**TEMA 76. EL CONTRATO DE MANDATO: DISTINCIÓN CON FIGURAS PRÓXIMAS. CLASES. ELEMENTOS Y EFECTOS DEL MANDATO. EXTINCIÓN. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN O CORRETAJE**

#### EL CONTRATO DE MANDATO:

El contrato de mandato se regula en los artículos 1709 y ss del CC, definiéndolo el primero de ellos diciendo que

Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.

Sin embargo, como señala CASTÁN esta definición adolece de gran vaguedad, por la imprecisión de la expresión “prestar algún servicio o hacer alguna cosa”, que parece dar cobijo a toda clase de prestaciones, borrando toda diferencia entre este contrato y otras figuras similares. Por ello, este autor lo define como el “contrato en cuya virtud una persona se obliga a realizar, por cuenta o encargo de otra, actos jurídicos relevantes, con retribución o sin ella”.

Respecto a sus caracteres,siguiendo a Lacruz podemos señalar los siguientes:

* Es unilateral cuando es gratuito y bilateral cuando es retribuido, ya que en el primer caso sólo crea obligaciones para el mandatario.
* Es contrato consensual (“se obliga”, 1709).
* Es un contrato "*intuitu personae*", pues se basa en la confianza.

#### DISTINCIÓN CON FIGURAS PRÓXIMAS

Es necesario deslindar este contrato de otras figuras con las que ha existido confusión, esencialmente el poder, el arrendamiento de servicios y el albaceazgo.

En cuanto al **PODER** frente a las discusiones anteriores, fruto de la pandectística alemana la distinción se halla establecida de forma clara, tanto por la jurisprudencia (a partir de la STS 16 febrero 1935)) como por la doctrina (**LABAND**):

* El mandato tiene su origen en un contrato, creador de un vínculo obligacional inter partes**,** y mira las relaciones internas entre mandante y mandatario.
* Sin embargo, el poder tiene su origen en un negocio jurídico unilateral recepticio, que no obliga (sólo genera facultades para el apoderado pero no obligaciones; el apoderado puede no ejercitar pero no renunciar el poder a él concedido), sino que faculta y legitima al representante para actuar en nombre del representado, mirando esencialmente las relaciones externas entre aquel y los terceros.

Por ello puede haber:

* + Mandato representativo (poder y mandato)
  + Poder sin mandato: cuando en lugar de éste, hay otro contrato subyacente distinto, como el de trabajo, sociedad, arrendamiento de servicios, etc.
  + Mandato sin poder: cuando el mandatario actúa en nombre propio (representación indirecta) o cuando el mandante encarga asuntos que no exigen relacionarse con tercero (mandato para realización de actos materiales –no jurídicos-; si bien este asunto hace tránsito a la difícil distinción entre mandato y arrdto servicios)

Ahora bien, con la misma unanimidad con que se acepta la distinción entre poder y mandato, entiende la doctrina analógicamente aplicables a la representación los preceptos del Cc relativos al mandato, que ofrecen base suficiente para colmar sus múltiples lagunas.

En la distinción del mandato y **ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS** se emplean distintos criterios:

* Gratuidad. En el derecho romano el “mandatus” era esencialmente gratuito. Hoy no, 1711.
* Criterio de la representación directa (el mandatario representa directamente al mandante, pero no al arrendador). Igualmente rechazable, pues el mandato puede no ser representativo.
* Subordinación: el arrendamiento de servicios supone una subordinación que no existe en el mandato. Pero, observa CASTÁN, esta nota es peculiar SOLO del contrato de trabajo; y al revés, es precisamente el mandatario el que se halla vinculado con arreglo a la ley a las instrucciones del mandante.
* Criterio del objeto (doctrina predominante). Mientras que en el arrendamiento de servicios es la realización de un trabajo material o intelectual (vg. encargo de una casa a un arquitecto), el objeto del mandato es la realización de actos jurídicos relevantes (contraer obligaciones, administrar, disponer, etc.), que inciden en la esfera jurídica del mandante.

El **ALBACEAZGO** se diferencia del mandato en que tiene naturaleza mortis causa (surte efectos post mortem), mientras que el fallecimiento del mandante extingue el mandato.

#### FORMA

Art. 1.710 El mandato puede ser expreso o tácito.

El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra.

La aceptación puede ser también expresa o tácita, deducida esta últimas de los actos del mandatario.

Por lo tanto rige el principio de libertad de forma para otorgar y aceptar el mandato (art. 1278).

* En cualquier caso, aunque se trate de una norma más propia del poder que del mandato, según el art. 1280. 5º, ad utilitatem o probationem

Deberán constar en Documento Público:

5. El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.

*Según Manresa (posición minoritaria) en el caso del poder para contraer matrimonio t para pleitos, puesto que se integran en procesos con formalidades imperativas, la escritura pública tiene carácter ad solemnitatem.*

* El artículo 41 de la Ley 14/2013 de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización, prevé APODERAMIENTOS ELECTRÓNICOS:

Los apoderamientos y sus revocaciones, otorgados por administradores o apoderados de sociedades mercantiles o por emprendedores de responsabilidad limitada podrán también ser conferidos en documento electrónico, siempre que el documento de apoderamiento sea suscrito con la firma electrónica reconocida del poderdante. Dicho documento podrá ser remitido directamente por medios electrónicos al Registro que corresponda.

*Sin perjuicio de remisión a temas de hipotecario, destacar que**el poder contenido en el mandato ha de ser suficiente y subsistente. Por ello, el art. 98.2 Ley 27 XII 2001 (modificado por la ley de 18 de noviembre de 2005, para el impulso de la productividad), dispone*

2. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación.

#### Y CLASES

Por su forma, **EXPRESO O TÁCITO**.

Por su carácter, **RETRIBUIDO O GRATUITO**.

Art. 1711. A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito.

Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo.

Por su extensión, art 1712.

El mandato es GENERAL O ESPECIAL.

El primero comprende todos los negocios del mandante.

El segundo uno o más negocios determinados.

Por la naturaleza de los actos que el mandatario puede realizar.

Art. 1713 El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos DE ADMINISTRACIÓN.

Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro ACTO DE RIGUROSO DOMINIO, se necesita mandato expreso.

La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores.

Del artículo 1713 se desprende un principio de interpretación restrictiva del mandato. Así:

LO QUE SIGUE ESTÁ TOMADO DEL TEMA 25 (puedes NO decirlo)

+ El poder para vender no autoriza para segregar (Resolución de 19 de junio de 1990).

+ En el poder concedido para vender la participación indivisa de una herencia, cabe entender comprendida la aceptación Y partición de la misma, pero no la constitución de un régimen de propiedad horizontal (Resolución de 17 de abril de 1970)

+ El poder para comprar o vender por precio al contado o a plazos no permite la constitución con carácter indiscriminado de una hipoteca, pues esta posibilidad sólo cabría entenderla comprendida, en un esfuerzo interpretativo, si se tratara de garantizar el precio aplazado en la compra o venta de un bien (Resoluciones de 29 de septiembre y 10 de octubre de 1983)

+ Cuando el poder se limita a la facultad de constituir hipoteca en garantía de las cantidades que se tornen a préstamo Y se destinen a la construcción, caen fuera de la voluntad del poderdante todos aquellos supuestos que no se encuentren dentro del contexto de la cláusula, y por eso no cabe ampliarlo a casos no expresamente indicados, como lo sería la constitución de la hipoteca en base a un reconocimiento de deuda hecho por el apoderado, al existir una clara diferenciación entre ambas figuras (Resolución de 29 de septiembre de 1983)

La desconcertante STS 6 de noviembre de 2013 da un paso más, pareciendo dar al traste con los poderes generales*: ¿Qué significa “expreso” en el art. 1713? Frente a la práctica inveterada, esta esta sentencia interpreta que el mandato, para ser expreso, requiere de “una designación concreta del objeto para el cual se confiere”.* Se apoya en otra STS anterior, de fecha 26 de noviembre de 2010, relativa a una transacción, en la que se exigió además, a fin de considerar expreso el poder a tal fin, no sólo la especificación de los bienes sobre los habría de recaer tal transacción sino también precisar el conflicto al que se refería la transacción (“en términos objetivos y subjetivos”).

*Ante semejante doctrina se corre el riesgo de que cualquier apoderamiento al uso se considere insuficiente.* La doctrina, mayoritariamente, ha realizado una interpretación casuística de ambas sentencias*: no serían susceptibles de ser entendidas fuera de las particulares circunstancias que a ellas dieron lugar (una donación exorbitante y una transacción muy específica).*

5. Por su naturaleza y efectos: mandato representativo, en que el mandatario actúa en nombre y representación del mandante, y **NO REPRESENTATIVO** en que el mandatario actúa en nombre propio, aunque por cuenta del mandante.

6. **JUDICIAL** o EXTRAJUDICIAL, según la actuación se realice ante los tribunales o fuera de ellos**.**

Bien entendido que el representante de la parte en un proceso judicial es el Procurador, NO EL ABOGADO

7. Por las actuaciones del mandatario dentro del derecho privado puede ser **CIVIL O MERCANTIL**. Así dispone el art 244 del CCo, que

Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.

#### ELEMENTOS Y EFECTOS DEL MANDATO

**SUJETOS**. Nuestro código no refiere ninguna regla específica respecto a la capacidad para ser mandante, por lo que se aplica la regla general de tener capacidad para contratar y para obligarse y la específica para el negocio jurídico para cuya realización se celebra el mandato, pues nadie puede hacer por otro lo que se puede hacer por sí.

Sin embargo, respecto al mandatario, se aplica el art. 1.716, conforme al cual

El menor emancipado puede ser mandatario, pero el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad a lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores.

Esto implica que puede realizar como mandatario todo tipo de actos jurídicos sin que le afecten las limitaciones del art. 323, y que su responsabilidad quedará limitada, de conformidad con el art. 1.304 que señala que:

Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera.

Señalar que el **artículo 1.459.2 CC** dispone que los mandatarios no podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por si ni por persona alguna intermedia, “los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados”. La misma prohibición contiene para los comisionistas el **artículo 267 Ccom.**

A primera vista, la sanción en caso de contravención del **artículo 1459** sería la nulidad absoluta o de pleno derecho. No obstante, un importante sector doctrinal considera que tanto en el caso de los mandatarios como en el caso de los albaceas a que se refiere el **párrafo 3º,** la sanción debe de ser la mera anulabilidad.

Su **OBJETO** es, como dijimos, actos jurídicos relevantes que han de cumplir los requisitos de los arts. 1.271 y ss (es decir, posible, lícito y determinado).

Analizaremos, *en primer lugar* las obligaciones de cada parte. Regula el CC, en primera instancia, las **OBLIGACIONES DEL MANDATARIO**.

* Ejecución del mandato.

1718 El mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante.

Debe también acabar el negocio que ya estuviese comenzado al morir el mandante, si hubiere peligro en la tardanza.

Este cumplimiento ha de ajustarse a las siguientes bases:

Art. 1.719 En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante.

A falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia.

Art. 1.714 El mandatario no puede traspasar los límites del mandato.

Art. 1.715 No se consideran traspasados los límites del mandato si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste.

* En segundo lugar dispone el artículo 1720:

Todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo.

Observa Diez-Picazo que la dispensa de esta obligación debe ser observada con recelo, pues es probable que encierre un negocio indirecto o simulado.

En *segundo lugar*, debemos hacer referencia a las **OBLIGACIONES DEL MANDANTE**. Pueden reducirse a:

1. Pagar la remuneración convenida, cuando sea retribuido.

2. Hacer anticipos al mandatario.

Artículo 1728 El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato.

Si el mandatario las hubiera anticipado, debe reembolsarlas el mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario.

El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo la anticipación.

3. Indemnizar al mandatario.

Artículo 1729 Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario.

Para garantía de estas obligaciones, se establece

Art. 1730 El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores.

Este dº retención NO es un dº prenda. Casos similares en artículos 453, 502, 1.600, 1.730, 1.780 y 1.186.

Art. 1.731 Si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato.

Nos centraremos, en *tercer lugar* en las obligaciones en caso de **SUSTITUCIÓN**.

En cuanto a la admisibilidad de la sustitución entiende la doctrina que es necesario distinguir dos figuras separadas:

* Sustitución en sentido propio en la que la figura del primitivo mandatario desaparece y desde el mismo instante queda liberado de sus obligaciones, requiriendo por tanto el consentimiento del mandante (1205).
* Submandato, en el que la figura del mandatario no desaparece y sigue quedando obligado para con el mandante.

A ella se refiere el CC:

Art. 1721 El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido; pero responde de la gestión del sustituto:

Cuando no se le dio facultad para nombrarlo.

Cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente.

Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo.

Entiende la doctrina que la nulidad de tales actos es relativa y por tanto susceptible de ratificación, en base al art 1259.

Art. 1.722 En los casos comprendidos en los dos números del artículo anterior puede además el mandante dirigir su acción contra el sustituto.

Haremos finalmente referencia al régimen de **RESPONSABILIDAD DEL MANDATARIO**.

· Pluralidad de mandatarios.

Artículo 1723 La responsabilidad de dos o más mandatarios, aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria, si no se ha expresado así.

* Sigue por tanto la regla general del 1137.
* Ahora bien, este criterio de presunción de mancomunidad difiere del previsto para el supuesto de negocios ajenos sin mandato.

Art 1890 Cc La responsabilidad de los gestores, cuando fueren dos o más, será solidaria.

· Abono de intereses.

Art. 1724 El mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día en que lo hizo, y de las que quede debiendo después de fenecido el mandato, desde que se haya constituido en mora.

**·** Responsabilidad por incumplimiento del mandato.

Artículo 1726 El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido.

En cuanto a los efectos del mandato es preciso distinguir entre el mandato representativo y aquel en el que **EL MANDATARIO ACTÚA SIN CONTEMPLATIO DOMINI**.

Art 1717 Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.

En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo.

Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.

El primer apartado de este precepto contiene una denegatio actionis entre tercero y dominus excepto cuando se trate de “cosas propias” del representado, si bien el apartado tercero aclara la vigencia de las acciones directa y contraria entre mandante y mandatario.

Por cosas propias del mandante se ha de entender no todos los asuntos propios (ya que la excepción sería tan amplia que anularía la regla) sino los supuestos de contemplatio domini ex re vel ex facti circunstantiis, siempre que el bien o interés sea manifiestamente ajeno, siendo tal circunstancia conocida por la otra parte.

El **TS**, entre otras sentencia 31 octubre 2003, no duda en atribuir efectos directos para el representado cuando el carácter ajeno de la gestión del representante indirecto ha quedado suficientemente acreditado. ESTO Y LO QUE SIGUE ESTA TOMADO DEL TEMA 24

Por su parte, la importante **RDGRN 6 de julio de 2006** ha interpretado el artículo 1717 Cc, siguiendo la doctrina más moderna, como sigue:

* La representación indirecta o mediata es auténtica representación (efectos directos). La propiedad de la cosa objeto del contrato pertenece al representado desde la consumación del contrato, siendo el gestor un simple poseedor en nombre ajeno (artículo 439 y 463 del Código Civil) por lo que no puede llegar a adquirir el dominio por vía de **usucapión** ordinaria por falta de justo título (artículos 447, 1.941 y 1.952 del Código Civil) y pudiendo el representado ejercitar la acción **reivindicatoria** frente a él. Confirma esta idea el artículo 80 (derecho de separación) de la Ley Concursal de 9 de julio de 2.003.
* La representación indirecta (1717 Cc, actuación en nombre propio pero en interés ajeno) da lugar a una acción reivindicatoria y **tercería de dominio** del representado frente al rpte y terceros; pues el rpdo es dueño de la cosa ab initio, **sin ser preciso** –ni posible, pues sería simulado- **un acto de transferencia sobrevenido a su favor**.
* No **es preciso** en todo caso **un poder previo a favor del rpte** que acredite su rpton indirecta. Cabe ratificación posterior (pese al limitado tenor literal del art. 1259 Cc, ex arts. 1727, 1892 y 1893), **siempre que** dicha ratificación vaya acompañada de algún hecho o circunstancia que permita afirmar que, **atendidas las circunstancias**, ha quedado **suficientemente evidenciada la relación de representación** “atendidas” las circunstancias del caso.
* La inscripción deba practicarse directamente a favor del representado si la relación representativa ha sido acreditada en el momento de solicitarse la inscripción del título traslativo. Y ello **sin perjuicio de la debida protección al 3º** que contrató con el rpte indirecto (el contrato sigue produciendo todos sus efectos entre quienes lo suscribieron).

En caso de **MANDATO REPRESENTATIVO**,

Art. 1727 El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato.

En lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente.

En cuanto al mandatario,

Artículo 1725 El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes.

#### EXTINCIÓN

Supuestos específicos de extinción del mandato

Art 1732 El mandato se acaba:

Por su revocación.

Por renuncia o incapacitación del mandatario.

Por MUERTE, declaración de prodigalidad o por CONCURSO o insolvencia del mandante o del mandatario.

El artículo 48.3 (segundo inciso) Ley Concursal dispone: “Los apoderamientos que pudieran existir al tiempo de la declaración de concurso quedarán afectados por la suspensión o intervención de las facultades patrimoniales”.

El mandato se extinguirá, también, por la INCAPACITACIÓN sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.

* En cuanto a la muerte, incapacitación, declaración de prodigalidad, concurso o insolvencia, el párrafo final del art. 1.732 (tras su reforma por Ley 18 de noviembre 2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), como manifestación de autotutela, permite que el mandato persista en caso de incapacitación del mandante.
* Señalar que tanto en la LRC 1957 (art. 46 ter) como en la LRC 2011 (art. 35 y otros) está previsto que en todo caso el notario autorizante notifique al Encargado del RC (a la Oficina General del Registro Civil y necesariamente por medios electrónicos, en la LEC 2011) las escrituras de mandato (o de otra relación o situación jurídica) de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante (en general, en la LRC 2011, de **los documentos públicos que den lugar a asiento en el Registro Civil**).

Además advertimos que a esta materia también se le aplica la regla general del art. 1.156 (modos de extinción de las obligaciones en general), sin olvidarnos de otros supuestos específicos recogidos en el propio Código, como pueden ser:

* Art. 102:

Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:

2. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

* Art. 183 in fine:

Inscrita en el Registro Civil la declaración de ausencia, quedan extinguidos de derecho todos los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente.

Estudiamos específicamente las causas del art. 1.732.

**REVOCACIÓN POR EL MANDANTE**

Es principio tradicional del derecho romano el de que el mandato es revocable a voluntad del mandante, principio que se justifica en ser el mandato un contrato establecido con base en la confianza existente entre las partes (al desaparecer ésta también desaparece la rezón de ser del contrato). Así, el art. 1733:

El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato.

· En cuanto a la forma de la revocación, puede ser expresa o tácita (art. 1735):

El nombramiento de nuevo mandatario para el mismo negocio produce la revocación del mandato anterior desde el día en que se hizo saber al que lo había recibido, salvo lo dispuesto en el artículo que precede.

· Son requisitos de la revocación:

* Que se notifique al mandatario según se desprende de los artículos 1733 (el mandante puede compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato) y 1735.
* Por lo que respecta a terceros

Art 1734 Cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber.

· Algunos autores interpretando a sensu contrario dicho precepto entienden que si el poder es general su revocación perjudicará al tercero aunque no se le haga saber.

· En contra, LACRUZ advierte que dicha interpretación dista mucho del espíritu del precepto que, interpretado de forma conjunta con el art. 1738 (que ahora veremos) pretende la extinción del mandato, respecto a terceros, coincida con la extinción de su apariencia, por lo que su extinción nunca podrá perjudicarles cuando no conocieron o no debieron conocerla

Finalmente, Se plantea el problema de la eficacia del **PACTO DE IRREVOCABILIDAD** que pueden establecer las partes.

* + autores como MANRESA y SANCHEZ ROMAN consideraron que ese pacto es contrario a la esencia del mandato.
  + Por el contrario, los anotadores de ENNECERUS y la mayoría de la doctrina actual no ven inconveniente en admitir la irrevocabilidad por pacto, en tanto que la revocabilidad es un derecho del mandante y se puede renunciar conforme a las reglas generales del art 6.2

Por lo que se refiere al alcance y efectos de la irrevocabilidad, autores como CAMARA, DIEZ PICAZO y LACRUZ, distinguen:

Efecto relativo u obligacional. La posterior revocación sería válida y plenamente eficaz, si bien supondría el incumplimiento del compromiso asumido de no revocar **con la consecuencia de indemnizar** (afirma la doctrina) en caso de mala fe, mandato por tiempo indefinido o retribuido.

Efecto absoluto o real. Cuando el mandato se haya dado en interés del propio mandatario o de terceros. Por tanto la revocación posterior será ineficaz y podrá ser desconocida por los terceros afectados (les será inoponible tal revocación).

**RENUNCIA DEL MANDATARIO**

El desistimiento unilateral del mandatario también está admitido por nuestro derecho, pero con más limitaciones que el del mandante, como se deduce de los dos artículos que lo recogen.

Art. 1.736 El mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante. Si éste sufriere perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle de ellos el mandatario, a menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo.

Art. 1.737 El mandatario, aunque renuncie al mandato con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta.

Art. 1.738 Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe.

En base al tenor literal de este precepto, algunos autores entienden que para que el mismo opere es necesario la buena fe, no sólo de los terceros, sino también del mandatario. En contra, señala LACRUZ que su espíritu es el de proteger a los terceros, por lo que será indiferente la buena o mala de del mandatario.

Art. 1.739 En el caso de morir el mandatario, deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste.

**MUERTE**.

* PACTO DE SUBSISTENCIA. En la doctrina española se discute si es o no válido aquel pacto entre mandante y mandatario por cuya virtud el mandato continúa después de la muerte del mandante. La validez de este pacto se admite expresamente en la mayoría de las legislaciones modernas y esta postura ha sido acogida en nuestra patria por ALBALADEJO (posición minoritaria).
* Se denomina “MANDATO POST MORTEM” aquel contrato de mandato en el que la obligación de realizar el encargo está condicionada suspensivamente a la muerte del mandante. Entre los civilistas españoles contemporáneos se considera que la figura adecuada para esa finalidad sería el albaceazgo (no el mandato). No obstante el BGV y la Ley 559 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra admiten expresamente la figura.

Algún autor ha querido ver en el art. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, esto es, en el representante nombrado como interlocutor por quien redactó un documento de instrucciones previas, un mandatario “sanitario” (una suerte de apoderado preventivo o, llegado el caso, post mortem). Otros en cambio lo consideran representante voluntario (pero no un mandatario en sentido técnico) o albacea sanitario, según el caso, o un simple interlocutor.

#### EL CONTRATO DE MEDIACIÓN O CORRETAJE

**Concepto.-** CASTÁN. Es aquel en virtud del cual una parte se obliga frente a otra, a cambio de un precio, a mediar en la celebración de un contrato, limitándose a poner en relación a los futuros contratantes, pero sin participar él mismo en el contrato ni como representante, ni como comisionista, ni como mandatario, quedando por tanto fuera del contrato resultante de su actividad.

**Naturaleza jurídica.-** Es un contrato “de colaboración”. Guarda grandes analogías con otros de este tipo como el mandato, el arrendamiento de servicios, la comisión mercantil o el contrato de agencia. Pero se diferencia de ellos, fundamentalmente, en que el corredor no se haya ligado preliminarmente con ninguna de las personas por las que actúa por ninguna clase de título. Es, por ello, un contrato autónomo con fisonomía propia.

* Se distingue de los contratos de mandato (y comisión mercantil) en que, la esencia de la mediación radica en que la función del mediador está dirigida a poner en relación a los que pueden ser contratantes, sin intervenir en el contrato mismo. La actividad del mediador no es jurídica, sino material. La función del mediador no es concluir, sino preparar o facilitar la conclusión de contratos:
* Tampoco puede equipararse al contrato de agencia porque el agente recibe un encargo estable, ex **artículo 1** de la Ley de 27 de mayo de 1992, mientras que el del corredor es esporádico. El mediador es una persona que actúa tratando de facilitar la conclusión de un contrato, pero sin llegar a ser portador de la defensa de los intereses de una de las partes, como hace el agente.

**Caracteres.-** Generalmente se dice que es atípico, consensual, principal y bilateral. No obstante, estos dos últimos caracteres son discutidos:

* BONET dice que es unilateral, ya que sólo crea obligaciones para el oferente, pero GARRIGUES y URÍA lo consideran como bilateral (facio ut des; hago para que me des), ya que el mediador debe cumplir su encargo con la diligencia propia de la actividad de mediación.

CASTAN, por su parte, sigue la tesis de ENNECERUS que entiende “que puede ser unilateral y bilateral, dependiendo de si el corredor o mediador se obliga a realizar una determinada actividad”.

* BETTI dice que no es principal ya que, a pesar de tener su propia fisonomía, está ligado a otro contrato por nexo de continuidad. Así que, desde el punto de vista económico, es accesorio y, en sentido jurídico, es conjuntado.

Pero la STS 24 de mayo de 2014 lo califica de “**PRINCIPAL**” Y sustantivo (no dependiente de la consumación del segundo).

**Constitución.**

Elementos personales.- Son el oferente o mediado y el mediador o corredor, ambos con capacidad para contratar. Esta último es imparcial y no participa del contrato.

Elementos reales:

* El servicio o mediación: ha de ser posible, lícito y determinado.
* Premio de la mediación o corretaje.

Elementos formales. Libertad de forma (art. 1.278).

**Contenido.** Al ser un contrato atípico, se rige por el principio de autonomía de la voluntad (art. 1.265).

En su defecto, como el CC no lo regula en particular, habrá que suplir esta laguna legal por las disposiciones generales que el Libro IV dedica a las obligaciones y contratos así como por los usos y costumbres propios de su naturaleza y por las reglas de los contratos afines tales como el mandato, la comisión mercantil y el arrendamiento de obras y servicios (STS de 8 de febrero y 18 de octubre de 1956).

En todo caso, con carácter general, podemos señalar:

* El corredor ha de realizar su gestión conforme a lo estipulado con diligencia y buena fe, respondiendo de la culpa en que pueda incurrir así como, en su caso, de la gestión del subcorredor (aplicación analógica del submandato). Asimismo, como señala la Jurisprudencia, debe guardar secreto de las instrucciones del oferente o informarle de la marcha de la gestión.
* El mediado ha de pagar el precio o prima al corredor. Según la STS 4 noviembre de 1994 **basta la perfección** ya que el corredor se obliga simplemente a mediar dependiendo la consumación o no del contrato de la voluntad de las partes.

Todavía más, el corredor tiene derecho al cobro íntegro de la comisión aunque el contrato en que haya intermediado sea posteriormente declarado nulo, si no se supeditó el cobro a la consumación de la venta (STS 12 Mayo 2016)

* La acción de exigir el pago prescribe, según el TS, a los 5 años por aplicación de la regla general del art. 1.964. Sin embargo, en opinión de DIEZ PICAZO y GULLÓN, si el mediador es un profesional, se deben aplicar los tres años del art. 1967.

Además, si se incorpora la **cláusula de exclusiva**, el oferente se compromete a no encargar el negocio a otra persona mientras dure el contrato.

**Extinción.** Son aplicables las normas generales de extinción de las obligaciones y los del mandato por añadidura.

* Por revocación del mediado; si bien, conforme a la buena fe, el mediado no podrá revocar el contrato y aprovecharse de las gestiones ya llevadas a cabo por el mediador, debiéndole retribuir en todo caso.
* Renuncia del corredor.
* Conclusión del negocio. Tres observaciones:
* Según algunos, solo en presencia de **arras** confirmatorias, no penales ni penitenciales, el corredor tiene derecho a su comisión
* De acordarse no la compra sino una **opción de compra** debe entenderse que ya se devenga comisión, con independencia de que a posteriori dicha opción resulte o no ejercitada por el comitente (TS)
* El mediador tiene derecho a la retribución íntegra pactada cuando su gestión resulta decisiva o determinante para el "buen fin" del encargo realizado, **CON INDEPENDENCIA de** que la venta se lleve a cabo **sin su conocimiento y de su PRECIO FINAL** salvo pacto expreso de las partes o aplicación de los usos y costumbres del lugar (STS 24 de mayo de 2014)

En fin, hacer referencia a la Ley de mediación de seguros y reaseguros de 17 de julio de 2006 cuyo **artículo 7** dispone que los mediadores de seguros, que podrán ser personas físicas o jurídicas, se clasifican en agentes de seguros, ya sean exclusivos o vinculados, y en corredores de seguros.