

4 Bases para una revisión del régimen jurídico de la comisión mercantil

Basis for a revision of the legal regime of the commercial commission

M^a ROCÍO QUINTÁNS

Profesora Titular de Derecho mercantil. Universidad de La Coruña

ISSN 0210-0797

Revista de Derecho Mercantil 312
Abril - Junio 2019

Sumario:

- I. Consideraciones previas: una reforma necesaria
- II. Comisión como contrato de colaboración: la gestión de intereses ajenos
- III. Concepto de contrato de comisión
 - 1. Comisión como mandato mercantil
 - 2. Requisitos de mercantilidad
 - 2.1. Subjetivo
 - 2.2. Objetivo
- IV. Comisión y poder de representación
 - 1. Modalidades de representación
 - 2. Actuación sin poder: representación aparente y comisionista “falsus procurator”
- V. Desempeño de la comisión
 - 1. Sujeción a instrucciones y diligencia del comisionista
 - 1.1. Alcance de la sujeción a instrucciones: las instrucciones razonables
 - 1.2. Hacia el canon de diligencia del ordenado comerciante
 - 2. Obligación de realizar personalmente el encargo: delegación y subcomisión
 - 3. Riesgo y ventura de las operaciones de comisión
 - 3.1. Obligación convencional de star de credere
 - 3.2. Naturaleza jurídica del pacto de garantía
 - 4. Actuación del comisionista y conflicto de intereses: autoentrada y negocio de aplicación
- VI. Extinción del contrato: revocación y renuncia

RESUMEN: *El presente trabajo analiza la necesidad de reformar la regulación contenida en el Código de comercio sobre el contrato de comisión mercantil. Se trata de un contrato que, pese a su amplia utilización, no ha sido objeto de una adaptación a los cambios que desde el año 1885 se han producido en tráfico jurídico-económico. Además, la utilización de la regulación de este contrato para solventar la problemática jurídica de otros contratos de colaboración mercantiles, hace especialmente oportuno plantear la necesidad de una revisión de las mencionadas normas. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil llevó a cabo un intento de reformar este contrato y aunque finalmente esta iniciativa no ha prosperado, su contenido constituye un indicador de los cambios que el legislador considera oportuno realizar para conseguir una actualización de su regulación y así subsanar los problemas que se han detectado a lo largo de los muchos años de aplicación del Código de comercio. En estas páginas no se pretende realizar un análisis sistemático del articulado del Código de comercio sobre este contrato, ni del propuesto en el Anteproyecto, sino poner de manifiesto los principales cambios que, a nuestro juicio, es necesario afrontar en una futura reforma.*

ABSTRACT: *This paper analyzes the need to reform the regulation contained in the Commercial Code, regarding the commercial commission contract. The contract, although widely used, has never been updated to the changes occurred in legal economic environment. Additionally, the revision of the aforementioned standards is particularly appropriate considering that it is quite usual to apply the regulation of this contract to fix the legal issues of other commercial collaboration contracts. The Draft Law of the Commercial Code made an attempt to reform this contract and although it did not finally prosper, its content is a good indicator of the changes that the legislator may consider appropriate to get an update of the regulation and thus correct the problems that have arisen over the years of application of the Commercial Code. This document focuses more in highlighting the main changes that, in our opinion, should be tackled in a future reform, than in carrying out a systematic analysis of the articles contained in the Commercial Code or in the Preliminary Draft on this contract.*

PALABRAS CLAVE: *Contratos de colaboración - Contrato de comisión mercantil - Propuestas de reforma*

KEYWORDS: *Collaboration contracts - Commercial commission contract - Reform proposals*

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: UNA REFORMA NECESARIA

La comisión mercantil es un contrato objeto de una amplia utilización y que posee una detallada regulación en el Código de comercio de 1885, a diferencia de otros contratos que podrían encuadrarse en la misma categoría contractual como el de mediación o el estimatorio. En el texto actualmente vigente, 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 mantienen con el empresario: la sección 1ª regula la figura de los comisionistas, mientras que la sección 2ª está dedicada a: “Otras formas de mandato mercantil. Factores, dependientes y mancebos”.

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. Además, la regulación de este contrato ha planteado a lo largo de los años en que se ha aplicado determinadas disfunciones que han dado lugar a conflictos entre las partes y a la necesidad de que los tribunales interpreten los preceptos de acuerdo con la realidad del mercado, ya que una regulación que data de 1885 resulta evidente que requiere una revisión. Por otro lado, debemos tener presente que el de comisión es un contrato prototipo en su categoría, utilizándose su regulación como supletoria para otras figuras contractuales próximas, como, por ejemplo, contratos atípicos como el corretaje o la concesión mercantil o figuras reguladas como los corredores de seguros o los intermediarios del

mercado de valores, entre otros.

Partiendo, pues, de estas premisas queda fuera de toda duda la oportunidad de una reforma que actualice la normativa vigente, resta ahora concretar cuál ha de ser el contenido de dicha reforma.

Precisamente una revisión y actualización de este contrato se recoge en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil aprobado en primera lectura por el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014¹). Este Anteproyecto ha sido revisado recientemente por la sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación²), teniendo en cuenta especialmente las observaciones realizadas por el Consejo de Estado en su Dictamen de 29 de enero de 2015³); si bien por lo que se refiere al contrato que nos ocupa se mantiene en esencia la regulación del texto dado a conocer en 2014.

El Anteproyecto 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. El Anteproyecto prescinde en este título de la regulación de los llamados auxiliares del empresario⁴). A la nueva ubicación 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 Anteproyecto de Código mercantil aporta claridad, al dividir en cuatro secciones (Disposiciones generales, Derechos y obligaciones del comisionista, Obligaciones del comitente, y Causas específicas de extinción)⁵) 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 varios preceptos. Al margen de las diferencias de ubicación y cuantitativas que se observan de manera evidente, el texto proyectado pretendía subsanar las deficiencias detectadas en la regulación del contrato, por lo que aun cuando su regulación no ha se ha convertida en Ley, resulta de utilidad su análisis.

Así las cosas, el objetivo de estas páginas es poner de manifiesto las principales reformas que sería necesario introducir para adecuar el contrato de comisión a la realidad actual, y para ello analizaremos como punto de partida, tanto la problemática que ha tenido este contrato en los muchos años de aplicación del Código de comercio, como desde el punto de vista sustantivo la adecuación de las reformas que la regulación del Anteproyecto tenía previsto introducir. Por tanto, no realizaremos un análisis sistemático de la regulación de la comisión, sino que únicamente pondremos de manifiesto los principales cambios que, en nuestra opinión, deberían llevarse a cabo en una futura reforma legislativa.

II. COMISIÓN COMO CONTRATO DE COLABORACIÓN: LA GESTIÓN DE INTERESES AJENOS

La categoría de contratos de colaboración ha sido acuñada por nuestra doctrina y jurisprudencia, si bien carece de respaldo legal. No se trata de una categoría uniforme, sino que sus lindes son difusos, en gran medida debido al carácter atípico de algunos de los contratos que la engloban y al hecho de que la subcategoría de los contratos de distribución haya cobrado carta de naturaleza desde hace años en las clasificaciones que la doctrina hace de las distintas modalidades contractuales mercantiles de colaboración.

Aunque la comisión es el contrato prototipo de los de colaboración⁶), no faltan autores que lo encuadran entre los contratos de distribución, junto con la agencia o la franquicia⁷). En nuestra opinión la comisión no es un contrato apto para llevar a cabo la distribución, pues, por un lado, es un contrato de tracto único y, por otro, la actividad de un comisionista no implica “*promoción*” en el sentido de colocación de un producto o servicio en el mercado o de captación de clientela, que es la gestión que se realiza en los contratos de distribución.

Resultaría, sin duda, positivo que se previese un reconocimiento legal de la categoría contractual de los contratos de colaboración mercantil y que se delimitase dentro de ella la subcategoría de los contratos de distribución, diferenciando claramente qué contratos las conforman. Aunque el Anteproyecto de Código Mercantil incluye en su articulado como categoría jurídica la de los contratos de colaboración, sin embargo, no ofrece un concepto de la misma, 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*”. Por tanto, se entiende que a falta de normas generales específicas sobre los contratos de colaboración habría que acudir a lo dispuesto sobre obligaciones y contratos en general en el

En nuestra opinión, estos términos no son los que mejor definen lo que ha de entenderse por contratos de colaboración, pues lo que realmente delimita y caracteriza estos contratos como categoría es el hecho de que en todos ellos se lleva a cabo una gestión de intereses ajenos⁸). Se realiza una actividad auxiliar de colaboración, ya sea en nombre y por cuenta ajena, en nombre ajeno y por cuenta propia o, incluso, en nombre propio e interés ajeno. 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 persigue⁹). 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.

A la falta de una caracterización clara de los contratos colaboración, el texto del Anteproyecto en su versión de 2014 añadía que no se recogían todos los contratos de esta categoría, sino que únicamente reducía 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 hubiese desaparecido del texto finalmente presentado, cuando debieran considerarse o bien un subtipo de los de colaboración o bien una categoría contractual con identidad propia¹⁰). Esta deficiencia ha sido subsanada en la nueva versión del Anteproyecto publicada en 2018 que vuelve a incluir un capítulo V relativo a los contratos de distribución, trasladando al capítulo VI la regulación del contrato de participación.

III. CONCEPTO DE CONTRATO DE COMISIÓN

1. COMISIÓN COMO MANDATO MERCANTIL

El concepto de contrato de comisión se formula en el actual Código de comercio, por remisión a la regulación del mandato. El artículo 244 del Código de comercio especifica que “*se reputará comisión mercantil el mandato*”. De manera similar en el Anteproyecto de Código mercantil se dispone que “*la comisión es el mandato*” (art. 541-1), manteniendo la identificación genérica entre mandato y comisión¹¹).

De este modo, al igual que ocurre en otros contratos, cuando se regula una institución jurídica que también se encuentra en el Código civil, se omite definir el contrato, entendiéndose así que no pueden ser considerados como figuras negociales diferentes. Además, y con carácter general, también serán aplicables a los contratos mercantiles las disposiciones generales en materia de contratos aplicables a cualquier clase de contratos.

Así pues, al contrato de comisión debemos entender aplicable la noción genérica de contrato de mandato proporcionada por el Derecho común en el artículo 1709 del Código civil. De acuerdo con este último precepto: “*Por el contrato de Mandato se obliga una persona a hacer alguna cosa o prestar algún servicio, por cuenta o encargo de otra*”¹²). De este modo, la comisión lo mismo que el mandato, se lleva a cabo a través de la idea de sustitución, según la cual el mandante o comitente viene a ser sustituido por el mandatario o comisionista en la actividad de dirección o gestión de sus intereses¹³).

Los términos que utiliza el Código Civil para definir el mandato son, sin duda, de tal amplitud que hacen difícil diferenciar el mandato o la comisión mercantil de los arrendamientos de obra o servicios. Aunque el arrendamiento de servicios es siempre oneroso, frente al carácter gratuito del mandato, no puede servir como criterio diferenciador, al menos aisladamente, porque el mandato puede pactarse retribuido y, sobre todo, porque en la comisión mercantil la onerosidad es un elemento natural, de modo que el derecho a percibir el premio o comisión se presume, salvo pacto expreso en contrario¹⁴).

Un criterio que cuenta con un mayor apoyo doctrinal para diferenciar estos contratos se encuentra en el distinto objeto de los mismos, de tal modo que mientras el arrendamiento de servicios tiene por objeto actos materiales, el mandato y la comisión se caracteriza por la realización de actos jurídicos, ya sea la conclusión de contratos propiamente dichos, o al menos la realización de actos con consecuencias jurídicas¹⁵).

Por tanto, la comisión se configura como un contrato por el cual el comisionista se obliga a realizar actos jurídicos por cuenta o encargo del comitente y, como veremos, para llevar a cabo dichos actos jurídicos, se le concede un poder para disponer de intereses ajenos.

Debemos tener presente que, y así lo prevé también la regulación prevista en el Anteproyecto Código mercantil, este contrato ha de seguir conservando el carácter dispositivo de las normas que lo regulan, que continua, además, teniendo el carácter de consensual, sin que sea necesaria la forma escrita, salvo que las partes así lo acuerden¹⁶).

La perfección de este contrato se presume simplemente cuando el comisionista comience a realizar alguna gestión para realizar el encargo (art. 249 C. de c.). Además, y como una obligación legal¹⁷), el comisionista está obligado en caso de no aceptar, a rehusar el encargo y comunicarlo al comitente por el medio más rápido posible, y en todo caso “*por el correo más próximo al día en que recibió la comisión*” (art. 248 C. de c.). Evidentemente hoy en día el rechazo del encargo puede hacerse por medios más rápidos que el correo al que se refiere el Código de comercio. Además, pese a que el comisionista no acepte el encargo y por tanto a que no haya nacido el contrato de comisión, está obligado por Ley a custodiar y conservar los efectos que le haya remitido el comitente, hasta que designe un nuevo comisionista, o bien hasta que los consigne judicialmente (art. 248,2); incurriendo el comisionista en caso de no cumplir estos deberes legales en la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios que pueda sufrir el comitente.

También el texto del Anteproyecto de Código mercantil, si bien indica que la comisión se perfecciona por la aceptación del encargo, a reglón seguido prevé la presunción de aceptación tácita cuando el comisionista realice alguna gestión en el desempeño del encargo recibido (art. 541-2). El Anteproyecto sigue regulando como una obligación legal la de rechazar el encargo de comisión, comunicándolo de manera inmediata al comitente; debiendo, en caso contrario, responder de los daños y perjuicios que por ello sobrevengan a ese último. Sin embargo, el Anteproyecto elimina la obligación de custodia y conservación de los efectos, lo cual desde nuestro punto de vista es un error, porque muchos encargos de comisión se realizan con una puesta a disposición de aquello que se solicita gestionar al comisionista, por lo que, y sobre todo teniendo en cuenta que no existe relación contractual, debiera seguir regulándose la obligación de custodiar diligentemente los efectos entregados, pese a que no se acepte el encargo de comisión¹⁸).

2. REQUISITOS DE MERCANTILIDAD

Partiendo de la premisa de que mandato y comisión son los mismos contratos, solo el ámbito en que cada uno de ellos se desarrolla –civil o mercantil– justifica la existencia de dos regulaciones diferentes¹⁹). Para diferenciar estos contratos y aplicar el régimen contenido en el Código de comercio es necesario determinar los criterios de mercantilidad que convierten el mandato en comisión mercantil.

Hemos de tener presente que esta doble regulación y la determinación de la mercantilidad de algunos contratos – entre ellos el de comisión– plantea múltiples problemas, debido a la deficiente determinación en el Código de comercio de los requisitos de mercantilidad²⁰). Este es uno de los temas que, sin duda, mayor problema ha suscitado en la regulación actual de la comisión y que el Anteproyecto trata de solucionar, redefiniendo tanto el criterio de mercantilidad objetivo, como sobre todo el subjetivo.

El artículo 244 del Código de comercio 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.

2.1. Subjetivo

El requisito o condición subjetiva de mercantilidad en la legislación vigente solo requiere que cualquiera de las partes comitente o comisionista sea empresario. Se ha criticado ampliamente este requisito al considerar que su aplicación literal conduce a situaciones absurdas.

En efecto, la literalidad del Código de comercio dispone expresamente que el comisionista no tiene por qué ser un empresario, sino que puede ser un sujeto no comerciante (art. 244 C de c). Este criterio en la práctica puede conducir 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 debe ser que sea comerciante el comitente, sino que lo sea el comisionista y que actúe como tal empresario en el tráfico mercantil²¹). En efecto, la condición de empresario del comisionista es lo verdaderamente determinante para considerar mercantil el contrato de comisión, pues es quien gestiona los intereses ajenos, llevando a cabo el encargo encomendado. Además, lo habitual es que, precisamente, este contrato se concluya en atención a los conocimientos profesionales

del comisionista.

Consciente de la problemática de la regulación vigente el legislador del Anteproyecto de Código mercantil trata de solventar esta situación. Así y tras disponer, de manera redundante, en el apartado 1 del artículo 541 que “*el contrato de comisión tiene carácter mercantil*”, trata de despejar las dudas sobre la mercantilidad, señalando 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*”.

Sin embargo, el texto proyectado no acaba de acertar en la regulación del criterio subjetivo de mercantilidad, pues de manera confusa establece un doble requisito: que el comisionista sea un profesional dedicado al tráfico jurídico de la gestión de negocios por cuenta de otros o bien que realice actividades de la misma clase que el encargo recibido. Esta última alternativa es, sin duda, la que nos ofrece más dudas, pues si con este tenor el legislador quiere indicar que el comisionista no ha de ser un profesional volveríamos a reproducir la problemática jurídica contenida en el Código de comercio. La otra posibilidad, sería interpretar que el comisionista no tiene por qué ser un empresario dedicado a la gestión de negocios ajenos, sino que puede tratarse de un empresario que realice actividades como aquellas que se le encargan gestionar. Se trataría en este último caso, tal vez de una especie de comisionista ocasional. Esta última posibilidad abriría, en nuestra opinión, un amplio abanico de situaciones problemáticas. Aunque es cierto que se trataría de un empresario especializado en el concreto negocio que se le encarga realizar, pues se le encomienda la misma clase actividad que realiza para sí; no estaríamos ante un empresario especializado en el tráfico de los negocios de gestión de intereses ajenos. Por otro lado, en estos supuestos el tratamiento del posible conflicto de intereses entre comitente y comisionista sería especialmente delicado, pues va a realizar para otro, una actividad que habitualmente realiza para sí. Esta colaboración entre empresarios que realizan la misma actividad va más allá de la habitual gestión de negocios ajenos por un profesional especializado en el tráfico de comisión, tratándose de una colaboración entre competidores, cuyo tratamiento en el marco de la comisión mercantil requeriría una serie de especialidades legislativas no contempladas en la redacción del Anteproyecto. Por otro lado, el hecho de dar cabida a otros empresarios, que no sean profesionales de la realización de mandatos mercantiles, va a plantear problemas en materia de cumplimiento contractual y responsabilidad, pues entendemos que la diligencia que se les puede exigir en el desempeño del encargo, por ejemplo, no es la misma. El empresario será experto en el ámbito empresarial en el que se le pide gestionar un interés ajeno, pero no en la gestión de intereses ajena propiamente dicha. Por ello, si no es un empresario cuyo giro o tráfico habitual sea la gestión de negocios ajenos, entendemos que no podría tener el mismo nivel de diligencia que aquel comisionista que sí lo es²²).

En nuestra opinión en una futura reforma del contrato de comisión deben evitarse estas situaciones y adecuar la redacción a la realidad del tráfico mercantil. El principal busca —a través del contrato de comisión— los servicios de 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 deben adquirir en una 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 debe ser posible una comisión en que el comitente sea el profesional y el comisionista un particular. Y si se decide recoger la posibilidad de que el comisionista sea un empresario que no se dedique profesionalmente a colaborar con otros empresarios, debería contemplarse en el desarrollo normativo del contrato regulación específica para esta situación.

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 gestión, pues el comisionista, actúa en nombre ajeno. 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.

Respecto a la condición que debe tener el comitente el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil no dice nada de forma expresa, si bien dicha condición podría deducirse de la regulación que se contiene sobre el objeto del contrato. En todo caso, en nuestra opinión debe resultar irrelevante la condición empresarial o no del comitente, pues si quien ha de ser siempre un profesional es el comisionista, cuya actividad es la prestación de servicios de gestión de negocios ajenos, el carácter mercantil de esta actividad es suficiente para la consideración mercantil del contrato. Por tanto, el requisito determinante para considerar que hay un contrato de comisión mercantil es la existencia de un comerciante-comisionista, que realice la gestión encargada como tal.

2.2. Objetivo

El Código de comercio establece como objeto del contrato de comisión el “*acto u operación de comercio*” encomendado al comisionista. Así las cosas, cualquier tipo de actividad de carácter mercantil puede ser objeto del encargo de comisión, por ende, no se cumplirá el requisito objetivo de mercantilidad si el encargo de gestión pertenece a la esfera civil.

Además, la redacción del Código de comercio se refiere a un concreto encargo, lo que lleva a entender que la comisión es un contrato concebido como un instrumento de colaboración aislada y esporádica, de tracto único²³). De este modo estaríamos siempre ante un mandato especial, no pudiendo contemplarse como contrato de comisión el mandato general regulado por el artículo 1712 del Código civil, en los siguientes términos: “*El mandato es general o especial. El primero comprende todos los negocios del mandante. El segundo, uno o más negocios determinados*”²⁴).

A este respecto, cabe prestar atención a que en el texto propuesto en el Anteproyecto de Código mercantil, no se hace una referencia expresa a la duración del contrato de comisión, de tal modo que no se deja claro el carácter de contrato de tracto único de la comisión, pues mientras el vigente artículo 244 se refiere expresamente al encargo de “*un acto u operación de comercio*”, en el artículo 541 del Anteproyecto de Código Mercantil se utiliza el plural al referirse a que el comisionista se dedica profesionalmente a “*hacer encargos ...o a realizar actividades...*”²⁵). Este hecho y que el carácter de contrato de tracto único en la regulación actual no es una opinión generaliza, podría llevarnos a plantear la posibilidad de que una nueva regulación regule contratos de comisión duraderos, en los que se contengan sucesivas ordenes o mandatos en un único contrato. Si bien pudiera pensarse que este acuerdo convertiría la comisión en un contrato de agencia, en nuestra opinión esto no tiene por qué ser así, pues la actividad que realizarían agente y comisionista son distintas. El agente promociona actos u operaciones de comercio, de tal modo que no persigue una mera conclusión de contratos, sino la distribución de productos o servicios, lo que implica en sentido amplio una captación o aumento de clientela o del volumen de negocio de su principal. Por el contrario, una comisión duradera únicamente daría lugar a sucesivas conclusiones de encargos, sin la obligación añadida de que los mismos generen una efectiva colocación en el mercado de productos o servicios. Por todo ello, puede ser oportuno que de *lege ferenda* se contemple la posibilidad de contratos de comisión de carácter duradero.

Por otro lado, por lo que se refiere a lo dispuesto en el Código de comercio vigente y de cara a una futura reforma de este contrato, sería conveniente silenciar cualquier mención a la naturaleza –civil o mercantil– del negocio de realización de la comisión, es decir a la índole –civil o mercantil– del acto jurídico objeto del encargo conferido. La redacción actual conduce a la absurda situación de que debamos calificar como mandato y no como comisión, el encargo de una operación no mercantil, pese a que quien la lleve a cabo sea un comisionista profesional. Igualmente resulta injustificado que en aquellos supuestos en la que el comisionista no es empresario, pero lo es el comitente y el encargo de comisión es un acto u operación de comercio, se aplique la normativa mercantil, en lugar de las disposiciones sobre el contrato de mandato.

Nuevamente y como ya hemos puesto de manifiesto debiera ser el carácter profesional del comisionista el elemento que determine la mercantilidad del mandato y no la naturaleza del encargo de comisión o la condición de empresario del comitente.

Además, debemos pensar que un comisionista empresario, especializado en el tráfico de realización de encargos por cuenta ajena, siempre estará llevando a cabo una actividad típicamente mercantil en la medida en que desarrolla una actividad propia de su giro o tráfico empresarial, independientemente de que el encargo de comisión sea o no un acto u operación mercantil.

La regulación de nuestro Código de comercio responde, sin embargo, a la consideración de la comisión como un acto de comercio accesorio de otro principal –la compraventa, el arrendamiento, etc.–. Sin embargo, se ha de concebir el contrato de comisión como acto de comercio principal, y no accesorio de otro, y como acto de comercio subjetivo/profesional, para el comisionista²⁶).

Consciente de la problemática aquí apuntada, el legislador del Anteproyecto, de Código Mercantil modifica también el criterio objetivo de mercantilidad. Así, por un lado, ya no se refiere en exclusiva a la comisión de compraventa y, por otro, desaparece la referencia a los actos de comercio. La reciente revisión del Anteproyecto introduce una importante modificación para corregir la deficiente regulación sobre el criterio objetivo de mercantilidad de la que adolecía el texto de 2014. En efecto, la redacción del Anteproyecto de 2014 realizaba una remisión en cuanto al contenido del contrato de comisión al artículo 001-2 del Código, que curiosamente regulaba 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*”²⁷). Llamaba la atención que el legislador no hubiese realizado una remisión al ámbito objetivo del Código mercantil regulado en el artículo 001-3, pese a que se refiere el artículo 541-1 al contrato de comisión, como parámetro de la definición de la figura y no al comisionista²⁸). En todo caso, la letra a) del artículo 001-3 señalaba 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 artículo 001-229), por lo que, finalmente, en el caso que nos ocupa se determina el carácter mercantil del contrato de comisión en atención 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.

Fruto de la revisión de los preceptos relativos a la delimitación del ámbito objetivo y subjetivo de aplicación del Código Mercantil³⁰) se subsana la deficiente delimitación del requisito objetivo de mercantilidad en el contrato de comisión, ya que el revisado el art. 541-1 elimina la referencia a las actividades del art. 001-2 e indica expresamente que el encargo de comisión consiste en la realización de “*actividades económicas de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado*”, siguiendo –ahora sí– el tenor del art. 001-3 en el que se recoge el ámbito objetivo de aplicación del texto proyectado.

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 o en la actividad que se le encomienda gestionar (art. 541-1, en su párrafo primero). 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 realmente por un único requisito, a saber: 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 mercado³¹).

IV. COMISIÓN Y PODER DE REPRESENTACIÓN

1. MODALIDADES DE REPRESENTACIÓN

El contrato de comisión no puede ser entendido sin el instituto de la representación. La actividad del comisionista hace necesario que se le atribuyan poderes de representación para poder llevarla a cabo, pues tiene la facultad de concluir contratos. Por tanto, la idea de actuación por cuenta ajena –*tua res agitur*– es esencial y definitoria de este contrato³²). Así las cosas, la fuente del apoderamiento se une al contrato de comisión, existiendo una íntima vinculación entre la actividad de conclusión y la representación, presentándose incluso ambas en un único documento, sin que por ello el apoderamiento pierda su autonomía dada la específica finalidad de atribuir el poder al representante.

Por otro lado, 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 comisionista³³). Sin embargo, es opinión común que no debe confundirse el contrato que vincula a las partes, creando obligaciones entre principal y comisionista –y refiriéndose, por tanto, a las relaciones internas–, con la existencia y eficacia del poder de representación, que mira a las relaciones entre representante/comisionista y el tercero con quien contrató, es decir, es algo externo al contrato de gestión y que gira alrededor del poder³⁴). Pero, si bien es indiscutible que son dos figuras diferentes en cuanto al origen, perfección, elementos, contenido y efectos, la realidad demuestra que la representación se integra en el negocio de gestión que le sirve de base, en este caso el contrato de comisión³⁵). Se produce un fenómeno de coincidencia entre el gestor del interés ajeno y el representante³⁶).

En cuanto al concreto funcionamiento de la representación en el contrato de comisión, son múltiples las cuestiones que se suscitan³⁷). El Código de comercio dispone que el comisionista actúa siempre “*por cuenta ajena*” y contempla dos modalidades de actuación frente a los terceros con quienes contrate: 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 representación³⁸), en la que la actuación del comisionista se desarrolla por cuenta ajena, pero en nombre propio.

Recordemos que la comisión origina una relación jurídica obligatoria entre las partes, mientras que el poder hace referencia a la posición jurídica individual de la persona del apoderado, en cuanto capaz de comprometer con sus

actos la esfera jurídica del poderdante³⁹). De este modo, podemos concluir que, mientras por un lado, el poder sólo habilita, no obliga al representante para actuar y gestionar los asuntos del poderdante, señalándole los límites de su actuación⁴⁰). Por otro lado, es la existencia de una relación previa o simultánea, que algunos califican de subyacente o causal –en nuestro caso el contrato de comisión–, la razón por la que el comisionista/representante se halla obligado a llevar a cabo la correspondiente actividad, haciendo uso del poder de representación⁴¹).

Por lo que se refiere a la representación directa del comisionista, los efectos que produce se recogen expresamente en los artículos 247, párrafo 2º y 286 del Código de comercio e, implícitamente, en los artículos 1259 y 1717 del Código civil, manifestándose en todos ellos que los efectos del acto de gestión representativa se producen de forma inmediata en el patrimonio o en la esfera jurídica del representado⁴²). En efecto, la representación directa, supone una inmediata comunicación entre el negocio realizado y el patrimonio y la persona del comitente; se trasladan directamente los efectos jurídicos –derechos y obligaciones– de la actuación del comisionista, al principal (*dominus negotii*)⁴³). El comitente adquirirá los derechos frente a los terceros y éstos directamente frente a él⁴⁴). El Código de comercio (art. 247) recoge la necesidad de hacer constar la representación haciéndoselo saber a los terceros e incluso si el contrato se realizase por escrito poniéndolo en la antefirma. Sin embargo, como veremos, la necesidad de que el comisionista manifieste que contrata en nombre del empresario para que recaigan sobre este último los efectos de su actividad, podría no ser absolutamente necesaria en todos los casos, al menos no hasta el punto de hacer imprescindible una mención expresa de sus poderes representativos en todo contrato. Así, por ejemplo, no será necesaria la mención expresa cuando como consecuencia de sus relaciones habituales, sea claro para los terceros que el comisionista no actúa en nombre propio, sino para el comitente. Por último, debemos tener presente que la simple “*contemplatio domini*”, esto es, la mera manifestación del comisionista de que contrató en nombre de otro puede no ser suficiente para que éste quede vinculado por los actos o contratos realizados por su comisionista, sino que es una cuestión que el comisionista ha de probar, si el comitente la niega (art. 247 del C. de c.)⁴⁵).

En el caso de que el comisionista lleve a cabo el encargo de comisión en nombre propio, actuará sin poder de representación directa, de tal modo que es él quien adquiere los derechos y obligaciones frente a los terceros con los que contrate y éstos, a su vez, adquieren los derechos y obligaciones contra el comisionista, debiendo más tarde trasladarlos al comitente, quedando a salvo los derechos y obligaciones que correspondan respectivamente al comitente y al comisionista entre sí (art. 246 del C. de c.). Como gestor no actúa en nombre de su principal y no existe la comunicación patrimonial directa antes descrita, por lo que será preciso llevar a cabo un nuevo negocio o acto jurídico para que se traspasen los efectos al principal. En este supuesto no hay representación directa, pero sí hay un vínculo contractual que obliga a trasladar los efectos al sujeto por cuenta del cual se ha actuado, pero cuyo nombre se había mantenido en secreto⁴⁶).

En estos casos se supone que el tercero desconoce el carácter representativo de la gestión del comisionista y que actúa en la creencia de que la persona con quien él ha contratado obraba por sí y para sí. De todos modos, como se ha puesto de manifiesto ello no ocurre siempre necesariamente así, pues puede acaecer que el comisionista no haya ocultado su carácter de gestor, sino simplemente la persona para la que actúa y también cabe la posibilidad de que haya revelado su carácter gestor e incluso la persona por quien actuaba; pero que las partes hayan decidido celebrar el negocio como si lo hiciera el mandatario en su propio nombre.

En términos generales la atribución del poder de representación, desde la perspectiva estrictamente contractual e interna, no puede presumirse –lo mismo que en el mandato (art. 1710 C.c.)– ha de ser expreso, ya sea verbal o escrito. Pero ocurre que dada la libertad de forma contractual es posible que el poder haya sido conferido de modo tácito, a través de hechos concluyentes (*facta concludentia*) que realizados por el comitente, evidencien que el comisionista está facultado para concluir operaciones⁴⁷). Como regla general, el mencionado artículo 1710 del Código civil admite sin restricción alguna la figura del “mandato tácito”. Se trata en estos casos de la existencia de hechos que objetivamente considerados son un vehículo de manifestación inequívoca de la voluntad del poderdante⁴⁸). Así, por ejemplo, si el comisionista lleva a cabo de manera repetida gestiones representativas, que el principal, conociéndolas, ha tolerado, la existencia de un tácito apoderamiento parece clara.

Por lo que se refiere a la regulación propuesta en el Anteproyecto de Código mercantil en materia de representación resulta, desde nuestro punto de vista, sorprendente, pues, aunque conserva ambas formas de actuación del comisionista, se aleja del contenido del actual Código de comercio⁴⁹). En efecto, el Anteproyecto introduce una novedad de especial trascendencia en los efectos derivados de estas dos maneras de actuar del comisionista. El cambio legislativo se produce en aquellos casos en que el comisionista actúa en nombre propio. El Código de comercio actualmente vigente dispone, como acabamos de analizar, 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. Sin embargo, el Anteproyecto cambia radicalmente esta solución, de manera tal que el artículo 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 salvo las acciones que respectivamente corresponda al comitente y al comisionista entre sí”*. 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. 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”*. 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.

2. ACTUACIÓN SIN PODER: REPRESENTACIÓN APARENTE Y COMISIONISTA “FALSUS PROCURATOR”

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 C de c). Sin embargo, no se ofrece una regulación de los supuestos en los que se produzca una actuación del comisionista sin poder. 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.)⁵⁰ habrá que acudir a las normas que al respecto se contienen en el contrato de mandato. En una línea similar al vigente Código de comercio el Anteproyecto de Código mercantil tampoco regula los pormenores de la ausencia de poder del comisionista, incluso se suprime en dicha regulación la referencia a la responsabilidad del comisionista en los supuestos en que actúe sin mandato.

Así pues, debemos acudir a lo dispuesto en el Código civil para el contrato de mandato. Como el comisionista celebra un negocio sin poder, su actuación representativa en nombre del supuesto poderdante no vincula a este 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.)⁵¹. Esta ratificación según el artículo 1727 del Código civil puede ser expresa o tácita. Esta última supone un comportamiento del principal llevado a cabo mediante actos concluyentes, que entrañen una inequívoca aceptación de lo realizado por el comisionista. El problema que se puede presentar en relación con la ratificación no es tanto la posibilidad de existencia de la misma, como las condiciones para que ésta se entienda válidamente realizada. Nuestro Código Civil no regula el régimen jurídico a que debe quedar sometida esta figura, aunque, en principio, podemos señalar que toda ratificación ha de ser recibida por el tercero: es pues un negocio recepticio y ha de ser realizada dentro de un período de tiempo que sea razonable, según las circunstancias del caso⁵²), lo cual generará una alta dosis de inseguridad. El rechazo del principal implica que es el comisionista quien responde ante el tercero, como representante sin poder.

Sin embargo, en algunos supuestos, aunque el comisionista no cuenta con un poder del principal para gestionar el encargo de comisión, puede existir una apariencia de tal poder. La representación aparente parte, por lo general, de una ausencia de poder, es decir, el poder no existe, aunque parece existir. El representado no ha manifestado una voluntad de que se le represente, pero aparenta parece lo contrario. Si esta apariencia es creada conscientemente por el comitente hemos de coincidir con quienes sostienen que estamos ante un verdadero apoderamiento tácito, producido por *facta concludentia*⁵³). Pero, fuera de esta situación, la representación aparente, no debe confundirse con la tácita, pues el principal no es consciente de la concesión del poder.

En la representación aparente, aun no habiendo una voluntad de ser representado, se hace necesario proteger la confianza que se ha creado en los terceros de buena fe. Por ello, en último término, el principal será responsable de esta apariencia, pues aunque no haya conocido estas gestiones, debería diligentemente haberlas conocido, de manera que en los terceros se suscita la idea de que las conoce y da su consentimiento⁵⁴). Por tanto, pese a la actuación extralimitada del comisionista, el principal queda vinculado con el tercero contratante, verificándose sólo la responsabilidad del comisionista en el plano de las relaciones internas con su principal.

De todos modos, también en el tercero han de darse determinadas circunstancias para aplicar este principio de protección de la apariencia, debiendo tratarse de un tercero de buena fe, que haya confiado en una objetiva

adecuación entre apariencia y realidad⁵⁵).

Llegados a este punto no debemos confundir la representación aparente, con la representación sin poder, pese a su gran similitud en algunos casos. En la representación sin poder, es el propio representante (*falsus procurator*) quien, frente a terceros, se inviste de un poder que no le ha sido otorgado y así contribuye a crear una situación que en aras de la seguridad del tráfico hace necesaria la protección de los terceros⁵⁶). Mientras que la representación aparente supone que además de actuación sin poder, concurren circunstancias, bien objetivas o bien propias del comportamiento del comitente, que pueden llevar al tercero a la convicción razonable de que la persona en cuyo nombre actúa el representante le ha apoderado efectivamente. Por tanto, sólo en este caso el *falsus procurator* será, además, representante aparente⁵⁷).

Por lo que se refiere a la actuación sin poder del comisionista, ésta puede responder a varias situaciones: que el poder nunca haya existido; que, si bien ha existido, haya dejado de existir posteriormente, ya sea porque se ha rescindido el contrato o bien por una reducción de su contenido y, finalmente, que se hayan sobrepasado los límites del mismo (art. 1714 C.c.)⁵⁸).

En estos supuestos, como el comisionista celebra un negocio sin poder, su actuación representativa en nombre del supuesto poderdante no vincula a este último (arts. 1259 y 1725 C.c.). El Código de comercio responsabiliza al comisionista *falsus procurator* frente al tercero, vinculándolo negocialmente con éste (art. 247.2 del C. de c.). El problema que se puede plantear en esta situación es si es posible la nueva configuración subjetiva de la relación contractual, esto es, el cumplimiento por quien primitivamente actuaba en interés de otro. Así pues, el comisionista, en muchas ocasiones, no puede llevar a cabo, por sí mismo, la prestación que debiera haber realizado su principal, con lo que para dejar indemne al tercero —que es en definitiva de lo que se trata⁵⁹— no quedará otra solución que acudir a la vía de la indemnización. La cuestión ahora será diferenciar entre si el comisionista está sometido en estas situaciones a una responsabilidad contractual o extracontractual. La primera parece ciertamente difícil de sostener en aquellos casos en que el comisionista no figura como parte en el contrato, sino que actúa por cuenta y nombre ajeno. El principal no quedará obligado y el falso representante no ha manifestado el consentimiento contractual como propio para asumir dicho compromiso, sólo por ministerio de la ley, como es el caso del comisionista, se le podría convertir en responsable de un contrato que, por otra parte, parece que debe considerarse nulo e inexistente por falta de consentimiento⁶⁰).

La problemática y la solución son distintas en los supuestos en que el comisionista abusa de su poder de representación, pues en tales casos se presupone la existencia del mismo y la actuación del comisionista sustentada sobre la existencia de ese poder, a pesar de que el representante utiliza el poder de representación para una finalidad distinta de la perseguida por el principal⁶¹). En este caso, las consecuencias del abuso deben incidir únicamente sobre la relación interna entre comisionista y principal —salvo que el tercero hubiera conocido o debido conocer el abuso de poder—, generando un deber de resarcimiento o de indemnización de daños y perjuicios⁶²). Así pues, esta actuación supone esencialmente que mientras el poder no está limitado externamente sí lo está internamente. Por ello, la eficacia del negocio concluido no depende de si el empresario lo rechazó o no, sino de que el negocio desde el principio es completamente eficaz, en la medida en que el tercero no conoce la limitación interna de poder.

V. DESEMPEÑO DE LA COMISIÓN

1. SUJECCIÓN A INSTRUCCIONES Y DILIGENCIA DEL COMISIONISTA

La confusa regulación de los requisitos de mercantilidad contenida en el Código de comercio ha repercutido en dos temas nucleares del contrato de comisión como son la sujeción a instrucciones y el módulo de diligencia con el que el comisionista ha de desarrollar el encargo de comisión.

El Código de comercio al contemplar la doble posibilidad de comisionista comerciante y no comerciante, no recoge claramente el patrón o módulo de diligencia aplicable al contrato, pues salvo la referencia del artículo 255 a la obligación del comisionista de “*cuidar el negocio como propio*”⁶³), en aquellos casos en que estuviese autorizado para obrar a su arbitrio o no fuese posible la consulta, el Código no dispone ni que el comisionista haya de actuar como un “*ordenado comerciante*”, ni un “*representante leal*”, o como un “*buen padre de familia*”.

Esta falta de concreción no solo podemos relacionarla con la posibilidad de que quien ejecute el encargo de comisión sea un comisionista no comerciante, sino también con la compleja regulación en materia de instrucciones que contiene la norma mercantil, como veremos a continuación.

1.1. Alcance de la sujeción a instrucciones: las instrucciones razonables

El comisionista en su actuación ha de someterse al poder directivo del principal, que tiene una de sus manifestaciones principales en el cumplimiento de su obligación contractual de acuerdo con las instrucciones impartidas por su principal⁶⁴). Las instrucciones se convierten así, en el medio por el que el principal especifica y determina el contenido de la obligación que asume el comisionista⁶⁵). Sin embargo, el Código de comercio fija unas instrucciones tan estrictas que parece considerar que no queda espacio para comisionistas que desarrollen una actividad por propia iniciativa. En efecto, el Código de comercio limita el arbitrio del comisionista a través de la sujeción a las instrucciones, de tal modo que si sigue las mismas “*quedará exento de toda responsabilidad*” (art. 254 C de c), y en aquellos casos en que no estén previstas las instrucciones expresamente por el comitente se obliga al comisionista a consultar al comitente, siempre que lo permita la naturaleza del negocio (art. 255.1 C. de c.).

Así las cosas, la regulación actual contempla con carácter absolutamente preferente la llamada comisión imperativa, pues salvo que expresamente se prevea por el comitente otro tipo de encargo de comisión –indicativo o facultativo– o aquellos casos en que la naturaleza del negocio no permita pedir instrucciones, el comisionista ha de sujetarse a las dadas por el principal y si no las tiene ha de solicitarlas en todo lo no previsto por el comitente, siempre que sea posible. De este modo, no se pone en relación el poder de impartir instrucciones y la sujeción a las mismas con el carácter profesional o no del comisionista y es aquí donde, en nuestra opinión, reside uno de los problemas de la regulación actual que requieren una actualización. Un problema que probablemente venga determinado por la posibilidad que en la actual regulación existe de que el comisionista no sea profesional.

En efecto, la regulación de las instrucciones en el Código de comercio debiera ser objeto de una revisión, pues creemos necesario diferenciar entre una actuación profesional o no, del comisionista, ya que una comisión imperativa no tiene sentido cuando el comisionista sea un profesional y, probablemente, una comisión facultativa tampoco lo tendrá cuando éste no tenga tal condición.

Llegados a este punto es obligado plantearse si debe existir algún límite a la posibilidad de impartir instrucciones, así como a la obligación del comisionista de solicitarlas. Si bien es cierto que con carácter general el comitente tiene derecho a impartir instrucciones que versen sobre aquellos extremos que de manera directa afecten al encargo de comisión, no tendrá derecho a impartir instrucciones que se refieran a la organización del comisionista como empresario.

Para delimitar el contenido de las instrucciones en este contrato, nos puede servir como referencia la regulación, mucho más moderna, del contrato de agencia⁶⁶), que establece una limitación al contenido del derecho a impartir instrucciones del principal, al señalar que esta obligación del agente ha de desarrollarse “*con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario principal, siempre que no afecten a su independencia*” (art. 9.2. c) L.C.A.). Por razonables ha de entenderse no solo instrucciones que no sean contrarias a la Ley⁶⁷) y que no se introduzcan nuevas obligaciones por vía de instrucciones⁶⁸), sino también que se ajusten a la naturaleza del contrato, en nuestro caso del contrato de comisión. Así las cosas, si el comisionista es un profesional en la gestión de intereses ajenos lo razonable es que no sea necesario un gran número de instrucciones⁶⁹) y las que se impartan no pueden suponer una injerencia en la autonomía del comisionista, ya que supondrían –pese a haberse pactado contractualmente– una desnaturalización de la figura del comisionista como colaborador independiente. Desde luego en la actual regulación el seguimiento de instrucciones irrazonables parece no tener consecuencias pues el artículo 254 del Código de comercio establece que “*el comisionista que en el desempeño de su encargo se sujete a las instrucciones recibidas del comitente, quedará exento de toda responsabilidad para con él*”. No se contempla, sin embargo, qué ocurre si estas instrucciones que van más allá de lo razonable perjudican al comisionista o paralizan su actividad impidiéndole toda posibilidad de concluir el encargo de comisión. Podemos incluso plantearnos si esta obligación de someterse a las instrucciones irrazonables debe ser valorada de una manera especial en aquellos supuestos en los cuales el comisionista asuma la garantía sobre el buen fin de las operaciones que realice, ya que en estos casos seguir las instrucciones del empresario podría dar lugar no ya solo a que no cobrase la comisión por su actividad, sino a que tuviese que garantizar el resultado final de su encargo de comisión al asumir el riesgo y ventura de la operación⁷⁰).

Así las cosas, de cara a una futura reforma, solo debería entenderse que el comisionista ha incumplido su obligación al no atender una instrucción formulada por el principal, cuando la misma sea “razonable”; en caso contrario, el comisionista no debiera tener que seguir tales instrucciones. En los casos de instrucciones “no razonables”, como mucho, sobre la base del deber de diligencia del comisionista, lo único que se le podría exigir es que comunique a su principal la no ejecución de dichas instrucciones. Asimismo aquellas instrucciones que afecten a la independencia como profesional del comisionista no deben ser consideradas razonables⁷¹).

Sin embargo, este supuesto “derecho de desobediencia” del comisionista puede acarrear muchas controversias en el desarrollo de la relación, porque lo mismo que no es fácil determinar cuándo una instrucción es “razonable”, tampoco lo es saber cuándo no lo es. Por tanto, habrá que ver caso por caso cuándo habiendo instrucciones expresas puede el comisionista considerarlas irrazonables y, en consecuencia, no cumplirlas. Más problemático aún es el supuesto en el que las instrucciones del principal sean “improcedentes”, entendiendo por tales aquellas instrucciones que simplemente no benefician al principal, aunque tampoco perjudican al comisionista. La cuestión no es sencilla, porque con este tipo de instrucción entra en contradicción el deber del comisionista de seguir las instrucciones y su obligación de defender los intereses del principal que, en este caso, se pueden ver perjudicados por sus propios mandatos. Además, puede ocurrir que el principal imparta instrucciones racionales de acuerdo con los datos de los que tiene conocimiento, pero que, debido a un cambio en el mercado, en los operadores, en los competidores, etc. esas instrucciones dejen de ser adecuadas. A esta situación se une el hecho de que quien, efectivamente, cuenta con esta información de forma directa es el comisionista, razón por la cual debería no dar cumplimiento a las instrucciones para poder llevar a cabo correctamente la actividad a la que se ha obligado, defendiendo los intereses de su principal⁷²).

Puede ocurrir también que, pese a que las instrucciones impartidas por el principal son de todo punto razonables y procedentes, el comisionista las incumpla; pero en lugar de producirse el normal perjuicio, se produzca un beneficio para el principal. Ante esta situación la pregunta es inmediata: ¿hemos de considerar que el comisionista ha incumplido su obligación de sujetarse a las instrucciones del principal o no?

A este respecto, han de tenerse en cuenta tanto el artículo 256 Código de comercio, como el artículo 1714 Código civil, los cuales disponen que el comisionista o el mandatario no pueden traspasar los límites de su mandato. Sin embargo, el Código civil a diferencia del Código de comercio, contiene una excepción, prevista en el artículo 1715 Código civil que dispone que “*no se consideran traspasados los límites del mandato si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste*”. Por el contrario, el Código de comercio es más riguroso en este aspecto al establecer el artículo 256, apartado 1º una absoluta prohibición de que el comisionista actúe contra disposición expresa de su comitente.

Esta regulación restrictiva del Código de comercio para el contrato de comisión ha sido criticada, al resultar incoherente no otorgar validez al cumplimiento más ventajoso del encargo realizado⁷³). Por otra parte, si analizamos estos preceptos en relación con los contratos a los que se refieren, podría llegar a sostenerse que tendría más sentido que fuese el Código Civil –y no el Código de comercio– el que manifestase que el mandatario no puede extralimitarse aun con resultados más beneficiosos, porque en el ámbito civil los intereses del mandante no tienen por qué moverse en un ámbito necesariamente objetivo, sino que pueden tener en cuenta intereses subjetivos –lo objetivamente beneficioso puede no serlo subjetivamente–. Sin embargo, en el ámbito mercantil presenta mayor dificultad acoger este criterio, pues se suele analizar desde el punto de vista empresarial y de mercado lo que es –objetivamente– beneficioso. Quizá la razón de esta disparidad de criterios sea simplemente temporal: porque el Código Civil es posterior al Código de comercio y adopta un criterio más moderno.

En este sentido, nos resulta llamativo y criticable que el Anteproyecto de Código Mercantil 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 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. 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 la misma 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 último⁷⁴). 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. El Anteproyecto sólo cuando el comitente no ha dado instrucciones precisas o cuando no fuese posible realizar la consulta para pedir nuevas instrucciones, permite que el comisionista actúe de acuerdo con “*lo que le dicte la prudencia y sea más conforme a los usos aplicables y a las exigencias de la buena fe, cuidando el negocio como propio*” (art. 541-4, apartado 4). Además, cuando las circunstancias no previstas por el comitente hiciesen la ejecución de la comisión arriesgada o perjudicial para sus intereses, deberá suspender su desempeño y comunicar al comitente lo más rápidamente posible toda la información que estime relevante con la finalidad de que este último imparta nuevas instrucciones.

1.2. Hacia el canon de diligencia del ordenado comerciante

Tal como acabamos de indicar íntimamente vinculado al cumplimiento de las instrucciones y, en general, al encargo de comisión está el canon de diligencia que debe regir la actuación del comisionista y que, como ya hemos puesto, de manifiesto omite expresamente regular el Código de comercio⁷⁵). A estos efectos, la regulación introducida en la *Ley sobre Contrato de Agencia* en materia de determinación de la diligencia y cuidado exigibles a un gestor mercantil de intereses ajenos nos pueden servir como referente en cuanto al módulo de comportamiento exigible a un comisionista comerciante⁷⁶). Esta Ley diferencia, por un lado, 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 el comisionista. Y, por otro lado, y respecto a la “pericia” se fija la diligencia del ordenado comerciante como parámetro.

La situación de la actual regulación por lo que se refiere a la diligencia del comisionista debe atender, aunque la norma no lo aclare, a dos posibles supuestos. En primer lugar, 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 empresa⁷⁷). 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.

En segundo lugar, si el comisionista es no empresario, no nos parece adecuado que el canon de diligencia del ordenado comerciante le pueda ser exigible, 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.)⁷⁸).

Por lo que se refiere al contenido del canon de la diligencia del ordenado comerciante, el problema reside en la necesidad de concretar el contenido y alcance de esta obligación, pues habida cuenta de la multiplicidad de actos y operaciones de comercio comprendidos dentro de la esfera funcional del empresario en general –e incluso del comisionista en particular–, no es fácil determinar qué significa actuar como un ordenado empresario. Desde luego la diligencia profesional debe interpretarse o valorarse en función de la actividad que constituya la profesión de que se trate.

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 finalizaría la problemática entorno al módulo de diligencia, pues la consideración del comisionista como profesional, debiera conducir a solventar también el problema que hasta ahora existente sobre cuál es el módulo de diligencia que debe marcar su actuación. 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. 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 subjetivas⁷⁹). Por último, y como ya señalamos no pueden tener el mismo patrón de diligencia el comisionista profesional en la intermediación, que el empresario que presta concretas colaboraciones en el marco de la actividad de su empresa.

2. OBLIGACIÓN DE REALIZAR PERSONALMENTE EL ENCARGO: DELEGACIÓN Y SUBCOMISIÓN

El comisionista debe realizar el encargo por sí mismo o bien por medio de sus dependientes (art. 261 del C. de c.), lo que implica que no puede acudir a otros empresarios independientes para que le ayuden en la realización de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado en virtud del contrato de comisión, respondiendo en caso de hacerlo de los daños y perjuicios derivados de incumplir dicha prohibición⁸⁰). Sin embargo, no se trata de una prohibición absoluta, sino que el artículo 261 del Código de comercio permite que el comisionista delegue el

encargo, siempre y cuando cuente con una autorización del principal. Esta posición contrasta con el criterio que se recoge en el artículo 1721 del Código civil que reconoce al mandatario la posibilidad de delegar el mandato, salvo que el mandante expresamente se lo prohíba. Así pues, mientras en el contrato de comisión la indelegabilidad es un elemento natural del contrato, en el de mandato lo es, por el contrario, la delegabilidad.

En caso de autorizarse la sustitución del comisionista, el sustituto realizaría la comisión por cuenta del comitente. Las consecuencias que, en la relación contractual entre comisionista o comitente, genera la sustitución dependen de si la elección del sustituto se ha realizado por el comitente o por el propio comisionista. Si es el comisionista quien nombra a su sustituto, responderá de su actuación, pues el comisionista originario, aunque delega la ejecución del encargo de comisión en un tercero, no se desliga de su relación negocial con su comitente y, por tanto, no se libera de los deberes que como comisionista le incumben. Por el contrario, en caso de que el nombramiento del sustituto provenga del propio comitente el comisionista no tendrá ninguna responsabilidad en los resultados de la ejecución del encargo de comisión (art. 262 C. de c.).

En principio, se ha querido ver en esta obligación una consecuencia del carácter *intuitu personae* del contrato de comisión. De tal modo que al comisionista se le prohíbe contratar con otras personas la realización del encargo confiado por su comitente⁸¹), porque el principal deposita la confianza en él y no en un tercero. Sin embargo, este criterio es considerado excesivamente rígido por una parte de la doctrina⁸²), siendo incluso tachado de arcaico⁸³), al entender que el artículo 261 del Código de comercio, parece estar pensando en un comisionista persona física, titular de pequeños negocios, que solamente cuenta con la ayuda de sus dependientes. Si bien esta forma de actuar en el tráfico mercantil era predominante en la época de la publicación del Código de comercio, hoy en día ya no lo es o, al menos, no lo es en todos los casos. Por eso, se considera de todo punto criticable que el Código de comercio, y más aún que la más reciente Ley de Contrato de Agencia, acudan a este criterio arcaizante, cuando es obvio que las circunstancias económicas han cambiado y al comisionista, y al agente/persona física, le han ido sustituyendo –o en todo caso coexisten con él– los intermediarios/persona jurídica, especializados en la prestación de servicios de gestión, que realizan su actividad de intermediación a través de sus órganos o incluso de auxiliares dependientes o independientes⁸⁴).

Por otro lado, defender la pertinencia de la prohibición de delegación apoyándose en la relación *intuitu personae*, no parece muy sostenible habida cuenta que también el mandato es un contrato de confianza, en el que, sin embargo, el régimen de delegabilidad es más flexible.

Siguiendo esta argumentación, se podría incluso plantear si estos preceptos no estarían en contradicción con la consideración profesional del comisionista, que debe poder organizar su actividad, pues se podría entender que su libertad como empresario incluye la posibilidad de constituir otras relaciones de para llevar a cabo el encargo pactado⁸⁵).

Distinta de la sustitución es la subcomisión, en que el comisionista celebra a su vez un nuevo contrato de comisión con un tercero para la realización de todo o parte del encargo⁸⁶). El nuevo contrato de comisión no afecta al originalmente realizado entre comitente y comisionista, por lo que se entiende por la doctrina que la subcontratación es posible, al no afectar al contrato original. Esta figura ha sido admitida por el Tribunal Supremo en algunas sentencias, pese a que la sustitución no se permite⁸⁷). La subcomisión no constituye, ni mucho menos, una novación subjetiva de la relación jurídico-contractual entre comitente y subcomisionista⁸⁸). La subcomisión constituye realmente un fenómeno de contratación encadenada o escalonada: el comisionista promueve en interés del principal y el subcomisionista –aunque obra también en interés del principal de manera indirecta– actúa en nombre del comisionista y ha de seguir las instrucciones de éste, a quien ha de responder de su gestión⁸⁹). De este modo, el subcomisionista es también un comisionista, pero no del comitente principal, y el comisionista principal se convierte a su vez en comitente. Aunque son contratos distintos, poseen la peculiaridad de que el primero es un contrato que depende no sólo en su origen, sino a lo largo de toda su duración, del segundo, de tal modo que la eficacia de la subcomisión está condicionada por la eficacia del contrato de comisión y la modificación o extinción de éste repercute en la subcomisión. Sin embargo, pese al reconocimiento prácticamente generalizado de que la subcomisión es realmente un nuevo contrato de comisión, la determinación del contenido de este nuevo contrato no está exenta de problemas.

En principio, el comisionista –aun suponiendo que el nombramiento del subcomisionista se haya hecho con la aquiescencia del principal– no puede delegar en el comisionista todas las facultades que a él le competen, porque el subcomisionista no es, en realidad, su sustituto en el contrato de comisión con el principal. Así, en general, el subcomisionista no podrá asumir aquellas obligaciones que deriven de un poder de representación otorgado por el comitente al primer comisionista⁹⁰), así los contratos deben concluirlos el comisionista principal que es a quien se le

ha otorgado dicho poder de representación, pudiendo únicamente el subcomisionista preparar dicha conclusión.

El Anteproyecto de Código Mercantil recoge en parecidos términos a los arts. 261 y 262 del Código de comercio la delegación o sustitución (art. 541-5) y desaprovecha nuevamente la oportunidad para regular adecuadamente esta materia. En nuestra opinión una nueva regulación de este contrato debería conducir a una mayor permisividad en cuanto a la delegación, sobre todo teniendo en cuenta que muchas veces no es tanto el *intuitu personae*, como el *intuitu instrumenti* lo que determina la selección del comisionista. Por ello resulta criticable la exigencia de una “*autorización expresa*” para delegar impuesta como elemento natural del contrato. Por otro lado, el texto del Anteproyecto contempla expresamente la responsabilidad del comisionista por las gestiones del sustituto y de las obligaciones contraídas por éste, a no ser que el comitente las aceptará como propias.

Sin duda, la redacción más acorde con la realidad del mercado debería contemplar la posibilidad tanto de delegaciones del encargo como de subcomisiones, salvo prohibición expresa del comitente. Debiendo ser lo usual que cualquier restricción de la libertad del comisionista respecto a la organización de su empresa, en la que está incluido el nombramiento de delegados o subagentes, sea expresamente pactada.

3. RIESGO Y VENTURA DE LAS OPERACIONES DE COMISIÓN

3.1. Obligación convencional de *star de credere*

El comisionista, salvo pacto en contrario, no responde del cumplimiento del tercer contratante, ya que el riesgo de la ejecución recae sobre el principal y no sobre el comisionista. Por tanto, es elemento natural del contrato de comisión que el comisionista no asuma el riesgo y ventura de los actos u operaciones en cuya conclusión intervenga. En este sentido, no debemos confundir el pacto de *star del credere*, con la obligación del comisionista de concluir el encargo de comisión. En este último caso, el riesgo de la ejecución recae sobre el empresario y no sobre el comisionista y el hecho de que no tenga derecho al premio si la operación no llega a buen fin, no supone derogación de este principio general de falta de responsabilidad⁹¹). Así pues, hay que distinguir entre la pérdida del derecho a la comisión como consecuencia de la falta de ejecución del negocio y la posible responsabilidad del comisionista por el riesgo y ventura de las operaciones⁹²).

Resulta, sin embargo, frecuente en el contrato de comisión que se acuerde entre las partes la asunción de la garantía del encargo de comisión. De hecho, la cláusula de garantía en la gestión de negocios ajenos se encuentra, en el Derecho español, originalmente ligada al contrato de comisión⁹³). El Código de comercio, contempla la posibilidad de que, en virtud de pacto, expreso o tácito, el comisionista asuma el compromiso de responder del buen fin de las operaciones realizadas a través del encargo de comisión (art. 272 del C. de c.)⁹⁴). La habitualidad de este pacto se ve facilitada por la propia regulación del artículo 272 del Código de comercio que parece establecer una presunción *iuris et de iure* de que el comisionista que, además de la comisión ordinaria, percibiese otra diferente, asume la garantía de la cobranza o del negocio de realización de la comisión⁹⁵). Además, se trata de un acuerdo que también puede venir impuesto, en ocasiones, por los usos. Así las cosas, el pacto de garantía es una parte –o más precisamente una cláusula– del contrato de comisión; razón por la cual su validez estará subordinada a la del propio contrato de comisión.

Con este pacto se elimina una parte importante del riesgo que asume el comitente, al establecerse una responsabilidad personal a cargo del comisionista, con relación al cumplimiento por parte del tercero de sus obligaciones. En efecto, las partes, mediante acuerdo expreso, estipulan la asunción por el comisionista de las consecuencias derivadas del incumplimiento, o del cumplimiento defectuoso, por parte del tercero contratante, y en los mismos plazos pactados con el tercero (art. 272 del C. de c.). Las ventajas de este pacto radican para el comisionista en que cobra una retribución mayor y para el comitente en que su crédito queda mejor asegurado⁹⁶).

Entendemos que la traslación absoluta de los riesgos de la ejecución o de cobranza de créditos, se encuentra en la exigencia de que los actos u operaciones garantizadas hayan sido realizadas con la intermediación del comisionista; en definitiva, que el comisionista haya “*intervenido profesional*” e inmediatamente, en las mismas⁹⁷). La obligación que asume el comisionista, con el pacto de garantía, no es la de conseguir un resultado concreto, sino la de garantizar la prestación del tercero, únicamente en el caso de que efectivamente se llegue a celebrar un contrato con este último⁹⁸). Por consiguiente, la garantía depende –con carácter suspensivo– del hecho de la válida celebración de un contrato con un tercero⁹⁹), de modo que dicha garantía, siendo válida, no será eficaz hasta que, concluido el contrato con el tercero, se entre en la fase de ejecución¹⁰⁰). Sin embargo, para que produzca sus efectos la responsabilidad asumida por el comisionista no es necesario que el principal haya ejecutado ya sus obligaciones y que ante su actitud se manifieste una conducta rebelde del tercero, sino que el supuesto de hecho

que pone en marcha el funcionamiento de la responsabilidad *del credere* se basa en la simple inejecución por el tercero de las obligaciones que le incumben. De todos modos, el comisionista sólo responde en aquellos casos en que la inejecución del tercero no sea debida a la negligencia del principal. Así, si el tercero justifica su rebeldía en la falta de cumplimiento de las obligaciones del principal, el comisionista podrá liberarse de su garantía. Asimismo, se puede llegar a la conclusión de que al desplazar el riesgo de la operación al comisionista, a través de la cláusula *star del credere*, deviene innecesario someterlo al deber de informar a su principal e incluso puede llegar a hacer innecesaria la facultad de dicho principal de impartir instrucciones¹⁰¹).

El contenido de esta cláusula que posee una indudable trascendencia en la operativa del contrato de comisión ha sido objeto de reforma en el Anteproyecto de Código Mercantil (art. 541-10). En primer lugar, la regulación del Anteproyecto no limita este pacto a las comisiones de venta como hace el artículo 272 del Código de comercio, sino que se refiere a él para todo tipo de comisión o encargo. Pero la diferencia más importante, la encontramos en que el tenor del texto propuesto vincula la existencia de la comisión de garantía a que “*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. De esta forma, se aproximaría la regulación del contrato de comisión a lo dispuesto en la Ley de Contrato de Agencia, pues si no hay un pacto expreso o un uso de comercio que el comisionista pueda demostrar habrá de entenderse que dicho pacto no existe. El cambio legislativo propuesto se nos antoja, cuando menos, complicado, porque el mercado está habituado al pacto de garantía demostrable simplemente a través del pago de una comisión superior a la normal, tal como dispone el vigente artículo 272 del Código de comercio. Por otro lado, el artículo 541-10 no prevé una retribución adicional a la ordinaria, a diferencia del vigente artículo 272 del Código de comercio.

El texto del Anteproyecto, pese a inspirarse en la regulación del contrato de agencia, no exige, sin embargo, a diferencia de lo dispuesto para este contrato, que el pacto de garantía deba reunir determinados requisitos esenciales o *ad constitutionem*. Así las cosas, la Ley de Contrato de Agencia penaliza con la nulidad el pacto de garantía que no se haya pactado expresamente y por escrito, incluyendo una mención determinada de la contraprestación.

El intento del legislador de equiparar la regulación de este tipo de pactos en el contrato de comisión y en el de agencia puede estar justificado, pero lo que no parece oportuno es una equiparación parcial, como la que recoge el Anteproyecto. En nuestra opinión, aunque ambos contratos tienen finalidades distintas, este hecho por sí mismo no es óbice para que los pactos de garantía sean objeto de un tratamiento unitario¹⁰²), ya que en todos los casos comportan una misma función y contenido: desplazar el riesgo de incumplimiento del tercero hacia el gestor de los intereses ajenos, que es quien, en definitiva –sea agente o comisionista– puede controlarlo mejor¹⁰³). Por otro lado, sería oportuno aprovechar la futura reforma para ofrecer una regulación lo más completa posible de este tipo de acuerdos frecuentes en la práctica, por lo que el reconocimiento expreso de una “sobrecomisión” a favor del comisionista nos parece oportuno, a efectos de evitar interpretaciones contradictorias.

3.2. Naturaleza jurídica del pacto de garantía

La naturaleza jurídica del pacto de garantía ha sido, y sigue siendo, una cuestión controvertida. Se ha asimilado el pacto de *star del credere* a un seguro de caución, al desplazarse sobre el comisionista el coste económico de los daños que la conducta del tercero cause al principal¹⁰⁴). A esta identificación se han opuesto fundadas críticas, pues si bien, el pacto de garantía satisfaría una función indemnizatoria y de traslación de crédito, no es un contrato principal como el de seguro, sino que es siempre una obligación accesorio en los contratos de comisión¹⁰⁵). Además, puede faltar un elemento esencial propio de esta clase de seguro, como es la demostración del daño efectivamente sufrido, ya que es posible que el incumplimiento del contrato por el tercero no acarree ningún daño al comitente y, sin embargo, el comisionista sigue viéndose obligado a responder del buen fin de la obligación como consecuencia de esta cláusula, lo cual es contrario a los presupuestos del seguro de daños¹⁰⁶). Por último, no es posible la equiparación de este pacto con el contrato de seguro, porque falta el elemento empresarial propio de la actividad aseguradora, que no permite concebir este contrato sin la presencia de una empresa aseguradora, y el comisionista, evidentemente, no lo es.

También se ha llegado a considerar que, realmente, este pacto equivale a una cláusula penal, pues ésta es, efectivamente, un pacto accesorio y, además, supone una cuantificación previa y convencional. Sin embargo, pese a las concomitancias entre ambas figuras, se han alzado justificadas voces contrarias a la configuración del pacto de garantía como cláusula penal, ya que existe el inconveniente de que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso que activa la cláusula penal ha de ser debido a dolo, culpa o cualquier otra causa imputable a la parte que asumió la obligación¹⁰⁷).

Así las cosas, si partimos de que, en virtud de este pacto de garantía, el comisionista asume la obligación del tercer contratante, de tal manera que si éste no la cumple, el principal puede dirigirse contra él, de lo que no cabe duda es de que el pacto de garantía en la comisión es una garantía personal, de carácter accesorio, introducida convencionalmente por las partes¹⁰⁸). Llegados a este punto el problema estribará en determinar ante qué tipo de garantía personal nos encontramos, a saber: si el comisionista asume, sin más, la posición del propio tercero; si estamos ante una fianza ordinaria; o si se trata de una garantía *sui generis*, ocasionalmente denominada aval o incluso equiparada al aval cambiario.

La primera posibilidad no parece factible, porque resulta muy difícil de admitir que el contenido ideológico de la declaración de voluntad subyacente en el pacto de garantía, consista en la intención de asumir la obligación del tercero. Para admitir tal configuración, habría que recurrir al siempre peligroso instrumento de la ficción; una ficción inútil, y, además, ésta sería contraproducente porque muchos de los efectos de la cláusula de garantía no se producirían aquí.

Una gran parte de la doctrina identifica este pacto con la fianza, al considerar que, por la cláusula de garantía, el comisionista se obliga a pagar o cumplir por el tercer contratante, en caso de no hacerlo éste (art. 1822 C.c.)¹⁰⁹). Sin embargo, la consideración de este pacto como fianza puede ser, cuando menos, cuestionada, ya que su régimen jurídico difiere del de esta última figura, en determinados e importantes aspectos. Así, la comisión de garantía se aparta netamente de la fianza, en la medida en que –de acuerdo con los principios que rigen esta última (art. 1826 C.c.)– el comisionista/fiador no podría obligarse a más, ni en condiciones más rigurosas que el tercero, mientras que, por el contrario, el comisionista de garantía asume una obligación propia y diferente de la del tercero, cuyo régimen resulta comparativamente agravado respecto a la fianza. Así, por ejemplo si se produce un hecho fortuito o una situación de fuerza mayor el tercero no respondería, pero el comisionista sí¹¹⁰).

Por todo ello, coincidimos con aquella parte de la doctrina¹¹¹) que considera que esta cláusula de garantía se parece más a la garantía que asume el avalista en una letra de cambio¹¹²). A esta interpretación parecen conducir tanto el Código de comercio, como la Ley de Contrato de Agencia. El artículo 272 del Código de comercio especifica que en la comisión de garantía correrán por cuenta del comitente “*los riesgos de la cobranza ...*”; y es bien sabido que el concepto de riesgo se separa de la responsabilidad del fiador, porque puede muy bien extenderse a supuestos de incumplimiento fortuito. Aún más explícitos que este precepto, son los artículos 1 y 19 de la Ley de Contrato de Agencia, que se refieren a la asunción del “*riesgo y ventura*” por el agente, demostrando claramente que este riesgo va más allá del mero incumplimiento culpable. Además, a diferencia de lo que ocurre en la fianza, el comisionista que asume la responsabilidad de garantía no puede oponer frente al principal los beneficios de división y excusión¹¹³).

Por otro lado, cabe señalar que –salvo que se pacte expresamente otra cosa– la garantía que ofrece el comisionista es solidaria, aunque no abarca aquellos supuestos en que el empresario haya concedido por su propia iniciativa un aplazamiento al tercero (art. 1851 C.c.). Tampoco ha de responder el comisionista en los casos en que el empresario obre de mala fe, por ejemplo, cuando realice sus prestaciones contractuales en contra de la opinión del comisionista, fundada por ejemplo en la insolvencia del tercer contratante.

Por lo que se refiere a la relación entre el tercero incumplidor y el comisionista que obliga a éste a ejecutar el acto u operación para hacer honor a su compromiso de garantía, creemos que son aplicables ciertas disposiciones de la fianza. Así, se ha de reconocer a favor del comisionista una acción de reembolso frente al deudor por el importe de la deuda, intereses legales, gastos y daños y perjuicios que procedan (art. 1838 C.c.). También se le ha de reconocer la facultad de subrogarse en todos los derechos que el acreedor ostente frente al deudor (art. 1839 C.c.), de manera que no será necesario recurrir a la cesión del crédito por el empresario, pues la subrogación dota al comisionista de la protección necesaria para reclamar contra el tercero que incumple¹¹⁴). Por otra parte, cabe aplicar la fórmula acertada del artículo 1853 del Código civil, a cuyo tenor el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competen al deudor principal y sean inherentes a la deuda, mas no las que sean puramente personales del deudor¹¹⁵).

En conclusión, en nuestra opinión, lo más razonable es considerar que este pacto constituye una forma especial de garantía atípica y autónoma¹¹⁶), en muchos aspectos similar al aval cambiario, en el sentido de que –como éste– goza de una independencia y de una cierta abstracción, de las que carece el afianzamiento. Aunque en otros aspectos, puede quedar sometida a aquellos preceptos referidos a la fianza y a los afianzamientos mercantiles cuya aplicación no vulnere la particular naturaleza de este pacto¹¹⁷).

4. ACTUACIÓN DEL COMISIONISTA Y CONFLICTO DE INTERESES: AUTOENTRADA Y NEGOCIO

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 al comisionista 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 comitente¹¹⁸). Así pues, este deber específico de velar por los intereses del principal es una consecuencia de la vinculación que el contrato de comisión engendra entre el principal y el comisionista, que obliga a este último – y, en general, a todo gestor de negocios ajenos– a anteponer el interés del principal al suyo propio¹¹⁹).

Por lo que se refiere al contenido de este deber, entendemos que no cabe una concreción genérica y apriorística del mismo, pues se trata de un concepto jurídico indeterminado reflejado en una fórmula amplia, dentro de la cual caben distintas conductas del agente que habrá que analizar en cada caso concreto para determinar si se encuentran conformes, o no, con esta obligación. En todo caso, el contenido de este deber de defensa de los intereses del principal se manifiesta tanto desde una perspectiva positiva que encauce su actividad el 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, anteponiéndolos –si fuera necesario– al suyo propio, es en la regulación de las llamadas prohibiciones de autoentrada y del negocio de aplicación, contenidas en el artículo 267 del Código de comercio. En esencia, se trata con estas prohibiciones de evitar los conflictos de intereses¹²⁰). La autoentrada prohíbe realizar compras al comisionista para sí y el llamado negocio de aplicación 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 C.c.)¹²¹).

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 incluso llegar a considerar que el negocio de realización deja de ser 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 prevaler los intereses de uno de los principales, en detrimento de los del otro.

La doctrina ha puesto de manifiesto la problemática que la prohibición de autoentrada presenta, 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 realizar¹²²). 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 ventajosa¹²³).

Por lo que se refiere a los efectos jurídicos que produce la realización de la autoentrada, aunque las opiniones no son unánimes, quizá sea más lógica la de aquellos que sostienen que debe subsistir el régimen de la comisión, junto al del contrato de realización, en interés tanto del comisionista como del comitente¹²⁴). Así, los actos realizados por el comisionista cuando falte esta autorización no podrían ser considerados nulos, por un lado, porque cabe su ratificación posterior y por otro, porque en el caso de que se trate de un negocio de aplicación intervendrán terceros que habrán concluido un contrato de buena fe y a los cuales se les estaría sometiendo a los rigurosísimos efectos de una nulidad radical. Por todas estas razones, la vía más adecuada para resolver esta situación es la de considerar que se trata de un incumplimiento contractual que determina la aplicación del artículo 1124 del Código civil o –simplemente– la revocación del mandato por causa justa, corriendo la indemnización de daños a cargo del comisionista incumplidor¹²⁵).

La regulación del Anteproyecto de Código mercantil supone un cambio en el tratamiento de estas dos figuras. El precepto propuesto no se refiere, como el actual, únicamente a la comisión de venta o de compra, sino que ofrece una regulación general para cualquier tipo de encargo que se realice por el comisionista, si bien solo en los casos de autoentrada, como veremos¹²⁶). Por lo que se refiere a la autoentrada la redacción del artículo 541-8, en su apartado 1, no parte de una prohibición casi absoluta, si no que 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 está permitido, como sabemos, en la contratación bursátil. También se autoriza cuando el comisionista tenga “*instrucciones precisas y*

concretas del comitente para su realización". Esta exclusión se refiere, por tanto, a 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 la autoentrada en aquellos casos en que exista una autorización expresa del comitente. Además de estos supuestos, también cabe una posterior ratificación del comitente de la operación de autoentrada. En caso de que dicha ratificación no se produzca se prevé que el comitente pueda *"repetir la retribución pactada, si se hubiese pagado, y reclamar los daños y perjuicios"*.

El mayor cambio, sin embargo, lo supone la regulación de las aplicaciones, pues el artículo 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. De la regulación propuesta resulta llamativo que las aplicaciones se limiten a la realización de "compras o ventas cruzadas" y no a cualquier encargo del comitente. Salvo que se trate de un error del legislador, no alcanzamos a entender por qué las aplicaciones permitidas se han de limitar a los encargos de compraventa.

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. Aunque, dicha imparcialidad cabría deducirla del derecho a recibir la comisión acordada por cada uno de los encargos, que se incorpora en el texto del Anteproyecto de 2014 y que no se contenía en el texto del 2013, no hubiese estado de más aclarar que aquellos comisionistas que realicen aplicaciones deben actuar imparcialmente.

VI. EXTINCIÓN DEL CONTRATO: REVOCACIÓN Y RENUNCIA

Una de las peculiaridades de la regulación del contrato de comisión es que puede revocarse libremente por el comitente (artículo 279 C de c)¹²⁷). La revocación no produce sus efectos hasta que llega a conocimiento del comisionista¹²⁸) y las gestiones que éste haya realizado antes de tener conocimiento de la misma vinculan al comitente, que debe dejar indemne al comisionista. El comitente no podrá revocar la comisión si ya se ha celebrado el contrato fruto del encargo de comisión con el tercero. A estos efectos, debemos tener presente que no puede equipararse la denuncia unilateral a la revocación, pues mientras en el contrato de comisión se revoca una relación contractual que no ha llegado a consumarse, en los contratos de duración se extingue una relación indefinida¹²⁹). La confusión sobre ambas modalidades extintivas —revocación y desistimiento—, se incrementa debido a la existencia de una terminología heterogénea y variada¹³⁰), respecto de lo cual y por lo que aquí interesa, conviene aclarar que si bien 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; la diferencia entre ambos institutos es sustancial. En efecto, la revocación sólo se refiere a declaraciones de voluntad que no han llegado todavía a consumir la conclusión del negocio y que rompen, la atadura contractual y el desistimiento requiere, en opinión de la doctrina mayoritaria, la existencia de un contrato de duración indeterminada, ya sea éste de tracto sucesivo o continuado, que sin esta posibilidad podría llegar a ser perpetuo¹³¹).

La facultad de revocación del contrato de comisión representa una excepción al principio establecido en los artículos 1156 y 1256 del Código civil, 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 se ha buscado 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 encargo¹³²). Este argumento es el que también se utiliza para justificar que el Código de comercio no contemple la posibilidad de renuncia del comisionista¹³³). Sin embargo una parte de la doctrina considera que el carácter de confianza de este contrato no permite justificar la libre revocabilidad de una relación jurídica por una sola de las partes¹³⁴). Esta posición se ve avalada por la regulación del contrato de mandato, que, siendo también un contrato de confianza, sin embargo, otorga tanto al mandante, como al mandatario la facultad de renunciar (art. 1732.2 C.c.).

No obstante, no falta quien considera que la ausencia de facultad revocatoria del comisionista solo se justifica cuando éste tiene la condición de comerciante, pero difícilmente en aquellos supuestos en que no ostente tal condición¹³⁵). Así las cosas, la comisión no puede extinguirse válidamente por renuncia del comisionista, porque como profesional no puede desligarse de los encargos asumidos¹³⁶).

El Anteproyecto de Código mercantil mantiene la posibilidad de revocar la comisión, si bien introduce como novedad la renuncia del comisionista sin que medie causa alguna, debiendo únicamente el comisionista ponerlo en conocimiento del comitente para que surta efecto. El artículo 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"*, haciendo además responsable al comisionista de *"los daños y perjuicios que sufra el comitente"*.

a consecuencia de la renuncia, salvo que medie causa justificada”.

Con esta modificación se aproxima la regulación de la comisión a la del contrato de mandato, pues en este contrato se contempla tanto la posibilidad de revocación del mandante como 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 propio (art. 1736 C.c.). Por otro lado, aunque se trate de una renuncia basada en una justa causa, el artículo 1737, impone al mandatario el deber de seguir realizando la gestión encomendada hasta que se pueda hacer cargo de ella el propio mandante, o a quien éste designe. Por tanto, si la renuncia no permite ejecutar cómodamente o con facilidad el encargo, ya sea por el principal o por otra persona, lo lógico sería que, aunque el mandante haya renunciado con justa causa debiera continuar la gestión iniciada.

En nuestra opinión las previsiones contenidas en el Código Civil son más coherentes que las contenidas en el Anteproyecto de Código mercantil. De hecho, son varios los interrogantes que nos plantea el Anteproyecto. En primer lugar, la regulación propuesta es contradictoria, pues al comisionista se le permite renunciar libremente, para a reglón seguido imponerle que continúe la gestión de la actividad encomendada hasta la terminación de los negocios o contratos en curso. Si partimos de la premisa 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 lo que ya no sería posible renunciar. 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 el de agencia se desdibujaría en un buen número de casos¹³⁷).

El Anteproyecto tampoco contempla la posibilidad de que el comisionista deje de realizar la gestión cuando el comitente pueda tomar las medidas necesarias para que continúe el encargo de comisión, sino que le veta dicha posibilidad hasta la terminación del negocio en curso, por lo que se supone que ya habrá cumplido el encargo de comisión y la renuncia no podría tener lugar. 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.

Además, coincidimos con quienes consideran que la revocación está pensada para aquellos supuestos en que se pierda la confianza en el gestor, pues es quien encarga la gestión de un negocio a un profesional, por tanto, existe una causa para, de manera excepcional, revocar el contrato. Sin embargo, el otorgamiento de una facultad de renuncia al comisionista que pueda ejercitar “libremente”, no parece acorde con la naturaleza y finalidad del instituto, ni del propio contrato de comisión y, sobre todo, con el carácter profesional que se atribuye al comisionista.

En definitiva, no creemos que se pueda equipar 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.

VII. CONCLUSIONES: ALGUNAS PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Sin ánimo de reiterar lo expuesto a lo largo de las páginas precedentes, cabe concluir que el contrato de comisión requiere de una revisión y reforma de su régimen jurídico, sobre todo en lo que se refiere a cuestiones claves que permitirán eliminar una gran parte de la inseguridad jurídica y de la conflictividad que se han puesto de manifiesto a lo largo de los muchos años de aplicación del Código de comercio.

Para llevar a cabo dicha reforma, partimos de la premisa de que la presencia de empresarios u operadores de mercado –como los califica el Anteproyecto de Código Mercantil– que realicen una actividad organizada y profesional justifican, desde nuestro punto de vista, que este contrato cuente con una regulación concreta o, cuando menos, complementaria a la del contrato de mandato contenida en el Código civil¹³⁸), que aborde la específica problemática que requieren tanto los sujetos como el medio en el que se concluyen estos contratos. A estos efectos, la regulación propuesta en el Anteproyecto de Código Mercantil, si bien mejora la vigente, deja abiertas algunas cuestiones que pueden dar lugar a nuevas problemáticas y, además, no resuelve lagunas actualmente existentes, quedando nuevamente a la interpretación su resolución.

Por todo ello, en una futura regulación del contrato de comisión sería conveniente reformular y clarificar cuestiones nucleares del contrato como la delimitación de los criterios de mercantilidad, la acotación de las obligaciones del comisionista o la solución de posibles conflictos de intereses entre las partes. Asimismo, convendría regular de manera precisa cuestiones que ya se sabe que van a resultar problemáticas, como la falta de concreción del momento de devengo de la remuneración, la posibilidad de delegar el encargo, de realizar subcomisiones o la delimitación del contenido y naturaleza de la cláusula de *star del credere*.

Como punto de partida inexcusable para una adecuada regulación de este contrato, a nuestro modo de ver, debiera formularse una nueva concepción de la mercantilidad, basada únicamente en la condición subjetiva del comisionista que ha de realizar profesionalmente una actividad económica organizada y especializada precisamente en el comercio o tráfico de comisión. Se cumple, así también, el criterio objetivo de mercantilidad, porque dicha actividad se concreta en una prestación de servicios de gestión de intereses ajenos en el mercado.

Esta condición subjetiva del comisionista, como profesional especializado en el tráfico de comisión, facilitará la solución de los problemas actuales de esta modalidad contractual, pues permitirá acotar y racionalizar las obligaciones del comisionista, en la medida en que deben ser compatibles con su condición de empresario independiente y clarificará, sin ningún género de duda, cuál ha de ser la diligencia exigible a estos profesionales, que no puede ser otra que la de un ordenado comerciante.

También creemos que la necesaria condición de empresario del comisionista debe conducir a la introducción de una mayor permisividad en cuanto a posibles delegaciones del encargo de comisión, sobre todo teniendo en cuenta que muchas veces no es tanto el *intuitu personae*, como el *intuitu instrumenti* lo que determina la selección del comisionista. Una redacción más acorde con la realidad del mercado debería contemplar la posibilidad tanto de delegaciones del encargo como de subcomisiones. Debiendo ser lo usual que cualquier restricción de la libertad del comisionista respecto a la organización de su empresa, en la que está incluido el nombramiento de delegados o subagentes, sea expresamente pactada.

Flexibilizar la regulación de la autoentrada y del negocio de aplicación también es un tema pendiente de solución. La regulación adecuada de los conflictos de intereses es un tema esencial para el buen funcionamiento del contrato. Cuestiones como el mantenimiento del derecho al premio de comisión en la autoentrada o la concreción de la actuación imparcial del comisionista en los negocios de aplicación deben contemplarse expresamente en una futura reforma.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M., “La representación”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 11, nº 3, 1958, págs. 767 y ss.

ALCALÁ DÍAZ, M.A. (dir.), *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, [Bosch], Barcelona, 2015.

ALONSO UREBA, A./VELASCO, L./ALONSO LEDESMA, C. /ECHEVARRÍA, J.A./VIERA, A.J. (dir.), *Los contratos de distribución*, [La Ley], 2010.

ALONSO SOTO, R. / SÁNCHEZ, A., “El contrato de comisión”, en Menéndez /Rojo (dir.), *Lecciones de Derecho mercantil*, vol. II, [Civitas-Thomson Reuters], Cizur Menor, 2018, págs. 99 y ss.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “La representación aparente”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 634, 1996, págs. 1113 y ss.

– *El mandato y la comisión mercantil*, [Comares], Granada, 1997.

ALONSO ESPINOSA, F.J., “Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº monográfico sobre *Contratos de Gestión*, [Consejo General del Poder Judicial], Madrid, 1995, págs. 135 y ss.

– “Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº 21, 1996, págs. 13-27.

ANGULO, L., “Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas”, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta*, t. I, [Tirant lo Blanch], Valencia, 1995, págs. 135 y ss.

- “El contrato de comisión”, en Jiménez Sánchez/ Díaz (coord.), *Derecho mercantil*, vol. 5, 2ª edición, [Marcial Pons], 2013, pág. 111 y ss.
- ANKELE, J., *Handelsvertreterrecht. Kommentar*, [Luchterhand], Berlín, 1997.
- BADOSA, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, [Studia Albornotiana], Zaragoza, 1987.
- BALDI, R., *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, 6ª edición, [Giuffrè], Milano, 1997.
- BAILLO, J., “Breves consideraciones en torno a la representación en Derecho mercantil”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 64, 1996, págs. 1117 y ss.
- BARRERO, E. / VIGUERA, R. “La regulación normativa como reto de futuro. La prolongada atipicidad del contrato de distribución”, en Miranda /Pagador (dir.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, [Marcial Pons], Madrid, 2017, págs. 297 y ss.
- BERCOVITZ, A., “La revisión de la propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 310, 2018, págs. 9 y ss.
- BERCOVITZ, R., “Algunas dudas sobre la regulación de los contratos en el Anteproyecto de Código Mercantil”, en Morillas/Perales/Porfirio (dir.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil, libro homenaje al profesor Rafael Illescas*, 2015, págs. 1239 y ss.
- BONET, F., *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, [Bosch], Barcelona, 1941.
- BROSETA, M. / MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, 21ª edición, [Tecnos], Madrid, 2018.
- BUSTO LAGO, J.M., “Contrato de comisión”, en Bercovitz (dir.), *Tratado de contratos*, t. III, [Tirant lo Blanch], Valencia, 2013, págs. 3538 y ss.
- CAMPOBASSO, G.F., *Diritto commerciale*, Vol. III, [UTET], Torino, 2013.
- CANARIS, C.-W., *Handelsrecht*, 22º edición, [C.H.Beck], München, 1995.
- CARRASCO, A., “Comentario al artículo 1104”, en Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. 1 (arts. 1088 a 1124 del C.c.), [EDERSA], Madrid, 1989, págs. 585 y ss.
- CRESPO, F., *La revocación del mandato*, [Montecorvo], Madrid, 1984.
- DE CASTRO, F., “El autocontrato en el Derecho privado español”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1927, págs. 334 y ss.
- DE LA CÁMARA, M., “La revocación del mandato y del poder”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948, págs. 551 y ss.
- “Estudios sobre el mandato y la representación”, en *Estudios de Derecho civil*, [Montecorvo], Madrid, 1985, págs. 551 y ss.
- DE LEÓN, A., “La representación”, en VV.AA., *Negocio jurídico y representación*, [La Ley], Madrid, 1989, págs. 227 y ss.
- DE PRADA, M.P., “El negocio jurídico de apoderamiento”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº monográfico sobre *Contratos de Gestión*, 1995, págs. 87 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, L., “La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XVIII, fasc. III, 1965, págs. 641 y ss.
- “Los efectos de la gestión representativa”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXI, fasc. III, 1978, págs. 489 y ss.
- *La representación en el Derecho Privado*, [Civitas], Madrid, 1979.

– “Comentario al artículo 1258 C.c.”, en VV.AA., *Comentarios al Código Civil*, t. II, [Ministerio de Justicia], Madrid, 1991, págs. 436 y ss.

DOMÍNGUEZ, M.A., “Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial”, en Calvo Caravaca y de la Gándara (dir.), *Contratos internacionales*, [Tecnos], Madrid, 1997, págs. 1275 y ss.

FERNÁNDEZ-ALBOR, Á., *El aval cambiario*, [Civitas], Madrid, 1992.

FORMIGGINI, A., *Il contratto di agenzia*, 2ª edición, [Unione Tipografico-Editrice Torinese], Torino, 1958.

GADEA, E., GAMINDE, E. y REGO, A., *Derecho de la contratación mercantil*, [Dykinson], 2016.

GALLEGO, E./OTUÑO, M.T., “Contratos de comisión y afines”, en Gallego (dir.), *Contratación mercantil*, vol. I, [Tirant lo Blanch], Valencia, 2003, págs. 282 y ss.

GARCÍA LUENGO, R., “El contrato de comisión”, en Bercovitz (dir.), *Contratos mercantiles*, t. I, [Thomson Reuters Aranzadi], Cizur Menor, 2017, p. 573 y ss.

GARCÍA-PITA, J.L., “La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, *Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la Navegación*, [Civitas], Madrid, 1996, pp. 2817 y ss.

GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, [Tecnos], Madrid, 1991.

GARCÍA VALDECASAS, A., “La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Privado*, junio 1960, págs. 449 y ss.

GARCÍA VALDECASAS, G., “La esencia del mandato”, *Revista de Derecho Privado*, nº 331, 1944, págs. 769 y ss.

GARRIDO, J. Mª, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, [Civitas], Madrid, 1995.

GARRIGUES, J., “Mandato y comisión mercantil en el Código de comercio y en el proyecto de reforma”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928, págs. 801 y ss.

– *Tratado de Derecho mercantil*, t. III, vol. I: *Obligaciones y contratos mercantiles* [Revista de Derecho Privado], Madrid, 1964.

GETE-ALONSO, M.C., “Las nociones de mercantilidad del proyecto de Código Mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica”, *Revista de Derecho civil*, vol. 1, nº 4, 2014, págs. 27 y ss.

GHEZZI, G., *Del contratto di agenzia*, en Scioloja/Branca, *Commentario del Codice Civile*, [Zanichelli Editore], Bolonia, 1970.

GÓMEZ SEGADE, J.A., “Los contratos de colaboración”, en Bercovitz (coord.), *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, [Aranzadi], Cizur Menor, 2014, págs. 486 y ss.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., “De la naturaleza, forma y especies del mandato”, en Bercovitz (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VIII, [Tirant lo Blanch], Valencia, 2013, págs. 11604 y ss.

GONZÁLEZ NIETO, E., “La mercantilidad de los contratos en el Anteproyecto de Código mercantil. En concreto: contrato de compraventa y contrato de comisión mercantil”, en Miranda /Pagador (dir.) *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, [Marcial Pons], Madrid, 2017, págs. 219 y ss.

GIORDANO, G./IANNELLI, D./ SANTORO, G., *Il contratto di agenzia. La mediazioni*, t. I, *Giurisprudenza Sistemática di Diritto Civile e Commerciale*, 2ª edición, [UTET], Torino, 1993.

GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente. (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, [Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla], Sevilla, 1978.

– “Comentario al artículo 1735”, en AA.VV.: *Comentarios del Código Civil*, t. II, [Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1583 y ss.

GUILARTE ZAPATERO, V., *De la fianza*, en Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XXIII (arts. 1822 a 1886 C.c.), 2ª edición, EDERSA, Madrid, 1990.

GUTIÉRREZ, A./RIBES, A. “El contrato de comisión” en Yzquierdo/Almudí/Martínez Lago (coord.), *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (coord.), Vol. 4, [Aranzadi], Cizur Menor, 2014, págs. 477 y ss.

GULLÓN, A., “Mandatario que adquiere en nombre propio”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, t. I, ed. Tecnos, Madrid, 1976, págs. 759 y ss.

HOPT, K.J., *Handelsvertreterrecht*, [C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung], München, 1992.

JIMÉNEZ PINEDA, E. “La retribución del comisionista en el anteproyecto de Código mercantil”, en Miranda /Pagador (dir.) *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, [Marcial Pons], Madrid, 2017, págs. 357 y ss.

JASSOGNE, C., “L'agent commercial et le représentant de commerce en droit belge”, en Pinchart /Triaille (coord.), *Les contrats de distribution commerciale en droit belge et en droit français*, [Larcier], Bruselas, 1996, págs. 21 y ss.

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, [Civitas], Madrid, 1987.

JORDANO BAREA, J.B., “Mandato para enajenar”, *Anuario de Derecho Civil*, t. IV, fasc. II, 1951, págs. 1457 y ss.

KÜSTNER, W./MANTEUFFEL, K., *Handbuch des gesamten Außendienstrechts*, vol. I: *Das Recht del Handelsvertreters*, 2ª edición, [Recht und Wirtschaft], Heidelberg, 1992.

LACRUZ, J.L./SANCHO, F.A./LUNA, A./ DELGADO, J./ RIVERO, F./ RAMS, J., *Elementos de Derecho civil*, t. II: *Derecho de Obligaciones*. Vol. 2º: *Contratos y Cuasicontratos*, [Dykinson] Madrid, 2013.

LANGLE, E., *Manual de Derecho mercantil español*, t. III, [Bosch], Barcelona, 1959.

LEIÑENA, E./IRAKULIS, A., *El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil y el mandato en el derecho de obligaciones y contratos*, [Dykinson], Madrid, 2007.

LEIÑENA, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, [Reus], Madrid, 2009.

– “El contrato de agencia y la comisión mercantil”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 56, 2011, págs. 135 y ss.

LEÓN, J.R., “Comentario a los artículos 1709 a 1739 del Código civil”, en Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, t. XXI, vol 2º, [EDERSA], Madrid, 1986.

LENEL, O., “Mandato y poder”, *Revista de Derecho Privado*, nº 135, 1924, págs. 369 y ss.

– “El mandato retribuido”, *Revista de Derecho Privado*, nº 183, 1928, págs. 369 y ss.

LINARES, R., *El poder y mandato (problemas sobre su irrevocabilidad)*, [Colex], Madrid, 1991.

MERCADAL, F., *El contrato de agencia mercantil*, [Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia], Zaragoza, 1998.

MIRANDA, M.L., “La contratación mercantil en general: su actual fisonomía y otras cuestiones preliminares”, en Miranda/Vela/Príes (dir.), *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, [Marcial Pons], Madrid, 2006, págs. 25 y ss.

MIRABELLI, G., *I singoli contratti (artt. 1470-1765 c.c.)*, Commentario del Codice Civile, Libro IV, Tomo III, 3ª edición, [UTET], Torino, 1991.

MONTÉS, V.L., “Perfiles jurídicos de la relación de gestión”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº monográfico sobre *Contratos de Gestión*, [Consejo General del Poder Judicial], Madrid, 1995, págs. 11 y ss.

MONTEAGUDO, M., *La remuneración del agente*, [Civitas], Madrid, 1997.

MUÑOZ DE DIOS, G., “La ratificación: retroactividad y derechos de terceros”, *La Ley*, t. II, 1984, págs. 1154 y ss.

MURILLAS, J.M., “Unas notas sobre el concepto de mercantilidad”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja, REDUR*, Nº 0, 2002
(<https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero0/murillas.pdf>)

NÚÑEZ LAGOS, R., “Mandatario sin poder”, *Revista de Derecho Privado*, nº 354, 1946, págs. 609 y ss.

– “La ratificación” *Revista de Derecho Notarial*, nº 11, 1956, págs. 7 a 77.

OTERO, J.M., “La autoentrada del comisionista”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Alonso Otero*, [Universidad de Santiago de Compostela], 1981, págs. 255 y ss.

PALA, F., “La naturaleza jurídica de la comisión”, *Revista de Derecho Privado*, nº 416, 1951, págs. 905 y ss.

PASQUAU, M., *La gestión de negocios ajenos*, [Montecorvo], Madrid, 1986.

PEINADO, J.I., “Pactos de garantía en contratos de colaboración”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 18, 1995, págs. 167 y ss.

– *El contrato de comisión: cooperación y conflicto (la comisión de garantía)*, [Civitas], Madrid, 1996.

PUIG, J., “El poder irrevocable y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Privado*, junio 1962, págs. 489 y ss.

QUINTÁNS, M.R., *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, [Edersa], Madrid, 2000.

– *Las obligaciones fundamentales del agente*, [Civitas], Madrid, 2001.

– “La cláusula de garantía en los contratos de colaboración”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, nº 2, 1998, págs. 693 y ss.

RIVERO, F., *Representación sin poder y ratificación*, [Civitas], Cizur Menos, 2013.

RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral como causa de extinción del contrato*, [Montecorvo], Madrid, 1990.

ROJO, Á., “El aval”, en Menéndez (dir.), *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, [Civitas], Madrid, 1986, págs. 549 y ss.

SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho mercantil*, t. II, [Aranzadi], 2015.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El aval de la letra de cambio”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 46, 1992, págs. 331 a 372 y ss.

SOBRINO, J.-M., “El falso procurador”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº monográfico sobre *Contratos de Gestión*, págs. 411 y ss.

TOBIO RIVAS, A., “El contrato de comisión en el Anteproyecto de ley de Código”, en Morillas/Perales/Porfirio (dir.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil, libro homenaje al profesor Rafael Illescas*, 2015, págs. 1885 y ss.

VALENZUELA, F., “El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales”, en Nieto Carol/ Bonet (Coord.), AA.VV., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, *Parte General y Garantías Personales*, [Civitas], Madrid, 1996.

VALPUESTA, E., “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios”, en Cuesta (dir.), *Contratos mercantiles*, t. I, [Bosch], Barcelona, 2009, págs. 281 y ss.

VÁZQUEZ ALVERT, D. (dir.), *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, [Tirant lo Blanch], Valencia, 2010.

VÉRGEZ, M.M., “Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, 1996, págs. 3053 y ss.

– “La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la Propuesta de Código mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 292, 2014, págs. 11 y ss.

VIAÑA, J., “El contrato de comisión mercantil”, en Abril (coord.) *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*, [Bosch], Barcelona, 2017, págs. 463 y ss.

VICENT, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II: *Contratos. Títulos valores. Derecho concursal*, 3ª edición, [Bosch], Barcelona, 1990.

– voz “Comisión mercantil”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, [Civitas], Madrid, 1995, págs. 1134 y ss.

– “Introducción al estudio de las garantías personales en el Ordenamiento español”, en Nieto Carol/Bonet (Coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, *Parte General y Garantías Personales*, [Civitas], Madrid, 1996, págs. 367 y ss.

– *Introducción al Derecho Mercantil*, 21ª edición, [Tirant lo Blanch], Valencia, 2008.

VIERA, A.J. / ECHEBARRIA, M. / RUIZ PERIS, J.I. (dir.), *La Reforma de los contratos de distribución comercial*, [La Ley], Madrid, 2013.

1 El texto puede consultarse en: <http://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV03L0-20141901&lang=es&fcAct=2016-10-26T17:17:37.943Z>.

2 Este texto titulado “*Propuesta de la sección segunda de Derecho mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado*”, fechado en marzo de 2018, puede localizarse en:

<https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas>. Explicando esta revisión, *vid.* BERCOVITZ, A., “La revisión de la propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 310, 2018, págs. 9 y ss.

3 El Dictamen puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=-D-2014-837>.

4 En efecto, la regulación de los auxiliares del empresario (apoderados generales y singulares) se traslada al Libro Primero del Anteproyecto, dentro del Título II: “De la representación del empresario”.

5 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*”.

6 Como contrato de colaboración lo clasifican entre otros: GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, t. III, vol. I: *Obligaciones y contratos mercantiles* [Revista de Derecho Privado], Madrid, 1964 págs. 449 y ss.; ALONSO SOTO, R. / SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “El contrato de comisión”, en Menéndez /Rojo (dir.), *Lecciones de Derecho mercantil*, vol. II, [Civitas-Thomson Reuters], Cizur Menor, 2018, págs. 95 y ss.

7 GARCÍA LUENGO, R., “El contrato de comisión”, en Bercovitz (dir.), *Contratos mercantiles*, t. I, [Thomson Reuters-Aranzadi], Cizur Menor, 2017, pág. 573 y ss.

8 En la doctrina, VICENT (*Introducción al Derecho mercantil*, 21ª edición, [Tirant lo Blanch], Valencia, 2008, págs. 1292 y 1293) considera que la forma precisa de denominar a estos contratos no es contratos de colaboración, sino “contratos de gestión”. Como contratos de gestión de intereses ajenos también los clasifica BROSETA, M. / MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, 21ª edición, [Tecnos], Madrid, 2018, pág. 108, y GALLEGO, E. / OTUÑO, M.T., “Contratos de comisión y afines”, en Gallego (dir.), *Contratación mercantil*, vol. I, [Tirant lo Blanch], Valencia, 2003, págs. 282 y ss.

9 En estos términos, *vid.* MONTÉS, V.L., “Perfiles jurídicos de la relación de gestión”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº monográfico sobre *Contratos de Gestión*, [Consejo General del Poder Judicial], Madrid, 1995, pág. 16, y PASQUAU, M., *La gestión de negocios ajenos*, [Montecorvo], Madrid, 1986, pág. 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 es GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “Los contratos de colaboración”, en Bercovitz (coord.), *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, [Aranzadi], Cizur Menor, 2014, pág. 486.

10 En efecto, si bien la versión de la Propuesta del Código mercantil elaborada por la Comisión General de Codificación que se dio a conocer en junio de 2013 contenía un capítulo sobre contratos de distribución, finalmente en el texto del Anteproyecto del 2014 desapareció su regulación. Sobre los intentos de regulación de estos contratos, *vid.*, entre otros, Alonso Ureba, A. / Velasco, L. / Alonso Ledesma, C. / Echevarría, J.A. / Viera, A.J., (dir.), *Los contratos de distribución*, [La Ley], 2010; Vázquez Alvert, D. (dir.), *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, [Tirant lo Blanch], Valencia, 2010; Viera, A.J. / Echebarria, M. / Ruiz Peris, J.I. (dir.), *La Reforma de los contratos de distribución comercial*, [La Ley],

Madrid, 2013; Alcalá Díaz, M.A. (dir.), *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, [Bosch], Barcelona, 2015, BARRERO, E. / VIGUERA, R. “La regulación normativa como reto de futuro. La prolongada atipicidad del contrato de distribución”, en Miranda /Pagador (dir.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, [Marcial Pons], Madrid, 2017, págs. 297 y ss.

11 Si bien en un primer momento, la doctrina diferenciaba el mandato de la comisión, basándose en el criterio de la representación, finalmente se terminó por deshacer la ecuación que identificaba los conceptos de representación/mandato y de comisión/ausencia de representación (*vid.* LANGLE, E., *Manual de Derecho mercantil español*, t. III, [Bosch], Barcelona, 1959, págs. 286 y 287). El maestro GARRIGUES (“Mandato y comisión mercantil en el Código de comercio y en el proyecto de reforma”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 47, 1928, págs. 801 y ss.) pone de manifiesto la falta de fundamento de este criterio y achaca la confusión de la doctrina española a la influencia italiana. En esta línea se manifiestan también, entre otros: LENEL, O., “Mandato y poder”, *Revista de Derecho Privado*, nº 135, 1924, págs. 369 y ss., y ALBALADEJO, M., “La representación”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XI, fasc. III, págs. 773 y ss.

12 Existen varias propuestas para reformar el contrato de mandato, en concreto en 2012 la sección primera Civil de la Comisión General de Codificación redactó una propuesta en la que se define el mandato sobre la base de que el mandatario gestiona en sustitución e interés del mandante los asuntos que éste le encomiende.

13 Expresan también esta idea, entre otros: GARCÍA VALDECASAS, G., “La esencia del mandato”, *Revista de Derecho Privado*, nº 331, 1944, pág. 770, quien utiliza la idea de sustitución, que caracteriza al mandato y a la comisión, para diferenciarlos de la representación, afirmando que “*la sustitución no tiene trascendencia jurídica frente a terceros, sino solamente entre las partes (mandante y mandatario)*”; NÚÑEZ LAGOS, R., “Mandatario sin poder”, *Revista de Derecho Privado*, nº 354, 1946, págs. 609 y ss., y PALA, F., “La naturaleza jurídica de la comisión”, *Revista de Derecho Privado*, nº 416, 1951, págs. 905 y ss.

14 Conviene recordar que tampoco se considera ya que la diferencia determinante entre el mandato y la comisión esté en el carácter gratuito del primero y retribuido del segundo, en la medida en que tanto puede ser retribuido el mandato, como gratuita la comisión (*vid.* LENEL, O., “El mandato retribuido”, *Revista de Derecho Privado*, nº 183, 1928, págs. 25 y ss.).

15 *Vid.* GARCÍA-PITA, J.L., “La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, *Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la Navegación*, [Civitas], Madrid, 1996, págs. 2824 y ss.; GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., “De la naturaleza, forma y especies del mandato”, en Bercovitz (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VIII, [Tirant lo Blanch], Valencia, 2013, págs. 11604 y ss., y SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho mercantil*, t. II, [Aranzadi], Cizur Menor, 2015, pág. 212. En este sentido, la propuesta de Código civil de la Asociación de profesores de Derecho civil, publicada por la editorial Tecnos en 2018, define el mandato atendiendo a la obligación de realizar actos con eficacia jurídica por encargo y cuenta del mandante.

16 Tal como dispone el artículo 411-2 del Anteproyecto, las normas sobre contratos, salvo en lo referente a su concepto y mercantilidad, tienen carácter dispositivo, salvo que en ellas se disponga otra cosa. A esta regla escapa el contrato de agencia que sigue conservando su carácter imperativo (art. 542-3).

17 Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones*, t. II, pág. 214; ANGULO, L., “El contrato de comisión”, en Jiménez Sánchez/ Díaz Moreno (Coord.), *Derecho mercantil*, vol. 5, 2ª edición, [Marcial Pons], 2013, pág. 111, y VALPUERTA, E., “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios”, en Cuesta (dir.), *Contratos mercantiles*, t. I, [Bosch], Barcelona, 2009, pág. 281.

18 En contra de esta opinión, al considerar beneficiosa para el comisionista esta eliminación, *vid.* TOBIO RIVAS, “El contrato de comisión en el Anteproyecto de ley de Código”, en Morillas/Perales/Porfirio (Dir.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil, libro homenaje al profesor Rafael Illescas*, 2015, pág. 1891

19 Sobre la oportunidad de que desaparezca esta doble regulación, *vid.* LEIÑENA, E. / IRAKULIS, A., *El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil y el mandato en el derecho de obligaciones y contratos*, [Dykinson], Madrid, 2007, en particular, págs. 161 y 162.

20 En este sentido, y como pone de manifiesto MIRANDA SERRANO (“La contratación mercantil en general: su actual fisonomía y otras cuestiones preliminares”, en Miranda/Vela/Príes (dir.), *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, [Marcial Pons], Madrid, 2006, pág. 29) “*el régimen jurídico de los contratos mercantiles expresamente regulados en el Código de comercio deriva siempre de una labor compleja consistente en conjugar aunadamente preceptos civiles y mercantiles*”.

21 El maestro GARRIGUES (*Tratado*, op. cit., pág. 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*”. Así también BROSETA/MARTÍNEZ SANZ (*Manual*, t. II, op. cit., pág. 113) quienes afirman que el criterio subjetivo de mercantilidad fijado en el artículo 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*”.

22 GARRIGUES (*Tratado*, op. cit., pág. 459) considera que “*... 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*”.

23 La jurisprudencia pone de manifiesto este carácter de contrato de tracto único de la comisión, sobre todo al diferenciarla con el contrato de agencia en el que se realizan actos de manera continuada: SSTs de 14 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6207), de 16 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9339) y sentencias de la AP de Toledo 11-7-1994 (AC 1994, 1181), de la AP de Jaén de 15-6-1996 (AC 1996, 1063), de la AP de Navarra 21-5-1997 (AC 1997, 1022) y de la AP de Albacete 6-4-1998 (AC 1998, 934).

24 En opinión de GARRIGUES (*Tratado*, op. cit., pág. 459), el mandato general, aunque fuera mercantil, ya no podría ser calificado como comisión, porque entraría, más bien, en el marco de las relaciones laborales de Factor/Principal. CAMPOBASSO (*Diritto commerciale*, Vol. III, [UTET], Torino, 2013, pág. 72) señala que el mandato puede referirse a la ejecución de uno o más actos jurídicos individuales y singulares, o puede referirse a la procura y gestión de todos los negocios y asuntos del mandante, o de todos los de un determinado tipo.

25 TOBIO (*Estudios Illescas*, op. cit., pág. 1890) considera que se puede sobreentender el carácter de contrato de tracto único.

26 Cfr. GARCÍA-PITA, J.L., *Estudios Aurelio Menéndez*, op. cit., págs. 3830.

27 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.

28 En opinión de GÓMEZ SEGADE (*Hacia un Nuevo Código*, op. cit., pág. 489) salvo que se trate de una errata no se entendía esta referencia al artículo 001-2, en lugar de 001-3 del Anteproyecto de Código mercantil. Sin embargo, TOBIO (*Estudios Illescas*, op. cit., págs. 1889 y 1890) apoyándose en que el artículo 452-1 del Anteproyecto, realiza igualmente la remisión al mismo precepto al regular la noción de contrato de agencia. Afirmando esta autora que con este precepto se está intentando delimitar que el comitente será un operador de mercado, por lo que las actividades que pueden ser objeto del contrato de comisión serán aquellas que realicen los operadores de mercado y se reputen mercantiles.

29 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). GETE-ALONSO (“Las nociones de mercantilidad del proyecto de Código Mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, nº 4, 2014, págs. 48 y ss.) critica ampliamente la regulación del ámbito subjetivo y objetivo definido en el Anteproyecto, es decir del concepto de operador de mercado y de actos y contratos mercantiles. Poniendo de manifiesto que el artículo 001-3 titulado “ámbito objetivo” realmente sobra si se pone en relación con el artículo anterior que de manera muy amplia delimita lo que se ha de entender por operador de mercado, por lo que los actos realizados por este en el seno de su la actividad que le es propia son siempre mercantiles.

30 De este modo, atendiendo a las observaciones realizadas por el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto, y a efectos de evitar la desmedida ampliación del ámbito de aplicación de la legislación mercantil al utilizar como elemento de delimitación subjetivo la figura abstracta del “operador del mercado”, se revisan los artículos 001-2 y 001-3. Se reduce el ámbito subjetivo de aplicación al eliminar del artículo 001-2 el concepto de operador de mercado y acotarlo al de empresario. Sin embargo, no ha desaparecido la noción de operador de mercado del texto del Anteproyecto, sino que se traslada parte del contenido subjetivo al ámbito objetivo de aplicación, al considerar aplicable el Código a los actos y contratos en los que intervengan alguno de los operadores del mercado no empresarios descritos en el apartado 1.b) del artículo 001-3 y a quienes ejerzan una profesión intelectual, ya sea científica, liberal o artística. De esta manera, se enfatiza el ámbito objetivo de aplicación del Código, acotándolo a los casos en que los sujetos realicen una actividad organizada y profesional de producción o intercambio de bienes o de prestación de servicios para un determinado mercado.

31 En esta línea, MIRANDA, L., *La contratación mercantil*, op. cit. pág. 35, considera como elemento clave para determinar la mercantilidad de un contrato “la pertenencia o inclusión del contrato dentro de la serie orgánica de actos y contratos propios de la organización económica de la que es titular el empresario”. Opinión que también suscribe GONZÁLEZ NIETO, E., “La mercantilidad de los contratos en el Anteproyecto de Código mercantil. En concreto: contrato de compraventa y contrato de comisión mercantil”, en Miranda /Pagador (dir.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, [Marcial Pons], Madrid, 2017, pág. 223.

32 Vid. GARRIGUES, J., *RCDI*, nº 47, 1928, pág. 803; LANGLE, E., *Manual*, t. III, op. cit., pág. 284, y GARCÍA-PITA, J.L., *Estudios Aurelio Menéndez*, op. cit., pág. 2830.

33 Díez-PICAZO (*La representación*, Civitas, [Madrid], 1979, pág. 63 y pág. 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. 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, vid. BAILLO, J., “Breves consideraciones en torno a la representación en Derecho mercantil”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 64, 1996, pág. 1119, y BONET, F., *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, [Bosch], Barcelona, 1941, pág. 92 y ss., quien señala que nuestro Código civil, no establece con rigurosa lógica la separación entre las ideas de mandato y representación.

34 Vid. LACRUZ, J.L./ SANCHO, F.A./ LUNA, A./ DELGADO, J./ RIVERO, F./ RAMS, J., *Elementos de Derecho civil*, t. II: *Derecho de Obligaciones*. Vol. 2º: *Contratos y Cuasicontratos*, [Dykinson] Madrid, 2013, pág. 227 y 228.

35 De esta opinión son, entre otros: DE LA CÁMARA, M., “La revocación del mandato y del poder”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948, pág. 637; PUIG, J., “El poder irrevocable y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Privado*, junio 1962, págs. 489 y 490, y LACRUZ, J.L./ SANCHO, F.A./ LUNA, A./ DELGADO, J./ RIVERO, F./ RAMS, J., *Elementos*, t. II, vol. 2º, op. cit., págs. 227 y 228.

36 El profesor Díez-PICAZO (*La representación*, op. cit., págs. 63, 66 y 67) señala que la idea que ilumina decisivamente el fenómeno de la representación es de gestión de asuntos ajenos. GORDILLO (*La representación aparente, (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, [Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla], Sevilla pág. 80) también afirma que el apoderamiento (y tras él, la representación) son esencialmente causales, existen y funcionan en relación de dependencia respecto al contrato-base. En la misma línea se manifiesta DE PRADA, M.P., “El negocio jurídico de apoderamiento”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº monográfico sobre *Contratos de Gestión*, 1995, pág. 95 y 96.

- 37 Los contratos son los supuestos en 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, A., “La representación”, en VV.AA., *Negocio jurídico y representación*, La Ley, [Madrid], 1989, pág. 240).
- 38 *Vid.* GARCÍA LUENGO, R., *Contratos mercantiles*, op. cit., pág. 579 y ss.
- 39 *Vid.* DíEZ-PICAZO, L., *La representación*, op. cit., pág. 35; GARRIGUES, J., *RCDI*, nº 47, 1928, pág. 811; DE LA CÁMARA, M., *AAMN*, t. IV, 1948, pág. 565; CRESPO, F., *La revocación del mandato*, [Montecorvo], Madrid, 1984, pág. 49, y NÚÑEZ LAGOS, R., *RDP*, nº 354, 1946, pág. 609.
- 40 Este 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 (*vid.* DíEZ-PICAZO, L., *La representación*, op. cit., pág. 125).
- 41 *Vid.* DE LEÓN, A., *Negocio jurídico y representación*, op. cit., pág. 253.
- 42 *Vid.* DíEZ-PICAZO, L., *La representación*, op. cit., pág. 265; VALPUESTA, E., *Contratos mercantiles*, op. cit., págs. 289 y ss.; LEIÑENA, E y IRAKULIS, A., *El régimen jurídico*, op. cit., págs. 50 y ss., y LEIÑENA, E., “El contrato de agencia y la comisión mercantil”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 56, 2011, págs. 135 y ss.
- 43 *Vid.* GORDILLO, A., *La representación aparente*, op. cit., pág. 34, quien señala que el hecho de que se dé a conocer al tercero el apoderamiento persigue la protección de la buena fe del mismo, protección que obviamente cede cuando, pese a no haberse producido la declaración o comunicación del *dominus*, el tercero estuviera en condiciones de conocer o deber conocer, según los casos.
- 44 En este sentido se manifiestan: NÚÑEZ LAGOS, R., *RDP*, nº 354, 1946, pág. 611, y DíEZ-PICAZO, L., “Los efectos de la gestión representativa”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXI, fasc. III, 1978, págs. 489 y 490.
- 45 *Vid.* GARCÍA-PITA, J.L., *Estudios Aurelio Menéndez*, op. cit., págs. 2826 y ss.
- 46 La dificultad que encierra la explicación de la traslación de efectos del patrimonio del representado al del representante, se pone de manifiesto por la doctrina civil. Por todos, *vid.* JORDANO BAREA, J.B., “Mandato para enajenar”, *Anuario de Derecho Civil*, t. IV, fasc. II, 1951, págs. 1457 y ss., quien entiende que el negocio traslativo causal, que se opera entre mandante y mandatario, está fundado en una causa *fiduciae*, y GULLÓN, A., “Mandatario que adquiere en nombre propio”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, t. I, ed. Tecnos, Madrid, 1976, págs. 759 y ss., quien llega a la conclusión de que en la representación indirecta las relaciones entre mandante y mandatario producen los mismos efectos que en la representación directa, si bien con un plus, que es la necesidad de poner en consonancia la realidad de la adquisición del mandante con su exteriorización o apariencia, incluso en el Registro de la Propiedad.
- 47 *Vid.* GORDILLO, A., *La representación aparente*, op. cit., págs. 146 y ss.
- 48 *Vid.* LACRUZ, J.L./ SANCHO, F.A./ LUNA, A., DELGADO, J./ RIVERO, F. /RAMS, J., *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 2º, pág. 232, y LEÓN, J.R., “Comentario a los artículos 1709 a 1739 del Código civil”, en Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, t. XXI, vol 2º, [EDERSA], Madrid, 1986, págs. 10 y ss. y 61 y ss.
- 49 Cabe señalar que el Anteproyecto de Código de comercio regula la representación en la parte general relativa al empresario y a la empresa (arts. 121-1 y ss.), si bien el contrato de comisión conserva sus propias normas.
- 50 Sobre las diversas irregularidades entorno a la representación y sus diferencias, *vid.* VALPUESTA, E., *Contratos mercantiles*, op. cit., pág. 287.
- 51 *Vid.*, entre otros, DíEZ-PICAZO, L., *La representación*, op. cit., pág. 220 y ss.; ALBALADEJO, M., *ADC*, t. XI, fasc. III, 1958, pág. 792; DE LA CÁMARA, M., “Estudios sobre el mandato y la representación”, en *Estudios de Derecho civil*, [Montecorvo], Madrid, 1985, págs. 11 y ss.; NÚÑEZ LAGOS, R., “La ratificación”, *Derecho de los Negocios*, nº 11, 1956, págs. 21 y 32; LEÓN, J.R., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, t. XXI, vol 2º, op. cit., págs. 374 y ss., y MUÑOZ DE DIOS, G., “La ratificación: retroactividad y derechos de terceros”, *La Ley*, t. II, 1984, págs. 1158 y 1159.
- 52 *Vid.* DíEZ-PICAZO, L., *La representación*, op. cit., págs. 220; ALBALADEJO, M., *ADC*, t. XI, fasc. III, 1958, págs. 793 y ss., y RIVERO, F., *Representación sin poder y ratificación*, [Civitas], Cizur Menos, 2013, págs. 361 y ss. quienes realizan un amplio tratamiento de esta figura. Sin embargo, ALBALADEJO (*ADC*, t. XI, fasc. III, 1958, pág. 795) al referirse al tiempo en que ha de realizarse la ratificación, únicamente señala que “*la ratificación ha de ser total y verificarse antes del momento en que el tercero revoque el negocio*” (art. 1259., nº 2, *in fine* C.c.).
- 53 *Vid.* DíEZ-PICAZO, L., *La representación*, op. cit., págs. 214 y 215. Sobre las formas principales de creación de la apariencia *vid.* GORDILLO, A., *La representación aparente*, op. cit., págs. 147, 156 y ss., quien señala que el poder tácito se apoya en la voluntad del poderdante, el aparente en las circunstancias que producen la apariencia.
- 54 Sobre el funcionamiento de representación aparente *vid.* DíEZ-PICAZO, L., *La representación*, op. cit., págs. 155 y ss.; GORDILLO, A., *La representación aparente*, op. cit., págs. 152 y ss., quien señala que los resultados serán idénticos, tanto cuando la voluntad de apoderar existe, como cuando sin existir realmente, aparece al exterior como existente; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor*, [Civitas], Madrid, 1987, pág. 90, y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., “La representación aparente”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 634, 1996, págs. 1113 y ss.
- 55 *Vid.* GORDILLO, A., *La representación aparente*, op. cit., págs. 441 y ss., quien estudia con detenimiento las condiciones necesarias para la aplicación de este principio de protección de la apariencia.
- 56 Diferencian representación aparente y tácita, entre otros, DíEZ-PICAZO, L., *La representación*, op. cit., pág. 215; VÉRGEZ, M.M., “Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, [Civitas], Madrid, 1996, pág. 3064, nota 43, y SOBRINO, J.-M., “El falso procurador”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº monográfico sobre *Contratos de Gestión*, 1995, pág. 413.
- 57 *Vid.* GORDILLO, A., *La representación aparente*, op. cit., págs. 131 y ss.

- 58 Vid. LEÓN, J.R., *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, t. XXI, vol. 2º, op. cit. págs. 134 y ss., y SOBRINO, J.-M., *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº monográfico sobre *Contratos de Gestión*, 1995, pág. 413.
- 59 Vid. GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, [Tecnos], Madrid, 1991, pág. 20.
- 60 Es de interés la precisión que realiza el profesor ALBALADEJO (ADC, t. XI, fasc. III, 1958, pág. 793) señalando que este negocio no ratificado, no es un negocio nulo ni anulable, sino que es válido; sin embargo, es ineficaz para aquél en cuyo nombre se ha concluido, porque falta el poder, e ineficaz para aquel que lo concluye, porque no lo concluye en su nombre. Así, en su opinión, el término nulo se utiliza inexactamente en el artículo 1250.2º C.c. No coincidimos con el criterio del ilustre civilista porque dado que no hay consentimiento del principal y el falso representante no manifiesta un consentimiento propio, hemos de concluir que no existe un elemento esencial de todo contrato: el consentimiento, por lo que el contrato será inexistente.
- 61 Vid. GORDILLO, A., *La representación aparente*, op. cit., págs. 95 y 100.
- 62 Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *La representación*, op. cit., pág. 199, y GORDILLO, A., *La representación aparente*, op. cit., págs. 95 y 100.
- 63 Vid. VICENT, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II: *Contratos. Títulos valores. Derecho concursal*, 3ª edición, [Bosch], Barcelona, 1990, pág. 299, quien considera que la obligación de “*cuidar del negocio como propio*”, es realmente un criterio de diligencia profesional o sectorial.
- 64 Vid. GARCÍA-PITA, J.L., *Estudios Aurelio Menéndez*, t. III, op. cit., pág. 2850, y GARRIDO, J. Mª, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, [Civitas], Madrid, 1995, pág. 64, quienes ponen de manifiesto la función esencial que las instrucciones tienen en los contratos de gestión.
- 65 Vid. GARRIDO, J. Mª, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, op. cit., págs. 64 y ss., quien define las instrucciones en el contrato de comisión, como “*actos unilaterales de eficacia declarativa, cuya función es la de especificar el contenido de una obligación asumida por la contraparte. Son, pues, actos de especificación o determinación*”. Por tanto, las instrucciones no existen separadas del contrato en sí, sino que “*constituyen un suplemento de la orden contenida en el contrato de comisión*”.
- 66 Ley 12/1992 de Contrato de agencia BOE, nº 128, de 29 de mayo
- 67 El artículo 259 del C. de c. establece que el comisionista “*deberá observar lo establecido en las Leyes y Reglamentos respecto a la negociación que se le haya confiado, y será responsable de los resultados de su contravención u omisión. Si hubiera procedido en virtud de órdenes expresas de su Comitente, las responsabilidades a que haya lugar pesarán sobre ambos*”). Para un análisis detallado del artículo 259 del C. de c., vid. GARCÍA-PITA, J.L., *Estudios Aurelio Menéndez*, t. III, op. cit., pág. 2448, quien, con buen criterio, critica el párrafo final de este precepto, al señalar que esta regulación parece inapropiada, al menos cuando el comisionista sea comerciante y ejecute los encargos conferidos por un comitente “no comerciante”, pues en tal caso imponer una responsabilidad semejante a un lego en el tráfico, cuando el hecho probablemente debería ser conocido por el comisionista –que debería haberse negado a ejecutar la comisión ilegal–, parece una sanción excesiva e injusta.
- 68 Vid. GARRIGUES, J., *Tratado*, op. cit., pág. 549.
- 69 No parece correcto hacer que el agente tenga que seguir, en todo momento, las instrucciones de su principal, porque no es un ejecutor material (vid. FORMIGGINI, A., *Il contratto di agenzia*, 2ª edición, [Unione Tipografico-Editrice Torinese], Torino, 1958, pág. 99).
- 70 En opinión de GIORDANO/IANNELLI/SANTORO (*Il contratto di agenzia. La mediazioni*, t. I, *Giurisprudenza Sistemática di Diritto Civile e Commerciale*, 2ª edición, [UTET], Torino, 1993, pág. 247) si hay un pacto de *star del credere* el agente no está vinculado por eventuales instrucciones de la casa, y ello por razones de justicia. Para VÉRGEZ (*Estudios Aurelio Menéndez*, t. III, op. cit., pág. 3059, nota 26) el planteamiento, sin embargo, puede ser discutible, si se tiene en cuenta que ni la asunción del riesgo y ventura de las operaciones supone que el agente deje de actuar por cuenta del empresario, ni su actividad deja de tener un carácter auxiliar.
- 71 Así por ejemplo, la Ley de Contrato de Agencia (art. 2) expresamente se refiere a la “independencia del agente” y en concreto, con su apartado 2 que fija, *a sensu contrario*, un límite a las instrucciones que puede recibir el agente, desde el momento que presume que no se está en presencia de un contrato mercantil de agencia, sino ante una relación laboral, cuando la persona que promueva o concluya actos u operaciones de comercio por cuenta y en nombre ajeno, “*no pueda organizar su actividad profesional ...*”. En general sobre la sujeción a instrucciones en el contrato de agencia, vid. QUINTÁNS, M.R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, [Civitas], Madrid, 2001, págs. 367 y ss.
- 72 Debe tenerse presente que íntimamente vinculado con el poder de impartir instrucciones está el deber de informar al comitente, lo cual se justifica como algo necesario para que se lleve a cabo una buena gestión de los actos u operaciones correspondientes. 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 (vid. PEINADO, J.I., *El contrato de comisión: cooperación y conflicto (la comisión de garantía)*, [Civitas], Madrid, 1996, pág. 39).
- 73 Vid. GARCÍA-PITA, J.L., *Estudios Aurelio Menéndez*, t. III, op. cit., pág. 2862, quien, con buen criterio, considera que “*tal vez cupiera interpretar los preceptos del Código de comercio en un sentido que, dentro de lo posible, deje abierta la posibilidad de hacer aplicación del criterio establecido en el art. 1715 C.c.*”. De esta opinión es también GARRIDO, J.M., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, op. cit. pág. 149. En contra, sin embargo, se manifiesta VICENT, F., *Compendio*, t. II, op. cit., pág. 299, quien niega la aplicación del artículo 1715 del C.c. al contrato de comisión.
- 74 Vid. VÉRGEZ, M.M., *Estudios Aurelio Menéndez*, t. III, op. cit., págs. 3058 y 3059.
- 75 De todos modos, a lo largo del articulado del Código de comercio son varios los preceptos que pueden ayudar a concretar el patrón de diligencia por el que se debe regir la actuación de un comisionista. Así por ejemplo, el comisionista cuida del negocio como propio, cuando, entre otras, realice las siguientes gestiones: cobre sin demora los créditos del comitente (273), no dé a los fondos recibidos para evacuar el encargo inversión o destino distinto (art. 264), proceda a la venta urgente de los efectos que

corran riesgo de alterarse, solicitando para ello autorización judicial (art. 269), no concierte operaciones a precios o condiciones más onerosas que las corrientes en la plaza (art. 258), supla fondos si se hubiese pactado tal anticipación (art. 251), evite la confusión de los géneros de distintos comitentes que tenga en su poder (art. 268), etc.

76 Vid. GARCÍA-PITA, J.L., *Estudios Aurelio Menéndez*, op. cit., págs. 2856 y 2857. Sobre la diligencia exigible al agente, vid. QUINTÁNS, M.R., *Las obligaciones*, op. cit., págs. 340 y ss.

77 Recordemos que la diligencia es un instrumento de control del cumplimiento de la actividad del deudor, se refiere sólo al “cómo” de la prestación (cfr. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., págs. 148 y ss.). Este parámetro de diligencia es utilizado con amplitud y vocación expansiva en el ámbito mercantil, el cual toma como modelo el concepto de “comerciante o empresario ordenado”, sustituyendo al módulo del “buen padre de familia”, prototipo de diligencia en materia civil (art. 1104.2 C.c.) Vid. CARRASCO, A., “Comentario al artículo 1104”, en Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. 1, [EDERSA], Madrid, , pág. 608, y BADOSA, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, [Studia Albornotiana], Zaragoza, 1987, pág. 291, quien precisamente señala como característica de la diligencia del experto, el que el modelo de conducta profesional que ha de integrarla viene determinado siempre por la naturaleza de la actividad a la que debe aplicarse. En el caso del comisionista debe actuar con la diligencia de un ordenado comerciante conocedor del tráfico de la comisión.

78 De esta opinión es GARRIDO, J. M^a, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, op. cit., pág. 118, quien también entiende que no se puede recurrir al módulo de conducta del “ordenado comerciante”, cuando el comisionista sea un no comerciante.

79 Vid. GARRIDO, J. M^a, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, op. cit., pág. 101.

80 Cabría preguntarse qué ocurre si la delegación o sustitución sin autorización del comitente, no genera daños ¿de qué ha de responder el Comisionista? ¿se puede considerar que hay un incumplimiento contractual por el nombramiento de un delegado, cuando el encargo que tiene que gestionar ha sido cumplido correctamente?

81 Vid. GARRIGUES, J., *Tratado*, op. cit., pág. 553; ANGULO, L., *Derecho mercantil*, op. cit., pág. 253, DOMÍNGUEZ, M.A., “Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial”, en Calvo Caravaca y de la Gándara (Dir.), *Contratos internacionales*, [Tecnos], Madrid, 1997, pág. 1295.

82 En opinión de SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones*, t. II, pág. 218, este criterio “no se compagina con la objetivación de los contratos mercantiles y contrasta con el seguido por el art. 1721 del c.c., que consiente al mandatario nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido”. Para JASSOGNE (“L’agent commercial et le représentant de commerce en droit belge”, en Pinchart /Triaille (Coord.), *Les contrats de distribution commerciale en droit belge et en droit français*, [Larcier], Bruselas, 1996, pág. 46) la subagencia es un límite del *intuitu personae* en el contrato de agencia, de hecho, considera que es principio generalmente admitido que un prestador de servicios pueda recurrir a otros empresarios sin solicitar autorización, bajo la condición de responder de su actuación.

83 Vid. GARRIGUES, J., *Tratado*, op. cit., págs. 471 y ss.

84 Vid. GARRIGUES, J., *Tratado*, pág. 472, quien, refiriéndose al contrato de comisión, considera que el criterio seguido por el Código Civil para el mandato es más acertado que la rígida regulación del Código de comercio y ahora también —añadimos nosotros— que la regulación de la Ley de Contrato de Agencia.

85 Sobre la regulación del contrato de agencia y nuestras dudas sobre la oportunidad de lo dispuesto en el artículo 5.1 de LCA, vid. QUINTÁNS, M.R., *Las obligaciones*, op. cit., págs. 353 y ss.

86 En efecto, los arts. 261 y 262 del C. de c., se refieren a la sustitución y no a la figura del contrato de subcomisión. En este sentido, vid. SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones*, t. II, pág. 218; ALONSO DE ESPINOSA, F., “Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº monográfico sobre *Contratos de Gestión*, 1995, pág. 153, y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El mandato y la comisión mercantil*, [Comares], Granada, 1997, págs. 128 y ss. De todos modos, LEÓN (*Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, t. XXI, vol 2º, op. cit., pág. 265) al estudiar este precepto del Código Civil considera que en la práctica la sustitución se puede manifestar en dos grandes modalidades de acuerdos “por un lado, la transferencia de la cualidad de mandatario con todo el amplio espectro de facultades, poderes y obligaciones que esa función conlleva y, de otro lado, una especie de cogestión entre ambos mandatarios que, por vía descriptiva, se ha dado en llamar submandato, subapoderamiento o sustitución impropia”.

87 Vid. SSTs 23 de julio de 1991 (RJ 1991, 5417) y 22 de octubre de 1991 (RJ 1991, 8232), y en la doctrina: ALONSO SOTO, R./SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *Lecciones de Derecho mercantil*, op. cit., pág. 97; GARCÍA LUENGO, R., *Contratos mercantiles*, op. cit., pág. 581.

88 Vid. En esta línea, pero en relación con el concepto de “sustitución” del artículo 1721 del C.c. LEÓN (*Comentarios al Código Civil*, t. XXI, vol 2º, op. cit. págs. 263 y 264) también considera que no se puede equiparar a la cesión.

89 Cfr. GARRIGUES, J., *Tratado*, op. cit., pág. 554, y KÜSTNER, W./MANTEUFFEL, K., *Handbuch des gesamten Außendienstrechts*, vol. I: *Das Recht der Handelsvertreter*, 2ª edición, [Recht und Wirtschaft], Heidelberg, 1992, pág. 65.

90 Vid. BALDI, R., *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, 6ª edición, [Giuffrè], Milano, 1997, pág. 53.

91 Vid. GARRIGUES, J., *Tratado*, op. cit., pág. 570; MONTEAGUDO, M., *La remuneración del agente*, [Civitas], Madrid, 1997, pág. 231, y HOPT, K.J., *Handelsvertreterrecht*, [C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung], München, 1992, pág. 56.

92 Vid. MONTEAGUDO, M., *La remuneración del agente*, op. cit., pág. 250.

93 Vid. SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones*, t. II, pág. 216 y ANGULO, L., *Derecho mercantil*, pág. 257. En general, sobre la cláusula de garantía en los contratos de colaboración, vid. QUINTÁNS, M.R., *Las obligaciones*, op. cit., págs. 258 y ss., e Ídem., “La cláusula de garantía en los contratos de colaboración”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, nº 2, 1998, págs. 693 y ss.

94 El maestro GARRIGUES (*Tratado*, op. cit., pág. 497) aclara que, si bien el artículo 272 del C. de c. se refiere sólo a la comisión de venta, no hay inconveniente en extenderlo por analogía a los demás supuestos de contrato de comisión.

95 Nuestros tribunales en base a lo dispuesto en el Código de comercio han interpretado que, a falta de pacto expreso, la existencia de un premio suplementario sobre el ordinario permite inferir la existencia de una comisión de garantía (SSTS de 25 marzo de 1993 (RJ 1993, 2232), 21 mayo 1992 (RJ 1992, 4272)).

96 Tanto GARRIGUES (*Tratado*, op. cit., pág. 499), como LANGLE (*Manual*, t. III, op. cit., pág. 305) ponen de manifiesto las ventajas que este pacto tiene para las partes.

97 Así, se pone de manifiesto, por ejemplo, en el caso del contrato de agencia: (art. 12.1.a) L.C.A.).

98 En opinión de PEINADO (*El contrato de comisión*, pág. 104) los pactos de garantía de los contratos de colaboración están más próximos a los arrendamientos de servicios (compromiso de poner los medios) que a los de obra y no siendo segura la efectiva celebración de contrato con el tercero difícilmente puede admitirse que nazca compromiso para el comisionista.

99 Vid. PEINADO, J.I., *El contrato de comisión*, op. cit., pág. 104, e Ídem., “Pactos de garantía en contratos de colaboración”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 18, 1995, pág. 172.

100 El supuesto de hecho típico en que esta cláusula puede entrar en juego y producir efectos sensibles, es el de los contratos de ejecución diferida, porque si bien parece un dato exagerado decir que el diferimiento debe ser siempre necesario, sí que parece natural la presencia de una dilación temporal que dé lugar al riesgo de inejecución del contrato (vid. PEINADO, J.I., *El contrato de comisión*, op. cit. pág. 132).

101 En este sentido, vid. PEINADO, J.I., *CDC*, nº 18, 1995, págs. 179 y 180; GIORDANO, G./IANNELLI, D./ SANTORO, G., *Il contratto di agenzia*, op. cit., pág. 247, quienes consideran que en caso de adopción del pacto de *star del credere* obviamente el agente no estará vinculado por las eventuales instrucciones de la casa. A tal solución ha de llegarse en su opinión en base a criterios de evidente justicia, pues no sería compatible someter al agente a responsabilidad y a riesgo por una actividad dependiente de la exclusiva y mera voluntad del principal. En parecidos términos se manifiesta también MIRABELLI, G., *I singoli contratti (artt. 1470-1765 c.c.)*, Commentario del Codice Civile, Libro IV, Tomo III, 3ª edición, [UTET], Torino, 1991, pág. 644.

102 Vid. PEINADO, J.I., *El contrato de comisión*, op. cit., págs. 123 y ss.

103 En contra de esta equiparación, se manifiesta una parte de la doctrina italiana, al considerar que tiene diferente naturaleza jurídica la cláusula de garantía en el contrato de agencia y en el de comisión, pues mientras en la comisión es una exigencia de garantía por el incumplimiento del tercero no conocido por el comitente, en la agencia es una exigencia de cautela del principal contra la ligereza del agente al promover o concluir contratos (vid. BALDI, R., *Il contratto di agenzia*, op. cit., pág. 169, y GIORDANO, G./IANNELLI, D./ SANTORO, G., *Il contratto di agenzia*, op. cit., págs. 258 y ss.).

104 Vid. PEINADO, J.I., *El contrato de comisión*, op. cit., págs. 169 y ss., quien describe con detalle los argumentos de quienes defienden esta posición.

105 Vid. VICENT, F., *Compendio*, t. II, op. cit., pág. 307.

106 Vid. GARRIGUES, J., *Tratado*, op. cit., págs. 499 y 500.

107 Vid. PEINADO, J.I., *El contrato de comisión*, op. cit., págs. 177 y ss.

108 Vid. PEINADO, J.I., *El contrato de comisión*, op. cit., pág. 104, e Ídem., *CDC*, nº 18, 1995, pág. 171 y 173. El carácter accesorio de este contrato es evidente, ya que el pacto de garantía es un convenio que se adhiere a otro principal, que es el contrato de comisión. Sobre la nota de accesoriedad vid. GUILARTE ZAPATERO, V., *De la fianza*, en Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XXIII (arts. 1822 a 1886 C.c.), 2ª edición, EDESA, Madrid, 1990, págs. 16 y ss., y ALONSO SOTO, R. y SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *Lecciones de Derecho mercantil*, op. cit., págs. 99, afirmar que esta cláusula no es plenamente autónoma respecto del contrato de comisión, no lo transforma, ni en una fianza, ni en un seguro.

109 En este sentido se manifiestan entre otros: LANGLE, E., *Manual*, t. III, op. cit., pág. 305; VICENT, F., *Compendio*, t. II, op. cit., pág. 307; ALONSO ESPINOSA, F., *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº monográfico sobre *Contratos de Gestión*, 1995, pág. 148; MONTEAGUDO, M., *La remuneración del agente*, op. cit., págs. 251 y ss., y VIAÑA, F.J., “El contrato de comisión mercantil”, en Abril (coord.) *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*, [Bosch], Barcelona, 2017, pág. 482. También hay quienes, compartiendo la calificación de este pacto como una fianza, no dejan de reconocer que la cláusula de garantía tiene determinadas especialidades, si bien –salvando las mismas– aplican por vía analógica el régimen de la fianza (vid. PEINADO, J.L. *El contrato de comisión*, op. cit., pág. 181, nota 225 bis, y KÜSTNER, W./MANTEUFFEL, K. (*Das Recht del Handelsvertreters*, op. cit., pág. 214)).

110 En contra, se manifiestan claramente VICENT, F., *Compendio*, t. II, op. cit., pág. 307, quien considera que si ha habido fuerza mayor o caso fortuito no debe responder el comisionista o el agente; ALONSO ESPINOSA, F., *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº monográfico sobre *Contratos de Gestión*, 1995, pág. 148 y MONTEAGUDO, M., *La remuneración del agente*, op. cit., págs. 253.

111 En la doctrina comparan la posición del comisionista a la del avalista en la letra de cambio: GARRIGUES, J., *Tratado*, op. cit., págs. 499 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones*, t. II, pág. 216. En esta línea, en el Derecho alemán y con relación al contrato de agencia se manifestaron CANARIS (*Handelsrecht*, 22º edición, [C.H. Beck], München, 1995, pág. 250); HOPT (*Handelsvertreterrecht*, op. cit., pág. 57), y ANKELE (*Handelsvertreterrecht. Kommentar*, [Luchterhand], Berlín, 1997, Comentario § 86 b), pág. 2).

112 En efecto, el avalista en una letra de cambio responde del mismo modo que el avalado, pero no puede oponer las excepciones personales de éste y, además, el aval será válido, aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma (cfr. art. 37 de la Ley 19/1985, cambiaria y del cheque). Sobre el aval cambiario, entre otros, vid. ROJO, A., “El aval”, en Menéndez (dir.), *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, [Civitas], Madrid, 1986, págs. 549 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El aval de la letra de cambio”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 46, 1992, págs. 331 y ss.; FERNÁNDEZ-ALBOR, A., *El aval cambiario*, [Civitas], Madrid, 1992, págs. 72 y ss., y ANGULO, L., “Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas”, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta*, t. I, [Tirant lo Blanch], Valencia, 1995, págs. 135 y ss.

113 Vid. GARRIGUES, J., *Tratado*, op. cit., pág. 501, y ANGULO, L., *Derecho mercantil*, op. cit., pág. 116. También PEINADO (*El contrato de comisión*, op. cit., pág. 189) pese a que asimila este pacto a la fianza, reconoce que una de las diferencias con la fianza se encuentra en que el comisionista asume frente al comitente una responsabilidad directa sobre la ejecución de obligaciones derivadas del contrato con el 3º, sin que tenga derecho a que el comitente ejecute previamente al tercero incumplidor. Considera que la objeción apuntada viene realmente a reseñar la ausencia del beneficio de orden para el agente garante y, sin embargo, esto no tiene por qué ser un impedimento a la calificación como fianza, pues la fianza solidaria prevista en el art. 1822.2 C.c. puede acoger la hipótesis planteada en la comisión o agencia de garantía. En contra, se manifiesta MONTEAGUDO, M., *La remuneración del agente*, op. cit., pág. 254.

114 Vid. VICENT, F., voz “Comisión mercantil”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, [Civitas], Madrid, 1995, pág. 1138.

115 Vid. GARRIGUES, J., *Tratado*, op. cit., pág. 501.

116 Esta es la opinión de GHEZZI, G., *Del contratto di agenzia*, en Sciolloja/Branca, *Commentario del Codice Civile*, [Zanichelli Editore], Bolonia, 1970, págs. 123 y 124. Sobre el concepto garantía autónoma vid. VICENT, F., *Compendio*, t. II, págs. 281 y ss.; Ídem., “Introducción al estudio de las garantías personales en el Ordenamiento español”, en Nieto Carol/Bonet (Coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, *Parte General y Garantías Personales*, [Civitas], Madrid, 1996, págs. 387 y ss. y ANGULO, L., *Estudios Broseta*, t. I, op. cit., pág. 136. En esta línea VALENZUELA (“El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales”, en Nieto Carol/ Bonet (Coord.), AA.VV., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, *Parte General y Garantías Personales*, [Civitas], Madrid, 1996, págs. 428 y ss.) señala que es la insuficiencia en el tráfico mercantil actual de las previsiones legales de la fianza, debido a la evolución del mismo, lo que da lugar a la aparición de garantías personales atípicas diferentes de la fianza.

117 Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *RDBB*, nº 46, 1992, pág. 337, quien sostiene una opinión similar para el caso del aval cambiario; VALENZUELA, F., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, op. cit., pág. 433, y ANGULO, L., *Estudios Broseta*, t. I, op. cit., pág. 137.

118 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.

119 Cabe señalar que esta obligación de lealtad y de buena fe debe presidir, con carácter general, la actuación de cualquier contratante (art. 1258 C.c.), impregnando cualquier fase de la vida del contrato y constituyendo criterios de determinación del alcance de las prestaciones contractuales, así como de la forma y modalidades del cumplimiento, al tiempo que fuentes creadoras de eventuales deberes accesorios de la prestación principal (Cfr. Díez-PICAZO, L., “Comentario al artículo 1258 C.c.”, en VV.AA., *Comentarios al Código Civil*, t. II, [Ministerio de Justicia], Madrid, 1991, pág. 437, y JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., págs. 140 y 141).

120 Vid. LEÍNENA, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, [Reus], Madrid, 2009, págs. 260 y ss.

121 Vid. ANGULO, L., *Derecho mercantil*, op. cit., pág. 117; OTERO, J.M., “La autoentrada del comisionista”, en VV.AA., *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Alonso Otero*, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, págs. 275 y ss., y Díez-PICAZO, L., “La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XVIII, fasc. III, 1965, págs. 642 y ss.

122 Por todos vid. GARRIGUES, J., *Tratado*, op. cit., pág. 507, y OTERO, J.M., *Estudios Alonso Otero*, op. cit., pág. 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”.

123 Vid. GARRIGUES, J., *Tratado*, op. cit., pág. 505; BROSETA, M y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual*, t. II, op. cit., pág. 116, y GADEA, E., GAMINDE, E. y REGO, A., *Derecho de la contratación mercantil*, [Dykinson], 2016, pág. 167.

124 Los defensores de esta posición consideran que el comisionista tendrá que rendir cuentas para demostrar que no sacrificó el interés del comitente y al propio tiempo, tendrá derecho a percibir la comisión, ya que el resultado que prometió al comitente ha sido obtenido (vid. LANGLE, E., *Manual*, t. III, op. cit., pág. 300; DE CASTRO, F., “El autocontrato en el Derecho privado español”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1927, págs. 396 y ss.; VICENT, F., *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, op. cit., pág. 1137; y OTERO, J.M., *Estudios Alonso Otero*, págs. 267 y ss.). Por el contrario, para otros, al entrar el comisionista en el contrato de realización deja de ser comisionista, en consecuencia, pierde su derecho al precio de comisión, ya que al ejercitar la facultad de autoentrada comienza a gestionar un negocio propio y sería injusto que el comitente tuviera que remunerar un servicio inexistente. En esta línea se manifiestan GARRIGUES (*Tratado*, op. cit., pág. 509), MERCADAL (*El contrato de agencia mercantil*, [Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia], Zaragoza, 1998, pág. 444, nota 827) y MONTEAGUDO (*La remuneración del agente*, op. cit., págs. 141 a 143).

125 Vid. OTERO, J.M., *Estudios Alonso Otero*, págs. 275 y ss.; GARCÍA VALDECASAS, A., “La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Privado*, junio 1960, págs. 449 y ss., y Díez-PICAZO, L., *ADC*, t. XVIII, fasc. III, 1965, págs. 642 y ss., quienes consideran que la vulneración de la prohibición, no debe ser sancionada con la nulidad radical y absoluta, sino que se trata de una nulidad relativa o de una mera impugnabilidad, en la medida en que el mandante o comitente pueden ratificar a posteriori, expresa o tácitamente, lo hecho por el mandatario o comisionista.

126 La actual regulación del artículo 267 C de c 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, J.M., *Estudios Alonso Otero*, op. cit., pág. 264. En estos

mismos términos, pero aludiendo al artículo 1459, nº 2 del Código civil –que contiene esta prohibición para el mandatario–, se manifiestan: GARCÍA VALDECASAS, A., *RDP*, junio 1960, pág. 457, y Díez-Picazo, L., *ADC*, t. XVIII, fasc. III, 1965, pág. 649.

127 La jurisprudencia del TS (sentencia de 15 noviembre 2010 (RJ 2010, 8874)) ha estimado que puede eliminarse la facultad de revocar el contrato del comitente, mediante un pacto en el que se señale un plazo de duración. También la doctrina considera admisible el pacto de irrevocabilidad durante un determinado plazo, así como 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 artículo 279 se configura como un “*ius dispositivum*” (vid. VICENT, F., *Compendio*, t. II, op. cit., págs. 310 y 311, y ANGULO, L., *Derecho mercantil*, op. cit., pág. 118). Para un estudio detallado, vid. LINARES, R., *El poder y mandato (problemas sobre su irrevocabilidad)*, [Colex], Madrid, 1991, en concreto págs. 17 y 53 y ss.

128 Vid. Díez-Picazo, L., *La representación*, op. cit., págs. 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*”.

129 Así contrato duraderos, como el de agencia se denuncia, no se revocan (art. 25.1 L.C.A.).

130 Vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral como causa de extinción del contrato*, [Montecorvo], Madrid, 1990, págs. 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.

131 Por todos, vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral*, op. cit., págs. 74 y 210.

132 Vid. SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones*, t. II, pág. 222. De igual opinión son: GARCÍA VALDECASAS, G., *RDP*, nº 331, 1944, pág. 771; VICENT, F., *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, op. cit., pág. 1139; CRESPO, F., *La revocación del mandato*, op. cit., págs. 152 y ss., y BUSTO LAGO, J.M., “Contrato de comisión”, en Bercovitz (dir.), *Tratado de contratos*, t. III, [Tirant lo Blanch], Valencia, 2013, págs. 3538 y ss.

133 Además, la facultad de renuncia del comisionista parece también incompatible con lo dispuesto en el artículo 252 del C. de c., que prevé que el comisionista que sin causa legal no cumpla la comisión aceptada o empezada a evacuar, será responsable de todos los daños que por ello sobrevengan al comitente.

134 Nos parece de interés recoger aquí la opinión que sobre el fundamento jurídico de la revocabilidad tiene Díez-Picazo (*La representación*, op. cit., pág. 298), quien considera que “*la razón de la revocabilidad hay que encontrarla en la autonomía privada...*”, “*la revocación no se funda en la pérdida de confianza o en la desaparición de las cualidades del apoderado, sino en la libérrima y omnimoda voluntad del poderdante (cfr. art. 1733, “a su voluntad”)*”. En parecidos términos se manifiestan, CRESPO, F., *La revocación del mandato*, op. cit., págs. 152 y ss.; LEÓN, J.R., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, t. XXI, vol 2, op. cit., págs. 489 y 490, y GORDILLO, A., “Comentario al artículo 1735”, en AA.VV.: *Comentarios del Código Civil*, t. II, [Ministerio de Justicia], Madrid, 1991, pág. 1583.

135 ANGULO, L., *Derecho mercantil*, op. cit., pág. 118 y VICENT, *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, op. cit., pág. 1139, y ALONSO ESPINOSA, F.J., “Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil”, *Revista jurídica de la Región de Murcia* nº 21, 1996, pág. 25.

136 Cfr. VICENT, F., *Introducción*, op. cit., pág. 1297.

137 Vid. esta diferencia entre la comisión y la agencia, en nuestro trabajo QUINTÁNS, M.R., *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, [Edersa], Madrid, 2000, págs. 307 y ss.

138 Sobre la oportunidad de la regulación mercantil de los contratos es de sumo interés la opinión de BERCOVITZ, R., “*Algunas dudas sobre la regulación de los contratos en el Anteproyecto de Código Mercantil*”, en Morillas/Perales/Porfirio (dir.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil, libro homenaje al profesor Rafael Illescas*, 2015, págs. 1239 y ss. y en particular pág. 1246, y VÉRGEZ, M.M., “La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la Propuesta de Código mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 292, 2014, págs. 11 y ss.