



Universidad  
Carlos III de Madrid

 - **Archivo**

Repositorio Institucional



Quintáns Eiras, M<sup>a</sup> Rocío. El contrato de comisión en el anteproyecto del Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1783-1800. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/20939>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

# EL CONTRATO DE COMISIÓN EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO MERCANTIL

M<sup>a</sup> ROCÍO QUINTÁNS EIRAS\*

## Resumen

El presente trabajo analiza la regulación que contiene el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil sobre el contrato de comisión mercantil. No se trata de un análisis sistemático del articulado propuesto en el Anteproyecto, sino de poner de manifiesto los principales cambios que se introducen con relación a la regulación del Código de comercio. A estos efectos se realiza una valoración, por un lado sobre la necesidad y oportunidad de la reforma y por otro, sobre la adecuación de los cambios a la realidad del tráfico jurídico del contrato de comisión.

## Contenido

1. Consideraciones previas: una reforma necesaria. – 2. Principales cambios. – 2.1. Concepto y mercantilidad del contrato de comisión. – 2.2. Comisión y poder de representación. – 2.3. Desempeño de la comisión: sujeción a instrucciones y diligencia del comisionista. – 2.4. Autoentrada y aplicación. – 2.5. Pacto de garantía. – 2.6. Extinción del contrato.

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS: UNA REFORMA NECESARIA

En el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil aprobado en primera lectura por el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014, se destina el libro V, título IV a los “*contratos de colaboración*”, dentro de los cuales se dedica el capítulo I a la regulación del contrato de comisión mercantil.

La categoría de contratos de colaboración ha sido acuñada por nuestra doctrina y jurisprudencia, si bien carece del respaldo legal que ahora le otorga el Anteproyecto. Aunque resulta, sin duda, positivo que se reconozca legalmente la categoría contractual de los contratos de colaboración mercantil, el legislador del Anteproyecto no ofrece un concepto de los mismos, sino que únicamente señala en la Exposición de Motivos que dichos contratos poseen “*como característica fundamental tener como causa común servir de cauce a la cooperación entre empresarios que desarrollan actividades complementarias, de manera que unos se sirven del auxilio de los otros para poder realizar de manera más eficiente determinados negocios*”. Estos términos no son los que mejor indican lo que ha de entenderse por contratos de colaboración, pues lo que realmente delimita y caracteriza

---

\* Profesora Titular de Derecho mercantil, Universidad de A Coruña.

estos contratos como categoría es el hecho de que en todos ellos se lleva a cabo un gestión de intereses ajenos. Se realiza una actividad auxiliar de colaboración, ya sea en nombre y por cuenta de ajena, o en nombre ajeno y por cuenta propia. La gestión que se realiza en estos contratos constituye una prestación de servicios y por tanto, implica una obligación de hacer, caracterizada por la utilidad que se consigue para otra persona, esto es, por el carácter ajeno del resultado que se persigue<sup>1</sup>.

A la falta de una caracterización clara de los contratos colaboración, ha de añadirse que en el Anteproyecto no se recogen todos los contratos de esta categoría, sino que únicamente se reducen a cinco las figuras objeto de regulación (comisión, mediación, agencia, participación y estimatorio), siendo especialmente llamativo que el capítulo dedicado a los contratos de distribución, que en nuestra opinión, son un subconjunto de los de colaboración, hayan desaparecido del texto del Código mercantil, finalmente presentado<sup>2</sup>.

Por otro lado, el legislador ha optado por no incluir en el Anteproyecto disposiciones generales aplicables a cualquier clase de contratos de colaboración, por lo que habrá que acudir a lo dispuesto sobre obligaciones y contratos en general en el libro IV de Código mercantil.

Por lo que se refiere al tema objeto de análisis de estas páginas, el contrato de comisión, cabe comenzar señalando que se trata de un contrato que es objeto de una amplia utilización y que posee una detallada regulación en el actual Código de comercio de 1885, a diferencia de otros contratos regulados en este título por

---

<sup>1</sup>La gestión que se desarrolla a través de estos contratos de colaboración está esencialmente caracterizada por ser una gestión individualizada, por lo que la actividad del “colaborador” ha de adaptarse a los concretos objetivos fijados por su principal. Se trata, además, de una gestión profesional, como tendremos ocasión de poner de manifiesto, al analizar el contrato de comisión. En estos términos, *vid.* MONTÉS PEÑADES, V.L., “Perfiles jurídicos de la relación de gestión”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n<sup>o</sup> monográfico sobre *Contratos de Gestión*, edita Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 16 y PASQUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos*, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 404, quien aclara que se produce una injerencia útil en la esfera ajena, la cual se refiere a la “ajenidad” objetiva del negocio que se gestiona, es decir, la gestión recae sobre bienes o derechos que independientemente de su voluntad no forman parte del patrimonio del gestor, sino del de un tercero. De la misma opinión recientemente GOMEZ SEGADE, J.A., “Los contratos de colaboración”, en VV.AA., *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 486. Sin embargo VICENT CHULIÁ (*Introducción al Derecho mercantil*, vol., II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 1292 y 1293, considera que la forma precisa de denominar a estos contratos no es contratos de colaboración, sino de “contrato de gestión”. Como contratos de gestión de intereses ajenos también los clasifica BROSETA PONT, M y MARTINEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, 21<sup>a</sup> edición, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 111 y ss.

<sup>2</sup> En efecto, de la última redacción del Anteproyecto ha desaparecido la regulación de los contratos de distribución que se recogía en la Propuesta del Código mercantil elaborada por la Comisión General de Codificación que se dio a conocer en junio de 2013, de manera que nuevamente no llega a buen puerto el intento de dotar a estos contratos de una mínima regulación jurídica en nuestro Ordenamiento jurídico. Sobre los intentos de regulación de estos contratos, *vid.*, entre otros, VV.AA., *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J., VIERA GONZÁLEZ, A. (*Dir.*), *La Ley*, 2010; VV.AA., *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, VÁZQUEZ ALVERT, D. (*Dir.*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, y VV.AA., *La Reforma de los contratos de distribución comercial*, VIERA GONZÁLEZ, A., ECHEBARRIA SÁENZ, J., RUIZ PERIS, (*Dir.*), *La Ley*, Madrid, 2013.

primera vez, como el de mediación o el estimatorio. Desde 1885 resulta evidente que el tráfico mercantil ha experimentado cambios de tal calado que el contrato de comisión, lo mismo que ocurre con otros contratos, requiere una actualización y adaptación normativa a la realidad del mercado. Partiendo pues de esta premisa queda fuera de toda duda la oportunidad de una reforma que actualiza la normativa vigente.

En el texto actualmente vigente del Código de comercio la comisión mercantil se encuentra regulada en un Título específico (Título III. *De la comisión mercantil*), dedicado a lo que se entiende, y así lo señala la Exposición de motivos, como: “*una forma especial del contrato de mandato*”. Dicho título trata dos figuras que son ciertamente dispares, sobre todo analizadas desde la relación que dichos colaboradores mantienen con el empresario: la Sección 1<sup>a</sup> regula la figura de los comisionistas, mientras que la Sección 2<sup>a</sup> está dedicada a: “*Otras formas de mandato mercantil. Factores, dependientes y mancebos*”.

El Anteproyecto prescinde de la regulación de los llamados auxiliares del empresario, reubicando, como hemos señalado a la comisión entre los contratos de colaboración. A la nueva reubicación de la comisión mercantil, se une una reordenación de la regulación de este contrato, comenzando por una clara reducción en el número de preceptos, de tal forma que mientras en el Código de comercio la comisión mercantil se encuentra desarrollada a lo largo de 36 artículos (arts. 244 a 280), en el Anteproyecto solo se dedican 16 preceptos a este contrato (arts. 541-1 al 541-16). En la norma proyectada se simplifica mucho el régimen del contrato, especialmente en lo relativo a la prolija regulación que sobre las obligaciones del comisionista contiene el Código actual. Sin duda el nuevo orden del articulado del Código mercantil aporta claridad, al dividir en cuatro secciones (Disposiciones generales, Derechos y obligaciones del comisionista, Obligaciones del comitente, y Causas específicas de extinción)<sup>3</sup> la regulación del contrato y sobre todo al unificar diversas cuestiones que en el Código de comercio actual se encuentran reguladas de manera dispersa en diversos preceptos.

Al margen de las diferencias de ubicación y cuantitativas que se observan de manera evidente, el objetivo de estas estas páginas es poner de manifiesto las principales reformas que desde el punto de vista sustantivo se introducen en el la regulación del Anteproyecto. Así las cosas, no realizaremos un análisis sistemático del articulado propuesto en el Anteproyecto para regular el contrato de comisión mercantil, sino que únicamente pondremos de manifiesto los principales cambios que, en nuestra opinión, se contienen con relación a la regulación anterior. Debemos tener presente que la regulación Proyectada en el Código mercantil sigue conservando el carácter dispositivo de las normas que regulan este contrato, que

---

<sup>3</sup>Como señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto (VI) se trata de “*una sistemática nueva más acorde con la técnica legislativa actual, al tiempo que se introducen algunas novedades y se prescinde de las normas relativas a los auxiliares del empresario*”.

continua, además, teniendo el carácter de consensual (art. 413-1 Anteproyecto), sin que sea necesaria la forma escrita, salvo que las partes así lo acuerden<sup>4</sup>.

## 2. PRINCIPALES CAMBIOS

### 2.1. Concepto y mercantilidad del contrato de comisión

El concepto de contrato de comisión se formula en el Anteproyecto de Código mercantil, al igual que en el actual Código de comercio, por remisión a la regulación del mandato. El art. 541-1 dispone que “*la comisión es el mandato*”, de manera similar al art. 244 del Cco que especifica que “*se reputará comisión mercantil el mandato*”. Así pues, el Anteproyecto de Código Mercantil mantiene la identificación genérica entre mandato y comisión, por lo que ha de continuar teniéndose presente la noción genérica de contrato de mandato proporcionada por el Derecho común en el art. 1709 CC<sup>5</sup>.

Así las cosas, para acotar la comisión respecto del mandato y aplicar el régimen contenido en el actual Código de comercio o en el futuro Código mercantil, debe acudir a las condiciones de mercantilidad. En ambas normas se hace, por tanto, necesario determinar los criterios de mercantilidad que convierten el mandato en comisión mercantil. Este es uno de los temas que, sin duda, mayores problemas ha suscitado en la regulación actual de la comisión y que el Anteproyecto trata de solucionar.

En efecto, la regulación de la mercantilidad del contrato de comisión en el Anteproyecto de Código mercantil subsanará, en nuestra opinión, uno de los problemas que han estado presentes a lo largo de los años de aplicación del vigente Código de comercio, pues redefine tanto el elemento objetivo, como sobre todo el subjetivo de este contrato.

El art. 244 Cco exige que concurren dos requisitos para determinar la mercantilidad de un contrato de mandato, convirtiéndolo en comisión mercantil. En primer lugar, se impone un requisito objetivo, consistente en que los actos jurídicos, que constituyen el objeto de la actividad de gestión, sean actos de comercio. Y, en segundo, se requiere un requisito de orden subjetivo: que el comitente o el comisionista sean comerciantes o agentes mediadores del comercio<sup>6</sup>. Así, pues, el requisito o condición subjetiva de mercantilidad, en la legislación vigente solo requiere que cualquiera de las partes comitente o comisionista sea empresario. La doctrina mercantilista española ha criticado ampliamente este requisito, considerando que quien ha de ser siempre un profesional es el

---

<sup>4</sup>Tal como dispone el art. 411-1 del Anteproyecto, los contratos de colaboración, salvo su concepto, tienen carácter dispositivo, por lo que se aplicarán en ausencia de acuerdo entre las partes. A esta regla escapa el contrato de agencia que sigue conservando su carácter imperativo (art. 542-3).

<sup>5</sup>A tener de este precepto “*por el contrato de Mandato se obliga una persona a hacer alguna cosa o prestar algún servicio, por cuenta o encargo de otra*”.

<sup>6</sup>A estas dos condiciones, los autores añaden alguna más. Así, por ejemplo, GARRIGUES (*Tratado de Derecho mercantil*, t. III, vol. I: *Obligaciones y contratos mercantiles*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 458) se refiere al elemento de la retribución, afirmando que la Comisión mercantil es retribuida, salvo pacto en contra.

comisionista, cuya actividad es la prestación de servicios de gestión de negocios ajenos. Por tanto, el requisito determinante para considerar que hay un contrato de comisión mercantil es la existencia de un comerciante-comisionista<sup>7</sup>.

Sin embargo, la literalidad del Código de comercio actual dispone expresamente que el comisionista no tiene por qué ser un empresario, sino que puede ser un sujeto no comerciante (art. 244 Cco). Este criterio conduce al absurdo de convertir el mandato en comisión mercantil en los supuestos en que el comisionista no es un comerciante, cuando lo verdaderamente determinante para que la comisión sea mercantil, no es que sea comerciante el comitente, sino que lo sea el comisionista y que actúe como tal empresario en el tráfico mercantil. Sólo podría tener sentido que el comisionista no sea comerciante, cuando lo sea el comitente y la comisión sea imperativa, si bien en este caso quizá no sea la comisión el contrato más idóneo para dar respuesta a los objetivos perseguidos por el comitente, pues normalmente este contrato se concluye en atención a los conocimientos profesionales del comisionista.

La redacción del Anteproyecto despeja las dudas sobre esta cuestión pues señala expresamente que el comisionista *“se dedica profesionalmente a hacer encargos por cuenta de otros o a realizar actividades que sean de la misma clase que el encargo recibido”*. Además, aunque sea redundar en lo mismo, el apartado 1 del art. 541 del Anteproyecto dispone expresamente que *“el contrato de comisión tiene carácter mercantil”*.

Así pues, la profesionalidad constituye una característica propia del comisionista. De esta forma se adecua la nueva redacción a la realidad del tráfico mercantil, desde el momento en que el principal busca -a través del contrato de comisión- una relación de servicios prestados por un profesional en el ámbito mercantil. Esta nota se manifiesta desde la misma formación del negocio contractual, porque la confianza que deposita el principal en el comisionista se centra, no sólo en las cualidades personales de éste, sino también en su capacidad profesional. De este modo, la competencia y capacidad profesional del comisionista adquieren con la nueva regulación la relevancia en el plano causal del contrato que realmente tiene la elección del gestor por parte del principal. Así pues, ya no será posible una comisión en que el comitente sea el profesional y el comisionista un particular.

Esta caracterización profesional de la gestión desarrollada por el comisionista, tiene importantes consecuencias jurídicas. Por una parte, es susceptible de influir en el equilibrio de poderes interno, reduciendo progresivamente la intervención efectiva del principal profano y esto, por más que el principal sigue siendo quien tiene el poder de decisión en la

---

<sup>7</sup>El maestro GARRIGUES (*Tratado...*, op. cit., p. 459) considera que no sólo ha de ser comerciante el comisionista, *“sino que debe exigirse, además, cosa que tampoco hace el Código, que el género de comercio a que se dedique este comisionista sea precisamente el comercio de comisión. Y si lo peculiar de la comisión es el rigor de las obligaciones del comisionista, rigor fundado en su carácter de comerciante que habitualmente se dedica a este género de comercio, no tiene sentido que se aplique el mismo rigor a un comisionista no comerciante o que, aun siéndolo, no se dedique al comercio de comisión”*. Vid. BROSETA PONT, M y MARTINEZ SANZ, F., *Manual...*, op. cit., p. 112, quienes afirman que el criterio subjetivo de mercantilidad fijado en el art. 244, es *“deficiente y por ello mismo conviene interpretarlo en el sentido de que debe serlo el comisionista por dedicación profesional a recibir y ejecutar encargos por cuenta de sus clientes-comitentes”*.

gestión, pues el comisionista, actúa en nombre ajeno<sup>8</sup>. Y, en diverso sentido, la profesionalidad del comisionista supone que se le exija un modelo de conducta empresarial o profesional adecuada, clarificándose así el grado de diligencia exigible, como veremos.

Por otro lado, el Anteproyecto, modifica también el criterio objetivo: desaparece la referencia como objeto del contrato de comisión a los “*actos u operaciones de comercio*”, realizándose una remisión en cuanto al contenido del contrato de comisión al art. 001-2 del Anteproyecto, que regula el ámbito subjetivo de los operadores que quedan sujetos al Código, en función de que “*ejerzan profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado*”<sup>9</sup>. Llama la atención que el legislador no haya realizado una remisión al ámbito objetivo del Código mercantil regulado en el art. 001-3, pese a que se refiere en este artículo 541-1 al contrato de comisión, como parámetro de la definición de la figura, y no al comisionista. En todo caso, la letra a) del art. 001-3 señala expresamente que son mercantiles y quedan sujetos al Código mercantil los actos y contratos en los que intervenga un operador de mercado descrito en el art. 001-2<sup>10</sup>, por lo que finalmente en el caso que nos ocupa se determina el carácter mercantil del contrato de comisión en atención

---

<sup>8</sup> No olvidemos que el comisionista tiene deber de informar al comitente, lo cual se justifica como algo necesario para que realice una buena gestión de los actos u operaciones correspondientes. El fundamento de esta obligación, evidentemente puede encontrarse, en el contrato de comisión (art. 260 Cco)- en la mutua confianza, lealtad y buena fe que han de presidir las relaciones entre las partes, así como en del deber de en la obligación de defensa de intereses del principal. Pero además, este deber posee un fundamento más concreto, se trata de una obligación directamente relacionada con la actividad que se obliga a realizar el comisionista, a la par que indirectamente vinculada al derecho que tiene el principal de impartir instrucciones. Por lo que se refiere a este último fundamento, es de todo punto lógico que el deber de información se presente como una derivación de las facultades de dirección o de impartir instrucciones del principal, pues la información es un medio que permite sustentar el poder de dar instrucciones (*vid.* GARRIGUES, J., *Tratado...*, op. cit. p. 469; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista”, en VV.AA. *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, *Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la Navegación*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 2866 y 2867; PEINADO GARCÍA, J.I., *El contrato de comisión: cooperación y conflicto (la comisión de garantía)*, Civitas, Madrid, 1996, p. 35, y GARRIDO, J. M<sup>a</sup>, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 105-108). Así las cosas, el principal para poder impartir instrucciones necesitará una adecuada información de su comisionista, por ser éste quien tiene el contacto con los clientes en particular, y con el mercado en general. De todos modos, esto no significa que ambas obligaciones deban ir ineludiblemente unidas, ni que posean la misma trascendencia. En efecto, el fundamento del deber de informar al principal, va más allá de su relación con el derecho de dirección de éste, manifestado a través del poder de impartir instrucciones. En efecto, es la propia naturaleza de la comisión como contrato de gestión de intereses ajenos, lo que hace vital para el principal que le proporcione información no sólo específica sobre el encargo, sino general sobre la coyuntura económica en la que se está realizando el mismo, pues quien actúa en el mercado es el comisionista, aunque quien ha de asumir el riesgo es el comitente (*vid.* PEINADO GARCÍA, J.I., *El contrato de comisión...*, op. cit., p. 39).

<sup>9</sup>En concreto, este precepto dispone que se consideran empresarios, además de a cualquier sociedad mercantil, a las personas físicas o jurídicas que ejerzan o en cuyo nombre ejerzan profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales.

<sup>10</sup>Además, también se consideran mercantiles desde un punto de vista objetivo: los actos y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, el Código califica de mercantiles y los actos de competencia en el mercado (letras b y c, del art. 001-3).

a que el comisionista sea un profesional que realice una actividad económica organizada en este caso, de prestación de servicios de intermediación en el mercado.

Por tanto, en la regulación propuesta no solo ha de ser profesional el comisionista, sino que además se exige que sea un profesional especializado en el comercio de comisión; pues el propio art. 541-1, en su párrafo primero dispone expresamente que el comisionista se dedica profesionalmente a “*hacer encargos por cuenta de otros o a realizar actividades que sean de la misma clase que el encargo recibido*”. Por tanto, la realización de la actividad de gestión por cuenta ajena, no puede ser aislada, lo que no es sino una manifestación objetiva del carácter profesional del comisionista.

Así las cosas, la nueva concepción de la mercantilidad de este contrato viene determinada por la condición subjetiva del comisionista que ha de realizar profesionalmente una actividad económica organizada, pero también objetiva porque dicha actividad se concreta en una prestación de servicios de intermediación en el mercado.

## 2.2. Comisión y poder de representación

El contrato de comisión, como es de todos conocido, no puede ser entendido sin el instituto de la representación. De hecho, la actividad del comisionista hace necesario que se le atribuyan poderes de representación para poder llevar a cabo su actividad. De tal forma que, faltando en nuestro sistema de derecho positivo una disciplina específica, autónoma y general sobre la representación, contratos como el mandato o la comisión incorporan entre su articulado preceptos relativos a las formas de actuación del mandatario o comisionista<sup>11</sup>.

La presencia de un poder de representación es evidente pues el comisionista tiene atribuida la facultad de concluir contratos<sup>12</sup>. Tanto el Código de comercio, como el Anteproyecto disponen que el comisionista actúa siempre “*por cuenta ajena*” y contemplan dos modalidades de actuación frente a los terceros con quienes contrate, a saber: la representación directa en que el comisionista actúa por cuenta ajena y nombre ajeno, y la llamada representación indirecta o, en opinión de algunos, actuación sin representación, en la que la actuación del comisionista se desarrolla por cuenta ajena, pero en nombre propio<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup>DÍEZ-PICAZO (*La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979, p. 63 y p. 660) señala que aun cuando el poder de representación tenga su causa en la relación jurídica especial (ej. servicios, sociedad, etc.) la concesión del poder hace aplicables a esta relación las normas del mandato» y este constituye, por lo tanto, el esquema normativo y funcional típico de la representación y no simplemente su aspecto interno. Como pone de manifiesto BAILLO Y MORALES-ARCE (“Breves consideraciones en torno a la representación en Derecho mercantil”, *RDBB*, nº 64, 1996, p. 1119) no faltan autores que reclamen una teoría general de la representación, al considerar, acertadamente, que la regulación que nuestro Ordenamiento ofrece de la misma es fragmentaria, confusa e insuficiente. En análogo sentido, *vid.* BONET RAMÓN, F., *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, ed. Bosch, Barcelona, 1941, p. 92 y ss., quien señala que nuestro Código civil, no establece con rigurosa lógica la separación entre las ideas de mandato y representación.

<sup>12</sup> El poder para concluir contratos es un supuesto típico de representación voluntaria, en virtud de la cual el comitente (representado) confiere voluntariamente su representación al comisionista (apoderado) para celebrar directamente contratos con terceros en su nombre

<sup>13</sup>En efecto, la existencia de poder de representación, cuando lo que se encarga es la conclusión de un contrato, se puede deducir a “*contrario sensu*” del art. 1259 Cc. Además, los contratos son los supuestos en

Sin embargo, la regulación del Anteproyecto aunque conservar ambas formas de actuación del comisionista, se aleja del contenido del actual Código de comercio al regular cómo ha de desarrollarse la actuación del comisionista frente a terceros.

En efecto, el Anteproyecto introduce una novedad de especial trascendencia en los efectos derivados de estas dos maneras de actuar el comisionista. Así, el art. 246 Cco -que sustancialmente coincide con lo dispuesto en el art. 1717 Cc- aclara cuáles son las consecuencias de que el comisionista haya celebrado el negocio de ejecución de la comisión, actuando en régimen de representación directa o indirecta. En el caso de la representación directa no se plantean grandes dudas porque el comisionista deberá manifestarlo al contratar, identificando al comitente y lo realizado por el comisionista produce sus efectos entre comitente y tercero o terceros con los que se hubiese formalizado el contrato por el comisionista<sup>14</sup>.

El cambio legislativo se produce, sin embargo, en aquellos casos en que el comisionista actúa en nombre propio. El Código de comercio actualmente vigente dispone que cuando el comisionista contrata en nombre propio, no tiene necesidad de declarar el nombre de su comitente, porque las consecuencias jurídicas inmediatas las va a experimentar él mismo -*como si el negocio fuese suyo*- y no su comitente; debiendo trasladar posteriormente esas relaciones jurídicas al patrimonio de su comitente. Así, el comisionista queda obligado directamente con las personas con las que contrató, las cuales "*no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y el comisionista entre sí*" (art. 246 Cco). El comisionista que actúa en nombre propio, adquiere plenamente los derechos resultantes del negocio de realización de la comisión, concluido con los terceros. Y sólo después, mediante el negocio de transmisión correspondiente, trasladará tales derechos al patrimonio del comitente, lo que expone los referidos derechos a la agresión de los acreedores del comisionista, hasta tanto no hubiera tenido lugar el negocio de transmisión.

El Anteproyecto cambia radicalmente esta solución, de manera tal que el art. 541-3, apartado 3, si bien reconoce que cuando el comisionista actúa en nombre propio queda obligado de modo directo con las personas con quienes contrate, a continuación dispone que estas personas "*podrán dirigirse tanto contra él como contra el comitente, quedando a*

---

que con mayor frecuencia se encuentra la representación en la práctica, tanto en el ámbito del Derecho civil, como en el del Derecho mercantil (*vid.* DE LEÓN ARCE, A., "La representación", en VV.AA., *Negocio jurídico y representación*, La Ley, Madrid, 1989, p. 240).

<sup>14</sup>A esta eficacia directa en el patrimonio o en la esfera jurídica del representado se alude expresamente en el art. 247, párrafo 2 y de manera implícita en el art. 286 del Cco., así como en los arts. 1259 y 1717 Cc. *Vid.* DIEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 265, quien señala que el acto realizado por el representante recibe el mismo tratamiento jurídico que si hubiera sido realizado personalmente por el principal. El representante que actuó desaparece de la escena de producción de los efectos, ningún efecto se produce para él; VALPUESTA GASTAMINZA, E., "Contratos mercantiles de intermediación", en VV.AA. *Contratos mercantiles*, CUESTA RUTE, J.M<sup>a</sup> (dir.), 2<sup>a</sup> edición, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 289 y ss.; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E y IRAKULIS, A., *El régimen unificado de la comisión mercantil y el mandato en el derecho de obligaciones y contratos*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 50 y ss., y LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., "El contrato de agencia y la comisión mercantil", *CDC*, n<sup>o</sup> 56, 2011, pp. 135 y ss.

*salvo las acciones que respectivamente corresponda al comitente y al comisionista entre sí*". En nuestra opinión, el hecho de que los terceros puedan dirigirse tanto contra el comisionista, como contra el comitente desvirtúa el instituto de la representación indirecta. Habría que preguntarse cómo interpretar este precepto, pues puede referirse a que el tercero tiene acción contra el comitente, si tiene casualmente conocimiento de su existencia o ir más lejos e interpretar que el comisionista ha de proporcionar el nombre de su comitente. Si se obliga al comisionista a proporcionar el nombre de su comitente, ya sea por voluntad propia o a petición del tercero contratante, la actuación en nombre propio del comisionista carecería de sentido. Y esta última parece la interpretación más acorde con el apartado 4 de este artículo 541-3 del Anteproyecto que dispone expresamente que *"la persona que contrate con el comisionista podrá instarle a que declare si actúa por cuenta de un comitente el nombre de éste"*.

Por otro lado, otro cambio del Anteproyecto en relación con el vigente Código de comercio, lo encontramos en la supresión de la regulación sobre los supuestos en que el comisionista actúe sin mandato. El Código de comercio prevé que el comisionista quedará obligado *"con las personas con quienes contrató, mientras no pruebe la comisión, si el comitente la negare, sin perjuicio de la obligación y acciones respectivas entre el comitente y el comisionista"* (art. 247, párrafo 2 Cco). De este modo, ante la ausencia de referencia concreta a los supuestos de actuación sin poder de representación o similares (representación aparente, abuso del poder, etc.<sup>15</sup>) habrá que acudir a las normas que al respecto se contienen en el contrato de mandato. En estos supuestos, como el comisionista celebra un negocio sin poder, su actuación representativa en nombre del supuesto poderdante, no vincula a éste último (arts. 1259 y 1725 C.c.). Sin embargo, es opinión pacífica que el negocio realizado por el comisionista, puede ser ratificado, expresa o tácitamente, *a posteriori* por el principal, de tal forma que la actuación del gestor se transforma en plenamente representativa y despliega todos los efectos que le son propios (arts. 1259, 1727, 1892, C.c.)<sup>16</sup>. Por el contrario, el rechazo del principal implica que es el comisionista quien responde ante el tercero, como representante sin poder de representación.

---

<sup>15</sup> Sobre las diversas irregularidades entorno a la representación y sus diferencias, *vid.* QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 235 y ss., así como la doctrina allí citada. *Vid.* URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y ALONSO SOTO, R., "Contratos de colaboración: el contrato de comisión", *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 2ª edición, Thomson, Civitas, Madrid, 2007, p. 165, que afirman que no bastaría, que el comisionista manifieste que obra en nombre del comitente para que éste quede directamente vinculado por los contratos convenidos por el comisionista. La existencia de poder es una cuestión de hecho sometida a prueba.

<sup>16</sup> *Vid.*, entre otros, DIEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, op. cit., p. 220 y ss.; ALBALADEJO, M., "La representación", *A.D.C.*, t. XI, fasc. III, 1959, p. 79, y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., "Estudios sobre el mandato y la representación, en *Estudios de Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 11 y ss.

### 3.3 Desempeño de la comisión: sujeción a instrucciones y diligencia del comisionista

La consideración del comisionista como profesional en el Anteproyecto debiera conducir a solventar también el problema que hasta ahora existía sobre cuál es el módulo de diligencia que debe marcar la actuación que ha de seguir el comisionista para ejecutar el acto encargado, pues no se puede equiparar la forma de actuar y de responder de un comisionista no comerciante, con la de un comisionista comerciante.

El Código de comercio no determina cuál es el módulo de diligencia que se exige al comisionista, pues salvo la referencia del artículo 255 -"cuidar el negocio como propio"<sup>17</sup>-, para aquellos casos en que estuviese autorizado para obrar a su arbitrio o no fuese posible la consulta, el Código no dice que el comisionista haya de actuar ni como un "ordenado comerciante" o un "representante leal", ni como un "buen padre de familia".

El Código de comercio limita el arbitrio del comisionista a través de la sujeción a las instrucciones. De tal modo que si se sujeta a las mismas "quedará exento de toda responsabilidad" (art. 254 Cco). En aquellos casos en que no existan instrucciones se obliga según el art. 255.1, a que «en lo no previsto y prescrito expresamente por el comitente, deberá el comisionista consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio», por el contrario «si estuviese autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuese posible la consulta, hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso de comercio, cuidando del negocio como propio».

Parece como si el Código de comercio, al fijar unas instrucciones tan estrictas hubiera considerado que no queda espacio para comisionistas que desarrollen una actividad por propia iniciativa, en cuya ejecución se pueda establecer algún tipo de diligencia, salvo lo establecido en el art. 255 del Cco. Esta consideración es de todo punto errónea, pues incluso en el estrecho marco de una comisión imperativa podría existir un margen de actuación independiente, que ha de adecuarse a criterios de diligencia. Más claro aún es el supuesto de una comisión facultativa, o el caso de un comitente no comerciante, del cual no se puede esperar un conocimiento suficiente para impartir unas instrucciones precisas que engloben la actuación de lo que sería un ordenado comerciante, quedando así un campo abierto que reclamará un comportamiento diligente del comisionista<sup>18</sup>.

Las aportaciones doctrinales más recientes introducidas en la Ley 12/1992 *sobre Contrato de agencia*<sup>19</sup> en materia de determinación de la diligencia y cuidado exigibles a

---

<sup>17</sup>Vid. VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II: *Contratos. Títulos valores. Derecho concursal*, 3ª edición, José M<sup>a</sup> Bosch Editor, Barcelona, 1990, p. 299, quien considera que este criterio fijado por el Código de comercio, debe entenderse en el sentido de que "cuidar del negocio como propio", se trata realmente de un criterio de diligencia profesional o sectorial.

<sup>18</sup>Vid. GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L., "La mercantilidad del contrato de comisión...", op. cit., p. 2855 y GARRIDO, J.M<sup>a</sup>, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, op. Cit., p. 102, quien considera que el deber de diligencia cumple una doble función: "es un deber informador, ya que atañe a la ejecución de todas las obligaciones derivadas del contrato, y obliga a realizar todos los actos posibles para la ejecución de una comisión; y, por otra parte, es un deber en sí mismo, cuando, a falta de prescripciones del comitente, se convierte en uno de los criterios que rige la actividad del comisionista".

<sup>19</sup> BOE, n<sup>o</sup> 128, de 29 de mayo

un gestor mercantil de intereses ajenos nos pueden servir como referente en cuanto al módulo de comportamiento exigible a un comisionista comerciante<sup>20</sup>. Estos criterios pueden sintetizarse en los siguientes:

a) la obligación de una actuación leal, de buena fe, velando por los intereses de la persona por cuya cuenta actúa, en definitiva, esta obligación supone responder a las expectativas y confianza que el comitente depositó en comisionista.

b) Respecto a la "pericia" que se le puede exigir al comisionista, entendemos que hemos de atender a dos supuestos:

- si el comisionista es comerciante, se le puede y debe exigir que actúe con la diligencia de un ordenado comerciante, esto es, con la diligencia de un sujeto conocedor de los métodos y formas de organización de los medios materiales y personales constitutivos de una empresa. Se podría plantear en este punto la cuestión de si, en una comisión imperativa, al comisionista le queda algún margen para actuar diligentemente o simplemente se limita a llevar a cabo unas instrucciones precisas. Como ya apuntamos, la simple ejecución de estas instrucciones entendemos que ha de hacerse con la diligencia de un ordenado comerciante. Además, nos parece difícil que las instrucciones que se le den al comisionista puedan llegar a ser tan precisas que éste no tenga que interpretarlas o incluso que no se llegue a producir una situación no contemplada en ellas. Mayores dudas ofrece el supuesto de una comisión imperativa dada a un comisionista-comerciante, por un comitente-no comerciante. El sometimiento a esta modalidad tan rígida parece excesivo y todavía más, si pensamos que el premio de la comisión se devenga por un resultado, no por unos servicios, con lo cual resultaría que el comisionista que recibiera unas instrucciones ineficaces impartidas por un comitente no profesional, podría no conseguir el resultado deseado y por tanto, no percibiría la comisión, lo cual es difícilmente defendible.
- Sin embargo, no nos parece adecuado que el canon de diligencia del ordenado comerciante le pueda ser exigible a un comisionista no empresario, ya que se estarían tratando como iguales supuestos que no lo son. Por ello, al comisionista no comerciante sólo se le podrá exigir la diligencia de un buen padre de familia (art. 1719 del C.c.)<sup>21</sup>.

En el Anteproyecto de Código mercantil, pese a que se conserva una regulación similar a la del actual Código en relación a la sujeción de instrucciones (art. 541-4), entendemos que la problemática entorno al módulo de diligencia finalizaría, pues al tratarse siempre de un comisionista profesional, la diligencia exigible no puede ser otra que una diligencia profesional. Quizá se echa en falta una expresa mención a la misma tal como se contiene en la Ley del Contrato de Agencia, en la que se dice que el agente (art.

---

<sup>20</sup>Vid. GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L., "La mercantilidad del contrato de comisión...", op. cit., pp. 2856 y 2857. Sobre la diligencia exigible al agente, vid. QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Las obligaciones del agente*, op. cit., pp. 340 y ss.

<sup>21</sup>Vid. GARRIDO, J.M<sup>a</sup>, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, op. cit., p. 118, quien también entiende que no se puede recurrir al módulo de conducta del "ordenado comerciante", cuando el comisionista sea un no comerciante.

9.2 LCA) ha de actuar siempre con la diligencia de un ordenado comerciante en el desarrollo de su actividad. Es evidente que el comisionista ha de realizar el acto encargado por el comitente de acuerdo con lo pactado en el contrato y, si las hay, con las instrucciones posteriores. Sin embargo, aunque las instrucciones que se le proporcionen al comisionista sean muy precisas, esto no lo exime de realizar el encargo encomendado con la diligencia que corresponda a la naturaleza del negocio y a sus propias condiciones subjetivas<sup>22</sup>.

Nos resulta, además, llamativo que el Anteproyecto continúe regulando la sujeción a instrucciones partiendo de que el comisionista, salvo que la comisión sea facultativa, ha de solicitar en todo lo no previsto por el comitente, nuevas instrucciones, siempre que sea posible. Este tenor, en nuestra opinión, contradice el carácter profesional del comisionista que debe conocer en la mayoría de las ocasiones como solventar la falta de instrucciones de su principal para realizar el encargo en interés de éste. Hemos de tener en cuenta que la comisión en la regulación del Anteproyecto ya no puede llevarse a cabo por un comisionista no comerciante, único caso en que quizá tendría sentido un sometimiento estricto a instrucciones, pero en la regulación del Anteproyecto, la colaboración que se presta es siempre profesional. Por tanto, hay que reconocer al comisionista una cierta iniciativa, siempre que en su iniciativa no se exceda del ámbito al que se refiere su actividad, se trate de actuaciones expresamente excluidas por el empresario o pueda entenderse que de ninguna manera el empresario estaría dispuesto a suscribirlas, y siempre y cuando no exista duda alguna de que no se perjudican los intereses de este último<sup>23</sup>. Por todo ello, la reforma que se pretende introducir con el Anteproyecto de Código Mercantil quizá merezca una mayor reflexión en lo relativo a la regulación de las instrucciones.

#### 2.4. Autoentrada y aplicación

La propia naturaleza del contrato de comisión como contrato de confianza y de gestión de intereses ajenos da lugar a que una de las pautas de conducta que le son exigibles a este intermediario en el desarrollo del encargo sea la defensa de los intereses de su comitente. La especial índole de la actividad que lleva a cabo el comisionista realizando el encargo del principal por cuenta y nombre del mismo o por cuenta ajena y nombre propio, requiere lógicamente que en su desempeño, además de lealtad y buena fe, se le exija una actuación favorable a los intereses de su comitente<sup>24</sup>. El contenido de este deber de defensa de los intereses del principal se manifiesta tanto desde una perspectiva positiva

---

<sup>22</sup>Vid. GARRIDO, J.M<sup>a</sup>, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, op. cit., p. 101.

<sup>23</sup>Vid. VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.M., Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente", en VV.AA. *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, *Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la Navegación*, ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 3058 y 3059.

<sup>24</sup>En este contrato, no se plantean las dudas suscitadas con el contrato de mediación o corretaje, entorno de la imparcialidad o parcial del corredor. La actuación del comisionista es siempre parcial. Sobre esta cuestión el Anteproyecto de Código mercantil que regula por primera vez el contrato de mediación (arts. 545-1 a 545-6) parece decantarse por la consideración de la actividad del mediador como imparcial, al atribuir el pago de la comisión, salvo pacto en contrario, a ambas partes.

que encauce la actividad del comisionista hacia la consecución de los mayores beneficios para el comitente, como negativa tratando de evitar que éste sufra daños.

Precisamente uno de los aspectos en que se manifiesta de manera más clara este deber de proteger el interés de su comitente, anteponiéndolo -si fuera necesario- al suyo propio, es en la regulación de las llamadas prohibiciones de autoentrada y del negocio de aplicación, contenidos en el art. 267 Cco. En esencial se trata con estas prohibiciones de evitar los conflictos de intereses. La autoentrada prohíbe realizar compras al comisionista para sí y el llamado negocio de aplicación le prohíbe actuar para dos comitentes, casando órdenes. Para poder hacer autoentrada se requiere la aprobación del comitente, pero para que un comisionista pueda realizar un negocio de aplicación, necesita la licencia de los dos comitentes. Lo normal es que la autorización se produzca con carácter previo a la realización del negocio de autoentrada o de aplicación, si bien la misma puede tener lugar a través de una ratificación posterior por el comitente, ya sea expresa o tácita (art. 1727.2 Cc)<sup>25</sup>.

Los conflictos de intereses que encierran la autoentrada y el negocio de aplicación son distintos. En la autoentrada el comisionista interviene por su propia cuenta y en su propio interés, por lo cual se podría llegar a considerar que el negocio de realización deja de ser, para él, un contrato de gestión de intereses ajenos. En el negocio de aplicación, el comisionista interviene siempre por cuenta ajena, porque representa dos intereses ajenos y el problema será que no haga prevalecer los intereses de uno de los principales a los del otro.

La doctrina ha puesto de manifiesto la problemática que la prohibición de autoentrada presenta en el contrato de comisión. En primer lugar, se critica la regulación que sobre esta prohibición se contiene en el Código de comercio, aduciendo que el legislador se ha fijado sólo en los peligros que encierra, sin tener en cuenta, de un lado, sus indudables ventajas y de otro, que tales peligros desaparecen prácticamente cuando se sustrae de la voluntad del comisionista la fijación de las condiciones del contrato a realizar<sup>26</sup>. En efecto, si en su actuación el comisionista se somete a los límites fijados objetivamente en un mercado público -además de a los fijados por su principal- desaparece este peligro y puede verse esta institución incluso como ventajosa<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Vid. ANGULO RODRÍGUEZ, L., "El contrato de comisión", VV.VV., *Derecho mercantil*, vol. 5, 15<sup>a</sup> edición, Marcial Pons, 2013, p. 117. Si el comisionista vulnera estas prohibiciones del art. 267, y hay una autorización del comitente, más que a la nulidad del contrato, entendemos que daría lugar a considerar que se trata de un incumplimiento contractual que determina la aplicación del art. 1124 del Cc o -simplemente- la revocación del mandato conferido por causa justa, corriendo la indemnización de daños a cargo del comisionista incumplidor. Vid. OTERO LASTRES, J.M., "La autoentrada del comisionista", en VV.AA., *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Alonso Otero*, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, pp. 275 y ss., y DIEZ-PICAZO, L., "La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios", *ADC.*, t. XVIII, fasc. III, 1965, pp. 642 y ss.

<sup>26</sup> Por todos vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Tratado*, op. cit., p. 507, y OTERO LASTRES, J.M., "La autoentrada del comisionista", op. cit., p. 265, quien considera que "al regular la autoentrada nuestro legislador no valoró debidamente los intereses en juego; se inclinó por los intereses del comitente y relegó a un segundo plano el interés del comisionista".

<sup>27</sup> Vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Tratado*, op. cit., p. 505, y BROSETA PONT, M y MARTINEZ SANZ, F., *Manual...*, op. cit., p. 115.

La regulación del Anteproyecto supone un cambio en la regulación de estas dos figuras. El nuevo precepto no se refiere, como el actual, únicamente a la comisión de venta o de compra, sino que lógicamente ofrece una regulación general para cualquier tipo de encargo que se realice a un comisionista<sup>28</sup>. Por lo que se refiere a la autoentrada la nueva redacción del art. 541-8, en su apartado 1, no parte de una prohibición casi absoluta como la legislación vigente que prohíbe la autoentrada salvo "*licencia del comitente*". El Anteproyecto permite la autoentrada en tres supuestos: cuando el encargo de comisión se ejecute en el marco de un mercado oficial o reglamentado, lo cual ya estaba permitido, como sabemos en la contratación bursátil. También se autoriza cuando tuviese "*instrucciones precisas y concretas del comitente para su realización*", se trataría, por tanto, de comisiones imperativas en las que no exista margen de decisión para el comisionista, aunque como ya hemos puesto de manifiesto se tratará de situaciones en las que pueden surgir problemas. Y por último, se permite también en aquellos casos en que exista una autorización expresa del comitente.

El mayor cambio, sin embargo, lo supone la regulación de las aplicaciones, pues el art. 541-9 cambia radicalmente la regulación de esta figura autorizando la realización de aplicaciones de los mandatos recibidos de distintos comitentes, salvo que exista una prohibición expresa de uno de ellos. En estos casos, en nuestra opinión, se debiera ofrecer, al menos, una regulación más precisa que evite los conflictos de intereses, debiendo imponer al comisionista una actuación imparcial para ambos comitentes.

## 2.5. Pacto de garantía

Otra de las innovaciones introducidas por el Anteproyecto la encontramos en la regulación de la llamada comisión de garantía.

El comisionista responde normalmente solo del cumplimiento del encargo, con observancia de las instrucciones del comitente y con la diligencia que le sea exigible, como resulta, entre otros, del art. 254 Cco y por tanto, no garantiza el buen fin de la comisión. Sin embargo, el Código de comercio, contempla la posibilidad de que en virtud de pacto, expreso o tácito, el comisionista asuma el compromiso de dar ejecución al propio negocio de realización de la comisión, cuando el tercero lo incumpla, asumiendo una responsabilidad personal por el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los terceros, en virtud de los contratos concluidos en el marco de la relación de comisión.

En definitiva, nos encontramos ante un pacto accesorio entre las partes, que supone la obligación del comisionista de responder del buen fin de las operaciones realizadas a

---

<sup>28</sup>La actual regulación del art. 267 Cco que sólo prohíbe de manera expresa la autoentrada del comisionista en el supuesto concreto de comisión de compraventa, es criticada por la doctrina, al entender que los límites de esta prohibición han de extenderse justamente hasta abarcar todos los supuestos en los que exista este peligro. Y este peligro puede existir no sólo en la compraventa, sino en los demás supuestos de comisión en los que la fijación de las condiciones del negocio de realización quede a la libre voluntad del comisionista. Por todos, *vid.* OTERO LASTRES, J.M., "La autoentrada del comisionista", *op. cit.*, p.264. En estos mismos términos, pero aludiendo al art. 1459, n° 2 del Cc -que contiene esta prohibición para el mandatario-, se manifiestan: GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, A., "La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RDP*, junio 1960, p. 457, y DIEZ-PICAZO, L., "La prohibición de comprar...", *op. cit.*, p. 649.

través del encargo de comisión (art. 272 del Cco). Este pacto contractual llamado comisión de garantía o de pacto de *star del credere*, también puede venir impuesta por los usos<sup>29</sup>.

Por lo que se refiere a la regulación del Anteproyecto, no limita este pacto a las comisiones de venta como hace el art. 272 Cco, sino que se refiere a él para todo tipo de comisión o encargo, y además indica que sólo existirá comisión de garantía “*si así se hubiera pactado expresamente o resultare de los usos de comercio*”. Por tanto, resultará obligado el acuerdo expreso para formalizar este pacto o bien la existencia de unos usos consolidados sobre él mismo. De esta forma, si no hay un pacto expreso o un uso de comercio que el comisionista pueda demostrar habrá de entenderse que dicho pacto no existe. Es una solución cuando menos complicada, porque el mercado está habituado al pacto de la comisión de garantía demostrable simplemente a través del pago de una comisión superior a la normal, tal como dispone el vigente art. 272 Cco: “*si el comisionista percibiere sobre una venta además de la comisión ordinaria, otra llamada de garantía, correrán de su cuenta los riesgos de la cobranza, quedando obligado a satisfacer al comitente el producto de la venta en los mismos plazos pactados por el comprador*”. Nuevamente consideramos que esta modificación requiere de una mayor reflexión que justifique la desaparición de una comisión garantía pactada de manera tácita.

## 2.6. Extinción del contrato de comisión

El contrato de comisión puede revocarse libremente por el comitente<sup>30</sup>. La revocación implica la facultad del comitente de resolver el contrato por propia voluntad (art. 279 Cco). La revocación no produce sus efectos hasta que llega a conocimiento del comisionista<sup>31</sup> y las gestiones que éste haya realizado antes de tener conocimiento de la revocación vinculan al comitente (art. 279 Cco)<sup>32</sup>.

Esta facultad de revocación del contrato representa una excepción al principio establecido en los artículos 1156 y 1256 del Cc, de los cuales se deduce que cuando no concurre ninguna causa especial admitida por el Ordenamiento, los contratos han de extinguirse por mutuo disenso. La razón de ser de esta excepción, entendemos que se

<sup>29</sup> Sobre el contenido y análisis de la cláusula de garantía en los contratos de colaboración, *vid.* QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, op. cit., pp. 258 y ss., y “La cláusula de garantía en los contratos de colaboración”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, n° 2, 1998, pp. 693 y ss.

<sup>30</sup> *Vid.* VICENT CHULIÁ, F., voz “Comisión mercantil”, en VV.AA. *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 1135.

<sup>31</sup> *Vid.* DIEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, op. cit., pp. 299 y ss., afirma que “*la revocación es un negocio jurídico recepticio ... Mientras el poderdante no se desprende de la declaración de voluntad y la hace llegar a su destinatario, aquélla no adquiere propia existencia jurídica. La comunicación de la revocación es no sólo condición de eficacia, sino incluso condición de existencia*”.

<sup>32</sup> La doctrina considera admisible el pacto de irrevocabilidad de la comisión durante un determinado plazo, así como su irrevocabilidad cuando la comisión se haya establecido en interés común de comitente y comisionista o, en general, cuando exista justa causa para ello. En definitiva, la norma contenida en el art. 279 se configura como un “*ius dispositivum*” (*vid.* VICENT CHULIÁ, F., *Compendio*, t. II, op. cit., pp. 310 y 311 y ANGULO RODRÍGUEZ, L., “El contrato de comisión”, op. cit., p. 118). Para un estudio detallado de este tema, *vid.* LINARES NOCI, R., *El poder y mandato (problemas sobre su irrevocabilidad)*, en concreto pp. 17 y ss. y 53 y ss.

encuentra en el carácter especial del contrato de comisión, basado en la mutua confianza, en el "*intuitu personae*", de tal modo que la quiebra de esta confianza se considera un hecho tan esencial, que da lugar a que pueda revocarse el encargo<sup>33</sup>.

La regulación del Anteproyecto además de regular la revocación de la comisión, introduce como novedad la posibilidad de renuncia del comisionista "libremente", esto es sin que medie causa alguna, debiendo únicamente el comisionista ponerlo en conocimiento del comitente para que surta efecto. El art. 541-15 añade que, no obstante esa renuncia libre, el comisionista "*deberá continuar la gestión de la actividad encomendada hasta la terminación de los negocios o contratos en curso*" (art. 541-15, párrafo 2), haciéndose además responsable al comisionista de "*los daños y perjuicios que sufra el comitente a consecuencia de la renuncia, salvo que medie causa justificada*".

Son varios los interrogantes que nos plantea este precepto, en primer lugar, la revocación está pensada para aquellos casos en que se pierda la confianza en el gestor, pues es quien encarga la gestión de un negocio a un profesional para que lo lleve a cabo, por tanto, existe una causa para, de manera excepcional, revocar el contrato. Sin embargo, el otorgamiento de una renuncia al comisionista que pueda ejercitar "libremente" no parece que sea acorde con la naturaleza y finalidad del instituto, ni del propio contrato de comisión.

Y esto nos conduce a la siguiente interrogante qué sentido tiene que al comisionista se le permita renunciar libremente para a reglón seguido imponer que continúe la gestión de la actividad encomendada hasta la terminación de los negocios o contratos en curso. Si partimos de que la comisión es un contrato de tracto único, en la mayoría de los casos la terminación del negocio o contrato en curso implicará el cumplimiento del encargo de comisión. Por otro lado, si entendiésemos que el contrato de comisión ha pasado a ser en el Anteproyecto un contrato de tracto sucesivo, la diferencia entre el contrato de comisión y agencia se desdibujaría en un buen número de casos<sup>34</sup>.

Sin embargo, con esta regulación podría entenderse que el legislador ha pensado en equiparar el contrato de comisión tanto a la regulación del contrato de mandato (art. 1732. 2 Cc)<sup>35</sup>, como a la del contrato de agencia.

Por lo que se refiere al contrato de agencia, la LCA regula la posibilidad de se extinga el contrato por denuncia unilateral de cualquiera de las partes con preaviso (art.

---

<sup>33</sup> Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho mercantil*, t. II, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 220 y 221. De igual opinión son: GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, G., "La esencia del mandato", *RDP*, nº 331, 1944, p. 771; VICENT CHULIÁ, F., voz "Comisión mercantil", op. cit., p. 1139; CRESPO ALLUE, F., *La revocación del mandato*. Montecorvo, Madrid, 1984, pp. 152 y ss., y BUSTO LAGO, J.M., "Contrato de comisión", en VV.AA. *Tratado de contratos*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), T. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 3538 y ss.

<sup>34</sup> Vid. esta diferencia entre la comisión y la agencia, en nuestro trabajo QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 307 y ss.

<sup>35</sup> Este precepto dispone expresamente que "El mandato se acaba: 1.º Por su revocación. 2.º Por renuncia o incapacitación del mandatario...". En opinión de VICENT CHULIÁ, F., Introducción..., op. cit., p. 1297, la comisión no puede extinguirse válidamente por renuncia del comisionista porque se entiende que como profesional no puede desligarse de los encargos asumidos.

25.1 L.C.A.)<sup>36</sup>. Sin embargo, entendemos que no puede equipararse la denuncia unilateral a la revocación y renuncia previstas en el contrato de comisión, pues, si bien tanto la denuncia como la revocación pueden deberse a la pérdida de confianza entre las partes, en la agencia no se revoca el contrato, sino que se pone fin a una relación indefinida, que sin esta posibilidad podría llegar a ser perpetua y por ello contraria a derecho.

La confusión sobre ambas modalidades extintivas revocación y desistimiento, se incrementa debido a la existencia de una terminología heterogénea y variada<sup>37</sup>, respecto de lo cual y por lo que aquí interesa, conviene diferenciar entre revocación y desistimiento. La revocación y el desistimiento son supuestos próximos, pues ambos confieren a una de las partes del contrato la facultad unilateral de darlo por terminado. Sin embargo, la diferencia entre ambos institutos es sustancial: la revocación sólo se refiere a declaraciones de voluntad que no han llegado todavía a consumir la conclusión del negocio y que rompen, si es admisible, la atadura de la parte que revoca<sup>38</sup>. El desistimiento requiere, en opinión de la doctrina mayoritaria, la existencia de un contrato de duración indeterminada, ya sea éste de tracto sucesivo o de tracto continuado<sup>39</sup>.

Mayor proximidad se puede apreciar entre la nueva regulación del Anteproyecto y la regulación sobre la terminación del contrato de mandato, pues también en este contrato se contempla tanto la posibilidad de revocación del mandante y como la de renuncia del mandatario. El Código civil, permite que el mandatario renuncie al mandato, pero se le exige que lo ponga en conocimiento de su mandante, y si éste sufre perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle, a menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo (art. 1736 Cc). Por otro lado, aunque se trate de una renuncia basada en una justa causa el art. 1737, impone al mandatario el deber de "*continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta*". El mandatario debe seguir realizando la gestión encomendada hasta que se pueda hacer cargo de ella el propio mandante, o a quien éste designe.

En esta línea, el Anteproyecto de Código mercantil impone al comisionista el deber de "*continuar la gestión de la actividad encomendada hasta la terminación de los negocios o contratos en curso*" (art. 541-15, párrafo 2). Sin embargo, no se contempla la posibilidad de que el comisionista deje de realizar la gestión cuando el principal o

---

<sup>36</sup> De otra opinión es CRESPO ALLUE, F., *La revocación del mandato*, op. cit. pp. 149 y ss., quien afirma que "*la revocación del mandato por parte del mandante será un desistimiento unilateral con el que uno de los contratantes se separa del vínculo obligatorio y provoca la extinción de la relación. Trátase de un acto unilateral, pues para su perfeccionamiento es necesaria y suficiente la sola voluntad del sujeto que desiste ...*".

<sup>37</sup> Vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral como causa de extinción del contrato*, ed. Montecorvo, Madrid, 1990, pp. 537 y ss., quien realiza un detenido análisis del significado y diferencias existentes entre los términos siguientes: desistir, denunciar, disolver, renunciar, rescindir, resolver, revocar. Es importante aclarar que para esta autora el término "denuncia" engloba en su propia definición todos los demás, que son o están más limitados, por unas u otras razones.

<sup>38</sup> Este es el caso del mandato, donde se entiende que el mandante puede revocar el contrato (art. 1732 Cc), sin más límites que los establecidos en la Ley. En el art. 1734 del Cc se recoge una prohibición de perjudicar a determinadas personas.

<sup>39</sup> Por todos, vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral*, op. cit., pp. 74 y 210.

comitente pueda tomar las medidas necesarias para que continúe la gestión, como sí prevé el contrato de mandato. Si la renuncia no permite ejecutar cómodamente o con facilidad el encargo, ya sea por el comitente o por otra persona, lo lógico sería que aunque el comisionista haya renunciado con justa causa debiera continuar la gestión iniciada hasta que el mandante puede proveer esa falta.

Por otro lado, como ya hemos apuntado al tratarse de un contrato de tracto único si el comisionista ha terminado los negocios en curso, tal como prevé el Anteproyecto, se supone que ya habrá cumplido el encargo de comisión. De hecho la renuncia solo tendría sentido antes de iniciarse ningún acto de ejecución del encargo, pues si este se ejecuta se produciría ya el cumplimiento del mismo.

Al igual que el Código civil, el art. 541-15, apartado 3, hace responsable al comisionista de todos los daños y perjuicios que sufra el comitente a consecuencia de la renuncia, salvo que medie justa causa.

Así las cosas, no creemos que se pueda equiparar la renuncia a la revocación, pues mientras esta última tiene como única carga dejar indemne al comisionista, obligándose el comitente a asumir las gestiones realizadas, así como la comisión devengada y los gastos en que hubiese incurrido. Por el contrario, la renuncia o posee una justa causa, o dará lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, cual si de un incumplimiento contractual se tratase. Por todo ello, la introducción de la renuncia en el contrato de comisión merece un poco más de reflexión y análisis, a la luz sobre todo de la problemática que la misma ha presentado a lo largo de estos años en el contrato de mandato.