

CAPÍTULO VII

EXTINCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

31. Causas de extinción de la representación	122
32. Revocabilidad e irrevocabilidad del mandato y de la representación	122
33. Renuncia del representante	132
34. Muerte del representado o del representante	136
35. Enajenación de la empresa, respecto a la representación del factor	138
36. Incapacidad del representado o del representante	139
37. Declaración de ausencia del representado y del representante	142

CAPÍTULO VII

EXTINCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

31. *Causas de extinción de la representación*

La representación proveniente de poder o procura termina, normalmente, con la ejecución o cumplimiento del encargo conferido, si se trata de una representación limitada a un acto, o a varios negocios determinados; ello no pasa con la representación general, correspondiente al factor y en general, a un apoderado general, así como al administrador y a los gerentes de las sociedades; para ellos la terminación de su representación está ligada a la extinción o liquidación de la empresa, o a la terminación de su cargo, y al nombramiento de un sustituto si se trata de una representación necesaria.

La representación ligada a un contrato (mandato, prestación de servicios profesionales), y la proveniente de poder se extinguirán, también normalmente, al cumplirse el plazo o la condición (resolutoria) estipulada en el convenio o en el poder en que ella se hubiera otorgado;²⁹⁸ esto es consecuencia del carácter convencional o voluntario de dicha representación: si el representado puede libremente designar al representante, puede también discrecionalmente hacer una designación temporal, o condicionada a cierto evento futuro e incierto, aunque el contrato principal no esté sujeto a ninguna modalidad.

Termina, igualmente, la representación convencional y el poder, según lo establecido por el artículo 2595 del Código Civil, por cualquiera de las siguientes causas: revocación, renuncia del mandatario o apoderado; muerte del representante o representado; interdicción de uno u otro; vencimiento del plazo o conclusión del negocio para el que fue concedido y declaración de ausencia en los casos de los artículos 670 y siguientes del Código Civil.

Estas causas de extinción, que no se aplican íntegramente al mandato comercial, a la comisión, a la factoría y a la representación en sociedades como veremos, tienen las siguientes limitaciones:

32. *Revocabilidad e irrevocabilidad del mandato y de la representación*

A pesar de que el mandato y el poder terminan normal y naturalmente por la revocación del mandante o del poderdante, o por la renuncia del manda-

²⁹⁸ Popesco Ramniceano, *cit.*, p. 436. Minervini, *Gli amministratori...* *cit.*, núm. 132, p. 480 admite la aplicación de una condición resolutoria a la extinción del negocio de administración de las sociedades.

tario o del apoderado,²⁹⁹ se admite el mandato o poder irrevocable,³⁰⁰ y ello, tanto en el sistema continental,³⁰¹ como en el angloamericano.³⁰² Sin embargo, se trata de una figura excepcional que sólo cabe dentro de las limitaciones impuestas por la jurisprudencia o el derecho positivo y, desde luego, con alcances limitados a un negocio o a una obligación determinados; es decir, no cabe otorgar un mandato o un poder general irrevocable. Sí, en cambio, es lícito estipular la irrevocabilidad del cargo del administrador que recaiga en un socio de una sociedad colectiva (artículo 39 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Entre nosotros, tal negocio está reconocido en forma expresa por el Código Civil vigente (artículo 2596), y ya el Código de 1884 permitía la irrevocabilidad que se pactara como una condición o en un convenio *ad hoc* (artículo 2398).

El mandato irrevocable sólo cabe, según el artículo 2596 “cuando su otorgamiento se hubiera estipulado como una condición en un contrato bilateral”, o “como un medio para cumplir una obligación contraída”.³⁰³ Tampoco es pues posible que por la simple voluntad del mandante, ni menos por la del mandatario, se pacte y establezca sin que se dé alguno de los dos supuestos del artículo 2596. El Código de Comercio alemán (párrafo 168) permite vincular la irrevocabilidad con la de la relación a la que va ligada: “la extinción de la procuración se determina de acuerdo con la relación jurídica con base en la cual es conferida.” En el derecho italiano vigente, en cambio, esta figura puede derivar de un pacto expreso, el cual, sin embargo, puede no cumplirse y en-

²⁹⁹ Ver arts. 2596 del Código Civil, para el mandato y 307 del Código de Comercio, para la comisión. Aquella norma es muy clara: “El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca...” En la doctrina, Vivante, *Tratado*, núm. 248, p. 304; “es el remedio inexcesible contra los peligros de esta institución”; Mosco, *cit.*, núm. 6, p. 29 y Señaniglio, *cit.*, núm. 21, pp. 74 y ss.

³⁰⁰ La irrevocabilidad a que se refiere este art. 2596 del Código Civil es aplicable en materia de comercio, ya que no existe principio o norma en el derecho mercantil que contrarie tal regla, por lo que ella rige supletoriamente, atento lo dispuesto por el art. 2º del Código de Comercio.

³⁰¹ Véanse, por ejemplo, entre nosotros, Baz Eduardo, *Mandato irrevocable* en Revista de Derecho Notarial Mexicano, año VIII, núm. 24, 1964, pp. 35 y 53; para el derecho francés Paniol, *Traité élémentaire de droit civil*, París, 1947, II, núm. 3049, p. 920; *Salle de la Marnière, Le mandat irrevocable*, Revue Trimestrelle de Droit Civil, 1937, pp. 241 y ss. (citado por Sanpons Salgado); para el italiano, Minervini, *Il mandato, la commissione, la spedizione...* *cit.*, núm. 77, p. 185; para el español, Sanpons Salgado, *cit.*, pp. 433 y ss.; Castan Tobeñas *cit.* por Cerrillo Quilez en el libro de Mosco, *La representación...* *cit.* (trad. esp.), p. 519.

³⁰² Sanpons Salgado, *cit.*, p. 440 y Story, *The Law of Agency*. Sutton y Shannon, etcétera, *cit.* en el libro de Mosco, *ibidem*, p. 525.

³⁰³ Para algunos autores españoles —citados por Sanpons Salgado, *cit.*, p. 443—, “el mandato es irrevocable, por naturaleza, cuando su concesión sea el contenido o medio de ejecución específicamente pactado de un negocio jurídico bilateral o plurilateral, en cuyo caso la posibilidad de su revocación es paralela a la de modificar o demandar aquel negocio básico”.

tonces el mandante sólo responde del daño ocasionado (artículo 1723 párrafo 1º),³⁰⁴ o bien, conferirse cuando en el mandato tenga también interés el mandatario o el tercero (artículo 1723 párrafo 2º) en cuyo caso la irrevocabilidad es *absoluta*, salvo pacto en contrario (es decir, salvo un pacto de revocación no obstante el interés del mandatario o del tercero),³⁰⁵ o causa justa de revocación.

Al referirse a la primera hipótesis que establece nuestro artículo 2596, Planiol afirma la irrevocabilidad del mandato como consecuencia de la del contrato en la que se establece como condición.³⁰⁶ En todo caso y a diferencia de la segunda hipótesis, ésta supone una obligación bilateral, es decir, un contrato, en el que una de las partes tendrá que ser el mandante. Pero, si esto es así y si, por otra parte, hemos afirmado el carácter unilateral del poder, ¿es posible aplicar las normas del mandato irrevocable al poder? Es decir, ¿cabe un poder irrevocable?³⁰⁷ La respuesta es afirmativa. El poder irrevocable otorgado sería en beneficio exclusivo del apoderado, o concurrente de poderdante y apoderado, o en beneficio de poderdante y tercero; y en cualquier caso habría un contrato con el poderdante. Ahora bien, ¿a qué contratos se refiere esta norma? Creemos que tanto a aquellos —ajenos al mandato— que existieran previamente entre mandante y mandatario, como a los que existan —también con anterioridad— entre mandante y terceros. Ejemplo de los primeros serían el conocido caso del crédito confirmado irrevocable (artículo 317 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito);³⁰⁸ el caso de que el mandatario pusiera como condición para aceptar un cargo o realizar una obra, como consecuencia de un contrato de trabajo o de prestación de servicios, que el mandante o patrón otorgara un poder irrevocable para administrar la empresa, para cobrar ciertos créditos, etcétera. Ejemplo del contrato entre mandante y tercero, sería también el caso del crédito irrevocable, o bien el caso de que el tercero pusiera como condición para aceptar un depósito de acciones o valores del mandante, el que éste otorgara poder irrevocable al mandatario para ejercitarse los derechos (voto, cobro de dividendos; protestos, descuentos, etcétera) de los títulos depositados.

La segunda hipótesis del artículo 2596, o sea, que el mandato se haya otorgado como un medio para cumplir una obligación contraída, es distinta a la primera hipótesis de la misma norma, tanto porque en ésta existe una mo-

³⁰⁴ *Irrevocabilidad relativa*, designa a esta la doctrina: véanse, Minervini, *ob. cit.*, *loc. cit.*; Cottino, *Note sull'irrevocabilità del mandato*, en RDC, 1952, II, pp. 18 y ss.

³⁰⁵ *Cfr.*, Cottino, *ibidem*; en contra Minervini, *ibidem*, para quien a pesar del texto legal, en ambos supuestos del art. 1723 se requiere pacto expreso de irrevocabilidad.

³⁰⁶ *Ob. cit., loc. cit.*

³⁰⁷ En la doctrina, para la distinción entre ambas figuras, ver Sanpons Salgado, *cit.*, pp. 435 y ss.; Graziani, *Mandato e procura irrevocabile*, en sus *Studi di Diritto Civile e Commerciale*, Nápoles, 1952, pp. 83 y ss.

³⁰⁸ Al respecto ver Sanpons Salgado, *cit.*, p. 451.

dalidad o condición, que no se da en la segunda hipótesis, como porque en la segunda existe ya, previamente, una obligación contraída por el mandante, que no se requiere en el primer caso.

Ejemplos de esta segunda hipótesis serían los siguientes, además del típico mandato irrevocable otorgado para enajenar y que se confiere al acreedor para ser pagado de su crédito:³⁰⁹ una compraventa en la que el vendedor diera poder al comprador para cobrar un crédito y aplicarse el producto que obtenga como pago del precio de la operación; o un poder para constituir prenda o hipoteca sobre los bienes del poderdante en garantía del préstamo que se obtenga del apoderado; o “para el cobro de un crédito que deberá servir para la concesión de un préstamo al representante”.³¹⁰

Ahora bien, en cualquiera de las dos hipótesis de irrevocabilidad previstas en el artículo 2596, “tampoco puede el mandatario renunciar al poder.” Sin embargo, a diferencia de la irrevocabilidad cuya violación por el mandante o poderdante no privaría de pleno valor en su contra y frente a terceros a los actos realizados por el apoderado y mandatario,³¹¹ en el caso de la renuncia que hiciera el apoderado de un poder irrenunciable, por hipótesis no habría acto o ejercicio de poder alguno realizado por él, que oponer al mandante y a los terceros, sino meramente la renuncia misma; por otra parte, mientras el carácter irrevocable de la relación podría imponerse judicialmente al poderdante, la irrenunciabilidad, o sea, el ejercicio obligatorio del poder, no siempre puede imponerse al apoderado, ya que en ocasiones se trataría de una obligación de hacer incoercible.

En cuanto a los efectos de la violación del pacto de irrevocabilidad, o de la renuncia indebida de la representación, debemos distinguir tres casos: a) los efectos que correspondan a la relación contractual interna (mandante-mandatario); b) los efectos que tales actos ilícitos produzcan frente al representante (en el caso de revocación) o frente al representado (en el caso de renuncia) cuando ellos no están ligados por una relación contractual (mandato, factoría, comisión, aceptación de cargo de administrador en una sociedad), sino que la representación derive de poder (acto unilateral) y éste se hubiera otorgado para cumplir una obligación contraída por el representado frente a un tercero; c) los efectos que revocación o renuncia acarreen respecto

³⁰⁹ Cottino, *cit.*, p. 23.

³¹⁰ Estos últimos ejemplos citados por Mosco, *ob. ult. cit.*, pp. 534 y ss.

³¹¹ Así, Sampson Salgado, *cit.*, p. 449 y la doctrina que cita; Minervini, *cit.*, p. 190; Domínguez, voz *Mandato* (*Díritto Civil*) en el *Novísimo Digesto Italiano*, vol. x, pp. 132 y 133. Para el derecho italiano anterior al vigente, en el que sin texto expreso la jurisprudencia reconoció el mandato irrevocable —como es el caso también del derecho francés— ver los estudios de Graziani, citados, pp. 73 y ss. y 83 y ss. En sentido contrario al texto, Nattini, *cit.*, pp. 278 y ss., autor para quien la violación del pacto de irrevocabilidad sólo da lugar a daños y perjuicios.

a terceros de la relación representativa misma, es decir, ajenos al representado y al representante.

a) En el primer caso, o sea, entre mandante o representado y mandatario o representante, sólo procedería en los términos del último párrafo del artículo 2596 del Código Civil, la indemnización de daños y perjuicios que sufriera la parte afectada por la revocación (o sea, el representante) o por la renuncia (o sea, el representado).

b) En el segundo caso, respecto al representante cuyas facultades se revocaran indebidamente, la revocación sería inoperante, y en consecuencia dicho representante deberá cumplir el "mandato" irrevocable. No se aplica a este supuesto el principio del artículo 2596 *in fine* ya que el carácter del representante no deriva de un contrato de representación sino de un poder o de una cláusula en otro contrato previo existente entre representado y tercero, o de un contrato especial ajeno a la representación (verbigracia, apertura de crédito) en el que se pacta la representación irrevocable.

Por lo que toca al representado ante quien indebidamente se renunciara un poder, correspondería a éste (y al tercero interesado), si se trata de una obligación de hacer de carácter incoercible (ejecución personalísima de un trabajo o de un servicio) la reparación de daños y perjuicios; si a lo que se renunciara es al cumplimiento de una obligación de hacer que puede ejecutarse por otro, o de una obligación de dar, corresponderá al representado (y al tercero interesado) la acción de cumplimiento y el pago de los daños y perjuicios sufridos.

c) Por lo que toca a los terceros ajenos a la relación representativa, tanto en el caso de renuncia como en el de revocación indebidas, el tercero que fuera beneficiario de ella, y que precisamente por ello se estableciera a su favor dicha representación irrevocable e irrenunciable (*confirmada*, se dice en la apertura de crédito), tendría contra el representante (quien, generalmente contraería una obligación personal a favor del tercero, o bien, asumiría frente a éste una obligación ajena, o sea, la del representado) acción de cumplimiento e indemnización de daños y perjuicios. En cambio, si el representante no se ha vinculado con el tercero, éste sólo tendrá las acciones de cumplimiento o de resolución (artículo 1949) que le correspondan frente al poderdante y que deriven de la relación que los une.

La ley civil (artículo 2599) establece con presunción *juris tantum*, que el nombramiento o "constitución de un nuevo mandatario para un mismo asunto importa la revocación del primero, desde el día en que se notifique a éste el nuevo nombramiento." Esta disposición, que no se aplica obviamente

ni al poder general ni al mandato irrevocable, creemos que sí resultaría aplicable al mandato o representación especial, así como al temporal o a plazo, con las consecuencias indicadas en el artículo 2596 párrafo 3º. Consideramos, por otra parte, que dicha norma (artículo 2599) se aplica también a la representación comercial, siempre que se otorgue para acto o negocio determinado, por lo que no se aplica al factor (artículo 319 del Código de Comercio), ni al administrador o al gerente de una sociedad anónima (artículos 142 y 145 de la Ley General de Sociedades Mercantiles),³¹² por la generalidad de su representación.³¹³ Asimismo, es posible que, pese a los términos de la norma, se nombre un nuevo representante para el mismo asunto y subsista el nombramiento del anterior, lo cual dependerá de la voluntad del poderdante, o del acuerdo de las partes interesadas, expreso o tácito, en el que se fijará, igualmente, si los dos representantes designados para el mismo asunto deben obrar conjunta o separadamente.

Son también esencialmente revocables los cargos de administradores de las sociedades anónimas, según lo dispuesto por el artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, aunque, si existe un grupo minoritario en la sociedad, la revocación del administrador que éste designe debe acompañarse de la revocación de los demás (artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles); y a pesar de que a los administradores, cuando integran un órgano colegiado (consejo de administración en las sociedades anónimas) no les corresponde aisladamente la representación de la sociedad (como claramente se desprende de los artículos 145, 146, 148, 149 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que no atribuye representación alguna a los integrantes del consejo de administración³¹⁴ y sí, en cambio, al administrador

³¹² No es así, en cambio, pese a la generalidad de la representación, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, ya que según el art. 74 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se permite que en la escritura social se pacte la irrevocabilidad; y tampoco respecto a los socios colectivos de las sociedades de este nombre y de las comanditas (arts. 39, 57 y 211), que además de administradores natos son representantes del ente (art. 44 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), y quienes, en caso de que el contrato social pactare la inamovilidad o irrevocabilidad, "sólo podrán ser renovados judicialmente por dolo, culpa o inhabilidad".

³¹³ En el caso de liquidador o liquidadores su nombramiento no supone la revocación *ipso iure* de los administradores (quienes sólo dejan de actuar como tales al entrar en funciones e inscribirse la designación de aquéllos), ni menos de los apoderados generales o especiales de la sociedad quienes, en cambio, sí verán restringidas sus facultades para sólo poder realizar aquellos actos que dentro de la generalidad o especialidad de su poder, sean congruentes con la finalidad de liquidación de la sociedad; la fusión de una sociedad a otra sí implica la extinción *ipso iure* de todos los poderes que ella hubiera otorgado, pero en este caso más que de revocación la extinción se debe a la desaparición de la sociedad poderdante.

³¹⁴ El art. 148, empero, sí atribuye facultades de representación al Presidente del Consejo consistente en la ejecución de actos concretos, a falta de designación de un representante especial.

único, según indica el artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles —ver infra núm. 48—) ellos son igualmente revocables, como también lo son los representantes sociales.

Que así sea, deriva de la extensión de la representación de factores y administradores: a unos y otros correspondería, como ya vimos (*supra* núm. 23) la representación y la administración general de la empresa y de la sociedad, por lo que, por una parte, no cabe la aplicación del principio excepcional contenido en el artículo 2596 (es decir, que se trate de *un* contrato bilateral o de *una* obligación contraída), ni aun limitando sus facultades; y por otra parte, sería incompatible con las facultades y el poder del empresario, en el caso del factor, o con las atribuciones y el papel de la asamblea de accionistas en el caso de administradores de sociedades anónimas, la existencia de una relación irrevocable de administración o de representación general. Si se puede plantear, en cambio, una relación irrevocable en las sociedades personales y en la Sociedad de Responsabilidad Limitada (tipo este en el que dicha nota indica su carácter más cercano a tales sociedades personales que a la sociedad anónima), porque normalmente la representación en estas sociedades recae en los mismos socios (artículos 38, 40 y 74 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), quienes asumen las obligaciones de tales e ingresan a la sociedad con la condición expresa o implícita de administrarla o de participar en su administración.

Por ello, insistimos, aunque el nombramiento del factor, o del gerente o del administrador único en las sociedades anónimas, o el poder general,³¹⁵ se hicieran o se otorgaran irrevocablemente, y aun cuando la escritura de la sociedad contuviera la irrevocabilidad, ya sea general o, como es frecuente, durante un cierto lapso, puede el empresario y la sociedad revocar en cualquier tiempo y por cualquier causa o motivo, sin más derecho que la indemnización de los daños y perjuicios que la revocación injustificada ocasione.³¹⁶

La irrevocabilidad del gerente o del director general de una sociedad, como también del administrador único o de los miembros del consejo, puede plantearse como situación de hecho, cuando, por ejemplo, tanto la designación como la revocación dependan de un cierto voto mayoritario (en el Consejo o en la Asamblea), el cual no se obtiene porque los miembros del órgano no comparecen o no se ponen de acuerdo. Sin embargo, si los propios repre-

³¹⁵ No así un poder especial que evidentemente, podría ser irrevocable, en los términos del art. 2596 del Código Civil.

³¹⁶ La doctrina, unánimemente, acepta la revocabilidad del factor, véanse, entre nosotros Tena, *cit.*, núm. 196, p. 378; Mantilla Molina, *cit.*, núm. 219, p. 158; Rodríguez Rodríguez, *Curso...* *cit.*, p. 225; en el derecho extranjero, Mossa, *cit.*, núm. 618, p. 508, núm. 628, p. 514 y Vivante, *cit.*, núm. 275, pp. 341 y ss.

EXTINCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

129

sentantes sociales cuya revocación se plantea fueran socios o accionistas y su ausencia o votación en la asamblea impidiera la revocación, se plantearía claramente un conflicto de intereses entre su calidad de socios y su carácter de representantes; por lo que se prescindiría en el primer caso (es decir, el caso de ausencia), y se anularía en el segundo, su intervención, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¿A quién debe hacerse conocer la revocación del poder o de la representación? En la doctrina, se afirma que debe notificarse, desde luego, al tercero o terceros con quienes el representante puede contratar;³¹⁷ y también, por razones obvias, debe hacerse saber al apoderado.³¹⁸

En nuestro sistema, las soluciones son distintas en el derecho civil y en el comercial, y en aquél, según el poder de que se trate. En derecho común, debemos distinguir tres casos: I. Poderes para tratar con determinada persona; II. Poderes para tratar con personas indeterminadas pero que hubieran sido inscritos en el Registro Público de la Propiedad —Sección de Comercio— y III. Poderes para tratar con personas indeterminadas, no inscritos en el Registro (como es frecuente, con los poderes generales de pleitos y cobranzas).

I.—Si se trata de un poder para tratar con determinada persona, el destinatario es esta persona (independientemente de que el poder esté o no registrado), y la revocación debe notificarse a ella, “so pena de quedar obligado —el poderdante— por los actos del mandatario” (artículo 2597), siempre que, por supuesto, dicho tercero sea de buena fe, es decir, que no sepa ni tenga por qué saber de la revocación por medios distintos a la notificación.

II.—Si se trata de poderes para tratar con persona indeterminada, que hubieran sido dados a conocer a terceros a través de su inscripción en el Registro Público (artículo 21 fracción VII del Código de Comercio), rige el mismo principio; o sea, que la revocación debe darse a conocer a éstos, pero como se desconoce quiénes sean los terceros, la notificación se hace mediante la inscripción de la revocación en el Registro Público de la Propiedad; de no hacerse tal inscripción rige el principio del artículo 3003 del Código Civil (y artículo 26 del Código de Comercio); a saber, que los documentos (y los actos) que deban registrarse y no se registren sólo producirán efectos entre quienes los otorguen.

³¹⁷ Lenel, *cit.*, pp. 374 y ss.; dice para el derecho alemán: “el verdadero destinatario de la revocación sólo puede ser el tercero o los terceros respecto de los cuales ha de surtir efectos el poder”.

³¹⁸ Müller Freinfels, *Law of Agency... cit.*, pp. 174 y ss. quien para el derecho anglo-americano indica la distinción de apoderamiento real y aparente (*real and apparent authority*). Aquél, “indica un apoderamiento que es efectivo frente o contra el representante; en tanto que el poder es aparente cuando se aplica frente o contra terceros”.

III.—Destinatario de la revocación, en cambio, sólo parece ser el apoderado, tratándose de poderes distintos a los previstos en los incisos I y II supra; es decir, de aquellos otorgados para tratar con persona indeterminada o con cualquier persona, que, además, no estuvieren inscritos; en ellos el tercero puede ignorar (legalmente) el término o fin de la procura porque ésta tampoco se inscribiría. Respecto a este supuesto, el artículo 2604 del Código Civil, al liberar al mandante (representado) frente a terceros que “ignoren el término de la procuración”, por los actos realizados por un mandatario o representante que *sabiendo que ha cesado* el mandato o representación trata con ellos, claramente indica que el único destinatario de la revocación es el apoderado: basta que éste conozca la revocación (u otras formas de extinción como la renuncia del apoderado o la muerte del representado) para que la representación cese.

En este último caso, si el tercero conoce la revocación o si la ignora, ello es indiferente frente al representado, ya que la representación se extinguirá, y éste, en consecuencia, no es responsable por los actos o contratos celebrados por quien era su representante (salvo lo dispuesto en el artículo 2598 del Código Civil a que nos referimos después); habrá lugar, para el tercero, a una acción de cumplimiento del contrato —cuando éste lo permita— contra el falso representante, por aplicación analógica del artículo 2584 que concede acción al tercero contra el mandatario que se excede en sus facultades ignorándolo aquél; y también procede contra dicho representante la acción de daños y perjuicios por su evidente proceder doloso (artículo 2106), ya que el supuesto de la norma es que, conociendo él la terminación del poder (porque se le haya revocado, o con mayor razón, porque haya renunciado), realiza, a pesar de todo el acto a nombre del “mandante”.

La acción de daños y perjuicios contra el mandante que hubiera actuado con dolo o negligencia, no exigiendo al apoderado “la devolución del instrumento o escrito en que conste el mandato” (artículo 2598, 2º párrafo), se fundaría también en el artículo 1910 que establece la obligación de reparación al que obre ilícitamente o contra las *buenas costumbres*.

Parece injusta la solución en el caso del mandato a persona indeterminada que no se registra e incongruente con el carácter del poder o de la representación. Efectivamente, considerar como único destinatario de la revocación de tal poder o representación, al apoderado, es sacrificar a los terceros de buena fe, quienes basándose en una situación anterior conocida, o peor aún, en la existencia de documentos que acreditan el carácter del representante, celebran con éste los negocios jurídicos que posteriormente no pueden ser opuestos al representado. Se protege así al poderdante, quien por hipótesis actúa negligently.

temente, si no es que con dolo, y se sanciona a quienes mayor protección merecen: los terceros contratantes.

Se antoja incongruente la solución con el carácter de la representación y del poder, de ser un negocio destinado y emitido, en primer lugar, frente a los terceros y enseguida, frente al propio representante. En esto consiste el carácter receptivo del apoderamiento (*supra* núm. 7), que deriva, por lo demás, de su naturaleza unilateral; y de ahí que el Código Civil alemán (párrafo 167) expresamente indique que "el otorgamiento del poder tiene lugar mediante declaración hecha al apoderado o al tercero frente al cual ha de actuar como representante."³¹⁹ Debemos admitir, sin embargo, que dicha solución de nuestro Código Civil por una parte es congruente con la posición que sostiene de considerar a la representación como sinónimo de la figura contractual del mandato (solución copiada del Código de Napoleón y superada desde 1871 por Laband (al distinguir la autorización o apoderamiento —*Vollmacht*— del mandato —*Auftrag*—);³²⁰ por otra parte, que tal solución sólo se aplicaría a poderes no inscritos (que, por desgracia, no son ni raros ni limitados en cuanto a su alcance, ya que, repetimos una vez más, los poderes generales de pleitos y cobranzas suelen no inscribirse) situación en la que la mínima prudencia del tercero le aconsejará recabar del supuesto poderdante la confirmación del poder relativo; por último, el tercero de buena fe, que hubiera sido engañado con el testimonio de poder, tendría acción de idemnización contra el poderdante que descuide retirarlo de manos del ex-apoderado.

Por lo que respecta a la legislación comercial, expresamente el artículo 307 del Código de Comercio exige que la revocación sea dada a conocer a los terceros, además del comisionista: "La revocación intimada únicamente al comisionista, no puede ser opuesta a terceros contratantes que no la conociesen..." La forma de dar a conocer a terceros la revocación consistirá, como en materia civil, en la notificación cuando el tercero sea conocido (artículo 2597), o en la inscripción de la revocación en la Sección de Comercio del Registro. Si tal no se hace, la revocación no producirá efectos.

Si se trata de representación en materia cambiaria, el artículo 35 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en consonancia con el carácter eminentemente formalista (literal) de los títulos de crédito, requiere que la revocación (y en mi opinión también la renuncia) de tal representación contenida en el endoso tengan que hacerse testando o cancelando la anotación respectiva en el título.

³¹⁹ La interpretación de esta norma, en Lenel, *cit.*, p. 371.

³²⁰ Ver la nota de Müller Freinfels, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. XII (1963), pp. 272 y ss. y principalmente, del mismo autor, *Legal relations in The Law of Agency...* *cit.*, pp. 198 y ss.

En cuanto a la representación institutoria, el artículo 320 señala con claridad meridiana la misma solución: "Los actos y contratos ejecutados por el factor serán válidos respecto a su principal, mientras no llegue a noticia del factor la revocación del poder... y con relación a terceros, mientras que no se haya cumplido en cuanto a la revocación... la inscripción y publicación de ella."

Además, en relación a la representación general, expresamente el artículo 21 fracción VII del Código de Comercio requiere la inscripción en el Registro de Comercio de "los poderes generales y nombramientos y *revocación* de los mismos", para que surtan efectos contra tercero (artículo 26), salvo que se pruebe que éste conoció la revocación por otros medios.³²¹

La facultad de revocación corresponde a la persona que otorga el poder, y tratándose de sociedades, al órgano competente para designar al representante; es decir, a la asamblea, tratándose de administradores (SA) o de gerentes (SRL), y a ésta y al consejo, tratándose de gerentes (SA) y apoderados. Sin embargo, si la designación de cualquier representante se reserva a la asamblea, es decir, se priva de tal facultad al administrador único o al consejo, sólo la asamblea puede revocar. Lo contrario, en cambio, no nos parece admisible, es decir, que solamente sea el órgano de administración y no la asamblea el que haga la designación de representantes, y que ésta no pueda en cualquier caso decretar la revocación o la cancelación de poderes aun cuando no hubiera sido ella la que los hubiera conferido. El carácter supremo de la asamblea de socios y accionistas, "que puede acordar y ratificar todos los actos y operaciones de la sociedad" (artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) y la necesaria subordinación del órgano de administración a la asamblea (artículos 181 y 197 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) son principios que nos llevan a afirmar la invalidez de cualquier cláusula estatutaria que privara a la asamblea del derecho de designar apoderados, de conferirles o limitarles facultades, así como de revocar nombramiento y cancelar poderes.

33. Renuncia del representante

Por lo que se refiere a la terminación de la representación por renuncia del representante, además de lo que antes dijimos al analizar el artículo 2596 del Código Civil, cabe agregar lo siguiente:

Rigurosamente hablando, no cabe la terminación de una representación derivada de poder o procura, por renuncia del representante, ya que en este caso,

³²¹ Ver Mantilla Molina, *cit.*, núm. 157, p. 122; Rocco, *cit.*, núm. 90, p. 305; Mossa, *cit.*, núm. 628, pp. 514 y ss.; Vivante, *cit.*, núm. 275, p. 341.

como hemos afirmado (*supra* núm. 1), estamos en presencia de un negocio unilateral, a cuya perfección y validez es indiferente la aceptación del representante e inclusive, la ejecución por éste de la facultad (poder) conferida. Consecuentemente, la renuncia sería inoperante dado que el poder aisladamente considerado no impone deberes ni obligaciones, ni tampoco confiere derechos, sino que sólo es, “una fuerza activa capaz de producir una determinada modificación jurídica.”³²² No obstante, es obvio que aun aislando así el poder y la representación, de toda relación gestoria y de todo negocio previo de la que surja, la renuncia equivale a su inejecución, a la negativa del apoderado para llevar a cabo y ejecutar las facultades conferidas por el poderdante: equivale a la imposibilidad de ejecutar el poder y la representación.

Debemos, sin embargo, afirmar el rigor lógico de la opinión que afirma la irrenunciabilidad del poder o procura, y admitir la validez frente al representado de los actos posteriores ejecutados a su nombre por el representante que hubiera renunciado; para evitar tal cosa, debe el representado revocar el poder, y hacer conocer la revocación al o a los terceros.

Ahora bien, en cuanto la representación se vincula a un negocio gestorio, o bien se liga a un cargo esencial o principalmente representativo, la renuncia de los derechos de dicho negocio, o del cargo respectivo, equivale a renuncia, o sea, imposibilidad de ejercicio de la representación. En este sentido la renuncia sí es causa de extinción del poder y de la representación voluntaria.

Ésta, la representación voluntaria (mandato, comisión, factoría), en principio es libremente renunciable, como también, en principio, es libremente revocable. Ello deriva, tanto del carácter fiduciario de la relación y de la naturaleza unilateral del vínculo que concede al representante la facultad de actuar a favor del representado,³²³ como del principio constitucional de libertad de trabajo (artículo 5º), que permite a cualquier persona retirarse y renunciar el cargo o puesto que se le hubiere conferido, o a la relación que ella hubiera asumido, imponiéndole, en todo caso, la responsabilidad civil pertinente en caso de incumplimiento de su compromiso.

Ahora bien, si es verdad que la representación en principio es libremente renunciable por el representante o apoderado; también lo es que hay casos en que se restringe y condiciona, o bien no se permite dicha renuncia. Veamos cuáles son estos casos:

- a) La ley (*artículo 2596 párrafo 2º del Código Civil*), como ya vimos (*supra* núm. 32), prohíbe al mandatario renunciar al poder cuando éste se

³²² Mosco, *cit.*, núm. 24, p. 70. Es también este autor quien sostiene la opinión referida en el texto, ver núm. 28, pp. 76 y ss.

³²³ Respecto a estas notas y sobre la renuncia como causa de terminación del mandato (y del poder), ver Sanpoms Salgado, *cit.*, p. 457 con la amplia bibliografía que cita y analiza.

hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral (verbigracia crédito comercial irrevocable) o como un medio para cumplir una obligación contraída (en este amplio supuesto incluimos el nombramiento de apoderado a virtud de un arraigo judicial, artículos 1175 del Código de Comercio y 638 del Código de Procedimientos Civiles). Los efectos de la violación de esta prohibición fueron ya señalados en el número anterior. En relación a las consecuencias que respecto al arraigado, la renuncia inoportuna del apoderado acreare, el artículo 640 del Código de Procedimientos Civiles concede a la parte que solicitó el arraigo el derecho a solicitar la retención de bienes muebles y el embargo de los inmuebles. En función de tales consecuencias se medirán los daños y perjuicios de la renuncia.

b) Sin que exista prohibición expresa, debe también considerarse prohibida, nula y sin efectos la renuncia fraudulenta o simulada que de sus facultades de representación hiciera el apoderado, renuncia tendiente a impedir, por ejemplo, la prosecución de los actos preparatorios de juicio a que se refieren los artículos 193 fracción 1 del Código de Procedimientos Civiles y 1151 fracción 1 del Código de Comercio; o a no recibir el emplazamiento de una demanda en contra de su representado —una sociedad generalmente— como se desprende de los artículos 116 y 119 del Código de Procedimientos Civiles; o bien, para no absolver posiciones en la prueba confesional, según dispone el artículo 1216 del Código de Comercio; o en el caso de que se renunciara la representación para evitar el ofrecimiento de un pago (artículo 2098 del Código Civil) que suspendería la mora, el incumplimiento, e incluso interrumpiría los plazos de caducidad o prescripción. En estos casos, la renuncia del poder que se hiciera contemporáneamente con la ejecución de los actos relativos, no tendría validez alguna. De igual manera, la renuncia no contemporánea sino anterior, carecería de validez si al hacerla no se cumplen requisitos formales (verbigracia artículos 35 y 41 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ver supra núm. 32), o de publicidad en el Registro que se hubieran llenado para el otorgamiento del poder relativo y cuyos datos de publicidad dejan subsistente dicho poder frente a terceros.

c) Casos en que la renuncia del poder se condiciona y restringe son entre otros los referidos en los artículos 2603 del Código Civil, 276 del Código de Comercio y 154 de la Ley General de Sociedades Mercantiles a los que después pasamos a ocuparnos.

Contrariamente, la representación legal que corresponde al padre, no es renunciable (artículo 448 del Código Civil) y por lo que toca al tutor, sólo puede eximirse (no rehusarse o renunciarse) "por causa legítima" (artículo 452) que califica el juez. Este principio general, deriva del interés público

a que atienden las instituciones de la patria potestad y de la tutela, y del deber jurídico de los progenitores y de los tutores de proteger y velar por los menores y los pupilos.

En los casos de renuncia del representante, la ley establece que el mandatario “tiene obligación de seguir el negocio mientras el mandante no provee a la procuración, si de lo contrario se sigue algún perjuicio” (artículo 2603 del Código Civil); y también en el caso del mandato mercantil, el comisionista debe continuar hasta su conclusión el negocio que se le hubiera encargado (artículo 276 del Código de Comercio), antes de retirarse por renuncia. Esta última norma la consideramos aplicable a los representantes generales (factores, gerentes, apoderados), pero sólo por lo que respecta a negocios que estén en curso y aún no se hubieran concluido; en cambio, si no se da esta situación, o en todo caso, al concluirse el negocio pendiente, pueden libre y definitivamente renunciar.

El incumplimiento por el representante de la obligación que le imponen los artículos 2603 del Código Civil, 276 del Código de Comercio y 154 de la Ley General de Sociedades Mercantiles es decir, el abandono del cargo o de los negocios relativos, implicará la responsabilidad civil correspondiente, y el pago de los daños y perjuicios que tal conducta ilícita ocasione al principal.

En el caso de administradores de sociedades, rige como general el principio establecido por el artículo 154 de la Ley General de Sociedades Mercantiles para las anónimas: “Los administradores continuarán en el desempeño de sus funciones... mientras no se hagan nuevos nombramientos y los nombrados no tomen posesión de sus cargos”. No consideramos que esta norma sea aplicable al caso de los representantes sociales (gerentes o apoderados generales y especiales), porque ella tiende a evitar que durante cierto lapso la sociedad opere sin órgano de administración o con un órgano desintegrado y atrofiado, lo que constituiría una grave anomalía dado el carácter esencial de dicho órgano; en cambio, la sociedad puede perfectamente operar y actuar, transitoriamente al menos, sin tales representantes.³²⁴

Por último, problema interesante sobre el que queremos detenernos, así sea brevemente, es el de saber si la renuncia —acto unilateral evidentemente— debe o no hacerse conocer al representado o a los terceros.

La regla general es que se renuncie, precisamente, ante quien ha otorgado la representación; una renuncia que no fuera conocida por el representado sería insubsistente frente a éste y en consecuencia, tendría él derecho a reclamar daños y perjuicios en los casos en que debiendo el apoderado actuar y ostend-

³²⁴ Prueba de este aserto es el carácter meramente discrecional del nombramiento de gerentes, delegados y apoderados, según aparece de los arts. 145, 148 y 149 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

tarse como tal, dejara de hacerlo. Así se desprende de los artículos 2603 del Código Civil y 275 del Código de Comercio.

Hay casos en que la renuncia debe darse a conocer a terceros, so pena de no producir efectos frente a éstos. Dichos casos son aquellos en que la representación o el poder también se ha dado a conocer a terceros (generalmente, por medio de la inscripción relativa en la Sección de Comercio del Registro Público de la Propiedad), quienes actúan y obran en función de dicho dato público, o conocido por ellos. La obligación de inscribir la renuncia de un poder general, se desprende por analogía de lo dispuesto por la fracción VII del artículo 21 del Código de Comercio; y respecto a comisión y factoría, de los artículos 307 y 320 del Código de Comercio.

Por último, a virtud del principio de publicidad del registro (artículos 3003 del Código Civil y 26 del Código de Comercio) la falta de inscripción de la renuncia de un poder que previamente hubiera sido inscrito, no podrá producir perjuicio a tercero, el cual sí podrá aprovecharse de tal situación en cuanto le fuera favorable. Es decir, para el tercero de buena fe, el poder subsistiría en los términos de la inscripción, hasta que se inscribiera la renuncia, o se le hiciera saber ésta fechadamente.

34. Muerte del representado o del representante

En caso de muerte, obviamente la del representante termina la relación; pero no así, en todo caso, la del representado. Si bien el principio general es que así sucede (artículo 2596 fracción III del Código Civil), es frecuente lo contrario, o sea, que la representación que se otorgó subsista y perdure después del deceso del representado.³²⁵

Desde luego, a pesar de dicha regla general, la propia ley civil establece otra: "debe el mandatario continuar en la administración, entretanto los herederos proveen por sí mismos a los negocios, siempre que de lo contrario (es decir, de no continuar el mandatario) pueda resultar algún perjuicio" (artículo 2600 del Código Civil). Se puede considerar que después de muerto el representado, su representante aún vela por los intereses que le encomendara y la responsabilidad de éste subsiste ahora frente a la sucesión de aquél.

En materia de representación comercial ligada con un mandato mercantil o una comisión, no rige la regla del artículo 2595 fracción III del Código Civil; por lo contrario, se establece el principio opuesto: "por muerte o inhabilitación del comitente no se rescindirá (*rectius*: no se extinguirá) el contrato de comisión" (artículo 308 del Código de Comercio); y en materia de representa-

³²⁵ Mantilla Molina, *cit.*, núm. 219, p. 518 y Mossa, *cit.*, I, p. 517.

ción institoria, igualmente, se considera que no por la muerte del principal, sino sólo por revocación o enajenación de la empresa (artículo 319), puede éste dar por terminada su relación factoril.³²⁶

No creemos justificada la regla del artículo 308 que sin razón alguna establece para la representación comercial un principio opuesto al civil: en ambos casos existe una institución semejante, basada en la confianza recíproca, en el interés personal de las dos partes y en las relaciones personales que existen entre ellas, tanto para dar instrucciones como para recibirlas. En ambos casos, asimismo, existen sólo los intereses privados de las dos partes y ninguno público —en general— que pudiera perjudicarse con la terminación de la relación por muerte del mandante (salvo el caso de excepción previsto en el artículo 2600 del Código Civil antes citado), dado que la ley provee al nombramiento del albacea como representante de la sucesión (artículos 1681 y siguientes del Código Civil).

Caso distinto es el del factor quien, como dijimos, está vinculado a la empresa tanto como al empresario. Si éste falta pero subsiste aquéllo, su representación perdura, porque es de interés público (para herederos del empresario, trabajadores, acreedores de la empresa, proveedores, suministradores y clientes de ésta), la conservación de la empresa, que muchas veces sólo se logra con la permanencia de su gerente, director o representante general, después de que muera el empresario o titular.³²⁷

Por último, tratándose de la "muerte" de la sociedad, o sea, su liquidación, continua, como es natural, el órgano de administración, que sólo se encargará de dar fin al ente, satisfaciendo a deudores y socios (artículo 233 de la Ley General de Sociedades Mercantiles); el o los administradores, que pudiéramos decir *in bonis*, son sustituidos por el o los liquidadores; y también en este caso, como en el de muerte del mandante, los efectos, los deberes y las obligaciones de los anteriores administradores subsisten, hasta que el nombramiento de los liquidadores se haya inscrito en el Registro de Comercio y entren en funciones (artículo 237 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). En el caso de liquidación de sociedades, en relación al problema de la representación que estudiamos, para cualquier tipo de sociedades (es decir, incluso para la anónima) la ley atribuye la representación social al órgano de liquidación, ya que en forma muy clara el artículo 235 establece que "La liquidación estará a cargo de uno o más liquidadores, quienes serán representantes legales de la sociedad . . ."; lo que está de acuerdo con las funciones y facultades que se

³²⁶ De acuerdo, Mantilla Molina, *cit.*, núm. 219, p. 158 y Mossa, *cit.*, núm. 631, p. 517.

³²⁷ En este sentido, Mossa, *cit.*, 1, núm. 631, p. 517; De Semio, *cit.*, pp. 770 y ss.

atribuyen a dichos liquidadores (artículo 242 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

35. Enajenación de la empresa, respecto a la representación del factor

Caso especial de extinción de la representación, es el previsto para los factores por el artículo 319 del Código de Comercio: sus facultades, dice, se entienden subsistentes mientras no se enajene la empresa a su cargo. Esto quiere decir, que la enajenación de la empresa acarrea, normalmente, la terminación de la representación del factor;³²⁸ y por supuesto, por mayoría de razón, la extinción de la empresa también plantea la extinción de la representación insititoria.³²⁹

La razón o motivo de la disposición contenida en el artículo 319 del Código de Comercio, no es clara, ni la norma está exenta de críticas. Si para explicar la representación del factor acudimos a la teoría orgánica de Mossa,³³⁰ que vincula aquél con la empresa de manera indisoluble, cosa por lo demás que claramente se desprende de la definición legal del factor que da nuestro Código de Comercio (artículo 309), no se ve por qué y para qué ha de terminar la relación del factor, en los casos en que se enajene o trasmita la negociación. Ni tampoco se justifica la disposición si se quiere vincular al factor con el empresario, más que con la empresa; por el carácter personal y fiduciario de la relación factoril, y porque, en todo caso, el factor es elemento muy importante de la negociación, tanto en interés de ésta como, sobre todo, de los terceros conectados con ella, se justifica que subsista el mismo representante general, salvo que el nuevo empresario lo sustituya. Es decir, el principio debía ser el opuesto: en caso de enajenación de la empresa los poderes conferidos al factor se estimarán subsistentes mientras no se haga nuevo nombramiento o expresamente se procediere a revocarlos.³³¹

La disposición, no obstante, impone la terminación de la representación del factor al trasmitirse la negociación, y ella es tanto más desafortunada e inconveniente, cuanto que de acuerdo con una interpretación clara y elemental del artículo siguiente (320 del Código de Comercio), no se requiere la inscripción en el Registro de esta causa de terminación para que surta efectos contra terceros. ¿Es posible afirmar que cualquier negocio traslativo de la empresa, inclusive realizado privadamente, puede y debe reputarse conocido de terceros, para que les sea oponible en cuanto a la extinción de la representación

³²⁸ De acuerdo, Mantilla Molina, *cit.*, núm. 219, p. 158.

³²⁹ De acuerdo con esta causa de extinción, pero no con aquélla, Mossa, *cit.*, I, núm. 631, pp. 516 y ss.

³³⁰ Véase, por ejemplo, *ob. cit.*, p. 493.

³³¹ De acuerdo, Mossa, *cit.*, I, núm. 631, p. 516.

del factor? Sería absurdo sostenerlo, pero a ello equivalen los términos del artículo 320 citado.³³²

36. Incapacidad del representado o del representante

La incapacidad legalmente declarada del representante, cualquiera que sea la fuente de la representación, da fin y término a los poderes o facultades que le hayan sido conferidos;³³³ esto es consecuencia de un principio de la representación, que la doctrina moderna acepta —contra la tesis de Savigny— o sea, que el negocio se celebra por el representante, aunque surta efectos en el patrimonio del representado, por lo que se requiere la voluntad exenta de vicios de aquél, y que él obre con la capacidad jurídica necesaria para la cele-

³³² La crítica expuesta, quizás ha llevado a Mantilla Molina, *cit.*, núm. 219, p. 158, a exigir la inscripción en el Registro tanto del caso de revocación de la factoría como de la enajenación de la empresa, para que surta efectos frente a terceros. A esto podría llegarse teniendo en cuenta los efectos del Registro de Comercio y de la publicidad mercantil, como parece ser la opinión del propio Mantilla Molina, al invocar el art. 17 frac. II del Código de Comercio, en apoyo de esa opinión suya que desgraciadamente no compartimos. Es difícil escapar del texto y del sentido lógico y jurídico de los arts. 319 y 320: el primero, indica que los poderes del factor terminan con su revocación, o al trasmitirse la empresa a la que dicha persona pertenece; el 320, respecto a la situación del principal o representado, establece que permanece obligado frente a terceros, "mientras no llegue a noticia del factor la revocación del poder o la enajenación del establecimiento o empresa de que estaba encargado"; pero en cambio, respecto a terceros, se limita a exigir la inscripción de la revocación, no la de la enajenación, para que los actos y contratos ejecutados por el factor sean válidos. Luego no serán válidos frente a terceros los actos ejecutados por el factor cuando la negociación de que forma parte se hubiera enajenado, independientemente del conocimiento de tal hecho por parte de terceros, y de que éste se hubiera inscrito. Por otra parte, los actos de enajenación de empresas no están dentro de los enumerados en el art. 21 del Código de Comercio, para los que se exige obligatoriamente su inscripción en el Registro de Comercio y si ésta no se realiza, son inoponibles frente a terceros (art. 26). Para otros actos que puedan inscribirse pero cuya inscripción sea potestativa (art. 31), no rige la sanción mencionada, que establece el art. 26.

³³³ Sobre este punto ver supra núm. 6. En el derecho extranjero, para hipótesis más amplias a esta de interdicción, o sea, para el problema delicado y discutible de la capacidad del representante como requisito para la validez y el ejercicio de la representación, véanse el art. 1990 del Código Civil francés: "Las mujeres y los menores emancipados pueden ser designados mandatarios, pero el mandante carece de acción contra el menor mandatario..."; en el derecho italiano anterior, el art. 1743 del Código Civil disponía lo mismo, pero el vigente art. 1398 sólo exige que el representante "tenga capacidad de entender y de querer... siempre que sea legalmente capaz el representado", y en la doctrina, Sconamiglio, *cit.*, núm. 20, pp. 72 y ss. y Pacchioni, *Se il minore emmancipato possa conchiudere come rappresentante atti eccedenti la semplice amministrazione*, en RDC, 1916, I, pp. 37 y ss., quien, a mi juicio sienta la tesis correcta y desde luego la aplicable a México: "el incapaz no puede ser representante...". En contra, admitiendo que de acuerdo con el Código Civil italiano de 1865 un menor no emancipado o un inhabilitado (pero nunca un interdicto, que es lo que analizamos en el texto y lo que prevé el art. 2595 del Código Civil para representado y representante) puedan ser representantes, Vivian-

bración y ejecución del negocio.³³⁴ Esto no impide, por supuesto, que los actos realizados por un menor, recaigan en el padre o tutor; pero aquí, estamos en presencia de una responsabilidad vicaria en la que se responde no en función de la representación, sino de la subordinación y de la patria potestad o de la tutela.

En nuestro derecho, para cierta clase de representación como la del factor, expresamente se requiere que éste tenga "la capacidad necesaria para obligarse" (artículo 310 del Código de Comercio),³³⁵ y para el mandato mercantil y comisión, tanto si el comisionista o mandatario obra a nombre del comitente como si obra a nombre propio, el artículo 308 del Código de Comercio prevé que la "inhabilitación del comisionista acarrea la rescisión del contrato".

En nuestra legislación civil, no existe precepto semejante a los artículos 1990 del Código Civil francés, 1716 del Código Civil español y 1743 y 1389 de los Códigos italianos; la regla general es que sólo las personas capaces (mayores de edad o menores emancipados) puedan tener la capacidad de ejercicio que se requiere para ser mandatarios y en general, representantes. Esta conclusión es tanto más valedera cuanto que nuestro Código vigente se ha apartado deliberadamente del sistema establecido en los mencionados códigos extranjeros, el cual, además, había sido acogido en parte, expresamente, en nuestro Código precedente, o sea, el de 1884, que en su artículo 2357 establecía un principio de excepción que ya no rige actualmente, a saber: "La mujer y los menores que pasen de 18 años pueden ser mandatarios; más para que el

te, *cit.*, núm. 251, pp. 306 y 309; Rocco, *cit.*, núm. 83, p. 289; Stolfi, *La capacità del rappresentante*, en *Annali della R. Università di Macerata*, vol. II, pp. 148 y ss. Brugi, *Della capacità giuridica dei rappresentante*, en RDC, 1916, I, pp. 429 y ss.; para otros derechos, apuntando la misma solución e igual tendencia de admitir que un menor puede ser representante. Müller-Freinfels, *Legal relations in The Law of Agency... cit.*, p. 204. Nattini, *cit.*, p. 45 mientras exige capacidad plena del representado, sólo establece la "capacidad natural" del representante. La doctrina de estos autores se puede sintetizar con las siguientes palabras de Vivante: "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"; *ob. cit.*, *loc. cit.*, y Brugi, *cit.*, p. 432. Sin embargo, si como el propio Vivante admite "el representante debe ser una persona dotada de discernimiento, capaz de determinarse racionalmente y por tanto no podría ejercer tal cargo un niño" *ob. cit.*, p. 306, no se ve como pueda un incapaz, no emancipado, que bien pudiera ser un niño, ser representante; y no da el derecho norma o criterio alguno para distinguir la edad o el discernimiento del menor a quien pudiera otorgarse la representación. Si no puede ser un niño, ¿puede ser un píber de 14 o 16 años? De aquí que nos atengamos a las reglas de la capacidad para el ejercicio de derechos: mayoría de edad o emancipación.

³³⁴ Pacchioni, *ibidem*.

³³⁵ En la doctrina, Tena, *cit.*, núm. 190, p. 370; De Semo, *cit.*, pp. 762 y ss.; Mossa, *cit.*, núm. 610, p. 501; Fanelli, *cit.*, p. 460.

contrato surta todos sus efectos, necesita la mujer la autorización expresa del marido y el menor la del padre o tutor".³³⁶

Con mayor razón debe tratarse de persona capaz, si el mandatario o apoderado (y desde luego, el comisionista mercantil) puede obrar a nombre propio, porque entonces se ostenta como interesado directo y como dueño del negocio, ocultando la representación, por lo que su voluntad y su capacidad se rigen por los principios generales de los contratos (Código Civil: artículos 1794 fracción 1, 1795 fracción 1, 1798 en relación con artículos 412 y siguientes; 641 y siguientes; 646 y siguientes).

Por otra parte, el artículo 2595 fracción IV dispone lo mismo que el 308 del Código de Comercio, o sea, que el mandato termina "por la interdicción de uno u otro", y aunque ambos preceptos sólo se refieren a la incapacidad general que deriva de interdicción legalmente declarada, por lo que podría pensarse que un menor no emancipado pudiere ser representante, lo cierto es que lo que dicho menor no puede hacer a nombre y por cuenta propia, es decir, como dueño o interesado directo, tampoco lo puede hacer por cuenta de otro, ya sea obrando a nombre ajeno, o a nombre del propio menor. Para eso, se necesitaría una autorización legal, como lo exige el artículo 1800 del Código Civil, por tratarse de un incapaz (artículos 646 y 647 del Código Civil), no emancipado (artículos 641 y siguientes del Código Civil y 7º del Código de Comercio) y en ausencia de ella, no puede actuar como representante.³³⁷

No es esta la solución en todos los países; por el contrario, la tendencia, tanto en los países de derecho escrito como de derecho consuetudinario, es mantener el requisito de la capacidad plena sólo en los casos de mandato, o sea, relación contractual, pero admitir y permitir que en la relación de representación el representante pueda ser un menor (nunca un interdicto, o un "incapaz físico o mental"), que a pesar de ello oblige al principal. "La justificación de esta idea tan generalizada consiste, dice Müller Freinfels, en que es el principal, por ser él quien escoge al agente, el que asume el riesgo de una representación inadecuada."³³⁸

Lo mismo debe decirse del representado. Debe ser persona capaz de obligarse, o "hábil para contratar", como dice el artículo 1800 del Código Civil.³³⁹ Consecuentemente, el menor de edad no emancipado, tanto en derecho civil como mercantil, no puede otorgar poder o representación alguna como se

³³⁶ Esta autorización expresa, en rigor, equivalía a una emancipación parcial, o a la "autorización de aquellos bajo cuya patria potestad o guarda estén", que para los comerciantes prevé el art. 6º del Código de Comercio.

³³⁷ Ver supra núm. 5.

³³⁸ *Legal relations in The Law of Agency... cit.*, p. 204 con referencias sobre el problema de la capacidad a diferentes sistemas legales.

³³⁹ Nattini, *cit.*, p. 4. Ver supra nota 333.

deriva de los artículos 1794 fracción I y 1795 fracción I del Código Civil; en el poder o procura se requiere, exclusivamente, como acto unilateral que es, la voluntad del representado y que ésta sea plena, es decir, que el representado sea capaz y su voluntad esté exenta de vicios;³⁴⁰ por otra parte, en materia civil la interdicción del representado ocasiona la terminación de los poderes o facultades conferidos (artículo 2595 fracción VI del Código Civil). En materia comercial, contrariamente, la interdicción del comitente o del principal en el contrato de factoría, no acarrea la terminación automática de la relación: subsiste hasta que el representante legal o tutor del interdicto, provea la continuación o la revocación de la comisión o de la factoría;³⁴¹ para los factores, además, la interdicción debe registrarse para que esta causa de terminación opere frente a terceros (artículo 320 *in fine*, por analogía con la revocación).

37. Declaración de ausencia del representado y del representante

La declaración de ausencia del representado es también una causa de terminación de su representación; y evidentemente, lo será la ausencia del representante (artículo 2595 fracción VI del Código Civil). En el primer caso, sin embargo, consideramos aplicables por analogía, en lo conducente, las normas y las afirmaciones que hemos hecho en supra núm. 34, en relación a la muerte del representado.

³⁴⁰ Nattini, *cit.*, pp. 161 y ss.

³⁴¹ Art. 308 del Código de Comercio.