestro, las distancias, explican esta excepción: véase VIVANTE, *El contrato de seguro*, II, núm. 83; LYON-CAEN ET RENAULT, *Precis*, II, pág. 421.

(4) El representante debe proporcionar siempre al tercero la prueba de la existencia y de la regularidad del mandato, e intervenir en juicio para hacer rechazar la excepción del representado; Ap. Génova, 13 de Enero de 1885; *Reseña*, II, 194; Cas. Torino, 17 de Diciembre de 1887; *Montt.*, 1888, 93; Casación Torino, 15 de Febrero de 1899; *Jurispr. tor.*, 381; Ap. Génova, 16 de Abril

Si éste no interviene o si interviniendo no logra, mediante la prueba, que la demanda del tercero sea desestimada, deberá resarcirle de los daños que le haya ocasionado al hacer uso de una representación que no le fué conferida (núm. 265 ter.).

265. Ratificación.—El representante que se extralimita en sus poderes cesa de representar y de obligar al principal. Este permanece, si quiere, ajeno al acto, ya que para él no existe, pero podrá también ratificarle expresa o tácitamente, subsanando la falta de representación del que trató en su nombre. El Código civil se contenta con una ratificación tácita (art. 1.752), distinguiendo esta ratificación de la normal (art. 1.309) precisamente porque el mandatario no es un extraño o un intruso, sino una persona señalada ya por el principal a la confianza de los terceros. Cuando la ratificación llega encuentra su punto de apoyo en el mandato preexistente, y puede producir efecto retroactivo hasta el día en que el mandatario obró por cuenta del principal.

A mi entender, la ratificación de que habla el art. 1.752, aun siendo tácita, debe contener los elementos esenciales a toda ratificación: el conocimiento de la extralimitación y la voluntad de consentirla, pero no ha de deducirse de una completa inacción del mandante, se debe deducir de circunstancias incompatibles con la voluntad de rechazar el abuso (1). El Código de comercio modifica en parte esta situación; si por respeto a la esencia misma de la ratificación exige que el exceso sea conocido del mandante, no exige que la voluntad de ratificar resulte de circunstancias positivas; y en atención a la prontitud de los negocios y a la buena fe de los terceros la deduce también de la completa inacción del mandante que habiendo sido advertido del abuso de su representante pudo rechazarle y calló. La preexistente relación de mandato obliga al mandante que tuvo noticia de la extralimitación a salir del silencio, si es que quiere rechazar posteriormente la actuación del mandatario (art. 357).

Si la ratificación se llevó a cabo, el negocio debe considerarse válido desde su origen en el tiempo y en el lugar en que fué realizado por el representante, siempre que los derechos de los ter-

de 1886; *Monit.*, 597; Ap. Florencia, 14 de Diciembre de 1842; *Anales*, 1883, 70. El principal que rechaza la operación jurídica verificada por su representante fundándose en que se excedió al mandato puede llamarle en garantía: Ap. Florencia, 30 de Noviembre de 1874; *Anales*, IX, 55. Véase sobre la posibilidad de citar a juicio al representante como testigo, Cas. Torino, 4 de Diciembre de 1889; *Monit.*, 1890, 21, y las otras sentencias allí citadas.

(1) GUILLOUARD, *Du mandat*, núm. 197; LAURENT, XXVIII, núm. 71; BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, *Mandat*, núm. 784.

ceros no resulten perjudicados (1). El que contrató con el representante sabiendo que éste obraba fuera de sus poderes, no puede librarse de la obligación aunque la haya contraído antes de la ratificación, porque el representante mantiene su oferta por cuenta del principal que ya ha adquirido el derecho de ratificarla; tampoco el representante podría devolverle su palabra, a no ser que estuviese comprendido en sus atribuciones deshacer la operación (2).

265 bis. Falta de representación.—En cambio, cuando alguien se arroga una representación que nunca se le otorgó o que ha cesado ya, el acto no puede ser ratificado porque no existe, teniendo derecho el tercero a revocar la oferta mientras no haya recibido noticia de la aceptación por parte del principal, exactamente como si el representante no hubiese intervenido para nada (3). Estas dos hipótesis, de un representante que se extralimita en el mandato y de un falso representante, se encuentran a menudo entre los viajantes de comercio. Si estos están encargados únicamente de promover las ofertas y de comunicarlas al principal (no teniendo dicho cargo por objeto inmediato la realización de un negocio jurídico los viajantes no puedan figurar como representantes) el contrato se perfecciona cuando el oferente recibe noticia de la aceptación. Si por el contrario están provistos de representación, aunque hayan rebasado sus límites, el contrato que es ratificado más tarde se perfecciona en el tiempo y lugar en que el viajante de comercio ha contratado con el tercero (núm. 251, letra b).

265 ter. Efectos de la ratificación rehusada.—Si el principal ratifica las operaciones del representante los terceros se dirigirán contra él como si el contrato se hubiese verificado con su consen-

(1) *Ratihabitio mandato aequiparatur*, L. 12, § 4 D. de sol (46, 3); L. 12 § 1, D. ratam rem (46, 8); Cód. civil, art. 1.752; Código civil alemán, § 177 y sig.; Cód. fed. suizo, art. 47; GIORGI, VIII, núm. 199; AUBRY ET RAU, IV, § 415₁₀; LAURENT, XXVII, núms. 71 y 72; REVIERE, *Commis voyageur*, números 55 y 107; WINDSCHEID, § 74; BEHREND, § 50, notas 5 a 8; COSACK, *Bürgerliches Recht*, 3.ª ed., 1900, vol. I, § 5.

(2) Argum. art. 357; esta regla fue aplicada al viajante de comercio por la Casac. Roma, 20 de Junio de 1898; Corte suprema, 525. Véase también en este Tratado, 3.ª ed., vol. IV, el núm. 1.538.

(3) Aquí se aplican las reglas del art. 36, Cód. de com.: LAURENT, XVII, núm. 69. Admitimos con la jurisprudencia citada por LAURENT que debe distinguirse el caso de un exceso en la representación del caso en que ésta falta del todo, y esto principalmente a tenor del art. 1.752, Cód. civil. Muy vacilante es la doctrina alemana a este respecto, tanto que puede decirse que cada autor tiene su teoría propia: Véase WINDSCHEID, § 74 y sig.; BEHREND, § 50₁₄.

timiento y no podrán exigir indemnización alguna al representante desde el momento en que consiguieron lo que se proponían.

Pero puede ocurrir que el principal niegue la ratificación. Entonces hace falta distinguir:

a) Si el representante dió al tercero una información suficiente de las facultades recibidas (art. 1.751, Código civil), el tercero no puede dirigirse contra él ni contra el principal. No puede contra el representante puesto que no se obligó personalmente y no incurrió en culpa alguna; y no puede contra el principal que no está obligado por los actos realizados por su representante fuera de las atribuciones que le fueron conferidas. El tercero trató con la esperanza de la ratificación y desde el momento en que esa condición no se verifica sus proyectos caen en el vacío;

b) Si el representante no informó al tercero de las facultades recibidas, deberá resarcirle del daño sufrido, cumpliendo personalmente las obligaciones que hubieran correspondido al principal, si el tercero prefiere esta forma de indemnización. Pero el representante que incurre en un error disculpable sobre los límites de sus poderes no contrae ninguna obligación: ni la originada del contrato puesto que la intención del tercero fué contratar con el principal y no con el representante, ni la derivada de una culpa *in contrahendo*, porque culpa no existe (1).

El tercero que reclama al pretendido representante el resarcimiento de daños deberá probar que éste obró sin representación ya que tal supuesto constituye el fundamento de su demanda. El ejercicio de esta acción no está en modo alguno subordinado a un juicio precedente contra el principal. Si el tercero cree poseer la prueba de que el seudo-representante se valió de un poder que no le había sido otorgado, podrá dirigirse sin más contra él. El representante podrá defenderse probando que poseía la facultad de que hizo uso, o que dió noticia al tercero de la falta de atribuciones; a él corresponderá la demostración de esta excepción puesto que el tercero ha justificado su demanda al probar que el representante obró en razón de unas facultades que no poseía (2).

(1) Esta parece la solución jurídica a falta de una ley que imponga en todo caso al representante la obligación de garantizar la existencia de sus poderes. La doctrina prevalecedora en Alemania considera que el representante es responsable por defecto de la representación aun cuando hubiera habido por su parte un error disculpable, deduciéndolo de la fórmula de la ley: Cód. com. alemán (1861), arts. 55 y 298; ley de cambio, art. 95; Código sajón, art. 789. Conforme BEHREND, § 513; WINDSCHEID, § 74; WENDT, *ug. cit.*, pág. 306. Esta doctrina fué también seguida por el nuevo Código alemán, § 179.

(2) CALUGI, 3.^a ed., núm. 82; Ap. DONAI, 12 de Noviembre de 1870; *Dalloz Rep., Mandat.*, núm. 305, 1; Contra LAURENT, XXVII, núm. 47; RIVIERE, *Du commis voyageur*, núm. 117. En cambio AUBRY Y RAU, IV, § 415₁₁ y

266. La prestación del nombre.—Cuando alguien obra por cuenta ajena pero en nombre propio (prestación del nombre) desvanece por completo el concepto de la representación. Si fué encargado de vender una mercancía figura como vendedor, si fué encargado de expedirla figura como remitente. Que actúe dentro o fuera de los límites de su mandato no les importa a los terceros, pues no obra como representante sino como contratante. Esta situación jurídica no se modifica por la circunstancia de que los terceros conozcan a su contratante como una persona que presta su nombre, porque la intención del principal de no comparecer en el contrato, de no contraer derechos ni obligaciones derivados del mismo, se respeta, excepto si se trata de un propósito ilegítimo (1). Tal sería el caso de un endoso simulado con objeto de colocar al deudor cambiario en la imposibilidad de oponer al que preste su nombre las excepciones oponibles a su endosante (2).

§ 27.—FACTORES (3)

Sumario. — 267. Definición. — 268. Fundamento del nombramiento. — 269. Quién puede asumir el cargo de factor. El factor no es un comerciante. — 270. Responsabilidades personales

PONT, 1, núm. 1.057, consideran difícil establecer una regla general. En el sentido citado en el texto se manifiesta el Tribunal Supremo alemán; véase BEREND, § 51₁₆; THOEL, *Wechselrecht*, 4.ª ed., 63; WENDT, en *Endemann's Handbuch*, 1, pág. 305 y sig.

(1) Véase núm. 253. Apelación Génova, 14 de Febrero de 1885; Eco, 159; Código de comercio, art. 865, núm. 3; AUBRY ET RAU, IV, § 410₁₀; LAURENT, XXVII, núms. 76-77; TARTUFARI, *Representación*, núm. 40 y sig.; FERRARA, *Simulación*, pág. 224 y sig.; CHIRONI Y ABELLO, *Tratado*, I, pág. 418 y sig.; SACERDOTI, *Foro ital.*, 1905, 1.431 y sig. Respecto de los falsos accionistas en las Asambleas de las Sociedades anónimas, véase vol. II, Índice, voz *Prestá-nombre*.

(2) Véase para el endoso de las pólizas de cargamento: VIVANTE *La póliza de cargamento*, núm. 69; *Tratado*, 3.ª ed., vol. III, núm. 986, nota 51; Apelación Casale, 2 de Julio de 1867; Jurisp. Casal. 1887, 274.

(3) Esta materia está regulada de modo diferente en la legislación alemana, y sería peligroso argumentar por analogía; allí el carácter distintivo del *Prokurist* consiste precisamente en que sus extensos poderes de representación no pueden ser limitados ni aun por una declaración pública del principal (art. 43, Cód. 1861; § 50, Cód., 1900); LEHMANN, *Lehrbuch*, § 40; Conf. Cód. suizo, artículo 423. Siguen en cambio el sistema italiano que admite la posibilidad de limitar el mandato público del factor: el Cód. portugués, art. 240; el Cód. español, art. 283. Respecto de noticias históricas véase GOLDSCHMIDT, *Universalg.*, pág. 248₄₄ y sig.; LATTES, pág. 101 y sig. Para un examen comparativo de los dos sistemas, véase VOGEL, *Die Prokura nach deutschem, schweizer und französischem Recht*, 1903.

del factor.—271. Otorgamiento de la representación. Nombramiento hecho pública o tácitamente.—272. Poderes y limitaciones legales del factor.—273. Forma de las obligaciones contraídas por el factor.—274. De qué obligaciones contraídas por el factor responde el principal.—275. Revocación del poder.—276. Representantes de casas extranjeras.—277. Representantes aparentes.

267. El factor es aquel representante permanente que un comerciante establece para el ejercicio del comercio en un lugar determinado. Se distingue de los demás representantes: a) por la amplia esfera de su representación; b) por la estabilidad de su residencia o de su cargo; c) por la obligación personal de llevar todos los libros de comercio (1). El factor o gerente sustituye al principal en el comercio a cuyo frente está, tratando y realizando las operaciones necesarias (2); si el principal se reservase la facultad de aprobar o de rechazar todas las operaciones emprendidas por su agente no podría contarse éste entre los factores (3).

La facultad de *administrar* y de *realizar* los negocios pertenecientes al comercio que dirige, es esencial para constituir la figura jurídica del factor. Pero se exageraría negando este carácter al factor cuyo trabajo está ligado o subordinado al del principal, porque la ley reconoce implícitamente que puede ejercer el comercio en un *lugar distinto* de aquel en que le ejerce el poderdante (art. 367), y por tanto en condiciones de subordinación al

(1) Cód. com., arts. 373, 362, 356, núm. 4.º; 357, núm. 1.º; ley de seguridad pública 30 de Junio de 1889, art. 77; Cas. Roma, 9 de Julio de 1896; *Monit.*, 891; Ap. Catanzaro, 12 de Diciembre de 1914; *Foro Rep.*, voz *Factor*, núm. 2.º

(2) Debido a estos caracteres no se pueden contar entre los factores a los viajantes de comercio porque carecen de una residencia estable; ni a los administradores de fincas rústicas porque no tratan negocios comerciales; ni a los cajeros que exigen y pagan según documentos dejados por el principal o por su gerente.

(3) Véase sobre los *Agentes de comercio*, § 30. Así, no pueden considerarse como factores o gerentes los agentes de las compañías de seguros sobre la vida porque sus atribuciones consisten únicamente en proporcionar negocios y recaudar las primas después que la operación es aceptada por la dirección: VIVANTE, *Los seguros*, III, núm. 37 y sig.; ni los agentes de fletamentos que trasladan telegráficamente a la Sociedad las ofertas, las cuales son aceptadas o rechazadas por ésta. Cuando el principal se reserva el derecho de aprobar toda venta realizada no existe el carácter propio del factor: véase Apelación Milano, 10 de Diciembre de 1887; *Monit.*, Milán, 1885, 52; Casación Torino, 27 de Diciembre de 1905; *Jurisp. ital.*, 1906, 305. Y viceversa, aquel a quien le es confiado un negocio en el que el principal no interviene debe considerarse factor; Apelación Venecia, 23 de Julio de 1885; *Temi ven.*, 1885, 554; Apelación Torino, 17 de Abril de 1884; *Jurisp. tor.*, 1884, 415; Apelación Venecia, 3 de Noviembre de 1905; *Temi*, 1906, 133.

principal, el cual dirige el establecimiento central e imprime desde allí un movimiento coordinado a todas las agencias.

La representación del factor puede ser limitada, tanto respecto al género de negocios como respecto a su cuantía (artículo 370); el comitente puede suprimirle, por ejemplo, la facultad de obligarse cambiariamente, de despedir empleados, de vender bienes inmuebles, restringiendo así con una serie más o menos amplia de limitaciones las atribuciones que normalmente corresponden al factor. No es posible fijar con una regla general la línea de restricciones pasada la cual la representación pierde su cualidad de puesto directivo para pasar a un grado inferior en donde se libra de las obligaciones legales propias del factor. Esto depende de la apreciación judicial que deberá reparar, más que en el pomposo título de representación general o de gerencia general ostentado por el representante, en el contenido específico de su cometido, tal cual resulta de los actos debidamente publicados y de la extensión efectiva de sus poderes. Esta misión propia del cargo de apoderado deberá prevalecer como la manifestación más segura y precisa de la voluntad del poderdante (1).

268. El carácter de factor puede ser inherente al cargo que uno ejerce y tener su fundamento en un proveimiento del Juez; tal es el caso del padre o del tutor autorizados a continuar el comercio en interés de un menor (art. 12); el del curador autorizado para continuar el comercio del quebrado (art. 750). Pero por lo general, se debe a un contrato tácito o expreso mediante el que el principal o su representante (por ejemplo, el padre o el

(1) No pueden por tanto admitir con SRAFFA, *Comentario*, pág. 84 y sig., que toda limitación impuesta al representante en la facultad de realizar los *actos pertenecientes al comercio* a cuyo frente está, le prive del carácter de factor. Según dicho autor deben considerarse *pertenecientes* al comercio confiado al factor los actos que estrictamente se refieran al objetivo propio de él, y *necesarios* los que sirven, fuera de este objetivo, para su más amplio y afortunado desarrollo; a su modo de ver, si no me equivoco, estos últimos actos podrían ser limitados por el principal, aquellos no. Pero contra esta teoría se puede observar que las limitaciones no podrán referirse a los actos *necesarios* precisamente porque son tales; podrán sólo referirse a los pertenecientes al objeto del establecimiento que son más fácilmente previsibles. Ahora bien, ¿se querrá negar el carácter de factor a quien dirige un negocio de seguros si se le prohibió responder de riesgos industriales o superiores a 50.000 libras? ¿Querrá negársele a la agencia Bancaria a la que se prohibió el descuento de efectos superior a 10.000 libras? La teoría de SRAFFA según la que pierde el carácter de factor el que recibe un mandato con estas limitaciones, es inconciliable con el sistema de la ley y con la práctica de los negocios.

tutor), colocan a una persona de su confianza, al frente de un establecimiento.

En la disciplina jurídica de este instituto, como en toda la materia referente a la representación, la ley dirige sus disposiciones a tutelar los intereses de los terceros principalmente.

269. Puede ser factor lo mismo un nacional que un extranjero, sea de uno o de otro sexo. El factor no se hace nunca comerciante, porque no ejerce el comercio en nombre propio; no es comerciante ni aun cuando esté retribuido con una participación en los beneficios; la representación en negocios mercantiles no figura entre los actos de comercio, cualquiera que sea la forma de retribución (1). Por eso el cargo de factor no debe considerarse prohibido a los Notarios ni en general a aquellos a quienes está prohibido ejercer el comercio (2); aun cuando según el espíritu de la ley el ejercicio del comercio por cuenta propia o ajena puede considerarse incompatible con la integridad del Notario, no es lícito extender más allá de su claro tenor una disposición que limita la libertad y aplica penas.

270. A pesar de que los factores no son comerciantes responden personalmente, en razón de la autonomía y de la importancia de su gestión, de la observación de las reglas impuestas a estos por la ley; los terceros, en efecto, confían a menudo casi exclusivamente en el factor con quien contratan y ni siquiera conocen al principal que se halla lejano o que permanece extraño al comercio. De aquí que la ley les considere personalmente responsables:

(1) Véase núm. 100. GOLDSCHMIDT, § 43¹⁰; BESLAY, I, núms. 18, 73 y 75; BOISTEL, núm. 67; LYON-CAEN ET RENAULT, núm. 146. Del art. 86 se deduce igualmente que la forma de la retribución no cambia la originaria relación de arrendamiento de servicios que existe entre el empleado y el principal. La opinión contraria de MASSE, núm. 15 compartida por CALUGI, *Comentario*, 3.^a ed., núm. 141, debe considerarse infundada. Conf. con el texto, *Apelación Trani*, 21 de Diciembre de 1908; *Derecho com.*, 1909, 392.

(2) Ley 6 de Abril de 1879 sobre reorganización del Notariado, art. 5; ley, 22 de Noviembre de 1908 (T. U.) sobre los empleados civiles, art. 7, que prohíbe a los empleados el ejercicio de cualquier comercio, así como los cargos de administrador, síndico u otros semejantes, sean o no retribuidos, en todas las Sociedades. En el título de las Sociedades se indican incompatibilidades especiales con el cargo de factor: el socio comanditario no puede ser factor de la Sociedad en la que está interesado, sin perder el beneficio de la responsabilidad limitada (art. 118); el socio de responsabilidad ilimitada no puede actuar de factor en el mismo comercio ejercido por la Sociedad (arts. 112 y 116). En cambio me parece compatible con el cargo de factor el de liquidador de una Sociedad mercantil (arts. 367, 372 y 201).

a) De la capacidad jurídica del principal. El factor no debe engañar a los terceros asumiendo la representación de quien es incapaz; antes de aceptar el cargo debe cuidar de que sean observadas las formalidades que hacen al principal capaz de obligarse (art. 373) y no puede ejercer o continuar su cometido cuando es imposible cumplir ese requisito o cuando la capacidad ha desaparecido. La ley señala una responsabilidad solidaria del factor con el comitente, y éste será, por ejemplo, el caso del padre que no hallándose autorizado judicialmente a continuar el comercio por el menor, le confía a un factor. Pero si el poderdante carece de capacidad el único responsable será el factor, quien deberá cumplir la obligación contraída en nombre del principal incapaz como si fuese suya; se da aquí el caso de una garantía legal en defensa de una obligación principal sujeta a una causa de nulidad (anal. art. 1.899, Código civil).

b) De la publicación regular del contrato de matrimonio y de la demanda de separación de bienes entre los cónyuges (art. 373).

c) De que se lleven regularmente los libros comerciales (artículo citado).

d) Finalmente, en caso de quiebra, responde penalmente de las culpas y de los delitos cometidos en la gestión que le fué confiada (art. 862). También aquí su responsabilidad aparece separada de la del principal, respondiendo cada cual según las infracciones cometidas. Si las causas de la quiebra son ajenas a la gestión del factor, éste no podrá ser perseguido en vía penal, y el principal, único culpable, sufrirá la pena. Cuando, por el contrario, la quiebra sobrevino por culpas o fraudes del factor su responsabilidad será tanto más grave cuanto que traicionó, además de la confianza de los terceros, la de su poderdante (1).

Aunque los factores no son comerciantes pueden adquirir tal importancia que la ley les hace electores y elegibles para el cargo de Consejero de las Cámaras de comercio, como intérpretes autorizados de los intereses generales de la clase mercantil (2).

271. La representación otorgada al factor puede ser pública y debe considerarse pública sólo cuando se hayan observado las formalidades de publicidad prescritas por la ley (art. 369). Esta publicidad legal va por lo general acompañada de otros medios de publicidad más eficaces, pero facultativos, como las circulares o los sueltos en los periódicos. Mediante ellos se lleva a la

(1) Apelación Lucca, 14 de Diciembre de 1889; *Monit. Trib.*, 1890, 31.

(2) Ley sobre las Cámaras de comercio de 20 de Marzo de 1910, arts. 16 y 17.

clase mercantil más rápida y seguramente la noticia del nombramiento; en cambio la publicidad legal favorece mejor el ordenamiento estable del comercio porque no desaparece y evita los difíciles litigios sobre la publicidad del mandato. La costumbre de enviar las circulares antes mencionadas no les da fuerza obligatoria puesto que los usos no pueden derogar al Código de comercio.

En el mandato público el principal puede limitar los poderes del factor sin peligro para la fe pública ya que, cualquiera que contrate con éste se informará de dicha limitación con solo inspeccionar los registros judiciales en donde el mandato queda transcrito; si no hace tal averiguación a nadie sino a él mismo podrá culpar. No obstante, las limitaciones contrarias al interés público deben considerarse como no puestas; la declaración de que el principal no responde de las obligaciones contraídas por el factor que excedan del capital que se le ha confiado para la explotación del establecimiento, no sería válida; cada cual debe estar a las consecuencias jurídicas de los propios actos (1). El principal puede conferir públicamente sus poderes al factor, de un modo expreso, por ejemplo, por medio de circulares, o de un modo tácito, como cuando con pleno conocimiento le tolera una actuación más extensa de la que correspondía al poder concedido originariamente: nada impide que el mandato público se complete con el tácito (2). En cambio cuando se trata de limitar los poderes es preciso recurrir a las mismas formalidades de publicidad ordenadas para el primitivo otorgamiento, porque una limitación equivale a una revocación parcial (3).

El mandato que no fué publicado con las formalidades prescritas, aun cuando se hubiese registrado y depositado en un oficial público, es considerado por la ley como un mandato tácito, y se reputa general; esta presunción no puede ser impugnada más

(1) Art. 1.918, Código civil; *Protestatio contra actum non valet*. Véase la sentencia de la Corte de Apelación de Milán, 16 de Febrero de 1904, *Monit.*, 533. Únicamente en el comercio marítimo limita la ley la responsabilidad del principal ajustándola al valor de la nave confiada al Capitán, art. 491. El principal que quisiese limitar su propia responsabilidad a una determinada suma debería hacerse socio comanditario.

(2) Casación Palermo, 5 de Marzo de 1885; *Jurisp. com. ital.*, 1886, 1, 35. Conf. CALUCI, 3.ª ed., núm. 151. Poco claramente TARTUPARI, pág. 232, nota 5.

(3) Art. 374, Código de comercio. Sin embargo, en el caso de una colusión entre el factor y el tercero en daño del principal, o en el caso en que el tercero estipule una operación sabiendo que la ha prohibido concretamente el poderdante, éste podrá rechazar las consecuencias. Si el factor informó al tercero de las restricciones fijadas por el principal al negocio que trata con él, no podrá exigir su cumplimiento si el principal no ratifica la operación (arg., arts. 358, 370, 369).

que por un medio: demostrando que el tercero conocía la limitación al tiempo de contratar con el factor (art. 370₂) (1).

272. El mandato del factor, sea público o tácito, mientras no contenga limitaciones especiales comprende, además de las ordinarias operaciones del comercio que a aquél se le confíen, todos las que excepcionalmente surjan con motivo de dicho comercio; se incluyen pues, no sólo las operaciones necesarias para hacerle prosperar (2); no sólo los que constituyen el objeto especial de la industria como pudieran ser, según el ramo de ella, las compras, las ventas, los seguros, los arrendamientos, sino también todos los actos que de un modo general sirven para ejercerla, por ejemplo, las operaciones cambiarias, los contratos de cuenta corriente con los clientes de la casa, los depósitos en los Bancos, la facultad de otorgar poderes para operaciones aisladas, de tomar y despedir empleados, de actuar en juicio, de comprometer, de transigir, de pagar los impuestos (3).

Sin embargo, su representación, aunque general, debe considerarse siempre sujeta a las siguientes limitaciones:

a) El factor no puede extender el comercio a operaciones que están en contradicción con los negocios que le fueron confiados; de aquí que no tenga facultad para enajenar o liquidar el establecimiento mercantil, para cambiar su nombre comercial, su objeto o su domicilio.

b) No puede emplear dos capitales que le confió el poderdante en la explotación de otro establecimiento. Así, no puede emplearles en una Sociedad mercantil, aunque ésta ejerza el mismo ramo de comercio, sin un consentimiento especial del comitente. Cualquiera que sea la importancia económica de dicha inversión de capitales, se hace incompatible *re ipsa* con el objetivo del nombramiento del factor, puesto que sustrae los capitales al comercio del principal para colocarles en el comercio de otro sujeto de derecho (4).

c) No puede verificar actos civiles porque estos pertenecen a la vida civil del principal (art. 350), tanto si son actos de natu-

(1) Apelación Venecia, 22 de Junio de 1906; *Temí*, 782; Casación Nápoles, 3 de Diciembre de 1908; *Derecho y jurisprud.*, XXIV, 790; Casación Roma, 25 de Febrero de 1918; *Jur. it.*, 1.071.

(2) Es evidente que en el art. 370 fué empleada la letra *e* en sentido disyuntivo no conjuntivo. Véase sobre los actos particulares comprendidos en la misión propia del factor, TARTUFARI, núm. 208 y 209s.

(3) Casación Roma, 31 de Diciembre de 1919; *Jur. ital.*, 1920, 94.

(4) Argum., arts. 367, 370₁ y 371₁. Conforme TARTUFARI, núm. 202; CALUGI, 3.^a ed., núm. 157; BEHREND, § 91₁; VIDARI, 4.^a ed., IV, núm. 3.573.

raleza esencialmente civil como si se trata de actos extraños al comercio en razón de las circunstancias que en ellos concurren (art. 4, Código de comercio). Pero desde el momento en que el principal es un comerciante, todos los actos que el factor verifica por su cuenta deben presumirse comerciales (art. 4, Código de comercio); así, las hipotecas realizadas por el factor, las ventas de inmuebles y los demás actos que puedan referirse a aquel determinado comercio deberán reputarse válidos mientras no se pruebe que son extraños a él y que el tercero debía saberlo (1). Si todos los actos que no aparecen enumerados en el Código entre los actos objetivos de comercio (art. 3) debiesen considerarse como actos civiles, la misión del factor sería de todo punto imposible.

d) Las facultades del factor, aun cuando ejerza el comercio con un mandato tácito y por tanto general, no pueden extenderse más allá de los poderes del principal; si éste es una Sociedad, un ente moral, un incapaz, las atribuciones del factor no podrán exceder los límites de la gestión que en el acto constitutivo de la Sociedad o en la autorización del incapaz fueron determinados, salvo su responsabilidad personal (2).

e) El factor no tiene derecho a servirse de la firma del principal para contratar consigo mismo ni a darla para avalar o garantizar una obligación propia; el tercero conocedor de este abuso de la firma no podrá valerse de ella.

273. El factor puede contratar tanto verbalmente como por escrito. Si contrata verbalmente no es necesario que, con un formalismo riguroso se valga del nombre de su poderante; basta que el tercero pueda deducir de las circunstancias del caso, por ejemplo, del lugar, del género de la operación (*ex facti circumstantiis*), que el factor obra como tal para que el contrato entre éste y el tercero resulte directamente. En cambio, cuando el factor se obli-

(1) También VIDARI, núms. 3.573 y 3.423, admite que el factor puede hipotecar y enajenar bienes inmuebles, aunque las razones que da no sirvan para interpretar la ley vigente. Conf. CALUCI, núm. 158; TARTUFARI, núm. 201. Entre los actos que, por lo general, no deben incluirse en el poder del factor están los de liberalidad, excepto cuando se trate de remuneraciones por servicios prestados o de pequeños regalos destinados a aumentar la clientela: BEHREND, § 521, § 534; ANSCHUTZ UND V. VOELDERNDORFF, I, pág. 323. Según la Corte de Génova el mandato para emitir obligaciones cambiarias no comprende la facultad de avalar a favor de terceros, porque esto pondría el patrimonio del principal a merced del factor: 30 de Julio de 1887; *Eco*, 1887, 273; *Id.*, 15 de Abril, de 1887; *Eco*, 1887, 113.

(2) Apelación Génova, 30 de Julio de 1887; *Eco*, 1887, 273; Casación Florencia, 13 de Mayo de 1909; *Foro*, 898; Apelación Milán, 12 de Abril de 1910; *Monit. Trib.*, 770.

ga por escrito, debe declarar en su firma que lo hace por el principal, indicando el nombre de éste. Como la firma por poder es el signo más específico de la representación, el legislador regulando este punto, prescribe que la firma debe llevar la cláusula «por poder». Pero remontándonos de la aplicación de la ley al motivo general que la ha inspirado, podemos admitir que la responsabilidad personal del factor queda excluida siempre que se deduzca del texto del documento que la operación fué tratada en nombre del principal (1). La presunción de Derecho común según la cual cada uno contrata por sí (art. 1.127, Código civil), está aquí reforzada en el sentido de que no se la puede impugnar más que con el documento del débito. Si el negocio no consta en apropiado documento, pero resulta, en parte de acuerdos verbales y en parte de acuerdos escritos, se podrá probar, con testigos inclusive, que el factor obró por el principal sabiéndolo su contratante. Se aplican al caso las reglas generales sobre la prueba de la representación comercial, que puede aducirse con cualquier medio, mientras no se verifique la hipótesis excepcional de un contrato firmado por el factor.

Si estos preceptos no fuesen observados, el tercero podrá ejercer contra el poderdante y el factor la acción que le corresponda según el contrato: una principal contra el poderdante por cuya cuenta se hizo la operación, y ello en base a los principios que regulan la representación en el Derecho moderno; y otra de garantía solidaria contra el factor que no observó las formalidades prescritas por la ley (art. 371); la existencia de una obligación solidaria se desprende también de la regla de solidaridad que domina todos los contratos mercantiles (art. 40). Esta disposición excepcional que crea dos deudores donde sólo debería haber uno, ahorra a los que contratan con el factor la dificultad de probar que hubo un verdadero sujeto de derecho que contrató con ellos. La obligación de indicar en el documento que la operación fué

(1) Después de algunas vacilaciones, la jurisprudencia, librada de la influencia de las palabras de la ley demasiado taxativas, se elevó al concepto más equitativo que las inspiró y que es el seguido en el texto. Conf. con el texto: Casación Roma, 13 de Julio de 1893; *Foro*, 1.329; Casación Torino, 20 de Agosto de 1895; *Foro*, 1.085; Casación Nápoles, 27 de Febrero de 1899; *Foro*, 586; Casación Torino, 2 de Febrero de 1901; *Jur. ital.*, 470; Apelación Bolonia, 8 de Julio de 1894; *Monit. Jur.*, 184; Apelación Milano, 1.º de Julio de 1896; *Foro*, 934; Apelación Nápoles, 2 de Julio de 1897; *Foro*, 953; Apelación Torino, 1.º de Mayo de 1900; *Monit.*, 1901, 31; Apelación Trani, 17 de Diciembre de 1904; *Res. jur.* 1905, 38; Apelación Génova, 11 de Diciembre de 1906; *Derecho marít.*, 1907, 46; Casación Torino, 14 de Noviembre de 1908; *Monit.*, Trib., 1909, 645; Apelación Palermo, 13 de Septiembre de 1909; *Foro sic.*, 599. SRAFFA, *Com.*, págs. 93 y 94.

realizada por el principal está así garantizada con una severa sanción (1).

274. Hasta aquí hemos hablado de la responsabilidad del factor que descuidó poner de manifiesto en forma legal que actuaba como representante; hablemos ahora de la responsabilidad del principal cuyo nombre no aparece.

El verdadero principio doctrinal que, según mi entender, se desprende del Código en esta materia, puede formularse así: *cuando se haya establecido la existencia de un factor, el tercero que contrata con él una operación que aparentemente pertenece al ejercicio del comercio para el que aquél fué nombrado, podrá dirigirse directamente contra el poderdante, a no ser que éste excluya su responsabilidad probando que el tercero quiso tratar en interés particular del factor.*

Esta teoría se apoya tanto sobre los trabajos preparatorios del Código como sobre las disposiciones contenidas en él (2).

Se prueba con los trabajos preparatorios.—La Comisión preliminar que se ocupó de esta materia (Memoria núms. 88, 162 y 163), discutió casi exclusivamente sobre la responsabilidad del factor que olvida obrar expresamente en nombre del principal. De la responsabilidad de este último no se dijo palabra, como si debiese responder, sin más, de todas las obligaciones contraídas por el factor. Pero el problema, que había escapado a las discusiones, se planteó ante la mente del hon. Corsi, encargado de preparar las normas relativas a los factores (Relac., números 756 y 849) el cual propuso regular de un modo explícito la posición del principal frente a los terceros con los que el factor hubiese contratado, formulando a tal efecto el siguiente artículo, que fué aprobado (art. 22):

«El factor debe tratar siempre en nombre del poderdante y

(1) Esta doble acción es criticada por TARTUFARI, núm. 305 y por otros escritores allí citados, como un retorno a las *actiones adiecticiae* del Derecho romano, en donde el factor y el principal quedaban obligados solidariamente. Dicha solidaridad le pareció también excesiva al Código portugués, el cual, aunque siga en esta cuestión el modelo italiano, se aleja de él para declarar que el tercero tendrá derecho a hacer valer las acciones derivantes del contrato contra el factor o contra el principal a su elección, pero no contra ambos (art. 252). Si el tercero podía deducir que el factor trataba por sí y no por el principal, le faltaría como es natural toda acción contra este último. Conf. Cas. Torino, 18 de Mayo de 1908; *Jurispr. torin.*, 963.

(2) En este sentido un Parecer mío publicado en la *Tem. ven.*, 1897, 389, acogido por la Cas. de Florencia, 28 de Mayo de 1897; *Foro*, 919. Conf. también la Casación de Torino, 29 de Noviembre de 1898, *Monit.*, 1899, 485; Apelación Venecia, 3 de Noviembre de 1905; *Tem.*, 1906, 933, págs. 95 y 96.

firmar con la adición del nombre de éste y de la cláusula «por poder», bajo pena de responder solidariamente de las obligaciones contraídas.

»Aun a falta de dichas decl. raciones, los terceros, al ejercer la acción contra el poderdante, habrán de probar que el contrato se realizó por cuenta suya.»

Por tanto, según este proyecto preliminar, el tercero no podía reclamar el crédito derivante de un contrato estipulado por factor sin el nombre del principal, si no demostraba que el negocio había sido realizado en interés de la casa comercial confiada a su gestión.

Sin embargo, esta fórmula fué abandonada en el proyecto definitivo presentado por el Ministro Mancini y sustituida por la vigente. No se dicen las razones del cambio, pero fácilmente se descubren confrontando las dos fórmulas. Probablemente se creyó que no era práctico ni equitativo imponer al tercero la obligación de probar que la operación se había verificado por cuenta del principal, o sea, demostrar una circunstancia referente a la gestión interna del negocio y que por lo general ignoraba; como consecuencia de esta probable observación, se libró a la acción del tercero contra el poderdante de la carga de la prueba, reconociéndole el derecho de ejercer aquélla siempre que la operación quedase dentro de los límites del comercio confiado al factor.

Se prueba con las disposiciones del Código.—Aun cuando el factor no es ya ni un siervo ni un liberto del principal, como en el mayor número de los casos presentados por las fuentes romanas, el derecho vigente le considera sin embargo como una persona ligada a los servicios del principal con una relación de dependencia estable, dedicada (generalmente al menos) de un modo exclusivo al ejercicio de su comercio y que constituye, con su profesión de factor, una fuente continua de ganancias profesionales. Este debió ser ciertamente el pensamiento del legislador cuando le prohibió ejercer todo comercio del género de aquel a que se dedique su principal sin su consentimiento expreso, y cuando castigó la violación de dicho precepto con graves sanciones; ellas demuestran también hasta qué punto se ha considerado desleal el acto del factor que ejerciendo el comercio del principal le amenaza con una peligrosa competencia y dedica a otros intereses la actividad que debiera dedicar a él solo. En efecto, si el factor viola aquella prohibición, el principal no sólo tiene derecho al resarcimiento de daños, que es la sanción normal de toda infracción contractual, sino además a hacer suyos los beneficios conseguidos con los actos realizados en contra de la prohibición (art. 372).

Esta disciplina interna del contrato que examinamos proyecta sus consecuencias sobre los terceros que conociendo la ley saben que, de ordinario, se prohíbe al factor verificar por cuenta propia negocios pertenecientes al comercio puesto bajo su dirección, y pueden presumir por tanto, salvo indicios contrarios, que la operación que conciertan se refiere al género de comercio en el que le está vedado al factor hacer competencia a su principal. Si el principal quiere sustraerse a las obligaciones procedentes de un negocio realizado por el factor en dichas condiciones, habrá de probar que el tercero, dadas las circunstancias que acompañaban a la operación, debió deducir que ésta se salía de las atribuciones del poder y pertenecía al factor. Sin embargo, cuando, como consecuencia de la presunción antes mencionada, recayesen sobre el principal los débitos que fueron hechos en interés del factor no habría que suponer que se le somete a una responsabilidad sin fundamento jurídico: si se trata de un abuso del factor dicha responsabilidad está justificada por el principio general que obliga al comitente a responder de los daños ocasionados por la conducta ilegítima del empleado; y si el principal le dió permiso para ejercer por su propia cuenta el mismo género de comercio, justo es que soporte los peligros de la excepcional confianza que le concedió y los de la ambigua situación en que puso a los terceros colocados frente a la imposibilidad de distinguir los negocios del factor de los del poderdante. No estamos en el caso de invocar la regla de Derecho común (art. 1.127, Código civil) que establece la presunción de que cada cual contrata por sí, sino en el de aplicar la excepción allí mismo fijada para la hipótesis de que resulte lo contrario de la naturaleza del contrato estipulado con el tercero; nos encontramos, en efecto, ante un pacto que por su naturaleza aparece como perteneciente y necesario al comercio administrado por el factor y es por consiguiente apto para llevar al tercero el convencimiento de que dicho factor ha cumplido con la obligación que le prohíbe tratar por su cuenta negocios pertenecientes a su gestión.

A este argumento deducido de la interpretación combinada de los artículos 371 y 372, se puede añadir otro más sencillo obtenido de la interpretación lógica del primero de dichos artículos solamente. Los supuestos a que ese artículo subordina la responsabilidad del poderdante son dos:

a) Que exista un factor, o sea, un representante general y estable del principal.

b) Que el factor actúe dentro de los límites del comercio que le fué confiado.

Cuando concurren estos dos antecedentes el poderdante es

siempre responsable, *tanto* si el factor hizo uso de su nombre *como* si no le hizo; si usó de su nombre responde en virtud de la regla establecida en el primer párrafo del art. 371; si dejó de nombrarle porque lo preceptúa el segundo párrafo; la palabra *también* del art. 371 tiene gran importancia, porque significa que la omisión del signo característico de la gestión propia del factor, es decir, la omisión del nombre comercial del principal, en nada impide la *normal* responsabilidad de éste por actos del factor. Quien sostuviese que se debe absolver al poderdante siempre que el tercero no aduzca la prueba de haber querido tratar con él por conducto del factor, introduciría en la ley una limitación que no existe, y por tanto arbitraria; leería el artículo, no conforme al texto actual, sino tal como estaba formulado en el proyecto preliminar; consideraría como una responsabilidad excepcional y en consecuencia necesitada de prueba, la responsabilidad del principal que es la regla para los negocios comprendidos dentro del comercio confiado al factor.

En la rapidez y, en la buena fe necesarias al tráfico es imposible que el tercero pueda precisar las fugaces circunstancias que influyen en la formación de sus determinaciones, pero resulta natural que sabiendo que trata con un factor, el cual dispone del crédito y de los capitales del poderdante se fíe de él, ante la existencia de este último, o sea del principal, que le guarda las espaldas; y la ley frente a tal estado de cosas, en vista de esta espontánea, casi instintiva referencia del tercero a la persona del principal, no le pide la prueba de una intención especial dirigida a adquirir un crédito respecto de él (1).

Exigirle semejante prueba sería obligarle a rechazar todas las operaciones en que el factor, bien con testigos o bien por escrito, no declare obrar por el principal, y bastaría este acto de desconfianza para dificultar toda relación de negocios entre el tercero y el factor en perjuicio del propio principal.

Cuando las circunstancias exteriores induzcan a creer que el acto pertenece al comercio del poderdante, ello basta para que éste responda de las obligaciones que se originen. Al decir el Código que los actos del factor deben pertenecer o ser necesarios

(1) A fin de obligar al propietario de un establecimiento que se beneficia con la actividad del que fué encargado de administrarle, nuestra jurisprudencia ha estimado varias veces que el principal es responsable de las deudas contraídas por el factor aun cuando éste no hubiese obrado como representante ni el tercero hubiese podido apreciar señal alguna de la existencia de la representación: Casación Roma, 25 de Enero de 1881; *Foro it.*, 348; *Id.*, 12 de Abril de 1887; *Foro it.*, 788; Casación Nápoles, 6 de Diciembre de 1888; *Temi genov.*, 1889, 359; Apelación Polonia, 29 de Abril de 1907; *Temi*, 429.

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

La frase «actos pertenecientes o necesarios al ejercicio del comercio» repetida por el art. 371 no tiene ni puede tener otro significado que el que le reconoce el artículo anterior (370), donde evidentemente se comprenden todos los actos que pueden parecer pertenecientes o necesarios al comercio de que se trate. Sin dejar bien sentado que *el ser está en el parecer* no sería posible el ejercicio de ninguna representación (núm. 255).

275. La *revocación* del poder expreso debe hacerse en la misma forma con que fué publicado (art. 374), es decir, con las mismas formalidades de publicidad legal (art. 369) aunque se omitan las mismas de la publicidad comercial. Se exigiría más de lo que dice la ley obligando al poderdante a repetir idénticas circulares e idénticos anuncios a los empleados al dar originariamente noticia del nombramiento. Para que esta publicidad pudiese borrar completamente a la anterior sería preciso que las circulares y los anuncios cayesen en manos de todos aquellos que vieron las primeras, lo cual es imposible. La ley al regular el punto que examinamos no tiene en cuenta, y hace bien, esta endeble publicidad de hecho. Cuando ordena que el mandato *expreso* sea revocado en la misma forma con que fué publicado el nombramiento, alude a las formalidades legales mencionadas precedentemente en el art. 369, las cuales, siendo suficientes para constituir la representación deben serlo también para revocarla. De lo contrario se atribuiría a las publicaciones facultativas y efímeras el efecto legal de impedir la revocación si no son repetidas (1):

Aunque no se dé a la revocación la publicidad legal, el tercero que la conozca no puede tratar con el factor, puesto que se ha alcanzado el objeto de la publicidad sin hacerla. Si el poderdante se halla facultado para oponer al tercero las limitaciones del mandato tácito por éste conocidas, que pueden considerarse como otras tantas revocaciones parciales de un mandato general pre-existente (art. 370), por la misma razón tendrá facultad para oponerle la revocación total. Esto está conforme con el Derecho común (2).

También el mandato conferido tácitamente puede revocarse

(1) Conf. VIGHI en la *Revista de Der. com.*, 1903, II, 15. Contra, SRAFFA, página 123.

(2) Código civil, arts. 1.759 y 1.762.

en la forma en que se puede revocar el mandato expreso. Desde el momento en que dicha forma basta a quitar toda eficacia a este último mandato, o sea al mandato publicado con las formalidades legales, el cual puede asimismo haber sido publicado en las múltiples formas sugeridas por la práctica comercial, ¿por qué esta publicidad no bastaría respecto del mandato tácito, que sólo tuvo esa segunda forma material de publicidad? Tal es el sistema de nuestra ley puesto que permite a las Sociedades irregularmente constituidas, disolverse regularmente, con el sistema de la publicidad legal.

Si no se hubiese abierto este camino al poderdante, él, que sin embargo no ha violado la ley recurriendo al mandato tácito, se vería expuesto a una responsabilidad sin fin; o bien debería apelar al cómico expediente de publicar el mandato para hacerle expreso y revocarlo inmediatamente después para quitar todo efecto a la anterior publicidad.

Este adaptamiento al mandato tácito, de las reglas dadas por el Código respecto del mandato expreso, tiene también la ventaja de justificar las responsabilidades que se hacen recaer sobre el poderdante que no se cuidó de publicar regularmente la revocación (1).

276. *Los representantes de casas extranjeras* de que se ocupa el art. 376, son en su esencia verdaderos factores puesto que tienen la representación estable y general de un comerciante y la facultad de verificar operaciones en su nombre y por su cuenta. No obstante, se diferencian de los factores por algunas particularidades de poca importancia.

a) Porque representan a comerciantes extranjeros. Fue especialmente en defensa del comercio nacional, para facilitar a nuestros ciudadanos el ejercicio de sus derechos, por lo que el Código atribuyó explícitamente a los representantes las facultades propias de los factores, sobre todo la de personarse en juicio en lugar de sus poderdantes.

b) Porque no sustituyen enteramente al principal, como sucede a veces con el factor, antes por el contrario, suponen la existencia de una casa en el extranjero de la que su representación es un accesorio. Si la Sociedad o el comerciante extranjero tuviesen su domicilio fuera del país pero ejerciesen principalmente o exclusivamente su comercio en Italia, el representante sería un verdadero factor (art. 230).

(1) Véase núm. 268. Conf. VIGHI, *Revista de Der. com.*, 1903, II, 15. Contra, SRAFFA, pág. 125; BOLAFFIO en la *Tem.*, 1902, pág. 691.

c) Porque si es verdad que, al igual que los factores, están sujetos a la prohibición de admitir la representación de otros comerciantes que realicen el mismo género de comercio (art. 372), no debe olvidarse que, en la indagación de si el comercio es o no del mismo género han de tenerse en cuenta las diferencias originadas por el lugar en donde aquél se ejerce. Así, dos Sociedades de navegación, aunque ejerzan la misma industria, si lo hacen por líneas diferentes podrán considerarse dedicadas a dos géneros de comercio distintos. Es más, la común representación de estas dos empresas podrá favorecer a ambas mediante la contratación de trasportes combinados. No sería lógico aplicar una prohibición establecida para combatir el peligro de una competencia desleal al caso en que se da una coincidencia de intereses (1).

El que representa al mismo tiempo a varias casas no podrá ejercer en juicio la representación cuando surja entre ellas conflicto de intereses; nadie puede sostener a dos partes contrarias en el mismo juicio (2).

277. Para juzgar si alguien es un representante en el sentido de la ley no habrá que reparar en el título que el interesado se dé. No hay que conceder demasiada importancia a que se titule *agente* o *representante*; la práctica comercial utiliza poco en estas denominaciones; a menudo cubre con pomposos nombres cargos humildes. Si su misión estable es verificar sistemáticamente operaciones en nombre y por cuenta del principal, será un representante; si consiste simplemente en procurar negocios, en transmitir las proposiciones al principal para que las acepte o las rechace, no es un representante con la significación que la ley da al representante de casas extranjeras en el art. 376, aunque tome ese nombre (3).

(1) Conf. SRAFFA, núm. 27.

(2) Casación Florencia, 16 de Marzo de 1893; *Temi ven.*, 273. Arg. art., 140, Código de procedimiento civil.

(3) Véase § 29, sobre los agentes de comercio. Esta distinción fué puesta de relieve muy vivamente en los trabajos del Senado sobre las Sociedades mercantiles: véase *Trabajos preparatorios del Código de comercio*, vol. I, parte 1.ª, págs. 644-668; *Relación de la Oficina central del Senado*, vol. IV, pág. 417. Conforme con el texto: Tribunal de Génova, 8 de Marzo de 1892; *Temi genov.*, 287; Apelación Venecia, 22 de Agosto de 1896; *Temi ven.*, 1897, 12; Apelación Roma, 29 de Abril de 1898; *Temi genov.*, 567; Apelación Torino, 6 de Febrero de 1900; *Temi genov.*, 220; Apelación Milán, 5 de Febrero de 1901; *Monit.*, 211; Casación Torino, 22 de Abril de 1902; *Jur. ital.* 629; Apelación Florencia, 2 de Febrero de 1909; *Temi*, 203; Tribunal Trapani, 16 de Mayo de 1910; *Revista de Derecho comercial*, pág. 650 y sig.; Contr. Casación Torino, 27 de Noviembre de 1905; *Jurisp. itali.*, 1906, 305; criticada allí por AZZARITI. Sobre las obligaciones impuestas al representante de Sociedades extranjeras (art. 230) hablaremos tratando de este instituto.

El que quiera ejercer un derecho contra el principal por un contrato efectuado con el representante habrá de demostrar que éste le representaba y que él, dada la aquiescencia del principal, tenía derecho a considerarle como representante (1).

§ 28.—LOS EMPLEADOS SUBALTERNOS DE ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES

Sumario.—278. De los empleados subalternos en general.—279. De los empleados subalternos de establecimientos mercantiles. Límites de sus atribuciones dentro del establecimiento.—280. Cuáles son sus poderes fuera del establecimiento.—281. Y cuáles están comprendidos en la autorización para cobrar.

278. Mientras que el factor sustituye al principal en el ejercicio del comercio, el empleado le sirve de ayuda tratando con el público bajo su vigilancia (2). Aun cuando el Código habla solamente de los empleados encargados de la venta al detalle (art. 379) se comprende en esta categoría de representantes una gran variedad de agentes provistos de una representación limitada *que recibe sus normas y su importancia según el lugar donde se ejerce*. Pueden citarse entre ellos los empleados de bibliotecas circulantes, de agencias de pignoración; los camareros de cervcerías, de cafés, de fondas; los conductores de diligencias, y cuantos están colocados en el comercio al detalle en un local puesto a disposición del público. No deben por tanto considerarse como empleados en el sentido del mencionado artículo, los que atienden a la limpieza, a la vigilancia del establecimiento o a la contabilidad, porque sus funciones son exclusivamente internas.

Los empleados de que nos ocupamos verifican al mismo tiempo actos técnicos e internos, regulados según las relaciones contractuales o familiares que tienen con el principal (arrendamiento de servicios, matrimonio, filiación), y actos jurídicos que ligan al principal con los terceros en virtud de la representación de que

(1) Apelación Génova, 21 de Julio de 1885; *Reseña*, 111, 7; Apelación Venecia, 22 de Agosto de 1896; *Tem. ven.*, 1897, 12.

(2) Así la Corte de Venecia, 27 de Julio de 1885; *Tem. ven.*, 1885, 554: «Si el propietario no iba al establecimiento y no tenía en él intervención alguna, aquel a cuyo cargo estaba éste confiado no puede ser considerado como un simple empleado subalterno de un establecimiento mercantil». Véase también el núm. 267.

aquellos están investidos. Nosotros, siguiendo lo hecho siempre en esta tratación, examinaremos únicamente el modo cómo funciona la representación frente a terceros, para deducir qué derechos y obligaciones asumen estos respecto del principal por conducto del empleado.

279. En general debe reconocerse a estos empleados, sean estables o temporales, la facultad de realizar todos los actos que constituyen su ocupación habitual en el lugar que se les designe. Si el público que entra libremente en el Banco, en la tienda, en la fonda, tuviese que informarse de sus poderes, el interés mismo del principal quedaría profundamente perjudicado.

Cuando se trata de empleados de una tienda que se dedican al despacho de mercancías (art. 379), debe considerárseles autorizados a cobrar el precio dentro del establecimiento en que están colocados, y no sólo el precio de los productos que entregan sino asimismo el de los consignados anteriormente (pueden cobrar *en el lugar del despacho o en el momento de la consignación*). Pueden además conceder los descuentos o las dilaciones acostumbradas, dar pequeñas muestras, tomar la mercancía vendida para cambiarla, por otra de distinta calidad, comprometerse a enviarla por correo, por ferrocarril o a la casa del comprador si tal es el uso de la plaza o de la tienda. Las limitaciones a estas facultades deben ponerse en conocimiento del público, por ejemplo, con avisos fijados en las paredes del local; así, la advertencia visible de *páguese en la caja*, priva al empleado de la facultad de cobrar, y el aviso de *precio fijo* le impide reducir el precio indicado en la mercancía (1).

280. *Fuera del establecimiento cesan sus poderes.* Las ventas de mercancías hechas por el empleado subalterno fuera del establecimiento no obligan al principal, quien podrá reivindicar las cosas vendidas si se trata de un hurto sin que el comprador de buena fe tenga ningún derecho a reembolso (arg., art. 709, Código civil). El dinero recaudado por el empleado en casa de los clientes no puede considerarse como recaudado por el principal; si el empleado se le apropia, el cliente deberá pagar otra vez. Es la misma regla que se aplica para los empleados ferroviarios; las sumas que se les paguen fuera de su función no libran al ex-

(1) El empleado recuperaría la facultad de rebajar el precio cuando se trate de restos o retazos, de partidas incompletas o pasadas de moda, o cuando se pruebe que dicha limitación de poderes ha sido en la práctica letra muerta. Conforme SRAFFA, *Comentario*, pág. 139.

pedidor de la mercancía de la deuda del porte, porque dichos empleados sólo son representantes mientras obran dentro de la misión propia de su cargo; y es justo que así sea: desde el momento en que actúan fuera de su cometido escapan a la vigilancia de sus superiores y a la posibilidad de registrar sus operaciones.

Para cobrar debidamente fuera del establecimiento los créditos del principal, el empleado debe estar provisto de una autorización especial, que puede resultar implícitamente de la factura saldada o del recibo firmado por aquél; así el deudor no desconfiará de pagar la factura al portador de ella. La representación del empleado fuera del establecimiento se desprende del hecho de haberle provisto el principal de un título liberatorio, cosa que no hubiese hecho de no haber querido conferirle la facultad de cobrar.

El empleado del establecimiento puede exigir dentro de él tanto el precio de las mercancías que vende y entrega como el precio de las que fueron vendidas anteriormente por el principal o por otro empleado; quizás se refiere a estas dos hipótesis la desafortunada disposición de la ley: los empleados subalternos tienen facultad de exigir el precio de las mercancías que venden *en el lugar de su despacho o en el momento de su consignación.*

A pesar de la ambigüedad de esta fórmula no creo que el empleado pueda exigir el precio de las mercancías fuera del establecimiento, aun cuando las consigne. Según mi opinión, la posesión de la mercancía no equivale a una autorización especial para cobrar, pues el empleado puede haberla robado. La ley establece una doble hipótesis: que el precio se pague en el establecimiento, declarando entonces legítimo el pago; y que sea cobrado fuera, sin distinguir entre el caso en que el empleado percibe el precio de la mercancía ya entregada y aquel otro en que le recibe en el momento de entregarla, exigiendo respecto de ambos una autorización especial; como la ley comprende los dos casos, sería violarla establecer entre ellos alguna diferenciación.

Cuando la mercancía consignada fué producto de un robo del empleado, su dueño podrá reivindicarla (art. 708, Código civil), debiendo el cliente reclamar el precio al ladrón o a sus cómplices. No puede, fundándose en una supuesta responsabilidad del principal para con su empleado, reclamársele al dueño que reivindica la cosa ni retener esta a cuenta del precio imprudentemente pagado; el empleado, al salir del establecimiento se sitúa fuera de su cometido (art. 1.153, Código civil), debiendo el tercero someterse a la decisión de la ley penal que considera la sustracción como un hurto (art. 404, núm. 1.º, Código penal) y a la ley civil que le obliga a sufrir la reivindicación del propietario sin derecho

de repetir lo que ha pagado (art. 708, Código civil). No tiene derecho de repetición, desde el momento en que no compró a un comerciante ni a un representante legítimo suyo, no siendo tal representante el empleado que sale del establecimiento (1).

281. La autorización para cobrar se interpreta según las reglas comunes a los demás mandatos (art. 350) y comprende todas las atribuciones que facilitan la recaudación, por ejemplo, las rebajas que no excedan de una medida razonable. Pero no comprende la facultad de conceder dilaciones, de recibir letras en lugar de dinero; esto contraría la finalidad que busca la autorización para cobrar. Si la autorización toma la forma de una factura o de una cuenta saldada, la facultad de conceder descuentos queda excluida, puesto que el mandato se limita entonces al cobro de una suma fijada por el principal (2).

§ 29.—LOS VIAJANTES DE COMERCIO

Sumario.—282. Misión de los viajeros de comercio y especies de ellos.—283. Deben estar provistos de un mandato escrito.—284. Extensión de sus poderes.—285. No se extienden a la ejecución de la operación que han estipulado.

282. La necesidad de colocar rápidamente los productos sobrantes antes de que la competencia envilezca los precios, o de difundir el uso y el deseo de nuevas invenciones, hace que los comerciantes y los fabricantes de mercancías se sirvan habitualmente del trabajo de los viajeros de comercio. Llevando consigo abundantes muestrarios, especialmente de novedad, adaptando las condiciones de la venta a las necesidades de la plaza, buscan-

(1) Así resuelvo la antinomia que existe entre el primero y el segundo párrafo del art. 379, entre la frase que autoriza al empleado a cobrar en el establecimiento o *en el momento de la entrega*, y la otra que le niega la facultad de cobrar fuera del establecimiento *sin autorización especial*; modifico de este modo mi precedente opinión en espera de una reforma del Código que elimine la contradicción.

(2) La Casación Nápoles, 19 de Julio de 1889, Anuario com. XII, núm. 198. estima necesario que el mandato a exigir del empleado aparezca escrito. Esto sucederá corrientemente pero no existe ley que lo preceptúe. La índole del mandato, del empleado localizado en el establecimiento, está consagrado por todos los Códigos que se ocupan de esta cuestión. Código alemán, 56; Código húngaro, 47; Código austriaco, 50; Código español, 294; Código portugués, 259.

do nuevos clientes con ayuda de las informaciones locales, estos auxiliares del comercio multiplican los negocios, porque sus procedimientos son más persuasivos y eficaces que la correspondencia. Los viajantes de comercio favorecen además al principal al informarle de la solvencia fácilmente variable del cliente para que le sirva de norma al otorgar a éste su confianza; le ayudan a allanar las pequeñas diferencias, a cobrar los créditos y garantizar los pagos. Sus viajes suponen grandes gastos, pero han llegado a ser en el comercio actual un instrumento indispensable para proporcionar rápida salida a los productos que abundan excesivamente (1). Hay también viajantes de comercio encargados de las compras, los cuales al tiempo de la recolección se dirigen a los cortijos, a los mercados, a las ferias y se aprovisionan al por mayor, por cuenta de su principal, antes de que las mercancías sean gravadas con las ganancias de los intermediarios. Tanto los viajantes dedicados a la venta como los dedicados a la compra se ocupan en aproximar los productos a los consumidores, acortando la cadena de negocios que llevan las mercancías de la producción al consumo; eliminan el trabajo de los comerciantes, especialmente el de los comerciantes al detalle, facilitando un sistema más rápido y menos costoso para la distribución de las mercancías.

Hay dos clases de viajantes de comercio. Unos son verdaderos representantes del principal, pues pueden realizar contratos en su nombre, disfrutan de un estipendio fijo y de un tanto sobre todas las operaciones que se efectúan con su intervención, y a veces hasta por las que verifica directamente la casa en las localidades reservadas a la actividad del viajante. Los otros (viajantes con un tanto por ciento, viajantes comisionistas, agentes viajeros) tienen solamente el encargo de procurar proposiciones de negocios que comunican al principal, el cual puede aceptarlas o rechazarlas; trabajan para varias casas al mismo tiempo y son retribuidos con un tanto por ciento; a estos les falta el carácter jurídico del representante, puesto que carecen del poder de obligar al principal. El Código, al disponer que el viajante de comercio obliga al principal tratando los negocios en su nombre (2), sólo se ocupa de los primeros.

(1) Para el transporte de muestrarios disfrutaban de una tarifa especial, *Tarifa especial A, Equipajes*, de 16 de Mayo de 1886.

(2) Art. 377. Cód. de com. Conf. RIVIERE, *Du commis voyageur*, núm. 95; WEND, en *Endemann's Handbuch*, pág. 292; FRANK, *Die rechtliche Stellung des Handlungsreisenden*, München, 1892, pág. 12 y sig. Estos viajeros de comercio no estipulan el negocio puesto que aceptan las proposiciones de sus clientes salvo la aprobación de la casa; la aceptación queda reservada a esta última, por lo

283. La nota característica de esta forma de representación, consiste en que el tercero tiene que asegurarse de su existencia habida cuenta de los documentos entregados por el principal al viajante, los cuales debe éste llevar siempre consigo, o también en vista de los avisos y circulares que envía el principal a su clientela antes de la llegada del viajante. Si los terceros quieren proceder con cautela deberán hacerse exhibir los documentos que en aquel momento confieren la representación a este representante ambulante (art. 359). No habrá en tal exigencia ninguna ofensa, ya que el viajante puede ser desconocido o el mandato puede haberse suprimido en el tiempo trascurrido entre uno y otro viaje; pasando sin cesar de un lugar a otro, el viajante de comercio *debe dar por sí mismo publicidad al propio mandato*. Se trata de una representación que, por su naturaleza temporal y errante, está limitada en cuanto al territorio y en cuanto al tiempo, debiendo por ello justificarse cada vez.

El tercero que deduce de las circunstancias del caso la existencia y los límites del mandato (por ejemplo, de su notoriedad, de la posesión de un muestrario o de un listín de precios, de un anterior reconocimiento dado por el principal a las operaciones verificadas por el viajante), corre el peligro de no adquirir ningún derecho contra el principal, y le corre con fundamento, porque ninguna de dichas circunstancias tiene un significado cierto de que el mandato existe actualmente. El principal puede haber retirado el documento o éste puede haber caducado, y el tercero incurre en la equivocación de no asegurarse sobre tal estado de cosas (Código civil, art. 1.758). No sirve la presunción establecida en el Código civil en favor del tercero de buena fe, según la que el mandato continúa (art. 1.759), porque el acto mediante el que éste se constituye debe acompañar constantemente en su actividad al viajante de comercio (1).

que el contrato debe considerarse como un contrato realizado entre ausentes. Véase Apelación Módena, 9 de Febrero de 1903; *Revista de Der. com.* y, allí, las justas críticas de PAGANI; Casación Roma, 7 de Junio de 1904; *Temi ven.*, 581; Casación Nápoles, 19 de Agosto de 1905; *Temi genov.*, 617; Casación Florencia, 13 de Enero de 1916; *Monit.*, 423.

(1) Tal es el sentido del art. 377, pues de otro modo no tendría ninguno. Según SRAFFA, pág. 135, si el viajante de comercio no muestra espontáneamente los documentos, el tercero tiene derecho para suponerle en posesión de todos los poderes que ordinariamente corresponden a un viajante de comercio. Pero la ley es de parecer contrario porque obliga al principal con las restricciones expresadas en los documentos que le autorizan. La práctica del mandato escrito es bastante remota; así escribe PERUZZI en *la Historia del comercio y de los banqueros de Florencia*, a. 1868, págs. 266-268: «Repito que los factores y los agentes de las Compañías mercantiles florentinas eran provistos de cartas de recomendación y de un carnet con las armas y el escudo de la familia a que pertenecían que podían

Los viajantes de comercio han de tratar siempre en nombre del principal indicando al firmar que se obligan por él; si no lo hacen se obligan también personalmente (1).

284. Los poderes del viajante de comercio pueden ser limitados a un determinado ramo de negocios, a una provincia, á ventas al contado o con letras a tres meses, etc., pero a semejanza de lo que sucede con cualquier otro mandato comercial, también el suyo comprende cuanto es necesario para su ejecución. Se justifica una cierta amplitud de interpretación cuando el alejamiento del principal o la dificultad de comunicarse con él hiciesen perder los negocios que quiso facilitarse por medio del viajante.

Si éste está encargado de vender sin restricciones especiales puede vender a crédito (2), con letras, en cuenta corriente; puede vender además mercancías de las que no posea muestras, porque los límites de sus atribuciones no están determinados por los muestrarios sino por los documentos que lleva consigo o por el comercio de la casa; puede obligar a ésta a tomar los embalajes para introducir en el precio una rebaja correspondiente o hacerla cargar con los gastos del flete y el seguro; puede conceder los descuentos usuales. Por el contrario, no puede obligarla a vender mercancías distintas de las que constituyen el objeto de su comercio, ni partidas tan importantes que, a sabiendas del comprador, excedan los medios económicos de la casa; en general, carece de la facultad de obligarla *para el porvenir*, precisamente porque su mandato tiene un carácter transitorio; así, no puede comprometerla a conceder un crédito al cliente en lo futuro, o a no vender a otros clientes en la misma plaza.

No hay para qué decir que tampoco puede obligar cambiariamente a su principal, aun cuando se tratase de pagar mercancías que ha comprado, ni tomar dinero a préstamo por su cuenta;

mostrar a los corresponsales de las Compañías para darse a conocer e inspirar perfecta confianza. En defecto de una ley que prescriba al principal la entrega de un mandato escrito al viajante de comercio, y en defecto de presunciones que puedan hacerse de la falta del mismo, la jurisprudencia francesa vacila entre las más diversas apreciaciones: véase DALLOZ, *Repert. voz Mandat*, núm. 140; RIVIERE, núm. 95; LYON-CAEN ET RENAULT, III, núm. 525.

(1) Art. 378. Véase núm. 273 y especialmente Casación Roma, 10 de Mayo de 1894; *Monitor*, 791.

(2) VIDARI, 4.^a ed., IV, núm. 3.656; SRAFFA, pág. 134; RIVIERE, núm. 97; DALLOZ, *Repert. voz Mandat*, núm. 139; Código alemán, § 59 (a. 1861, art. 49); Código suizo, art. 429; Contr. CALUCCI, *Com.*, 3.^a ed., núm. 188; TARTUFARI, número 210.

todo esto excede los límites de su mandato, según los usos de todos los países.

285. Las atribuciones del viajante de comercio encargado de vender se acaban al estipular la venta. Debiendo girar con toda diligencia, no dispone ni del tiempo ni de los medios para atender a su ejecución. Por tanto no tiene la obligación de entregar la cosa vendida, como tampoco tiene facultad para recibir las denuncias o las reclamaciones concernientes a los vicios de la mercancía consignada por la casa que representa (arts. 70 y 71) (1); *la operación de la entrega y sus consecuencias son asunto de la casa y no del viajante*, exceptuado el caso en que éste esté encargado de verificar la consignación. No puede deshacer los contratos estipulados por él, ni aun antes de que hayan llegado a conocimiento del principal (2) porque no le representa para resolver los contratos sino para estipularlos, y una vez hecho esto entran definitivamente en el patrimonio del principal.

Lo mismo que sucede con cualquier otro acto de ejecución, la cobranza del precio queda fuera de los poderes del viajante (3). Si por una facultad especial que el principal le concede (4) está capacitado para cobrar sin limitaciones, podrá exigir tanto el precio de las ventas concertadas con su intervención como cualquier otro crédito del principal; puede conceder plazos, hacer alguna

(1) Casación Florencia, 23 de Febrero de 1880; *Foro*, 294. En sentido opuesto la doctrina y la jurisprudencia alemana incluso la del Tribunal Supremo de comercio: *ANSCHUETZ UND V. VOELDERNDORFF*, art. 49, pág. 366; *BEHREND*, § 534. Pero se debe observar que en el art. 49 del Código alemán de 1861 se suponía que el principal emplease como viajante de comercio al agente de negocios. Ahora la cuestión está expresamente resuelta en este sentido por el nuevo Código de comercio (1900), § 55: «Las denuncias sobre vicios de las mercancías, las protestas y otras manifestaciones pueden hacerse a los viajantes de comercio».

(2) Casación Roma, 8^a de Marzo de 1891; *Corte suprema*, 11, pág. 122. Véase nota 8.

(3) Casación Florencia, 23 de Febrero de 1880; *Foro*, 294: «El viajante de comercio encargado de vender sobre muestras que, hallados los clientes ha estipulado los contratos, fijado el precio, regulado el tiempo y la forma de pago, informando de todo al comitente, ha terminado el mandato que le fué encomendado». Casación Torino, 5 de Mayo de 1900; *Monit.*, 588; Casación Florencia, 18 de Julio de 1904; *Tem.*, 679. Solamente en el caso excepcional en que el viajante de comercio entregase la mercancía, como ocurre generalmente con la venta de objetos preciosos, debería considerársele investido de la facultad de cobrar el precio; es natural suponer que quien le confió aquella mercancía quisiese también confiarle el cobro de su equivalente: *Conf. RIVIERE*, núm. 105; *TARTUFARI*, número 109.

(4) Esta facultad está reconocida expresamente al viajante de comercio por el Código alemán, § 55 (art. 49 del Código, 1861); Código suizo, art. 429, pero limitándola a las ventas verificadas con su mediación.

rebaja; arreglar las pequeñas diferencias (1); pero no podrá recibir en pago, a menos de no hallarse en condiciones tales que hagan el acto válido como gestión de negocios, cosas distintas de dinero, pues la permuta rebasa la esfera de sus atribuciones; tampoco podrá compensar sus propias deudas con créditos del principal.

(1) Así la jurisprudencia alemana, incluso la del Tribunal Supremo, véase BEHREND, § 53₂₄; ANSCHUTZ UND VON VOELDERNDORFF, vol. 1, pág. 365, nota 14 y sig., 30 y sig.

CAPITULO V

§ 30.—LOS AGENTES DE COMERCIO (1)

Sumario.—286. Distinción.—287. Definición.—288. Cómo se distinguen de las obras auxiliares.—289. Son comerciantes.—290. Deberes profesionales del agente.—291. No debe hacer competencia dañosa al principal.—292. Este a su vez tampoco debe hacerle a él la competencia.—293. Conclusión de los contratos.—294. Poderes del agente. Gastos de la agencia.—295. Tiene un derecho privilegiado de retención.—296. Competencia judicial.—297. La retribución.—298. La cuenta.—299. El licenciamiento.

286. Gracias a un ejercicio autónomo de su actividad, estos agentes se dedican de un modo *estable* a la busca de negocios por cuenta de uno o más comerciantes. Algunos de ellos tienen la facultad de verificar las operaciones del principal, y en tal caso son considerados como factores porque están investidos de su representación para el ejercicio del comercio en una o varias plazas (núms. 267 y sig.). Otros, los más, tienen por única misión promover las proposiciones de los clientes y transmitir las al principal acompañándolas con sus informaciones (2); el principal

(1) Los agentes y representantes de comercio unidos en Federación desde 1905, reclamaron urgentemente en publicaciones y congresos una legislación especial, y prepararon varios proyectos que se han tenido en cuenta en la presente tratación, respecto de aquellos puntos que demuestran una costumbre comercial, porque esto puede considerarse, no sólo como contributo para la formación de un proyecto de ley, sino como fuente de Derecho vigente. El último de estos proyectos formulado, con el título de Esquema de proyecto, en su congreso de Roma de 1908, fué confirmado en los congresos posteriores de Torino, 1911, Milán, 1912, Nápoles, 1913. Se cita con la indicación de *Esquema*.

Los *agentes de comercio* están regulados en el Código alemán, §§ 84-92. En Italia se han ocupado de estos agentes auxiliares la Comisión Ministerial para la reforma del Código de comercio en un proyecto preparado por mí, en la sesión plenaria, 4 de Febrero de 1920. Las discusiones de esta sesión fueron reproducidas en la *Rev. de Der. com.*, 1920, 1, 278 y sig. También en Austria los agentes de comercio formaron un proyecto de ley; véase *Rev. de Der. com.*, 1920, 1, 708.

(2) Del examen de la jurisprudencia resulta que estos agentes de comercio no tienen generalmente la facultad de verificar contratos; Casación Torino, 31 de Agosto de 1916; *Mon. Trib.*, 1917, 46; Casación Palermo, 9 de Marzo de 1915; *Rev. Der. com.*, 1915, 11, 681; Apelación Venecia, 10 de Agosto de 1911; *Fore*

se reserva el derecho de aceptarlas, de rechazarlas o de modificarlas, pues explana sus negocios, según sus propias disponibilidades y las condiciones del mercado, bajo su sola dirección.

287. Los agentes de comercio de que tratamos no están facultados para realizar las operaciones del principal. No deben considerarse ni como factores ni como representantes, sino únicamente como *mandatarios*, quedando sometidos a la disciplina de esa relación jurídica, porque cooperan a la tratación de los negocios del principal poniendo su actividad al servicio del establecimiento cuya vida económica y jurídica nutren con la continuidad de sus proposiciones (1). Si el principal les concede también el poder de representarle y les autoriza a vincularle en la estipulación de los contratos, se añadirá sobre la relación principal del mandato la de la representación. Pero esta última puede faltar y falta generalmente a los agentes de comercio, los cuales no tienen representación ni del principal ni de los clientes; tanto aquel como estos se reservan para sí la palabra decisiva en la realización de los contratos.

288. El agente de comercio puede ocuparse de cualquier género de operaciones, de ventas, de arriendos, de viajes, de seguros, y especula sobre la diferencia entre sus gastos y el importe de los derechos que constituyen su remuneración. Tiene un patrimonio independiente que no puede asimilarse a la filial o a la sucursal de una casa principal, puesto que frecuentemente realiza su trabajo de intermediario para varias casas y en diferentes ramos del comercio y porque trabaja en nombre propio, corriendo con los gastos de la agencia.

Debe llevar la agencia personalmente, salvo el derecho de valerse de agentes, de mediadores o de otros auxiliares asumiendo la responsabilidad de su actuación.

Los rasgos distintivos expuestos (núms. 287, 288), señalan el criterio para diferenciar a los agentes de comercio de los otros auxiliares. Se distinguen de los factores y de los empleados sub-

veneto, 1911, 531; Apelación Génova, 7 de Diciembre de 1911; *Temi gen.*, 1912, 110; Apelación Génova, 25 de Abril de 1911; *Temi gen.*, 1911, 345; Apelación Milano, 12 de Febrero de 1914; *Mon. Trib.*, 1914, 229; Apelación Florencia, 2 de Febrero de 1909; *Temi ven.*, 1909, 203; Apelación Milano, 5 de Febrero de 1901; *Mon. Trib.*, 1901, 211; Apelación Venecia, 22 de Agosto de 1896; *Memi ven.*, 1897, 12, etc.

(1) Véase 254 y 295. Conf. Cas. Palermo, 9 de Marzo de 1915; *Rev. Der. com.*, 1915, 1, 681; Apelación Milán, 12 de Febrero de 1914; *Mon. Trib.*, 1914, 229; Apelación Génova, 25 de Abril de 1911; *Temi gen.*, 1911, 344; Apelación Milán 5 de Febrero de 1901; *Mon. Trib.*, 1901, 211; Apelación Florencia, 2 de Febrero de 1909; *Temi ven.*, 1911, 203.

alternos de establecimientos mercantiles en que no tienen atribuciones para verificar los negocios del principal. Se distinguen de los mediadores en que despliegan establemente su actividad al servicio de un comerciante; en que disfrutan del derecho a una comisión, no sólo por los negocios que realizan, sino también por los que el comerciante verifica directamente en el territorio en donde tienen la exclusiva; en que el mediador recibe ordinariamente la retribución de ambas partes, mientras que el agente la recibe sólo de su principal.

289. El agente de comercio, cuando trabaja para varias casas, puede considerarse como un comerciante, porque dispone de una agencia o una oficina de negocios (art. 3, núm. 21). En consecuencia tiene todos los derechos y todas las obligaciones del comerciante: sus operaciones se presumen comerciales, debe llevar libros de comercio, está obligado a comunicar su actuación a las Cámaras de comercio de las que es elector y elegible (ley, 20 de Marzo de 1910, arts. 16 y 17), queda expuesto al procedimiento de quiebra (1). No se diga que siendo un mandatario no se le puede calificar de comerciante. Sin duda, el mandatario, dado su carácter de cooperador del principal no es un comerciante; sería absurdo que se atribuyese a las operaciones verificadas por el mandatario la doble virtud de crear dos comerciantes, el principal y el mandatario. Pero el agente de comercio pone, junto a su actividad, una hacienda autónoma, trabaja en nombre propio y por profesión habitual para varias casas, promueve negocios entre ellas mismas; puede pues considerársele comerciante como titular de una agencia o de una oficina de negocios. Es lógico que su actividad, desenvolviéndose sistemáticamente dentro de operaciones comerciales y corriendo su suerte, esté regulada como la industria principal con la que se relaciona. Si el mediador disfruta del carácter de comerciante (art. 3, núm. 22) con mayor razón deberá atribuirse esa cualidad al agente que ejerce un cargo análogo de intermediario y, por añadidura, de un modo continuo y autónomo. Precisamente porque su hacienda tiene carácter comercial, sus relaciones con el principal son reguladas por la ley mercantil, aun en el caso raro de no ser éste comerciante, como cuando un productor se dedica a la venta de vino o de azufre (art. 54).

(1) Conforme Apelación Venecia, 10 de Agosto de 1911; *Foro Ven.*, 1911, 531; Casación Turín, 31 de Agosto de 1916; *Mon. Trib.*, 1917, 47; Casación Nápoles, 14 de Febrero de 1912; *Mon. Trib.*, 1912, 217. Conforme Proyecto Comisión art. 22; Código alemán, § 1, núm. 7.º; STAUB, *Com.*, § 84, nota 13.

290. El agente tiene deberes profesionales para con la casa a la que está ligado de un modo estable y cuya confianza no debe traicionar. Le incumbe la obligación de cuidar de la seriedad de las proposiciones que trasmite, excluyendo de los negocios a crédito a los clientes insolventes. Tiene el deber de comunicar a la casa los informes que puedan inducir a no hacer directamente más operaciones con los mismos clientes, no sólo porque es esta una obligación propia de todo mandatario (art. 353), sino también porque percibiendo su comisión en razón de los negocios realizados directamente por el principal, debe tenerle al corriente de las noticias que le preserven de malos asuntos; está obligado a llevar en sus libros nota escrita de las operaciones y a tener separadas en los almacenes las mercancías pertenecientes a las distintas casas (arg., art. 382).

El agente que no representa al principal no puede recibir las protestas de los clientes por vicios redhibitorios de la mercancía (art. 70); ni la notificación de la ejecución forzosa efectuada a cargo del principal (art. 68); ni las medidas tomadas por la autoridad judicial sobre la mercancía para cerciorarse respecto de sus vicios y de su cualidad (art. 71) (1).

291. Le está vedado al agente gestionar operaciones para otras casas cuando hagan una competencia dañosa al mandato ya adquirido; como persona de confianza de un establecimiento, no puede traicionar la lealtad que le debe creando en sus relaciones con él una causa constante de recelos. Si quiere tomar el mismo cargo con otras casas concurrentes deberá pedir el consentimiento del principal, porque ello podría inducir a éste a modificar el mandato (art. 353).

No se justificará el agente diciendo que basta la diferencia de los tipos, de las formas, de la calidad, de los colores para crear una clientela distinta; el peligro de la competencia está precisamente en que el consumidor, a la vista de dichas diferencias halladas en las ofertas del agente, puede pasar de un tipo a otro (2).

292. Por su parte, el principal que ha señalado al agente un determinado territorio, no puede sustraerle el campo desig-

(1) Casación Palermo, 9 de Marzo de 1915; *Rev. Der. com.*, 1915, II, 681.

(2) Conf. Apelación Milán, 12 de Febrero de 1914; *Mon.* 229. Este concepto fué admitido por la Comisión Minist. en el art. 24: «El agente puede asumir el encargo de tratar en la misma plaza los negocios de otras casas que no estén en competencia con la primera». En Alemania la prohibición de competencia se deduce de la obligación que le impone el Código de tratar los negocios del principal con la diligencia propia de su cargo, § 84; *STAUB, com.*, nota 22.

nado para su actividad, nombrando otro agente encargado de tratar las mismas operaciones, aunque sea en una mínima fracción de aquel territorio. Sin embargo, el principal no sustrae al agente su campo de acción cuando realiza directamente operaciones y le da la retribución como si hubieran sido promovidas por éste (1).

Siendo la intención de los contratantes garantizar al agente las utilidades que el principal puede obtener en el territorio de que se trate, aquel tendrá derecho a la retribución incluso por las operaciones que el principal efectúa con los negociantes del mencionado territorio, fuera de él, por ejemplo, en su propio domicilio o por correspondencia. Y viceversa, el principal no tendrá que retribuirle por operaciones realizadas con clientes que no ejercen el comercio en aquel territorio pero que se encuentran en él de paso.

293. La perfección de los contratos.—La intervención del agente no modifica la doctrina general sobre la perfección de los contratos (2). Los dos sujetos del contrato son el cliente y el principal puesto que ellos deben dar el *si* que le ultima. Por tanto, según el art. 36, el contrato no está perfeccionado hasta que el cliente que propone no ha recibido la aceptación del principal o del encargado de comunicársela. Si el cliente ha pedido la inmediata ejecución del contrato, éste queda perfeccionado con el primer acto de ejecución del principal (art. 36). La noticia de la aceptación recibida por el agente no basta para la perfección del contrato porque siendo el agente un mandatario del principal no puede recibir dicha noticia en lugar del cliente. El silencio del principal no significa consentimiento, pues los contratos no se estipulan con el silencio (vol. IV, 4.^a ed., núm. 1.538).

A veces el agente se hace entregar una proposición del cliente comprometiéndose por el tiempo necesario para la respuesta (vol. IV, 4.^a edición, núm. 1.544 y sig.); otras recibe un anticipo

(1) Conforme Proyecto com., art. 26; Código alemán, § 89; STAUB, *Com.*, § 89, nota 3.

(2) Según el Código alemán 85. la operación propuesta por el agente, aunque no esté autorizado para verificarla, se entiende aceptada por el principal si éste, al tener conocimiento de ella, no ha manifestado al tercero que la rechaza; se da aquí el caso de un contrato celebrado con el silencio. Nuestra Comisión plenaria acogió la doctrina opuesta, art. 25: «En los negocios tratados por el agente, si la casa no informa al tercero de su aceptación en el tiempo necesario para la respuesta, se entiende que la operación ha sido abandonada». La proposición que se manifestaba conforme con el texto alemán, presentada por la subcomisión fue rechazada, considerando que el agente no tiene atribuciones para realizar el contrato. *Rev.* 1920, 275; Conf. con el texto Apelación Génova, 7 de Diciembre de 1911; *Temi gen.*, 1912, 110. Véase más extensamente VIVANTE, *Revista Der. com.*, 1921, I, en publicación.

parcial del precio. Este anticipo da derecho a retirar la proposición mediante el abandono de la suma anticipada (*multa poenitentialis*), porque no se le puede atribuir la intención de haberla anticipado para garantizar el cumplimiento de un contrato que no existe.

294. El agente, sin un mandato especial, no puede cobrar por el principal, ni conceder por él dilaciones o rebajas. Si está autorizado para dejar en regla el negocio, por ejemplo, para retirar letras de cambio del cliente comprador, no podrá exigir las si no se legitima como poseedor del título que le autoriza. Estas limitaciones se deducen lógicamente considerando que el negocio, una vez concluido, entra en el patrimonio y por tanto bajo la disponibilidad exclusiva del principal. Privado de representación, no puede perjudicar al principal obligándole contractualmente.

Los gastos de la agencia corren de su cuenta salvo pacto en contrario (1).

295. Si bien el agente carece de la representación del principal, es siempre su mandatario desde el momento en que trata sus negocios. El hecho de que esté privado de representación no impide su cualidad de mandatario, porque, como ya vimos, la representación no constituye un requisito esencial al mandato mercantil. Si, conforme tuvimos ocasión de demostrar (núm. 254), es mandatario el que coopera a la gestión de las operaciones del principal, lo será también sin duda alguna el agente que recoge y colecciona las proposiciones de los clientes, las cuales alimentan la vida interna de la casa. De aquí que se deba conceder un derecho privilegiado de retención para sus emolumentos y para cuanto ha pagado *por cuenta* de su mandante (art. 362). Esta solución es asimismo muy importante porque excluye el delito de apropiación indebida cuando el agente retiene lo que corresponde al principal en garantía de sus créditos.

296. El agente no tiene la representación judicial del principal, ni activa ni pasiva, aunque se trate de operaciones celebradas con su intervención, no pudiéndosele aplicar los artículos 375 y 376 (2). Pero en las relaciones entre él y su principal la competencia puede determinarse por el lugar donde se desarrolla establemente su actividad como mandatario y agente de la casa, ya que en dicho lugar se desenvuelve su trabajo que es el objeto de su contrato (art. 91, Código procesal civil).

(1) Código alemán, 90; Prog. Com. 29.

(2) Véase la jurisprudencia concorde citada en la nota 2.

297. Ante el silencio del contrato se entiende que la comisión corresponde por las operaciones llevadas a buen fin y no por las estipuladas solamente. Este criterio concuerda con la naturaleza fiduciaria de las funciones confiadas al agente, quien tiene en su mano la elección de clientes y debe esmerarse en evitar o disminuir al principal los perjuicios de su insolvencia. Si, cuando se trata del mediador, el derecho a la comisión existe desde que el negocio se celebra (art. 32), débese la diferencia a que el mediador, concluida la operación, queda ajeno a ella, al paso que el agente está ligado de un modo duradero al principal y a la prosperidad de su casa.

La comisión se cuenta sobre la cuantía de la suma recaudada. Debe considerarse recaudada la suma cuando el negocio fué objeto de una transacción o de un compromiso. Si el principal cree más provechoso para él abandonar la operación y obtener ventajas por otro lado o mediante el resarcimiento de daños, el agente no tiene para qué inmiscuirse. Si la operación no se realizó con éxito por culpa del principal, éste deberá añadir a la indemnización debida al cliente los gastos de la comisión debida al propio agente (1).

La comisión la paga el principal no el cliente, porque el agente de comercio no realiza la gestión como mediador de éste; su cualidad de agente de una de las partes excluye la de mediador (números 197 y 228).

298. El principal, por costumbre, debe entregar al agente la cuenta de sus emolumentos cada semestre, en relación con las sumas recaudadas y con las distintas operaciones (2). Si la comisión se debe también por las operaciones celebradas directamente, como es la regla, estas habrán de hacerse constar en la cuenta. Los intereses sobre el saldo de ella corren desde el día en que la cuenta se cierra. El agente que la impugna puede pedir

(1) Así el Proy. Com., art. 30: «El agente es pagado con una comisión sobre los negocios, salvo el buen fin de la operación. En caso de cobro parcial el agente sólo puede exigir en proporción a la suma cobrada. La comisión le corresponde igualmente por los negocios deshechos por la casa». Esquema Repr. «La comisión debe serle liquidada al representante sobre los negocios celebrados, directos o indirectos, por los deshechos después de acuerdos entre vendedor y comprador con o sin la intervención del representante, así como por los perdidos por falta de ejecución dependiente de la casa y salvo los casos de fuerza mayor». Código alemán, 88.

(2) Proy. Com., 30; Esquema, Rep. 6; Código alemán, 88; según la *Memoria* Torino 1919 de la Unión Nacional entre repres. de com., se trata de una costumbre general.

la exhibición de los libros del comerciante en las partidas objeto de controversia (art. 28).

299. Desde el momento en que el agente que trata con su principal es un mandatario, rige para él el art. 366 del Código de comercio que le da derecho a indemnización en caso de licenciamiento injusto.

Ahora bien, como generalmente ejerce dicho cargo por un tiempo indeterminado, se presenta la cuestión de si tiene en realidad derecho a la indemnización. Yo creo que todo mandatario disfruta de ese derecho (1). Es más, los motivos que indujeron al legislador a dictar la disposición antes mencionada se refieren de un modo principal al mandatario por tiempo indeterminado.

El legislador consideró, conforme expresamente se dijo en la Memoria Mancini presentada a la Cámara de los Diputados en 23 de Junio de 1881 (Roma, 1883, pág. 216) «que muy difícilmente se hallaría en el comercio quien se hiciese cargo de la celebración de una operación o contratación cualquiera, si el mandante fuese libre para revocar el mandato en cualquier momento y sin un motivo razonable, dejando al mandatario expuesto a daños y responsabilidades». Para evitar este peligro el legislador quiso dar firmeza y estabilidad al mandatario que promete dedicar su actividad al servicio del principal, y a tal fin le reconoció, en el artículo 366, el derecho al resarcimiento de daños en caso de revocación injustificada.

Más que nadie necesitan esa estabilidad y el resarcimiento de daños que la consagra, y más que nadie en ella confían, los representantes generales, los factores, los agentes de comercio y, en suma, los mandatarios provistos de un mandato por tiempo ilimitado. Para convencerse de ello bastará pensar en que dichos agentes, multiplicando las operaciones del principal, no siembran para sí sino para éste; no trabajan para la hora presente sino para el porvenir, creando una clientela que han de volver a formar de nuevo cuando son despedidos, puesto que siempre obran por cuenta del principal y no por la suya; de aquí se deduce claramente que estos mandatarios necesitan como ningún otro disfrutar de estabilidad. Reflexiónese también en que los mandatarios generales de que nos ocupamos se identifican con el principal por quien trabajan, emplean su actividad en el supuesto de la continuidad del mandato, con la confianza de encontrar más

(1) Cfr. Apelación Milán, 30 de Diciembre de 1912; Rev., 1913, 117; Casación Torino, 29 de Octubre de 1902; Mon., 1903, 444; Id., 28 de Marzo de 1911; Rev., 1911, 11, 652; Casación Palermo, 1906, 11, 295.

tarde en la difusión y en la facilidad de los negocios una compensación que, aunque aplazada, será segura; si pudiesen ser licenciados sin indemnización esta legítima aspiración sería inicua-mente defraudada. Piénsese además en que, si los mandatos generales no tienen ordinariamente una duración determinada, es así sobre todo en *interés del mandante*, porque si el mandato fuese por tiempo limitado fijamente, el mandatario regularía su actividad conforme a la breve duración de su cargo y podría, al finalizar éste, desatender los intereses del principal para cuidar de su propio medro personal. Autorizado el principal a prescindir de sus servicios sin indemnización, se aprovecharía del plazo indefinido dado al mandato precisamente en su propio beneficio. Se concedería de ese modo al principal una doble ventaja: la de especular sobre la actividad del agente, con la confianza de ocupar su puesto cuando el trabajo fuese más intenso y productivo, y la de despedirle improvisadamente, sin motivos justos ni indemnización, después de haberle disfrutado mientras esperaba su sustitución. Se llegaría al inicuo resultado de que, mientras se concede indemnización al mandatario por tiempo determinado, o sea al que conociendo la duración del mandato puede buscarse otro, se le niega al que, contando con la continuidad de su cargo descuida toda gestión para cambiar de principal. Semejante interpretación del art. 366 estaría en contraposición con el motivo de la ley, que fué el de dar estabilidad a los que tienen más necesidad de ella, a los que más la merecen, a los que más la esperan en compensación de la abdicación que hacen en favor del principal, de la propia actividad.

Prescindiendo de los trabajos preparatorios, que no proporcionan ninguna razón inmediata en favor de una o de otra hipótesis, no creemos que la interpretación literal del art. 366 pueda justificar la tesis contraria.

El art. 366 dispone textualmente:

«Si la ejecución del mandato es interrumpida, por revocación del mandante o por renuncia del mandatario, sin justa causa, habrá lugar a la indemnización de daños.

»Si es interrumpida por muerte del mandante o del mandatario, la compensación de éste se determina en proporción a lo que hubiese recibido por la ejecución completa.»

Dicen los sostenedores de la tesis rechazada por nosotros que del modo como está formulado el art. 366 resulta que se prevé la hipótesis de un mandato por tiempo determinado o para una determinada operación, porque en esa disposición se habla siempre de *interrupción de la ejecución* del mandato, y se prescribe que la compensación debida al mandatario (párrafo 2.º del art. 366) sea

calculada en base a la compensación que le correspondería por la ejecución completa, lo que supone un mandato al que se le han impuesto límites de tiempo y de objeto.

Empezamos por responder al segundo argumento porque esto simplifica la cuestión. Este argumento se sirve del segundo párrafo del artículo para explicar el primero: pero quien así le emplea no ha reparado en que las dos disposiciones consideran y disciplinan dos hipótesis absolutamente distintas. Las dos partes del art. 366 tienen de común solamente esto: que ambas dictan normas especiales sobre el contrato del mandato mercantil, hechas necesarias por la circunstancia de que dicho contrato, a diferencia del mandato civil, se presume oneroso. Pero este es el único punto de contacto de los dos párrafos, los cuales, por lo demás, prevén y regulan dos casos que no tienen relación alguna entre sí.

En efecto, el primer párrafo se ocupa del caso en que el mandante o el mandatario ponen fin a la ejecución del mandato *con un acto unilateral de voluntad*. El segundo en cambio supone la interrupción de la ejecución del mandato, la resolución de él, por un hecho independiente de la voluntad de las partes, es decir, establece la hipótesis de la muerte del mandante o del mandatario, la cual puede siempre considerarse prevista y valorada por las partes en el acto en que constituyen el pacto. En tal hipótesis, en la que, ciertamente, no cabe hablar de resarcimiento de daños puesto que la muerte no puede serle imputada a ninguno de los contratantes, la única cuestión capaz de surgir es la relativa a la determinación de la compensación debida al mandatario cuando la muerte hubiese interrumpido la ejecución de un negocio dado. Esta cuestión no podía presentarse en el caso de mandato por tiempo indeterminado porque entonces no hay duda de que la compensación debe establecerse en razón del tiempo transcurrido. Solamente cuando la muerte hubiese interrumpido la ejecución de un determinado negocio, podría nacer la duda sobre el criterio aplicable a la liquidación de la compensación; o sea si la compensación debe pagarse según el trabajo empleado en la ejecución del encargo, visto que éste no había llegado a realizarse por completo, o si se debe pagar en razón de la compensación pactada por el trabajo completamente ejecutado; y el legislador se ha atendido a esta última solución más favorable al muerto y más en armonía con el contrato.

Colocada así la cuestión, no se comprende cómo puede buscarse en el segundo párrafo del art. 366 (que disciplina el caso en que la resolución del mandato sobrevenga por causa de muerte, sin culpa de nadie, y determina el criterio a seguir en la *compensación*

sación debida, en esta hipótesis, al mandatario), un argumento para interpretar restrictivamente el primer párrafo, que asegura tanto al mandante como al mandatario, ante una resolución unilateral y arbitraria del mandato, el pago de *resarcimiento de daños*. Entre las dos hipótesis no hay ninguna analogía, antes al contrario, hay la antítesis más evidente; en una se trata de una resolución culpable y arbitraria, en la otra de una resolución fortuita; por lo que valiéndose del segundo párrafo para interpretar el primero y limitar su alcance al mandato de una operación determinada, se juzgarían con el mismo criterio casos esencialmente diferentes.

Demostrado así que para solucionar la cuestión debe tenerse en cuenta únicamente la primera parte del art. 366, podemos decir que el asunto está resuelto. En efecto, el art. 366, en su primera parte, sanciona en términos generales la obligación del resarcimiento de daños para todos los casos en que la *ejecución del mandato es interrumpida* por revocación o por renuncia, y no existe en esta parte del artículo ninguna expresión que nos permita deducir la intención del legislador de limitar su aplicación solamente al mandato por tiempo determinado o por un solo negocio.

Dicho artículo habla, es cierto, de *interrupción de la ejecución del mandato*, y no hay duda de que esta expresión se refiere también a la hipótesis de revocación o renuncia de un mandato por tiempo indefinido o para una serie de negocios, porque se puede interrumpir igualmente un mandato ejercido por tiempo indeterminado o que abarca una larga serie de años, como cuando se interrumpe el arrendamiento o la Sociedad sin duración preestablecida. No se diga que tratándose de mandato cuya duración no se fija o dado para una serie indeterminada de operaciones, en donde estas están constantemente acabándose y empezándose, es insostenible la afirmación de que la revocación interrumpe el mandato; el Código no se refiere al caso de la interrupción de un negocio, sino al de la interrupción del mandato, o sea del vínculo jurídico que les comprende a todos, y no hace falta demostrar que éste queda interrumpido aunque el negocio aislado se haya llevado a cabo.

Pero hay todavía una observación que nos parece verdaderamente decisiva; si se adoptase la doctrina contraria a la nuestra se llegaría al siguiente absurdo incompatible con la más obvia hermenéutica: que una disposición de índole general, cual es la del art. 366 colocada en la sección primera del título del mandato para ser aplicada a todas las secciones posteriores, *no se aplicaría a ninguna*: ni a los factores, ni a los representantes de casas extranjeras (Sec. II), ni a los viajantes de comercio (Sec. III), ni

a los empleados subalternos de establecimientos mercantiles (Sec. IV), puesto que todos son mandatarios para una serie continua e indeterminada de negocios. Que los viajeros y los empleados subalternos de casas comerciales no desempeñen su cargo por tiempo determinado se deduce de la práctica cotidiana que no admite determinación de tiempo, precisamente porque el principal quiere servirse de estos auxiliares según su habilidad y productividad; y que tampoco le desempeñen en esa forma los factores y los representantes de casas extranjeras se deduce asimismo con certeza del art. 374 referente a los factores, relacionado con el 376 sobre los representantes generales, el cual prescribe la revocación de su mandato con las mismas formalidades con que fué publicado su otorgamiento, demostrando así que el legislador supone lo que efectivamente ocurre siempre en la realidad, o sea que con el nombramiento de factor no se indica la duración del cargo, pues si se hubiese indicado al conferir el nombramiento, habría sido inútil hacer una segunda y especial publicación.

Negando el derecho a la indemnización a los mandatarios nombrados sin límite de tiempo, nos encontraríamos frente a una norma general que no puede aplicarse a ninguna de las figuras del mandato de que habla el Código.

Para completar el examen del problema responderemos ahora a otras objeciones de menor importancia.

Por ejemplo, se ha sostenido más o menos explícitamente, que si la revocación arbitraria del mandato otorgado sin limitación de tiempo diese lugar a una indemnización, el mandato dejaría de ser revocable *ad nutum*. Pero argumentando así se exagera evidentemente el alcance de la obligación de resarcimiento de que habla el art. 366.

Al establecer dicha obligación, la ley mercantil no pretendió en absoluto quitar al mandato su carácter de contrato revocable *ad nutum*, fundado en la confianza del mandante en el mandatario. Tan no lo ha pretendido que ha tenido buen cuidado de establecer expresamente que las causas de resolución del mandato en materia civil se aplican también al mandato comercial (artículo 365).

Sin embargo, como el mandato comercial ha llegado a ser en nuestro derecho, tras una lenta evolución, un instituto profesional en el que el mandatario presta sus servicios mediante una retribución, el legislador, aun reconociendo al mandante el derecho de relevar del cargo, incluso sin causa justificada, al mandatario que no le merece confianza, ha querido tutelar el legítimo interés de éste y asegurarle la compensación que le fué prometida

al conferirle el mandato. La razón de que el mandante deba resarcir al mandatario del daño que le ocasiona con la revocación imprevista, no está en que ésta constituya un hecho ilícito o una violación de un pretendido deber de «no revocar sin justa causa», sino en que al ejercer su facultad de revocación, el mandante viola un legítimo derecho del mandatario. No es el único caso en que nuestras leyes atemperan el uso del derecho a la obligación de resarcimiento de daños. Sin salir del Código de comercio, véase el art. 36, párrafo tercero, en donde a pesar de reconocer el derecho de revocar la proposición o la aceptación mientras el contrato no se perfecciona, prescribe que el que le revoca queda obligado a resarcir de los daños ocasionados a la otra parte cuando la noticia de la revocación ha llegado a esta después de haber iniciado la ejecución del contrato. También aquí el resarcimiento se paga, no porque el derecho de revocación constituya una culpa, sino porque hay un interés legítimo que tutelar y se hace necesario moderar el uso del derecho en defensa de lo que legítimamente se espera.

Se ha dicho, del mismo modo, que si el mandatario no pudiese renunciar al mandato conferido por tiempo indeterminado sin que una justa causa le dispensase del resarcimiento de daños, vendría a quedar obligado perpetuamente, lo que es contrario al principio según el cual nadie puede comprometer su actividad para toda la vida (arg., art. 1.628, Código civil). Pero, aparte de que es difícil imaginar el caso de un mandatario que no encuentre en toda su vida una razón justificativa de la renuncia, repetimos que el art. 366 no le priva del derecho de renuncia, lo que hace es encauzar el uso de ese derecho para evitar los daños que el mandante puede sufrir cuando el mandatario le ejerce sin motivo justificado. Esta obligación de resarcimiento no viola el principio del citado art. 1.628 del Código civil, como no le viola el 1.761 del mismo Código según el que el mandatario tiene la facultad de renunciar al mandato, pero está obligado a mantener indemne al mandante, excepto en el caso de no poder continuar el ejercicio de su cargo sin grave daño para sí.

Se ha llegado también a decir que en el caso del mandato por tiempo indeterminado faltan las normas para establecer el daño que la revocación puede haber ocasionado al mandatario. Es ya de por sí extraño que se quiera negar a una persona el resarcimiento de daños que realmente ha sufrido, sólo por la dificultad de apreciar su cuantía y porque la ley no proporcione un criterio preciso para fijar los límites en que los daños deben ser resarcidos. Pero, prescindiendo de esto, la crítica carece de fundamento. En primer lugar el razonamiento contrario parte siempre

del supuesto de que el resarcimiento de daños a que se refiere la primera parte del art. 366 debe ser determinado según el criterio establecido en la segunda parte del mismo artículo; ahora bien, esta suposición es errónea, porque conforme hemos demostrado ampliamente, entre los casos previstos en los dos párrafos del art. 366 no existe ninguna analogía, de modo que no es posible aplicar la norma dada en el segundo párrafo del artículo al caso de resolución arbitraria del mandato, previsto en el primer párrafo. Por tanto, el Juez llamado a determinar la cuantía de los daños de que debe resarcirse, por ejemplo, al mandatario injustamente despedido, no está vinculado al criterio legal de establecer el resarcimiento «en proporción a la compensación que se le hubiera debido por la ejecución completa», sino que es libre para apreciar dicha cuantía teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurran en el caso.