

**MEMORIA EXPLICATIVA DE LA PROPUESTA PARA UN NUEVO TÍTULO XI  
DEL LIBRO QUINTO DEL CÓDIGO CIVIL**

*M<sup>a</sup> Carmen González Carrasco*

*Francisco Oliva Blázquez*

**ÍNDICE DEL ARTICULADO**

**TÍTULO XI**

**Contratos de gestión de negocios ajenos (mandato y comisión)**

**CAPÍTULO I**

**Concepto, extensión y límites**

Artículo 5111-1 *Concepto*

Artículo 5111-2 *Ámbito de aplicación*

Artículo 5111-3 *Perfección y capacidad*

Artículo 5111-4 *Forma*

Artículo 5111-5 *Objeto*

Artículo 5111-6 *Extensión y límites del mandato*

Artículo 5111-7 *Mandato y poder de representación*

Artículo 5111-8 *Mandato con representación directa*

Artículo 5111-9 *Mandato con representación indirecta*

Artículo 5111-10 *Conflicto de intereses*

Artículo 5111-11 *Terceros de buena fe y apariencia de representación*

**CAPÍTULO II**

**De los derechos y obligaciones del mandatario**

Artículo 5112-1 *Obligaciones generales*

Artículo 5112-2 *Deberes específicos*

Artículo 5112-3 *Obligación de actuar dentro de los límites del mandato*

Artículo 5112-4 *Obligación de rendición de cuentas y de restitución*

Artículo 5112-5. *Pacto de garantía*

Artículo 5112-6 *Suspensión de la ejecución del mandato*

Artículo 5112-7 *Subcontratación, sustitución y auxiliares*

Artículo 5112-8 *Aplicaciones de comisiones cruzadas*

Con formato: Derecha: 0,63 cm

Artículo 5112-9 *Derecho de retención*

### **CAPÍTULO III**

#### **De los derechos y obligaciones del mandante**

Artículo 5113-1 *Obligaciones del mandante*

Artículo 5113-2 *Remuneración*

Artículo 5113-3 *Provisión de fondos y reembolso de gastos*

Artículo 5113-4 *Indemnización de daños*

Artículo 5113-5 *No presunción de exclusividad*

Artículo 5113-6 *Uso indebido de los fondos recibidos*

### **CAPÍTULO IV**

#### **Extinción del mandato**

Artículo 5114-1 *Supuestos*

Artículo 5114-2 *Revocación y límites a la revocabilidad*

Artículo 5114-3 *Renuncia*

Artículo 5114-4 *Incapacidad y prodigalidad*

Artículo 5114-5 *Muerte del mandatario*

Artículo 5114-6 *Concurso*

Artículo 5114-7 *Efectos de la insolvencia en el mandato*

Artículo 5114-8 *Protección de terceros ante la extinción del mandato*

## **INTRODUCCIÓN**

## **LIBRO QUINTO**

### **TÍTULO XII**

#### **Contratos de gestión de negocios ajenos (mandato y comisión)**

Con formato: Derecha: 0,63 cm

## CAPÍTULO I

### Concepto, extensión y límites

Artículo 5111-1. *Concepto.*

1. Son contratos de mandato todos aquellos por los que una persona se obliga a realizar actos con eficacia jurídica frente a terceros por encargo de otra, por cuya cuenta actúa.
2. Cuando el mandato tenga por objeto la realización por el mandante de actividades de carácter mercantil, y el mandatario se dedique con carácter profesional a ejecutar encargos de otras personas o desarrolle su actividad habitual realizando negocios de la misma clase que el encargo recibido, el contrato se denomina comisión.

Artículo 5111-2. *Ámbito de aplicación.*

1. El presente título es de aplicación supletoria a los contratos por los que una persona se obliga a realizar una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, bien organizando para ello los medios adecuados, bien comprometiéndose a un resultado, sin realizar actos con eficacia jurídica frente a terceros por cuenta de aquélla.
2. El presente título es de aplicación supletoria a los contratos por los que un agente se obliga a promover contratos entre el principal y otra persona, a modo de intermediario independiente, en la medida en que el agente esté también autorizado para realizar actos jurídicos por cuenta de aquélla.
3. El presente título es de aplicación supletoria a la relación jurídica existente entre las personas jurídicas o entes organizados y sus administradores y titulares de órganos de representación.
4. Este Título no es aplicable a los mandatos que tengan por objeto servicios y actividades de inversión regulados por una normativa específica.

Artículo 5111-3. *Perfección y capacidad del mandatario.*

1. La perfección del mandato requiere la expresión del encargo conferido por el mandante y la aceptación por parte del mandatario.
2. La capacidad para actuar como mandatario es la correspondiente al grado de intervención que el mandatario ha de tener en la formación y ejecución del contenido del acto o negocio jurídico objeto del encargo, sin perjuicio de lo

Con formato: Derecha: 0,63 cm

dispuesto para los administradores de entes colectivos en la legislación especial.

Artículo 5111-4. *Forma.*

1. Tanto el encargo como la aceptación pueden manifestarse de cualquier forma expresa, incluida la verbal, o de forma tácita, con independencia de las facultades que en él se atribuyan, y sin perjuicio de los requisitos documentales del poder de representación exigidos por la legislación especial.

2. Será acto concluyente de aceptación por parte del mandatario el inicio de las gestiones conducentes a la realización del encargo recibido, sin perjuicio del deber del mandatario profesional y el comisionista de aceptar el mandato a la mayor brevedad posible.

Artículo 5111-5. *Objeto.*

1. El mandato puede tener por objeto cualquier clase de negocio o acto jurídico con eficacia frente a terceros que, no siendo personalísimo, admita ser realizado por persona distinta de su titular.

2. Salvo que una norma exija que un acto sea objeto de un mandato específico, el encargo puede singular o plural, y en ambos casos, por un período de tiempo determinado o indefinido.

3. El singular comprende uno o varios actos jurídicos específicos, con indicación del tipo negocial, las facultades conferidas y el bien afectado por la actuación del mandatario. El plural comprende un conjunto de ellos delimitados en relación con un determinado ámbito patrimonial o de actividad del mandante.

4. En el mandato plural, el mandante habrá de expresar la extensión y alcance de las facultades de actuación atribuidas al mandatario conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 5111-6. *Extensión y límites del mandato.*

1. El mandatario debe ajustarse a los límites de la autorización conferida de acuerdo con lo dispuesto en los apartados siguientes.

2. El mandato que, en relación con su objeto, no exprese las facultades conferidas al mandatario, se entiende limitado a los actos de administración ordinaria relacionados con aquél.

3. La concesión de facultades para realizar negocios gratuitos, así como para los que impongan al representado prestaciones de carácter personal y para transigir, celebrar convenios arbitrales, designar árbitros, enajenar, gravar o

Con formato: Derecha: 0,63 cm

realizar cualquier otro acto de disposición o de riguroso dominio ha de constar de forma expresa.

4. Frente a terceros de buena fe, las anteriores facultades se consideran incluidas en los mandatos que contengan enumeración extensa y pormenorizada de facultades de naturaleza dispositiva, sin necesidad de concreción del acto singular para el que se otorguen, a salvo las acciones del mandante contra el mandatario.

5. La autorización para actuar se entiende implícita en todos los actos necesarios para la correcta ejecución del encargo por parte del mandatario, así como a aquellos actos que permitan una ejecución más ventajosa para el mandante. En particular, las facultades de administración se extienden a todos los actos necesarios para llevar cabo la explotación ordinaria de los bienes objeto del encargo.

#### Artículo 5111-7. *Mandato y poder de representación.*

1. El mandante puede otorgar un poder mandatario para actuar en su nombre (mandato con poder de representación directa), o autorizarlo únicamente para actuar en nombre propio, pero por cuenta suya (mandato representativo indirecto).

2. El mandato también es con representación directa cuando la identidad del principal representado no se conozca en el momento mismo en que actúa el mandatario, si se acuerda que ésta se conocerá con posterioridad.

3. Cuando el mandatario actúe en su propio nombre pero, en virtud del objeto del contrato o de otras circunstancias, los terceros conozcan o no puedan desconocer que el mandatario actúa por cuenta del mandante, se aplican las reglas de la representación directa.

4. Las reglas establecidas en los tres artículos siguientes han de entenderse sin perjuicio de las relaciones internas entre mandante y mandatario.

#### Artículo 5111-8. *Mandato con representación directa.*

1. El mandante queda vinculado frente al tercero y tiene acción contra éste por las obligaciones derivadas del mandato ejecutado por el mandatario dentro de los límites de aquél. Si el mandatario actúa sin autorización o se exceda en los límites de la misma, sus actos no vinculan al mandante, salvo que éste ratifique la actuación expresa o tácitamente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5111-11. Mientras ello no ocurra, tanto mandante como tercero pueden dejar sin efecto el acto realizado.

2. El mandatario que actúa en nombre del mandante o en asuntos conocidamente propios de éste conforme al artículo 5111-7.3, no quedará obligado frente a la persona con quien contrata salvo que se obligue a ello

Con formato: Derecha: 0,63 cm

expresamente frente al tercero, o, en los casos en que el deber de identificar al mandante se haya previsto para un momento posterior, incumpla dicho deber en un plazo razonable tras el requerimiento en tal sentido por parte del tercero.

3. El mandatario que actúa en nombre o por cuenta de otro sin su autorización responde frente al tercero de buena fe por los daños y perjuicios consistentes en el interés positivo o de confianza en la eficacia de la actuación llevada a cabo por aquél.

*Artículo 5111-9. Mandato con representación indirecta.*

1. Cuando el mandatario actúe en su propio nombre y el tercero ignore y no pueda razonablemente conocer que actúa por cuenta del mandante, quedará obligado directamente frente al tercero en virtud del acto o negocio jurídico celebrado.

3. El mandante no tiene en este caso acción contra el tercero, pero quedará obligado frente a éste desde que se ponga de manifiesto que el negocio se celebró por cuenta suya. En este caso, el mandante podrá oponer al tercero las excepciones que tuviera frente al mandatario.

4. En el caso de que el mandatario al que se refiere el apartado 1 de este artículo sobrepase los límites del mandato:

a) el mandante no quedará obligado frente a éste salvo que ratifique expresa o tácitamente la gestión

b) el tercero puede optar por el exigir al mandatario el cumplimiento de las obligaciones contraídas o, si ello fuera imposible, por exigir del mandatario una indemnización basada en el interés de confianza depositada en la eficacia del contrato.

*Artículo 5111-10. Conflicto de intereses.*

1. Se presume que hay conflicto de intereses cuando el mandatario ha celebrado un negocio jurídico consigo mismo por su propia cuenta y cuando ha actuado a la vez por cuenta de otro.

2. El mandante puede anular el contrato celebrado por el mandatario por cuenta suya cuando haya un conflicto de intereses entre éste y aquél que el tercero conocía o no podía ignorar. Sin embargo, el mandante no podrá anular el contrato:

a) Si lo hubiera consentido expresamente.

b) Si el mandatario le hubiera informado previamente y aquél no hubiera opuesto objeción dentro de un plazo razonable, y en todo caso si no hubiera podido ignorar el modo de actuar del mandatario.

c) Si el mandato se hubiera otorgado a favor de mandante y mandatario.

Con formato: Derecha: 0,63 cm

d) Si el mandato se ejecuta en el marco de un mercado oficial o reglamentado

e) Si tuviese instrucciones precisas y concretas del mandante para su realización.

3. Si el mandante es un consumidor, el consentimiento y la información a que se refieren los subapartados a) y b) del inciso anterior no podrán obtenerse por defecto ni a través de la aceptación de condiciones generales de la contratación.

*Artículo 5111-11. Terceros de buena fe y apariencia de representación.*

Sin perjuicio de las reglas contenidas en los artículos anteriores, el mandante no puede desvincularse de un acto que una persona, actuando como mandatario en su nombre o por cuenta suya, realice frente a terceros de buena fe que hayan confiado de forma razonable en la apariencia de mandato o de sujeción del mandatario a los límites del mandato, teniendo en cuenta los actos o manifestaciones del mandante.

En este caso, el tercero tendrá acción contra el mandante y, de forma solidaria, contra el mandatario que no haya actuado de buena fe, sin perjuicio de las relaciones internas entre ambos.

## MEMORIA EXPLICATIVA DEL CAPÍTULO I

*a) Consideraciones generales sobre el concepto y el ámbito de aplicación de la regulación del mandato.*

La regulación que se propone parte de la tradicional consideración del contrato de mandato como marco general de todos los contratos de gestión. Partimos de un cambio sustancial en el tradicional elemento de gratuidad del contrato. No existen razones para seguir manteniendo un tipo general que sólo sería aplicable a un reducto muy poco significativo de relaciones jurídicas. En la regulación que se propone, la gratuidad se configura como especialidad, y como tal, se especifican sus consecuencias cuando este carácter varía la solución general, que parte del carácter remunerado de la actividad del mandatario.

En nuestra propuesta se aclara asimismo que el objeto del mandato no es simplemente “hacer alguna cosa”, sino que el acto realizado ha de tener eficacia jurídica frente a terceros, sin perjuicio de que a otros contratos que tienen por objeto la realización de actos materiales sin dicha eficacia le sea aplicable la regulación del Título XI de forma supletoria.

El contrato de comisión es objeto de regulación en este título, como modalidad del contrato de mandato caracterizado por su objeto. Además, la mayoría de las soluciones previstas actualmente para el contrato de comisión son

Con formato: Derecha: 0,63 cm

adecuadas para el mandato en general, una vez eliminado el carácter gratuito como rasgo esencial. Por ello, no hay necesidad de una regulación separada, sin perjuicio de las especialidades que se hacen constar en su lugar correspondiente.

Los contratos de servicios y de obra están regulados en otras partes de la propuesta, el de agencia se ha excluido de regulación en este Código, y la relación de los administradores de las personas jurídicas y entes colectivos es, sobre todo en el ámbito societario, objeto de una detallada regulación especial. A todos ellos se aplica de forma supletoria la regulación contenida en este título.

Los contratos y actividades de intermediación en servicios de inversión son objeto de una profusa reglamentación administrativa. Ello, y la incorporación de elementos del orden público económico aconseja su exclusión de este título de acuerdo con la totalidad de los textos de referencia, sin perjuicio de que los tribunales apliquen algunos preceptos por analogía en los casos en que no pueda encontrarse una solución en la normativa específica que los regula.

#### *b) Perfección y forma*

En la capacidad de las partes, se introduce la necesidad de que la capacidad se enjuicie en relación con el acto objeto del mandato. Además, en consonancia con la aplicación supletoria que se predica respecto de los órganos de administración de entes y personas jurídicas, se deja una puerta abierta a la excepción (en un primer momento jurisprudencial y después legal (art. 213 TRLSC, Real Decreto Leg. 1/2010) de la capacidad del menor emancipado nombrado para llevar a cabo todos los actos incluidos en el objeto social en su función de administrador societario, al que en ese ámbito no se le aplicarían las limitaciones del actual artículo 323 CC.

En cuanto a la forma, con la frase “sin perjuicio de los requisitos documentales del poder de representación exigidos por la legislación especial” se coordina el actual art. 1.285 CC y otros que exigen determinada forma escrita o en documento público en la legislación especial (arts. 183 y 185 TRLSC, art. 16 LPH) con el carácter consensual y no sujeto a forma del contrato de mandato subyacente, sin perjuicio de la posterior coordinación con el grupo de trabajo que ha asumido la representación (Libro I). También se generaliza la regla vigente en el PCM (artículo 541-2.1) sobre el inicio de las gestiones por el comisionista como aceptación tácita del mandatario, en general, sin perjuicio del deber de aceptación pronta y expresa recogida para los mandatarios profesionales en el capítulo III.

#### *c) Objeto, extensión y límites del mandato.*

1º) La actual redacción de los artículos 1.712 CC y 1.713 CC, puesta en relación con el art. 1.710 CC, ha provocado un problema de interpretación que sigue ocupando a la doctrina, a la jurisprudencia y a la práctica notarial. Un

Con formato: Derecha: 0,63 cm

ejemplo de ello es la reciente STS 6.11.2013 (RJ 2013, 7261), que ha venido a cuestionar la eficacia de los apoderamientos generales con poderes amplios de disposición por considerar precisa la específica designación del sujeto y objeto. La propuesta aborda este problema de la siguiente forma:

Por una parte, el texto del artículo 5111-5 (Objeto), corrige la imprecisión de la nomenclatura “general-especial” del art. 1712 CC que tantos problemas ha ocasionado en su interpretación conjunta con el art. 1713 CC (general-expreso) e, indirectamente, con el art. 1.710 CC. Proponemos que el objeto es plural o singular, y ambos pueden serlo por tiempo determinado o indefinido. Esta última distinción no se establecía en la regulación del mandato, pero es necesaria a los efectos de determinar las nuevas consecuencias de la revocación y la renuncia (reguladas en el Capítulo IV).

En segundo lugar, el artículo 5111-6 (Extensión y límites del mandato) se evita la nomenclatura general-expreso del art. 1713 CC. Expreso es en nuestra propuesta contrario a tácito, no a específico o singular. Por lo tanto, pueden otorgarse facultades de disposición en general, siempre que se otorguen de forma expresa, incluso verbal, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación notarial.

En tercer lugar, en el artículo 5111-4 se intenta reconducir la doctrina del TS en cuanto a la insuficiencia de los poderes amplios de disposición para realizar actos de enajenación concretos a sus justos términos: dichos actos necesitan de mandato que los ampare en la esfera interna, con independencia de la amplitud de facultades de representación conferidas en el poder; pero la enumeración concreta de las facultades de disposición pone a salvo a los terceros de buena fe que contratan con el mandatario a título oneroso de la ineficacia de una actuación extralimitada.

Finalmente, en el artículo 5111-6 se añaden reglas provenientes de la regulación del contrato de comisión que vienen a completar la delimitación del ámbito de facultades conferidas al mandatario, algunas de las cuales se hallaban también dispersas en la regulación del contrato de mandato en el CC: la autorización para actuar se entiende implícita en todos los actos necesarios para la correcta ejecución del encargo por parte del mandatario (3:201.2 PECL), así como a aquellos actos que permitan una ejecución más ventajosa para el mandante (1.715 CC). En particular, se aclara que las facultades de administración se extienden a todos los actos necesarios para llevar cabo la explotación ordinaria de los bienes objeto del encargo para atajar las dudas doctrinales todavía existentes sobre los actos de naturaleza dispositiva requeridos por la explotación ordinaria de los bienes objeto del mandato.

#### *d) Relaciones entre mandato y poder de representación*

En este primer capítulo del Título XII también se aborda la eficacia del mandato en relación con los terceros que se relacionan con el mandatario, delimitando correctamente el ámbito de la representación directa y evitando la actual

Con formato: Derecha: 0,63 cm

dispersión y aparente contradicción entre los actuales artículos 1717 y 1725 CC. Para ello, se parte de la idea fundamental, recogida en el punto 3:102 PECL, en el punto IV. D. – 1:102 DFCR y en el propio artículo 1.725 CC, de que la actuación del mandatario en nombre del mandante equivale en sus efectos representativos directos a la actuación en nombre propio pero dando a conocer al tercero que actúa por cuenta de aquél. Este conocimiento puede derivar de una comunicación expresa (mandatario que actúa en concepto de tal, según la actual redacción del artículo 1725 CC) o del carácter notorio de la actuación por cuenta ajena (1717 II CC), siempre y cuando se acabe identificando al principal.

Se especifica que el mandatario que actúa responde directamente frente al tercero y que en este caso, el mandante carece de acción frente a éste. Pero el tercero podrá dirigirse también frente al mandante en la medida en que llegue a conocer que el negocio se celebró por cuenta suya, en cuyo caso el mandante podrá oponerle las excepciones que tuviera frente al mandatario.

Sin perjuicio de la aplicación de las reglas de la representación aparente, que ahora se especifican en el artículo 5111-11, el mandatario que actúa sin autorización o fuera de los límites del mandato responde siempre (tanto si el mandato es representativo como si no lo es) frente al tercero por los daños consistentes en el interés positivo o de confianza. Debe al tercero todo aquello que éste pudiera legítimamente esperar de la eficacia del contrato. Si el mandatario actuó en su propio nombre, puede optar por el interés de confianza o el cumplimiento en forma específica, en caso de que ésta sea posible sin la intervención del *dominus*.

#### e) *Conflicto de intereses*

Generalizando la regulación del PCM (artículo 541-8) se aborda la autoentrada del mandatario en el negocio objeto del mandato y el remedio de la anulabilidad frente al conflicto de intereses entre las partes (artículo 5111-10). Se han considerado adecuadas las causas objetivas previstas en el IV. D. – 5:101 DFCR y en citado artículo del PCM por las que el mandante no puede anular el contrato, frente a las causas basadas en los actos propios de las partes que se contemplan en los PECL (3:205). La protección del mandante que actúa como consumidor deriva de lo dispuesto en el punto IV. D. – 5:101 DFCR.

## CAPÍTULO II

### De los derechos y obligaciones del mandatario

Artículo 5112-1. *Obligaciones generales.*

1. El mandatario tiene la obligación de actuar conforme al contrato de mandato y de acuerdo con las instrucciones proporcionadas por el mandante. En ningún caso puede proceder en contra de una disposición expresa del mandante.

Con formato: Derecha: 0,63 cm

2. El mandatario debe cumplir sus obligaciones con la competencia y diligencia que el mandante tiene derecho a esperar en función de las circunstancias concretas del mandato.

3. Tratándose de un comisionista, tendrá que proceder de la forma más conforme a los usos aplicables y cuidando del negocio como propio.

*Artículo 5112-2. Deberes específicos.*

1. El mandatario, en el cumplimiento del mandato, tiene que observar los siguientes deberes específicos:

a) Deber de actuar con fidelidad y lealtad, guardando el correspondiente secreto.

b) Deber de informar al mandante sobre el progreso del cumplimiento del contrato y, en su caso, de la finalización de la tarea encomendada, comunicándole la identidad del tercero con el que se haya realizado el contrato proyectado si así lo solicita.

c) Deber de comunicar al mandante la existencia de un conflicto de intereses sobrevenido en los términos del artículo 5111-10 CC.

d) Deber de consultar y solicitar instrucciones al mandante. Si ello no fuere posible, tendrá que actuar basándose en las expectativas, preferencias y prioridades que podía razonablemente esperarse que el mandante tuviese, dadas la información e instrucciones de que disponía.

e) Deber de custodiar y conservar todos los bienes y efectos que posea en función del mandato.

f) Deber de actuar en interés del mandante.

g) Deber de continuar con la gestión encomendada en caso de extinción del mandato por las causas establecidas en las letras b), c), d), f) y h) del artículo 5114-1 CC.

*Artículo 5112-3. Obligación de actuar dentro de los límites del mandato.*

1. El mandatario debe cumplir sus obligaciones dentro de los límites del mandato. Únicamente puede sobrepasar dichos límites previa autorización del mandante o cuando, atendidas las circunstancias concurrentes, resulte necesario y razonable para salvaguardar sus intereses y no sea posible consultar previamente con el mandante.

2. El mandatario que se extralimite injustificadamente en el cumplimiento del mandato tendrá que responder por su incumplimiento frente al mandante, salvo que éste ratifique expresa o tácitamente lo realizado.

Con formato: Derecha: 0,63 cm

3. No se considerarán traspasados los límites cuando el mandato se hubiere cumplido de una manera más ventajosa para el mandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5111-6 5º CC.

*Artículo 5112-4. Obligación de rendición de cuentas y de restitución.*

1. El mandatario está obligado a rendir cuentas de su gestión sin demora injustificada, salvo que el mandante haya renunciado a tal derecho de forma expresa y una vez finalizado el contrato de mandato.
2. La rendición de cuentas tendrá que referirse tanto a la manera en que han sido ejecutadas las obligaciones derivadas del contrato de mandato, como a los gastos contraídos y al uso que se haya dado a los bienes y el dinero recibido.
3. El mandatario, una vez realizada la rendición de cuentas, deberá restituir sin demora injustificada al mandante todo lo que hubiere recibido en virtud del mandato.

*Artículo 5112-5. Pacto de garantía.*

1. El mandatario responderá del buen fin de las operaciones encomendadas cuando así lo establezca la ley, cuando se hubiere pactado expresamente o cuando resultare de los usos de comercio.
2. El mandatario, a pesar de no haber cumplido con el fin del mandato, conservará su derecho a la remuneración pactada si finalmente éste se logra en un plazo razonable a partir de la extinción de la relación de mandato y como resultado de sus previos esfuerzos.

*Artículo 5112-6. Suspensión de la ejecución del mandato.*

Si por circunstancias imprevistas la ejecución del mandato pudiera, a juicio del mandatario, ser arriesgada o perjudicial para los intereses del mandante, deberá suspender el desempeño de su encargo y comunicar a la mayor brevedad posible toda la información relevante a aquél para que, en su caso, proporcione nuevas instrucciones.

*Artículo 5112-7. Subcontratación, sustitución y auxiliares.*

1. El mandatario puede subcontratar a un tercero suficientemente competente para que ejecute la totalidad o parte de las obligaciones derivadas del mandato sin necesidad del consentimiento del mandante, salvo que en el contrato se haya exigido el cumplimiento personal. El mandatario responderá de la gestión llevada a cabo por el subcontratista.
2. El mandatario puede también acordar con un tercero suficientemente competente que le sustituya en la relación de mandato, previa autorización del mandante. Si el sustituto se ha nombrado sin el consentimiento del mandante

Con formato: Derecha: 0,63 cm

o, aun contando con su autorización, su designación quedó a la libre elección del mandatario, éste responderá de su gestión. Además, el mandante podrá dirigir su acción contra el sustituto.

3. Si el mandatario subcontrata a un tercero o nombra a un sustituto en contra de la prohibición expresa del mandante, serán consideradas como nulas las gestiones realizadas por estos, sin perjuicio de su posible ratificación. El mandante podrá también dirigir su acción contra el sustituto.

4. El comisionista podrá servirse de auxiliares en el desempeño de la comisión.

#### Artículo 5112-8. *Aplicaciones de comisiones cruzadas.*

El comisionista, salvo prohibición expresa, podrá realizar aplicaciones de los mandatos cruzados que hubiese recibido de distintos comitentes, manteniendo el derecho a percibir la comisión acordada por cada uno de los encargos.

#### Artículo 5112-9. *Derecho de retención.*

El mandatario tiene derecho a retener en garantía los bienes que posea por razón del mandato hasta la completa satisfacción de la remuneración, gastos e indemnización de daños que el mandante deba abonarle.

## MEMORA EXPLICATIVA DEL CAPITULO II

El capítulo II regula los derechos y obligaciones del mandatario, integrando en todo momento las singularidades propias relativas al comisionista con el objeto de alcanzar un régimen jurídico uniforme. No obstante, se han reconocido de forma separada algunas singularidades propias del contrato de comisión, como las aplicaciones cruzadas o el deber de actuar de conformidad con los usos comerciales.

Comienza distinguiéndose entre las obligaciones generales (artículo 5112-1), relacionadas con el cumplimiento de la obligación principal, y los deberes específicos (artículo 5112-2), vinculados a la conducta que el mandatario debe observar durante el cumplimiento del mandato. Estos deberes son muy importantes para la correcta ejecución del contrato, y por eso se ha considerado que es mejor opción la de enumerarlos en un precepto único que la de entenderlos subsumidos en una norma genérica o en el deber general de actuar de buena fe.

Las obligaciones generales son dos: por un lado, actuar conforme al mandato y de acuerdo con las instrucciones y directrices que el mandante le haya dado (actual art. 1719 I CC; art. IV.D.- 4:101 DCFR); por otro lado, tiene que actuar con la suficiente competencia y de forma diligente (el art. 1719 II CC se refiere a la actuación de acuerdo con el estándar del buen padre de familia, criterio que debe superarse; *vid.*, art. IV.D.- 3:103 DCFR). Además, se aclara que en

Con formato: Derecha: 0,63 cm

ningún caso puede proceder el mandatario en contra de una disposición expresa del mandante (art. 541-4.2 PCM). Tratándose de un comisionista, tendrá que actuar de la forma más conforme a los usos aplicables y a las exigencias de la buena fe, cuidando del negocio como propio (art. 541.4.4 PCM).

Los deberes específicos se enumeran en el artículo 5112-2, y en general se derivan del principio general de buena fe y lealtad. Además algunos de ellos aparecen expresamente en el CC (art. 1720 CC, relativo al deber de comunicación), en otras normas (arts. 225 a 236 Real Decreto Ley 1/2010, de 2 de julio, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; arts. 255 y 260, y art. 288 Ccom.) y en el DCFR [deber de solicitar instrucciones (IV.D.- 4:102), de actuar en interés del mandante (art. IV.D.- 3:102), de información sobre el progreso del cumplimiento (art. IV.D.- 3:401), de comunicación de la identidad del tercero (art. IV.D.- 3:403) y de falta de tiempo para pedir instrucciones (art. IV.D.- 4:104)]. Se reconoce, como deber novedoso, el de comunicar al mandante la existencia de un conflicto de intereses sobrevenido en los términos del artículo 5111-10 CC.

El artículo 5112-3 contempla la obligación del mandatario de actuar dentro de los límites del mandato, y se introduce como novedad –procedente del artículo IV. D.– 3:201 DCFR– la posibilidad de extralimitación cuando sea imprescindible para salvaguardar los intereses del mandante y siempre y cuando concurren una serie de requisitos que pretenden reducir la licitud de la actuación extralimitada a los casos en que ningún mandante razonable dejaría de dar permiso al mandatario para hacerlo. En caso de extralimitación “injustificada”, el mandatario responderá ante el mandante por el incumplimiento, y sólo podrá exonerarse en caso de ratificación.

El deber de rendir cuentas sin demora es un elemento esencial del mandato (art. 5112-4). No obstante, se aclara, en línea con la jurisprudencia dominante, que el mandante puede renunciar expresamente a su derecho a exigir la rendición de cuentas una vez que se haya ejecutado el mandato [STS 25 enero 2008 (RJ 221, 2008)]. También se especifica en qué consistirá la rendición de cuentas (art. IV.D.-3:402 (2) DCFR).

El artículo 5112-5 contempla el llamado “pacto de garantía”, mediante el que se asegura la conclusión de las operaciones encomendadas, convirtiéndose el deber del mandatario en una obligación de resultado. Aunque es una figura normalmente regulada en el ámbito mercantil (arts. 541-10 PCM y 272 del Cco.) no se aprecia ningún inconveniente para extenderla al mandato civil siempre y cuando se hubiere pactado. Aunque el PCM no lo contempla, se establece que es posible que el mandatario cobre lo pactado, a pesar de no haberse cumplido el fin del contrato, si posteriormente éste se alcanza como resultado de sus esfuerzos y en un plazo razonable (art. IV.D.- 2:102 (5) DCFR).

A continuación, el artículo 5112-6 recoge el supuesto de la posible suspensión de la ejecución del mandato cuando resultare arriesgado o perjudicial para los

Con formato: Derecha: 0,63 cm

intereses del mandante (artículo 541-4.3 PCM).

El artículo 5112-7 aborda el problema del nombramiento de un sustituto y de la posible responsabilidad del mandatario en tal caso. Es sabido que el actual artículo 1721 CC contempla el supuesto de la transmisión del mandato, en el que el mandatario queda desligado definitivamente del contrato realizado. Sin embargo, la jurisprudencia reconoce igualmente la posibilidad de la delegación o subapoderamiento, caracterizada por el hecho de que el mandatario mantiene su responsabilidad por no haberse desvinculado del contrato de mandato. El precepto propuesto pretende aunar ambos supuestos. El primer párrafo se refiere a la delegación propiamente dicha, si bien, se ha optado por emplear el término “subcontratación”, en línea con lo establecido en el DCFR (art. IV. D. – 3:302). La regla general que se establece es que el mandatario puede designar libremente –sin autorización previa- a un subcontratista para que ejecute el mandato siempre y cuando sea competente y, además, el mandato no exija un cumplimiento personal. El segundo párrafo se refiere a la sustitución, entendida como transmisión o cesión completa de la posición contractual, lo cual exigirá la lógica autorización del mandante (en este sentido, art. 1227 PMCC). Si no existiera tal autorización o la designación quedara a la elección del mandatario, persistirá su responsabilidad (art. 261 Ccom. y art. 541-5 PCM.). También se prevé que el comisionista pueda nombrar a un auxiliar (art. Artículo 541-5. PCM; art. 261 Ccom).

Asimismo, se incluye una norma destinada de forma específica para los comisionistas (art. 5112-8), bajo el título de “aplicaciones cruzadas”. La regla se inspira en el artículo 541-9 PCM, si bien, mientras éste restringe de manera injustificada el supuesto a las compras y ventas cruzadas, aquí se amplía a cualquier tipo de negocio contemplado en el mandato.

Finalmente, se regula el derecho de retención. El Código civil contempla esta figura en sede de obligaciones del mandante (art. 1730 CC), pero parece más correcto hacerlo en el capítulo relativo a los derechos y obligaciones del mandatario. Por otro lado, se introducen algunas modificaciones importantes: no se habla de “retener en prenda”, sino de derecho de retención, en línea con la doctrina más relevante y cierta jurisprudencia clásica [STS 24.6.1941 (RJ 1941, 758); en contra, STS 7.7.1987 (RJ 1987, 5185)]; por otro lado, el artículo 1730 CC circunscribe el derecho de retención a la “indemnización y reembolso”, pero ahora, puesto que presumimos la onerosidad en los contratos en que intervengan mandatarios profesionales (la inmensa mayoría), se extiende el derecho de retención a la retribución (art. 276 Ccom. en sede de comisión y art. 541-11 PCM).

Conviene, por último, aclarar que la cuestión de la pluralidad de mandatarios, que se resuelve en el actual artículo 1723 CC mediante la regla contraria a la presunción de solidaridad, no se ha tratado. La razón es que, amén de que la profesionalización del mandato aconsejaría la aplicación del régimen de solidaridad, tal y como ocurre actualmente con los mandatarios mercantiles (solidaridad tácita en sede jurisprudencial; art. 415.1 PCM), el moderno

Con formato: Derecha: 0,63 cm

derecho de la contratación apuesta en general por la presunción de solidaridad (art. 1122 PMCC; 10:102 PECL; III.-4:103 DCFR), por lo que entendemos que ya no está justificado conservar esta singularidad.

### CAPÍTULO III

#### De los derechos y obligaciones del mandante

Artículo 5113-1. *Obligaciones del mandante.*

1. El mandante debe asumir las obligaciones que el mandatario haya contraído en cumplimiento del mandato. Si el mandatario se hubiere extralimitado será de aplicación lo establecido en el artículo 5111-6.1 CC.
2. Asimismo, tiene la obligación de cooperar con el mandatario, proporcionándole toda la información e instrucciones necesarias para que éste pueda cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de mandato.

Artículo 5113-2. *Remuneración.*

1. El mandante debe pagar una retribución al mandatario profesional que opere en el ámbito de su actividad económica habitual, a menos que esperase o pudiese razonablemente haber esperado que cumpliera sus obligaciones de forma gratuita.
2. A falta de acuerdo sobre la cuantía y forma de la remuneración, se estará a lo establecido por la ley así como a las prácticas y usos del lugar donde se cumpliera el mandato.
3. Se presumirá, salvo pacto expreso en contrario, que la remuneración incluye el reembolso de los gastos contraídos.
4. La remuneración, salvo pacto expreso en contrario, se devengará desde el momento en que el mandatario hubiera ejecutado o debido ejecutar el acto objeto del mandato, y será exigible una vez haya rendido cuentas de su gestión.
5. Cuando la tarea encomendada no ha podido ser completada pero las partes pactaron el pago de una retribución por los servicios prestados, el mandatario podrá exigir su satisfacción cuando haya rendido cuentas del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de mandato.

Artículo 5113-3. *Provisión de fondos y reembolso de gastos.*

1. El mandante deberá anticipar al mandatario que lo solicite las cantidades necesarias para el cumplimiento del mandato. Si el mandante no satisface la provisión de fondos el mandatario no tendrá la obligación de comenzar con la gestión encomendada.

Con formato: Derecha: 0,63 cm

2. Si el mandato es gratuito o las partes han acordado expresamente que los gastos se pagarán separadamente de la remuneración, el mandante deberá reembolsar al mandatario los gastos razonables que haya contraído en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de mandato, salvo en aquellos casos en los que no se haya logrado el resultado previsto por culpa del mandatario.

3. Si el mandato es remunerado y el resultado del que depende la retribución no se ha logrado, el mandatario tiene derecho al reembolso de los gastos aún cuando la tarea encomendada no haya sido completada.

4. El reembolso es exigible una vez se haya dado cuenta de los gastos, e incluye a los intereses legales generados desde el momento en que se anticipó el pago hasta su completo reintegro.

#### Artículo 5113-4. *Indemnización de daños.*

El mandante deberá indemnizar al mandatario por los daños y perjuicios que, sin su culpa, le haya causado el cumplimiento del mandato gratuito.

#### Artículo 5113-5. *No presunción de exclusividad.*

1. El mandante, salvo pacto expreso en contrario, puede celebrar, negociar o facilitar directamente el contrato proyectado en el mandato, o designar a otro mandatario para que lo haga.

2. Aunque el mandante u otra persona designada por él haya celebrado el contrato proyectado en el mandato, el mandatario tiene derecho a la retribución, o a parte de ésta, si los servicios prestados han contribuido a su celebración.

#### Artículo 5113-6. *Uso indebido de los fondos recibidos.*

Cuando el mandatario destine los fondos anticipados, así como cualquier otra cantidad percibida en virtud del mandato, a fines distintos de los propios del contrato, el mandante tendrá derecho a percibir tanto el capital como los intereses legales devengados desde el momento en que dispuso de los mismos de forma indebida.

### **MEMORIA EXPLICATIVA DEL CAPITULO III**

En el capítulo III se regulan los derechos y obligaciones del mandante. La primera regla, intitulada “Obligaciones del mandante” (art. 5113-1), reproduce parcialmente las palabras del art. 1727 CC. No obstante, la referencia a la liberación automática del mandante que contempla el Código civil para los casos de extralimitación es incorrecta, ya que el *domini negotii* suele quedar obligado frente a terceros por aplicación de la doctrina de la representación aparente. Por eso, en este aspecto nos remitimos al artículo 5111-6.1 CC (*Terceros de buena fe y apariencia de representación*). Por otro lado, el segundo párrafo reconoce el deber general que tiene todo mandante de

Con formato: Derecha: 0,63 cm

cooperar con el mandatario, otorgando instrucciones cuando sean necesarias, proporcionando información, contestando a sus preguntas y peticiones, etc. Aunque es un deber general de cualquier contratante, parece necesario especificarlo en este tipo contractual, por la especial importancia que tienen estos deberes (*vid.*, art. IV. D.- 2:201 DCFR).

El artículo 5113-2 elimina la presunción de gratuidad que el CC establece en su artículo 1711 I (siguiendo con el antecedente histórico del *Code civil*). Se propone en consecuencia que siempre que intervenga un mandatario profesional, “que cumpla las obligaciones en el ámbito de su profesión o actividad económica habitual” (art. IV.D. 2:102 DCFR), el mandante deberá satisfacer una remuneración, ya que cuando se implican mandatarios profesionales lo normal es que la ejecución del mandato se realice a cambio de un precio. No obstante, la obligación de retribuir cede cuando el mandante esperase o pudiese razonablemente haber esperado que cumpliera sus obligaciones de forma gratuita. Esta regla se ha copiado literalmente del artículo anteriormente citado del DCFR, y mediante la misma se trata de exonerar del pago al mandante que, en función de las circunstancias concretas, esperaba que el mandatario ejecutase el contrato de manera gratuita y, de hecho, era razonable esperar que así fuese por la propia apariencia de los hechos y circunstancias concurrentes.

También se especifica que la remuneración incluirá el reembolso de los gastos que se generen durante la gestión (presunción *iuris tantum*). La razón reside en que en el tráfico económico normalmente se presume que la remuneración comprenderá por principio los gastos en que incurra el mandatario [así, art. IV.D.- 2:103 (a); en contra, no obstante, art. 541-13 PCM]. Por otro lado, la exigibilidad del pago se vincula a la concurrencia de dos elementos: por un lado, a que se haya realizado la tarea o gestión encomendada y, por otro lado, que haya llevado a cabo la conveniente rendición de cuentas. Lo relativo tanto al momento de devengo como a la cuantía y forma proviene de los artículos 541-12 PCM (comisión) y 542-14 PCM (agencia).

El artículo 5113-2 contempla igualmente el supuesto en el que la tarea no se haya podido concluir, pero las partes pactaron la satisfacción de la retribución por los servicios prestados (asesoramiento, asistencia, mediación, etc.). En tal caso, siguiendo lo establecido en el art. IV.D. 2:102 (2) DCFR, la retribución de tales servicios será exigible desde el momento de la rendición de cuentas. Incluso, podrá instarse el pago de toda la remuneración si los servicios prestados han contribuido a la posterior celebración del contrato proyectado.

A continuación se regula el derecho de reembolso y anticipación de los gastos del mandatario, como parte del principio de indemnidad. El artículo 5113-2 comienza reconociendo el derecho de anticipo de gastos o provisión de fondos, en términos muy similares a los del artículo 1728 CC actual. No obstante, se aclara, tal y como hace el artículo 250 CCo., que si el mandante no satisface la provisión de fondos no estará el mandatario obligado a iniciar las gestiones o, en otros términos, no incurrirá en mora (igualmente, art. 541-4 PCM).

Con formato: Derecha: 0,63 cm

El requisito esencial que debe concurrir para que puedan reembolsarse los gastos es el carácter gratuito del mandato o, en caso contrario, el pacto expreso en torno a su satisfacción separada de la remuneración [art. IV.D.-2:103 (2)]. Por otro lado, tiene que tratarse de gastos razonables, esto es, apropiados y necesarios para conseguir que el mandato llegue a buen fin. Además, se reconoce una excepción al derecho de reembolso: que no se haya logrado el resultado previsto por culpa del mandatario (actual art. 1728 II CC).

El tercer párrafo contempla un supuesto diferente: el mandato es remunerado, pero no se ha logrado el resultado del que depende el pago de la remuneración. En este caso, puesto que el mandatario no tiene derecho a remuneración (se emplea la palabra “del que depende” para señalar la supeditación del pago al resultado; suele darse en casos en que se incluye la cláusula “salvo buen fin”), tendría que soportar los gastos en que incurrió, cosa que parece injusta y contraria al principio de indemnidad. Por esta razón, se le reconoce, en línea con el artículo IV. D.- 2:103 (4) DCFR, el derecho al reembolso de los gastos incluso cuando la tarea no haya sido completada.

En el cuarto párrafo, tal y como hace el actual art. 1728 CC, se establece que el reembolso incluye los intereses (legales), y se aclara que es exigible desde el momento de la rendición de cuentas.

El artículo 5113-4 reproduce, como continuidad del principio de indemnidad, el derecho a la indemnización de daños y perjuicios de forma similar al art. 1729 CC. Ahora bien, se ha introducido una modificación notable: el derecho a la indemnización únicamente surge en caso de mandato gratuito. La razón reside en que el mandato remunerado conlleva implícitamente un reparto de los riesgos entre los contratantes en virtud del cual cada parte asume los posibles daños que pueda padecer, salvo que hayan sido generados por la otra parte, claro está (en contra, art. 541-13 PCM). En definitiva, los daños y perjuicios fortuitos debe soportarlos cada parte, salvo que el mandato sea gratuito, en cuyo caso la aplicación del principio de indemnidad obliga a la indemnización (en este caso, los riesgos se reparten en base al principio *ubi emolumentum ibi onus*, o principio de heteroeficiencia).

El artículo 5113-5 reconoce el principio de presunción de no exclusividad (IV. D. – 3:301 DCFR). Esta norma es lógica consecuencia del derecho que tiene el mandante a revocar el mandato mediante el simple nombramiento de un mandatario distinto para el mismo objeto (artículo 5114-2). No obstante, en los casos de no exclusividad, el mandatario tiene derecho a la retribución, o a parte de ésta, si los servicios prestados han contribuido a la celebración del contrato proyectado por el propio mandante o un tercero designado por él [art. IV.D.-2:102 (4) DCFR].

Finalmente, el mandante debe pagar intereses por el uso indebido de los fondos anticipados (art. 5113-6), norma que viene a reproducir, con otros términos, parte de lo establecido en el artículo 1724 CC. No obstante, por pura coherencia, en vez de referirnos a “usos propios” nos referimos a cualquier fin

Con formato: Derecha: 0,63 cm

diferente al propio del mandato. Igualmente, se aclara, tal y como hace el art. 264 CCom, que hay que devolver tanto el capital como los intereses legales.

## CAPÍTULO IV

### Extinción del mandato

Artículo 5114-1. *Supuestos.*

1. El mandato se acaba, además de por las causas generales de extinción de las obligaciones y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5114-8:

- a) Por su revocación en los términos del artículo 5114-2.
- b) Por renuncia del mandatario en los términos del art. 5114-3.
- c) Por la declaración de prodigalidad del mandante y por la incapacitación total o parcial sobrevenida del mandatario o del mandante en la medida en que afecte a la capacidad de obrar requerida para el acto objeto del encargo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5114-4.
- d) Por muerte del mandante, salvo que el mismo hubiera ordenado la continuación tras su fallecimiento, y sin perjuicio de lo dispuesto para el deber de continuación del mandatario en el capítulo II de este título.
- e) Por muerte del mandatario en los términos del artículo 5114-5.
- f) Por concurso del mandante o del mandatario en los términos previstos en el artículo 5114-6.

2. Cuando el mandato tenga por objeto un encargo dirigido a un profesional del sector de actividad objeto del encargo, o a un comisionista, la muerte o incapacitación del mandante no extinguirá el mandato, aunque podrán revocarlo sus herederos o representantes.

3. Cuando el objeto del mandato sea un mandato irrevocable en interés de un tercero, la muerte o incapacitación del mandante no extinguirá el mandato.

Artículo 5114-2. *Revocación y límites a la revocabilidad.*

1. El mandante puede revocar el mandato dado al mandatario en cualquier momento, aunque fuese para un periodo determinado o para un encargo específico, mediante notificación previa de la revocación al mandatario. También deberá notificarla a las personas concretas para las que se autorizó al mandatario a contratar conforme a lo dispuesto y a los efectos previstos en el artículo 5114-8.

La notificación de que se ha nombrado un mandatario distinto para el mismo objeto supone la revocación, salvo que el mandante establezca expresamente que el nombramiento del nuevo mandatario implica pluralidad de éstos.

Con formato: Derecha: 0,63 cm

2. Si un mandato ha sido conferido para el cumplimiento de una obligación del mandante con el mandatario distinta de las derivadas de la relación interna del mandato, con otros mandantes o con un tercero, no podrá ser revocado sin consentimiento de éstos, pero el mandante podrá resolver la relación de mandato:

a) si el mandatario ha incurrido en un incumplimiento esencial de las obligaciones establecidas en el contrato de mandato.

b) Si la relación subyacente se ha resuelto o resulta ineficaz por cualquier motivo.

c) Si hay un motivo extraordinario y grave para terminar la relación de mandato, sin perjuicio de la obligación del mandante de indemnizar los daños causados por la revocación si el motivo de la misma se produce en su esfera de control.

3. La revocación de un mandato retribuido celebrado para un período de tiempo determinado antes de que éste expire dará derecho al mandatario a la indemnización pactada o a la que corresponda según las normas específicas o los usos aplicables a la modalidad de colaboración existente entre las partes, salvo que exista justa causa de revocación imputable a la esfera de control del mandatario.

#### Artículo 5114-3. *Renuncia.*

1. El mandatario puede renunciar al encargo poniéndolo en conocimiento del mandante. Si éste sufre perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle de ellos el mandatario, salvo que el mandato sea gratuito o de duración indefinida, o la renuncia se deba a una justa causa de renuncia ajena a su esfera de control.

2. Todo mandatario, aunque renuncie al mandato con justa causa, debe comunicar su renuncia al mandante a la mayor brevedad posible y continuar la gestión de la actividad encomendada hasta la terminación de los negocios o contratos en curso. Salvo que recibiera instrucción del comitente en otro sentido, el mandato se considera vigente hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para suplir su falta.

3. También debe llevar a cabo los actos de subsanación y rectificación de otros anteriores llevados a cabo por él durante la vigencia del mandato a petición del mandante o de sus causahabientes.

#### Artículo 5111-4. *Incapacidad y prodigalidad.*

1. En el caso de incapacidad sobrevenida del mandante, no se extinguirá el mandato si aquél hubiera dispuesto su continuación o si el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste en un poder notarial o un documento de instrucciones

Con formato: Derecha: 0,63 cm

previas en el ámbito de la salud otorgado con las formalidades previstas en la ley.

2. En los casos anteriores, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse la tutela o en cualquier momento, de oficio o a instancia del tutor o del Ministerio Fiscal.

3. La declaración de prodigalidad del mandante extingue de forma automática el mandato, pero la del mandatario sólo constituye justa causa para su revocación.

#### Artículo 5114-5. *Muerte del mandatario.*

1. En caso de muerte del mandatario, el mandato se extinguirá salvo que se haya otorgado a una pluralidad de ellos, en cuyo caso continuará siendo ejercido por el nuevo mandatario señalado por el mandante.

2. En otro caso, los herederos del mandatario fallecido deben poner su muerte en conocimiento del mandante y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste en virtud de lo dispuesto en este Código para la gestión de negocios ajenos sin mandato.

#### Artículo 5114-6. *Concurso.*

1. El mandato se extingue desde la apertura de la fase de liquidación del concurso del mandatario, o del mandante, salvo que en una fase anterior se haya establecido dicha limitación a las facultades de cualquiera de ambos o se haya producido una revocación tácita derivada de las facultades de los administradores concursales sobre el patrimonio del mandante.

2. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la subsistencia de determinados mandatos que, por su naturaleza y cuantía o por constituir la forma o el objeto de realizar la actividad profesional o mercantil del mandante, se declaren subsistentes por la administración concursal en los términos previstos en la Ley Concursal.

#### Artículo 5114-7. *Efectos de la insolvencia en el mandato.*

1. La mera insolvencia del mandante o mandatario no extingue el mandato, pero permite a la contraparte alegarla como justa causa de renuncia o revocación a los efectos expresados en los artículos anteriores.

2. Si el mandatario que actúa en nombre propio resultare insolvente o incurriere o fuere manifiesto que incurrirá en un incumplimiento esencial frente al mandante o frente al tercero, éstos últimos podrán ejercitar entre sí las acciones que les corresponderían frente al mandatario, sin perjuicio del

Con formato: Derecha: 0,63 cm

derecho de la contraparte a oponer al reclamante las excepciones que podría haber opuesto contra aquél.

3. En los supuestos a los que se refieren los dos párrafos anteriores, el mandatario, a petición del interesado en ejercitar los derechos aludidos, deberá comunicar el nombre y domicilio del tercero o del mandante, según sea el caso.

4. El ejercicio de los derechos a que se refiere el apartado 2 de este artículo sólo es posible si previamente se ha notificado el propósito de hacerlo a las partes afectadas. Tras la recepción de la referida notificación, ni el tercero ni el mandante están facultados para liberarse de sus obligaciones pagando al mandatario.

#### Artículo 5114-8. *Protección de terceros ante la extinción del mandato.*

1. Lo hecho por el mandatario tras la muerte del mandante o una vez acaecida otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos en favor de los terceros a quienes no se les haya hecho saber, sin perjuicio de las acciones que procedan contra el mandatario que haya actuado a sabiendas de la extinción del mandato. También es válido y surtirá efectos en favor del mandatario si éste no conocía y no podía razonablemente conocer la causa de extinción del mandato.

2. Se entiende que el tercero y el mandatario tienen noticia de la extinción del mandato cuando se haya comunicado o hecho pública en la misma forma por la que se comunicó o se hizo público aquél.

3. El mandante no puede oponer la revocación del mandato frente a terceros de buena fe si no ha obtenido del mandatario la devolución del documento en el que consta aquél, salvo que el tercero que solo hubiera tenido conocimiento del mandato a través de la mera declaración del representante.

4. En todo caso, la extinción del mandato será siempre oponible al tercero que sea adquirente a título gratuito, sin perjuicio de la responsabilidad del mandatario frente a aquél.

5. Cuando el mandato se haya instrumentado en documento público, se estará a lo dispuesto en la legislación notarial.

### **MEMORIA EXPLICATIVA DEL CAPÍTULO IV**

#### *a) Consideraciones generales.*

La regulación propuesta para este capítulo se propone:

1. Completar las causas de extinción del mandato con algunas omisiones e imprecisiones puestas de manifiesto en la aplicación del artículo 1732 y ss. CC.

Con formato: Derecha: 0,63 cm

2. Introducir en la revocación del mandato por parte del mandante los necesarios ajustes derivados de la retribución del mandato, así como doctrina elaborada en torno a los mandatos conferidos en interés de sujetos distintos del propio mandante.
3. Reconducir la insolvencia y la prodigalidad al instituto de la revocación, lo que garantiza una mayor seguridad jurídica y una mejor adecuación a los intereses del mandante.
4. Aglutinar todos los actuales supuestos de protección de terceros que confían en la apariencia de vigencia del contrato en un solo artículo.

#### *b) Nuevos límites a la revocación*

La regla general de que el mandante puede revocar el mandato a su voluntad se sustituye por esta otra, recogida en el artículo 5114-2.1, según la cual, puede hacerlo en cualquier momento, con independencia de la duración y el objeto del contrato, pero sin perjuicio de los límites previstos en los apartados siguientes. La necesidad de notificar a las personas concretas para las que se autorizó al mandatario a contratar, cuya ubicación en el artículo 1733 CC podía malinterpretarse como un requisito de la revocación, se reconduce a los efectos protectores del tercero frente a la apariencia jurídica creada por el mandante, tal y como están previstos en el artículo 5114-8 de la propuesta.

En cuanto a los límites a la revocabilidad del mandato que introduce esta propuesta se han establecido combinando las soluciones adelantadas por los textos armonizados y las propuestas de regulación del mandato presentadas hasta la actualidad. El primero de dichos límites distingue dos situaciones en las que el carácter instrumental del mandato respecto del cumplimiento de obligaciones otras partes justifica la existencia de un mandato irrevocable. En el primer caso, el mandato sirve para cumplir una obligación previa del mandante frente al mandatario. La irrevocabilidad del mandato puede ser necesaria para salvaguardar dicho interés. En el segundo caso, el mandato persigue servir los intereses de varios "mandantes" y la irrevocabilidad es necesaria para salvaguardar los intereses de unos una relación subyacente entre el mandante y el mandatario u otras partes interesadas.

Se trata de supuestos que la doctrina considera de irrevocabilidad natural, y por lo tanto, no necesitada de pacto para ser alegada por los interesados en la subsistencia del mandato. Ante la doctrina contradictoria del TS en esta materia, creemos que es más acertado contemplar una irrevocabilidad natural, sin necesidad de pacto.

La duda suscitada entre las diversas soluciones adoptadas por los textos armonizadores y propuestas presentadas sobre la cuestión es si la irrevocabilidad significa obligación de indemnizar los daños o necesidad del consentimiento de la parte beneficiada por aquélla como requisito de eficacia de la revocación. En nuestra propuesta hemos optado por esta segunda solución (necesidad de consentimiento del interesado) sin perjuicio de la facultad de resolver en ciertos casos recogidos en el punto IV.D.-1:105 DFCR: si el mandatario ha incurrido en un incumplimiento esencial de las obligaciones

Con formato: Derecha: 0,63 cm

establecidas en el contrato de mandato, si la relación subyacente se ha resuelto o resulta ineficaz por cualquier motivo, o si hay un motivo extraordinario y grave para terminar la relación de mandato; si bien entendemos que dicha justa causa debe ser ajena a la esfera de control del mandante, puesto que de lo contrario generará obligación del mandante de indemnizar los daños causados por la resolución.

El segundo límite de la revocación se plantea cuando el mandatario es un profesional y el mandato se hubiera otorgado para un período de tiempo determinado. La consecuencia, aquí sí, es la obligación de indemnizar según las normas específicas o los usos aplicables a la modalidad de colaboración existente entre las partes, salvo que exista justa causa de revocación imputable a la esfera de control del mandatario.

El mandante no puede alegar la revocación de mandato frente a terceros si no ha obtenido del mandatario la devolución del documento que recoge su autorización para celebrar negocios jurídicos con aquéllos. Esta solución, ahora recogida en las reglas de protección de la apariencia del artículo 5114-8, es más adecuada que incluir la devolución del documento en los requisitos de la revocación. La solución del artículo 1733 CC perpetúa la tradicional confusión entre poder como documento y mandato.

#### *c) Causas de extinción del mandato distintas de la revocación*

El artículo 5114-1 y concordantes de la propuesta completan los supuestos de extinción del mandato actualmente recogidos en el artículo 1732 CC con las siguientes modificaciones:

1º) De acuerdo con la capacidad relativa a los actos objeto del mandato recogida como regla general en el capítulo I, la incapacidad total o parcial sobrevinida del mandatario o del mandante extingue el mandato en la medida en que las restricciones contenidas en la sentencia judicial afecten a la capacidad de obrar requerida para los actos objeto del encargo.

Además, en el artículo 5111-4 se introducen algunas puntualizaciones y novedades. En relación con la incapacidad del mandante, junto con la posibilidad que permite la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, plasmada en el art 1732 CC, se hace referencia a los documentos de instrucciones previas en materia de salud previstos en la Ley 41/2002, de Autonomía del paciente y en la normativa autonómica que resulte de aplicación. En segundo lugar, juntamente con la del tutor, se reconoce la legitimación del Ministerio Fiscal para dejar sin efecto el mandato así otorgado en beneficio del mandante incapaz.

2º) La declaración de prodigalidad del mandante extingue de forma automática el mandato, pero la del mandatario sólo constituye justa causa para su revocación. Consideramos que esto último constituye una protección suficiente para el mandante y es más respetuoso con la autonomía de la voluntad en este caso en que la declaración pretende salvaguardar un interés familiar ajeno al del mandante.

Con formato: Derecha: 0,63 cm

3º) En cuanto a la muerte del mandante, su eficacia como causa extintiva del contrato queda excepcionada en el caso del mandato *post mortem*. Se trata de una posibilidad ya admitida dentro del Derecho español, en la Ley 559 de la Compilación Navarra.

4º) Ni la muerte o incapacitación del mandante extinguen el mandato frente al mandatario profesional o comisionista (PCM, artículo 541-16; IV. D. – 7:102 DFCR), sin perjuicio de su revocación por parte de los herederos o representantes. Tampoco debe extinguirlo cuando se trate de un mandato irrevocable en interés de un tercero.

5º) En cuanto a la muerte del mandatario, se exceptúa como causa extintiva el supuesto en el que existiera una pluralidad de mandatarios y se especifica que el deber de actuación de los herederos que suplen su falta de forma provisional se basa en su cualidad de gestores de negocios ajenos sin mandato.

6º) El deber de indemnizar por la renuncia se establece salvo que el mandato sea gratuito o de duración indefinida, o la renuncia se deba a una justa causa de renuncia *ajena a su esfera de control*. Entendemos que, en contra de lo que establece el actual artículo 1736 CC, que cuando el mandato es gratuito, el mandatario no tiene que alegar grave perjuicio en la continuación, ni tiene que indemnizar al mandante, sin perjuicio del deber de todo mandatario de comunicar su renuncia al mandatario a la mayor brevedad posible y continuar la gestión de la actividad encomendada hasta la terminación de los negocios o contratos en curso, entendiéndose vigente el mandato, salvo indicación contraria del mandante, hasta que éste pueda tomar las medidas adecuadas a la gestión encomendada. A pesar de que en el contrato de comisión propuesto por el PCM (artículo 541-15.3), no se establece la obligación de indemnizar cuando medie justa causa, no encontramos ninguna razón por la cual la renuncia no deba generar derecho a la indemnización en contratos de mandato remunerados cuando la causa de la renuncia pertenezca a la esfera de riesgo del mandatario. Únicamente estaría justificada excluir el deber de indemnizar cuando el contrato es gratuito o de carácter indefinido, en los que sólo debe exigirse que la renuncia se comunique con la antelación suficiente y se cumpla con la obligación de seguir con la gestión hasta que el mandante pueda suplir su falta.

7º) La regla de Derecho paraconcursal contenida en el artículo 1732 3ª CC se ajusta en la propuesta a lo establecido en la DA 2ª LC, según la cual la extinción por concurso de mandante o mandatario debe entenderse referida al momento de la apertura de la fase de liquidación, salvo que ya se hayan limitado las facultades o se haya producido una revocación tácita en un momento anterior del concurso. La segunda novedad, que introduce la subsistencia de determinados mandatos a pesar del concurso del deudor cuando así lo estime la administración concursal, trata de adecuar la subsistencia del mandato a lo dispuesto con carácter general para los actos profesionales o mercantiles del deudor en la LC.

Con formato: Derecha: 0,63 cm

*c) El nuevo tratamiento de la insolvencia en relación con el mandato.*

La reforma del art. 1.732 3ª CC operada en virtud de la Ley 41/2003, posterior a la LC, dio al legislador la oportunidad de eliminar el inciso referido a la insolvencia como causa de extinción del mandato, como había hecho con la sustitución de la referencia a la quiebra por la del concurso. Pero el término insolvencia sobrevivió a la reforma de forma injustificada. En nuestra propuesta, la mera insolvencia del mandante o del mandatario no extingue el mandato, puesto que genera una gran dosis de inseguridad jurídica que puede evitarse con la facultad de renuncia del mandatario o revocación por parte del mandante, según sea el caso.

Junto con estas posibilidades, se ha adoptado la regla prevista en el artículo 1292 de la PMCC en cuanto al ejercicio de acciones por parte de los terceros y del mandante entre sí, que es útil en los casos en que el mandato se haya otorgado sin poder de representación directa.

Con formato: Derecha: 0,63 cm