

# La falta de integridad en la obligación de gestión

MARÍA ROSA LLÁCER MATACÁS

Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Barcelona

**SUMARIO:** 1. *Los diversos sentidos de la integridad de la gestión en el Código civil:* 1.1. La obligación de gestionar en la dinámica del contrato; 1.2. Delimitación de la relevancia jurídica de la falta de integridad: en sede de incumplimiento de la obligación de gestión y en sede de extinción del contrato; 1.3. Gestión íntegra, gestión no íntegra y gestión comenzada después de la extinción del contrato.–2. *Extinción del contrato y obligación de continuar la gestión:* 2.1. El perjuicio derivado de la gestión no íntegra. Criterios de valoración; 2.2. La obligación de continuar la gestión iniciada; 2.2.1. La completud de la gestión. Utilidad del artículo 1888 CC en este contexto; 2.2.2. Naturaleza y transmisibilidad de la obligación de continuar la gestión; a) Contrato de mandato; b) Contrato de sociedad; 2.2.3. Extensión de la obligación de continuar la gestión.–3. *El inicio de la actividad gestoria posterior a la extinción del contrato:* 3.1. La protección legal del gestor ignorante; 3.2. La protección legal de los terceros de buena fe.–4. *Gestión no íntegra y desistimiento unilateral:* 4.1. Justos motivos y tempestividad en el desistimiento unilateral; 4.2. Renuncia intempestiva e incumplimiento de la obligación de gestión.

## 1. LOS DIVERSOS SENTIDOS DE LA INTEGRIDAD DE LA GESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

### 1.1 LA OBLIGACIÓN DE GESTIONAR EN LA DINÁMICA DEL CONTRATO

Determinados contratos de gestión, que se fundamentan en una relación de *fiducia* y en la especial consideración de la persona de la contraparte o los demás contratantes (*intuitus personae*), presentan particularidades en lo que respecta a su extinción y a la transmisibilidad de sus posiciones jurídicas. Admiten, en concreto, el desistimiento unilateral o renuncia (arts. 1594, 1700.4, 1732.1 y 2, 1775 y 1776 CC) en contraposición con la regla general que impide dejar al arbitrio de uno solo de los

contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos (art. 1256 CC). La cesión de las posiciones contractuales es también particular, sobre todo *mortis causa* (arts. 1595, 1700.3, 1732.3, 1742 CC), entrando de lleno en aquellas posiciones que se extinguen por la muerte de la persona (art. 659 CC) y que no son transmisibles por causa de muerte, a diferencia de la mayoría, derivadas de contratos que producen efectos entre las partes y sus herederos (art. 1257.1 CC)<sup>1</sup>.

La dinámica propia de estos contratos determina la posibilidad de que sobrevenga su extinción por causas eminentemente subjetivas, sin que se haya producido su cumplimiento o la conclusión de la actividad gestoria. Sin embargo, no puede afirmarse que el desistimiento unilateral o la muerte de una de las partes conlleven en todas las ocasiones una extinción que no satisfaga los intereses del acreedor: ni la muerte tiene siempre efectos claudicantes para la obligación de gestión, ni el desistimiento representa siempre una actividad que pueda llevarse a cabo sin dejar indemne a la contraparte.

De entre las obligaciones nacidas del contrato a cuya ejecución ya se ha dado inicio, cabe distinguir entre las que aparecen desprovistas de la nota del *intuitus personae* y las que lo conservan. Las primeras son exigibles y transmisibles a los herederos. Así, los socios deben aportar aquello que debían a la sociedad (arts. 1681, 1682 y 1683 CC) con el fin de proceder a su liquidación (art. 1066 LEC). También el mandatario (o sus herederos) debe responder de los perjuicios (art. 1726 CC), rendir cuentas y abonar al mandante todo lo que haya recibido en virtud del mandato (art. 1720 CC), así como o los intereses por las cantidades aplicadas a usos propios (art. 1724 CC). Mientras que el mandante (o sus herederos) deberá asumir los efectos del mandato (art. 1727.1), reembolsar las cantidades anticipadas por el mandatario (art. 1728.2) e indemnizarlo en la medida del artículo 1729 CC<sup>2</sup>.

Las segundas, es decir, aquellas obligaciones que por la especial relevancia de la persona del obligado sólo éste puede cumplir (art. 1161 CC),

<sup>1</sup> Véase MONTES PENADES, L., «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», en *Contratos de gestión*, dirigidos por R. de Ángel Yáguez, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, p. 31; SÁNCHEZ CALERO, F. J., «Artículos 617 a 693», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. IX, vol. 1 A, Madrid, 1990, p. 27.

<sup>2</sup> Véase POTHIER, «Traité du contrat de mandat», en *Oeuvres de Pothier*, t. VI, París, 1825, núm. 64, p. 118, en relación a la legitimación para el ejercicio de la acción *mandati directa*: «*Cette action peut s'intenter non seulement par le mandant, mais par ses héritiers et autres successeurs, et elle peut non seulement contre le mandataire, mais contre ses héritiers: car quoique le mandat finisse par la mort du mandataire, et que les héritiers du mandataire ne succèdent pas à l'obligations que le mandataire avoit contractée d'exécuter le mandat, lorsque le mandataire est mort avant que d'avoir été en demeure, et d'avoir eu le loisir de l'exécuter; au contraire, lorsque le mandataire n'est mort qu'après avoir exécuté le mandat, au moins en partie, ou qu'après avoir été en demeure de l'exécuter, ses héritiers succèdent à l'obligation de rendre comptes de sa gestion, ou à celles des dommages et intérêts résultants de la demeure en laquelle a été le défunt d'exécuter le mandat dont il s'étoit chargé*».

plantean la cuestión de su interrupción. La obligación de gestionar o de llevar a cabo una determinada actividad por cuenta de otro es una obligación de cumplimiento diferido y determina la existencia de un periodo de tiempo entre su inicio y su cumplimiento. Encierra, pues, una dinámica propia que se inicia con el comienzo de la actividad y concluye con el total cumplimiento del encargo. Esta idea de completud en el cumplimiento de la obligación (véase art. 1888 CC) no siempre se verificará en los supuestos en que, comenzada, la gestión se vea truncada por la extinción del contrato que la genera. Aquí encuentra sentido la expresión *gestión no íntegra*, que permite plantear hasta qué punto el obligado o sus herederos se liberan de la obligación de gestión y qué mecanismos prevé el ordenamiento para que no resulten perjudicados aquellos en cuyo interés se celebró el contrato. Así, no debe tenerse en cuenta únicamente la producción fáctica del supuesto extintivo, sino que ofrece una relevancia fundamental, en cuanto a sus consecuencias, el dato de si ya se ha dado inicio a su ejecución o si ésta se ha reclamado.

## 1.2 DELIMITACIÓN DE LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LA FALTA DE INTEGRIDAD: EN SEDE DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GESTIÓN Y EN SEDE DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO

En un primer momento, es preciso distinguir entre dos sentidos de la expresión *integridad*, próximos por la situación de hecho que se trata de apreciar (gestión no concluida), pero excluyentes si tenemos en cuenta que se producen en momentos o circunstancias que no pueden coexistir: gestión no íntegra considerada en sede de extinción del contrato y prestación no íntegra calificable de incumplimiento.

En sede de cumplimiento de la obligación de gestión, el término *integridad* ha de ponerse en relación con el cumplimiento de la obligación (art. 1169.1 CC): sólo la extingue el cumplimiento íntegro (art. 1156.1 CC) y lo contrario se configura como contravención al tenor de la obligación y genera la de indemnizar daños y perjuicios (art. 1101 y art. 1718.1 CC). La obligación de llevar a cabo determinada gestión, como toda obligación de medios, se incumple no realizando la prestación, llevándola a cabo parcialmente o sin prestar la diligencia debida<sup>3</sup>. La identificación del total cumplimiento lo proporcionan los límites del encargo (art. 1714 CC) y, cuando

---

<sup>3</sup> JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios y de resultado», en *ADC*, 1991 p. 24.; LOBATO GÓMEZ, J. M., «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado», en *ADC*, 1992, p. 717. Sobre la diligencia como objeto de la prestación y como fundamento de responsabilidad, véase BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, p. 509. El autor sitúa el origen de la diligencia como obligación autónoma del mandatario y de la consiguiente doble ubicación de la diligencia en Pothier (véase *Traité mandat*, cit. núm. 46, pp. 107-108). Ésta se manifiesta en los artículos 1718.1 y 1726 CC.

éste no existe, la misma noción de consumación que, desprendida del punto de referencia que constituyen los mencionados límites adquiere un ámbito omnicomprendivo y alcanza el término del asunto y de sus incidencias (art. 1888 CC)<sup>4</sup>.

Así pues, partimos de una concreta realidad: la gestión no concluida, en referencia a una idea de completud o de total realización de la prestación debida. Pero ésta presenta manifestaciones en ámbitos excluyentes: en sede de incumplimiento de la obligación y, en oposición con la noción de cumplimiento íntegro (art. 1169.1 CC), en sede de extinción del contrato de gestión, principal objeto de este trabajo, donde la falta de integridad se predica del estado de la gestión considerada en este momento concreto. Sólo es posible hacer tránsito de la extinción al incumplimiento cuando el supuesto extintivo no puede ser considerado como tal<sup>5</sup>. En materia de extinción del contrato, la falta de completud de la gestión debe ponerse en relación, con la obligación de continuar la gestión hasta su eventual conclusión una vez se ha dado inicio a la misma. Ambas nociones se diferenciaban claramente en el Proyecto de Código Civil de 1836. En su artículo 1413 se aprecia la conexión que la falta de completud presenta con el incumplimiento al establecer que, aceptado el mandato, el mandatario quedaba obligado *a cumplir bien y finalmente el encargo*. En cambio, el artículo 1414 del proyecto contenía un precepto relativo a la terminación de la gestión no íntegra al prever que *asimismo deberá el mandatario concluir el negocio de que haya sido encargado, una vez que hubiere dado principio a la ejecución de él*. A diferencia del artículo 1718.2 CC y de su correspondiente artículo 1609.2 del proyecto de 1851, el mencionado artículo 1414 formula un principio general de consumación de la gestión, que tanto debe ponerse en relación con la configuración de la potestad de renuncia (arts. 1415 y 1429 del mismo proyecto) como con la muerte del mandante (véase art. 1427.5)<sup>6</sup>.

La idea de que a todo inicio de una actividad de gestión corresponde su continuación centra el punto de interés en la etapa que corre entre el inicio y la conclusión. Dicho interés se manifiesta básicamente cuando la actividad gestoria queda truncada por la extinción de la relación contractual que la fundamenta, preveyendo el Código una obligación de continuar aquello que se inició, con distinta extensión e intensidad en función del supuesto. Aparece pues como fundamental el hecho del inicio de la gestión y la constatación de que aún no ha concluido<sup>7</sup>, hasta el punto de que puede calificarse de distinción clásica que permite aprehender diversas situaciones que el Código Civil contempla con paridad de criterio.

<sup>4</sup> Véase BADOSA COLL, *La diligencia...*, cit., p. 502.

<sup>5</sup> Véase *infra*, ap. 4.2.

<sup>6</sup> Véase LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española*, 4-II, Madrid, 1970, pp. 241-242.

<sup>7</sup> Véase SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales Códigos europeos y americanos*, continuado por F. Bonet Ramón, t. XXVI, Madrid, 1951, pp. 998 y 1004.

### 1.3 GESTIÓN ÍNTEGRA, GESTIÓN NO ÍNTEGRA Y GESTIÓN COMENZADA DESPUÉS DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

El Código menciona expresamente la integridad en el artículo 1706.2, en referencia a la extinción del contrato de sociedad por renuncia. La renuncia puede ser hecha en tiempo oportuno o inoportuno (art. 1705.2 CC). Esto último se produce siempre que las cosas no son íntegras, es decir cuando la actividad que resulta de la puesta en común de dinero, bienes o industria (art. 1665 CC) ya ha sido iniciada y existe un interés en que no se detenga su desarrollo<sup>8</sup>. En cambio, la expresión cosas íntegras significa gestión o cosas enteras o no comenzadas y va unida a un proceso inmediato de extinción y liquidación.

Pero si el Código menciona la integridad en sede de renuncia unilateral de un socio, cabe afirmar que son varios los artículos que permiten delimitar su significado y abordan la gestión no íntegra en diversos supuestos de extinción del contrato del cual deriva la obligación. En sede de mandato, los artículos 1718.2 y 1739 contemplan la obligación –del mandatario o de sus herederos– de concluir o continuar la actividad en la medida que marcan las circunstancias, mientras que el mandante o sus herederos no puedan asumirla. Obligación que se repite en caso de renuncia del mandatario (art. 1737 CC). También, al amparo del contrato de sociedad, redundarán en beneficio o perjuicio de los herederos del socio los derechos y obligaciones ulteriores al fallecimiento en cuanto son consecuencia necesaria de la gestión comenzada anteriormente (art. 1704.1 *in fine*). La misma idea de conclusión de las negociaciones pendientes se encuentra en el artículo 1706.2 CC y en el 225 C.Com. Otro artículo que, de modo menos evidente, se remite al concepto de integridad es el 1736 CC que, en relación con el artículo 1737, contempla la renuncia intempestiva del mandatario y marca la diferencia entre la renuncia y el incumplimiento<sup>9</sup>. Finalmente, el artículo 1888 CC obliga al gestor de negocios ajenos a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias. Como veremos, este artículo

---

<sup>8</sup> Así lo manifiesta GARCÍA GOYENA al señalar en relación con el art. 1599 pr. que a pesar de la renuncia intempestiva: «continuará la sociedad hasta la consumación de los negocios pendientes, aunque el socio no se ha propuesto apropiarse para sí solo el provecho común» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código Civil vigente, Zaragoza, 1974, p. 836). Más claros son aún otros precedentes, destacando el artículo 1480 del proyecto de Código Civil de 1836: «Se entiende por renuncia intempestiva cuando se hace estando el negocio comenzado, o siendo del interés de la sociedad que se difiera su disolución». Establece el Código Civil peruano, en su artículo 1718.2, que el socio procede intempestivamente «cuando lo hace en circunstancias de no haberse concluido un negocio y de convenir que continúe la sociedad, por algún tiempo más para evitarse el daño que de lo contrario resultaría».

<sup>9</sup> Véase MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. XI, 5.ª edición revisada por F. Téllez, Madrid, 1950, p. 574: «Claro es que cuando el daño no existe, cuando al mandante no le cause perjuicio la renuncia, no ha lugar a la indemnización. Esta sólo tiene lugar, como decían nuestros antiguos civilistas, si aquella es intempestiva, inoportuna».

es útil en la medida en que ofrece un criterio de completud de la gestión<sup>10</sup>, aunque no establece una obligación distinta de aquella derivada del acto jurídico que la genera (art. 1887 CC).

El conjunto de estas referencias permite afirmar que la integridad de la gestión (cuyo completo significado sólo se comprende en oposición a su contrario –la no integridad–) se articula alrededor del inicio o no de la actividad gestoria. Es *gestión no íntegra* aquella que ha sido iniciada y no consumada, de manera que existe un interés en paliar los efectos perniciosos de su paralización (arts. 1704.1, *in fine*, 1737 y 1739 CC), mientras que *íntegra* lo es la que aún no ha sido comenzada (así, la que no genera *derechos y obligaciones ulteriores* a la muerte del socio el cual, en cambio, sí participa de los que sean consecuencia necesaria de la iniciada antes de sobrevenir ésta: artículo 1704.1 CC). Junto a estos dos conceptos aún cabe distinguir el de *gestión nueva*, en referencia a aquella que no es continuación de la ya comenzada, sino que se inicia después de la extinción del contrato y que no vincula a aquél por cuenta (y en nombre) de quien se obra (art. 1259 CC), si no es por razones de equidad (véase art. 1738 CC, en relación al mandatario ignorante de la muerte del mandante, cuya posterior actividad vincula a los herederos de éste)<sup>11</sup>.

## 2. EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y OBLIGACIÓN DE CONTINUAR LA GESTIÓN

### 2.1 EL PERJUICIO DERIVADO DE LA GESTIÓN NO ÍNTEGRA. CRITERIOS DE VALORACIÓN

No estando la gestión aún comenzada, la muerte, la renuncia o la revocación son causas de extinción del contrato, de manera que el gestor

<sup>10</sup> Véase LACRUZ BERDEJO, J. L., «La gestión de negocios sin mandato», en *RCDI*, 1975, p. 265.

<sup>11</sup> Estos tres momentos o posibilidades aparecen claramente delimitados por POTHIER al tratar de la extinción del mandato por muerte del mandante y del mandatario. La referencia decisiva para determinar si, tras la extinción del mandato, los herederos son aún titulares de derechos y obligaciones nacidos a su amparo se circunscribe a si el fallecimiento se produjo *íntegro adhuc mandato o re integra* (véase D.17.1.27.3 y C.4.35.15). En este caso, se extingue el contrato y el mandatario o sus herederos quedan liberados de su obligación. De lo contrario, si el mandatario había comenzado la ejecución, él o sus herederos (y su mandante y sus herederos) quedan obligados a resultas de ella. Véase *Traité mand.*, núm. 101, pp. 151-152: «*Observez que la loi dit, si integro adhuc mandato decesserit: car si le mandatarie avoit déjà, de son vivant, commencé à exécuter le mandat; outre que son héritier succéderoit à son obligation de rendre compte de ce qui a été fait, il seroit tenu d'achever ce que le défunt mandataire a commencé; et le mandant seroit tenu de rembourser non seulement les déboursés faits par le mandataire, mais pareillement ceux faits par l'héritier du mandatarie, en exécution de ce que le mandataire auroit commencé*». En relación con la muerte del mandante, véase núm. 107, p. 155. En cambio, en el núm. 106 (p. 155) POTHIER contempla el supuesto en que, tras la extinción del contrato, el mandatario ignorante de la muerte del dueño da comienzo a la ejecución: «*Quoique le mandat s'éteigne par la mort du mandant, néanmoins si le mandatarie, ignorant la mort du mandant, avoit de bonne foi fait l'affaire dont il avoit été chargé, les héritiers ou autres successeurs universels du mandant seroient obligés de l'en indemniser et de ratifier ce qu'il a fait*».

deja de estar obligado y queda liberado de su cumplimiento<sup>12</sup>. Así se desprende, en sede de contrato de sociedad, del artículo 1705.2 CC y, en relación con el de mandato, de la interpretación contraria del artículo 1718.2 así como de los artículos 1737 y 1739 CC. Extraordinariamente ilustrativo resulta el artículo 1429 del proyecto de Código Civil de 1836, que contempla la posibilidad de renunciar al mandato cuando el mandatario no hubiera empezado todavía a ejecutarlo<sup>13</sup>.

Si, en cambio, el gestor ya ha dado inicio a su actividad, debe matizarse la extinción del contrato por cuanto, aunque no puede iniciar nuevas actuaciones, no pueden considerarse extinguidas las obligaciones nacidas a su amparo<sup>14</sup>. Por lo que respecta a la gestión comenzada, la ley parte del convencimiento de que su abandono causa un perjuicio al destinatario de sus efectos<sup>15</sup>: sobrevenida la intervención del gestor, cualquier interrupción es lesiva y se arbitran los mecanismos necesarios para evitar soluciones de continuidad. Cabe señalar que no se trata de un perjuicio productor de daños indemnizables porque no deriva de incumplimiento (art. 1101 CC), sino de una consecuencia material de la gestión no íntegra o de la situación resultante de la extinción. La extinción por muerte (art. 1732.3 CC) o la renuncia con justa causa o tempestiva son supuestos de extinción e, incluso en la segunda, para nada debe considerarse la imputabilidad<sup>16</sup>. La intempestividad no sólo se predica de la sociedad pactada por tiempo ilimitado (art. 1706.2 CC)<sup>17</sup> sino también del manda-

<sup>12</sup> Así aparece ya en los textos clásicos. Véase D.17.1.27.3: «Morte ejus qui mandatum est, si is integro mandato decesserit, solvitur mandatum et ob id haeres ejus, licet exsecutus fuerit mandatum, non habet mandati actionem»; C.4.35.15: «Mandatum, re integra, morte domini finitur».

<sup>13</sup> Cabe hacer notar que tanto los proyectos como el Código Civil se decantan por los principios clásicos y abandonan una línea seguida por los autores castellanos y basada en la dicción literal de la P.3.5.20, según la cual el mandatario debía ejecutar en cualquier caso el mandato, independientemente del estado en que se hallare la gestión. Véase SALA, J., en *Novísimo o Nueva ilustración del Derecho Real de España*, Madrid, p. 271: «Pero debe notarse que Gregorio López, comentando aquellas palabras de d. ley 20, en que al hablar del mandatario, dice ésta simplemente: *Tenudo es de cumplirlo*, infiere que en España, ni aun estando las cosas enteras, quiere decir, sin haberse empezado a desempeñar el mandato, podrá el mandatario renunciar; y efectivamente parece, que así debe sostenerse, atendido el principio de nuestro derecho de a cuanto se obliga el hombre, a tanto queda obligado».

<sup>14</sup> Véase NANNI, L., *Dell'estinzione del mandato*, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 3.

<sup>15</sup> El contrato de mandato se celebra, generalmente, en interés del mandante, mientras que la sociedad contempla un interés parcialmente ajeno (véase BADOSA COLL, *La diligencia...*, cit., p. 513). La necesaria atribución de los efectos de la gestión al dueño del negocio debe identificar lo que se denomina *interés* y el destinatario de la brusca interrupción de la actividad. Véase DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «La revocación del mandato y del poder», en *AAMN*, 1948, pp. 587-588.

<sup>16</sup> Véase, *infra*, ap. 4.2.

<sup>17</sup> Existe una orientación de los autores castellanos, superada por la codificación, tendente a referir la renuncia intempestiva a las sociedades pactadas por tiempo determinado o para la consecución de un determinado objeto y basada en la expresión literal de la P.5.10.11. Véase GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, t. II, Madrid, 1872, núm. 315, p. 350; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español. Tratado de las obligaciones*, t. IV, Madrid, 1871, p. 512; SALA, *op. cit.*, p. 267.

to (arg. ex art. 1737)<sup>18</sup>, a la vez que no se circunscribe a la renuncia sino que alcanza también a la muerte o cualquier causa de extinción de la obligación de gestión. En concreto, aboca a un interés del mandante o de la sociedad en que se continúe (arts. 1718.2, 1737 y 1739) o concluya (art. 1706.2) la gestión para evitar dicho perjuicio<sup>19</sup>. El perjuicio que determina la falta de conclusión de la gestión es una circunstancia unida al concepto de no integridad, que justifica la mencionada obligación de continuarla a la vez que marca su extensión o medida en cada caso concreto.

Cabe decir, pues, que las cosas son íntegras para el mandante, cuando, no iniciada la gestión, éstas se hallan en tal estado que su interrupción no causa perjuicio a su dueño y éste se halla en situación de proveer por sí mismo, o a través de otro, a su manejo<sup>20</sup>. De manera que el abandono de la actividad iniciada conlleva un perjuicio por la dificultad en que puede hallarse el dueño para hacerse cargo de ella. Así lo expresan directamente el artículo 1737 al establecer la obligación de continuar la gestión *hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta* y de manera indirecta, los artículos 1718.2 y 1739<sup>21, 22</sup>. Y, al mismo tiempo, esta indemnidad en que debe quedar el

<sup>18</sup> Véase GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 552: «De aquí la distinción entre renuncia tempestiva e intempestiva: es lo primero, cuando el mandante conserva íntegra la facultad de desempeñar cómodamente el negocio: y lo segundo, si se hace en tales circunstancias, que ni por sí ni por otro pueda desempeñarle. La renuncia tempestiva disuelve completamente el contrato. La segunda, sólo mediando causa legítima puede admitirse»; ELÍAS, J. A., *Derecho Civil General y Foral de España*, Madrid, 1877, p. 185, núm. 3910: «Para que la renuncia del mandato libre al mandatario de toda responsabilidad, debe ser notificada al mandante y no ser hecha con mala fe, ni en ocasión en que éste no pueda ejecutarlo por sí o por otro».

<sup>19</sup> Véase CAPILLA RONCERO, F., «Artículos 1665 a 1708 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, Madrid, 1986, p. 674.

<sup>20</sup> La expresión es clásica: véase DONELLUS, «Commentariorum de Iure civile», en *Opera omnia*, t. IV, Florentiae, 1842, lib. XVI, cap. XXIII, col. 1021, núm. 8: «*Esta autem mandatori integra, cum nihil dum intervenit, cur mandator quod mandarat non possit, adhuc aequo commode per se aut per alium exsequi*»; ALTHUSIUS, *Dicaecologicae*, Francofurti, 1649, L. I, cap. 83, núm. 35. En relación con la renuncia, véase DOMAT, J., *Oeuvres complètes*, t. III, París, 1822, t. XV, sect. IV, núm. 3, p. 56: «*Mais il faut, s'il manque d'exécuter l'ordre dont il s'était chargé que ce soit sans fraude et qu'il laisse les choses entières et en tel état que le maître puisse y pourvoir ou par soi même ou par quelque autre*».

<sup>21</sup> En este contexto, las expresiones son muy variadas y cabe citar como más explícitas, las contenidas en los artículos 1366 del Código Civil portugués de 1867: «*Lorsque le mandat prend fin par mort du mandant, le mandataire est tenu de continuer la gestion, tant que les héritiers du mandant n'ont pas encore pourvu à l'affaire si l'abandon de la gestion peut leur être préjudiciable*» y 1367: «*Lorsque le mandat prend fin par la mort du mandataire, ses héritiers devront en donner avis au mandant et faire, en attendant, tout leur possible pour sauvegarder les intérêts de celui-ci*» (véase *Code Civil portugais du 1.er juillet 1867*, traduit et annoté par G. Laneyrie et J. Dubois, París, 1896); artículo 2168 del Código chileno: «*Sabienda la muerte del mandante cesará el mandatario en sus funciones, pero si de suspenderlas se sigue perjuicio a los herederos del mandante, será obligado a finalizar la gestión principiada*».

<sup>22</sup> La revocación del mandato no plantea la cuestión del perjuicio ni la obligación de continuar, dado que surge del mismo mandante quien conoce la situación de sus negocios y los asume. Naturalmente, no exime al mandante de sus obligaciones para con el mandatario, si las cosas ya no se hallan íntegras. Véase DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 599. En este sentido I.3.26.9: «*Recte quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit*».



mandante es una de las causas que explican el carácter recepticio de la declaración unilateral de renuncia (art. 1736 pr.) y la carga que recae sobre los herederos del mandatario de notificar el fallecimiento al mandante (art. 1739 CC)<sup>23</sup>. La misma idea de recuperación de la gestión por el dueño del negocio aparece en el artículo 1888 CC que, al fijar la extensión de la obligación de gestión de negocios ajenos, admite que el obligado requiera al interesado para que lo sustituya si se halla en estado de poder hacerlo por sí.

En el contrato de sociedad, el perjuicio derivado de la gestión no íntegra se predica del interés común y, en modo alguno, se admite que el interés particular del socio en desvincularse o en oponerse a la renuncia se anteponga al interés común (art. 1666.1 CC). La renuncia intempestiva vulnera el interés social y se traduce en un interés en que se dilate la disolución de la sociedad (art. 1706.2). La expresión proviene de los textos clásicos que cifraban la relevancia de la renuncia intempestiva en el interés de la sociedad en retrasar sus efectos y tomaban el ejemplo de la compra de mercancías destinadas a la venta, operación que resultaba perjudicada por la renuncia<sup>24</sup>, mientras que los textos codificados (art. 1870 Code, art. 1599 del Proyecto de Código Civil de 1851, art. 1706.2 CC) la toman de Pothier<sup>25</sup>. Sin embargo, las consecuencias de la renuncia intempestiva no se limitan a la continuación de la gestión o a una carga de notificación, sino en el interés de la sociedad *en que se dilate su disolución y que ésta continúe hasta la terminación de los negocios pendientes*. Como se verá, el alcance de esta expresión resulta controvertido y difiere en función de la naturaleza –inmediatamente extintiva o no– que se atribuya a la concurrencia de las causas de disolución del artículo 1700 CC<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Véase GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *loc. cit.*, p. 552, donde prosigue: «Mas a fin de conciliar los intereses que versan en el mandato, debe el mandatario avisar al mandante lo más pronto posible y continuar todavía en su cargo hasta que este tome sus disposiciones.»

<sup>24</sup> D.17.2.65.5: «*Labeo autem posteriorem libris scripsit, si renuntiaverit societate unus ex sociis eo tempore, quo interfui socii non dirimi societatem, committere eum pro socio actione*». Y el criterio para determinar si la renuncia es intempestiva se halla en el interés de la sociedad: «*Proculus hoc ita verum esse ait, si societatis non intersit dirimi societatem: semper enim non id quod privatim interest unius ex sociis servari solet, sed quod societati expedit*»; por ejemplo, «*si emitus mancipia inita societate, deinde renunties mihi eo tempore quo vendere mancipia non expedit (... ) teneri te pro iudicio*».

<sup>25</sup> Véase POTHIER, «*Traité du contrat de société*», en *Oeuvres de Pothier*, París, 1825, núm. 151, pp. 191-192, donde define la renuncia «*à contre-temps*» como aquella hecha «*dans un temps où les choses ne sont plus entières, et où il est de l'intérêt de la société d'attendre un temps plus favorable pour consommer la négociation qui a fait l'objet de la société, comme si ayant contracté avec vous une société de commerce, je voulois dissoudre la société dans un temps où il est de l'intérêt de la société de garder les marchandises que nous avons achetées en commun, et d'attendre le temps favorable de les revendre*» y añade: «*observez que pour juger si la renonciation est faite à contre-temps, c'est l'intérêt commun de la société qu'il faut considérer, et non l'intérêt de celui qui s'oppose à la renonciation*». La idea es manejada habitualmente por los autores de Derecho común, véase ACCURSIUS, *Pandectarum seu Digestorum iuris civilis*, t. I, Venetiis, 1569, glosa al D.17.2.66, quien destaca: «*Sed semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis, servari solet: sed quod societate expedit*».

<sup>26</sup> Para una aproximación a la cuestión, véase PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Comentario al art. 1700», en *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1489-1490.

## 2.2 LA OBLIGACIÓN DE CONTINUAR LA GESTIÓN INICIADA

### 2.2.1 La completud de la gestión. Utilidad del artículo 1888 CC en este contexto

El cumplimiento de la obligación gestoria viene presidido por la sujeción a los límites del encargo (arts. 1692 y 1714 CC) y, en todo caso por la idea de completud de la gestión (art. 1888 CC)<sup>27</sup>. Faltando la indicación de los mencionados límites, la extensión de la obligación abarca el término del asunto y sus incidencias y el gestor no puede abandonarlo a su arbitrio, sino cuando el dueño pueda sustituirle<sup>28</sup>. Son incidencias del negocio todas aquellas diligencias que derivan directamente de él. Incluye las que dependen necesariamente de ella y, cabe afirmar, todas aquellas que la complementan de modo que, de no llevarse a cabo, la gestión resultaría incompleta<sup>29</sup>. En cambio, el gestor no está obligado a ocuparse de negocios distintos o no conexos con el que ha iniciado<sup>30</sup>.

Encontramos una expresión parecida en el artículo 1704.1 *in fine*, que también contempla la conclusión de un determinado asunto, de manera que el heredero del socio fallecido sólo participa económicamente en él en la medida que es una consecuencia necesaria de la gestión comenzada antes de la muerte, participación que alcanza su continuación<sup>31</sup>. La misma idea de prosecución del asunto se desprende del artículo 1706.2 CC.

Es patente que los artículos 1888 y 1706.2 CC establecen una obligación de más amplia extensión que la que contemplan expresamente los

<sup>27</sup> Véase OTERO VALENTÍN, J., «Extinción e ineficacia del mandato», en *RDP*, 1919, p. 257, quien, en relación con la expresión «De los modos de acabarse el mandato» (cap. IV, tít. IX, lib. IV, CC) indica: «tanto en relación al mandato como en todo acto o gestión se tiene por acabado, según el sentido gramatical y jurídico, cuando se da fin a una empresa cuando se concluye el negocio, se practican cuantas gestiones fueron precisas en relación al encargo conferido».

<sup>28</sup> Véase TRAVIASAS, M., «La gestión de negocios», en *RDP*, 1919, p. 139

<sup>29</sup> Véase DEMOLOMBE, C., «Traité des engagements qui se foment sans convention», en *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. VIII, París, 1882, núm. 131, p. 122: «C'est l'affaire toute entière, que le gérant a commencée, qu'il doit continuer et achever tout entière, c'est-à-dire, avec toutes ses dépendances. Et il faut entendre par ces mots, tout ce qui est une conséquence nécessaire ou même seulement naturelle ou accessoire de l'opération principale, tout ce qui en dépend et doit la compléter; en un mot comme disait Pothier, tout ce qui est nécessaire pour la mettre à chef».

<sup>30</sup> Véase GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, com. art. 1892 pr, p. 963: «Anejo o dependiente, etc. Por estas palabras el artículo se refiere al gestor de un negocio o negocios determinados: respecto del gestor universal, o de todos los negocios, eran excusadas, ley 16, título 5, libro 3 del Digesto».

<sup>31</sup> Véase PONT, P., «Commentaire-Traité des sociétés civiles et commerciales», en *Explication du Code Napoléon* iniciado por V. Marcadé, t. VII, París, 1872, núm. 719, p. 476: «Quant aux opérations que celui-ci aurait entreprises lui-même pour la société, ils n'ont pas à les terminer sans doute, puisque cela rattache désormais à l'avenir de la société; mais comme leur auteur avait agi pour la société, ils doivent prendre pour règle de conduite l'art. 2010 du Code Civil qui, prévoyant le cas de mort du mandataire, impose aux héritiers l'obligation d'en donner avis au mandant, et de pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci»; BOILEUX, J. M., *Commentaire sur le Code Civil*, París, 1868, p. 451.

artículos 1718.2, 1737 y 1739 CC. Pero mientras que el artículo 1888 CC está fijando el contenido y la medida del cumplimiento habitual de la obligación de hacer derivada del cuasi contrato de gestión de negocios ajenos, los demás artículos referidos contemplan la obligación de ejecutar el mandato después de su extinción. Si bien no presentan una total identidad de razón, el artículo 1888 CC es útil como criterio de fijación del contenido máximo de la obligación de gestión.

La consideración de la extensión de la obligación de gestión de negocios ajenos, que equivale a su cumplimiento, no es desmentida por el inciso final del artículo 1888, que prevé la posibilidad de requerir al interesado para que sustituya al gestor, si se hallare en estado de poder hacerlo por sí. Se trata de una previsión estrechamente ligada con la obligación principal contemplada en el artículo 1888 que sólo guarda relación con su cumplimiento. En efecto, la misma naturaleza de la figura determina que el dueño del negocio a nada queda comprometido inicialmente, de modo que puede recuperarlo, mientras que el obligado no puede abandonarlo si no es en las circunstancias establecidas en el artículo 1888.

No puede tratarse, sin embargo, la obligación de continuar la gestión en sede del mencionado cuasicontrato. Dicha continuación se manifiesta tras la concurrencia de la causa extinción y sólo halla supuesto en las obligaciones contractuales. Por un lado, cabe destacar que, en cuanto al contenido de la obligación del artículo 1888, no hay diferencia si el dueño del negocio vive o fallece<sup>32</sup>. En cualquier caso, la obligación es la misma y el gestor debe continuar el asunto hasta su término o requerir al heredero del dueño<sup>33</sup>. Más discutida es la transmisión de la obligación en los términos del artículo 1888 a los herederos del gestor. Existe una corriente clásica defensora de la extinción de la obligación por muerte del gestor, basada en el carácter no determinante de la persona del gestor (mientras que sí lo parece la consideración del dueño por parte de éste)<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Véase DEMOLOMBE, *op. cit.* núm. 138, p. 126: «*Le maître existe, le gérant doit achever l'affaire jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même. Le maître est mort, le gérant doit continuer la gestion jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction. Où est la différence? Il n'y en a pas. C'est que, en effet, la cause juridique, qui fait que le mandat s'éteint par la mort du mandant, n'existe pas pour la gestion d'affaires. Cette cause c'est que le mandat dérive de la volonté personnelle du mandant, et que cette volonté, personnelle, s'éteint par sa mort; c'est un contrat. Tandis que la gestion d'affaires ne dérive pas de la volonté du maître; c'est un quasi-contrat; et il n'y a pas de motif pour qu'elle soit immédiatement interrompue par sa mort.*»

<sup>33</sup> Véase artículo 2290 del Código Civil argentino: «Comenzada la gestión es obligación del gerente continuarla y acabar el negocio y sus dependencias, hasta que el dueño o el interesado se hallen en estado de proveer por sí, o bien hasta que puedan proveer sus herederos si muriese durante aquella» (las cursivas son nuestras). El artículo 1481 del proyecto de Código Civil de 1836 establecía: «La expresada obligación no cesa por el fallecimiento del ausente; antes bien continúa hasta que sus herederos o la autoridad adopten las medidas que crean oportunas». Véase también DE SEMO, G., *La gestione di affari altrui nella teoria e nella pratica*, Padova, 1958, p. 108.

<sup>34</sup> Véase DEMOLOMBE, *op. cit.* núm. 140, pp. 127 y 128, que se apoya en la autoridad de Pothier y en su expresión, un tanto equívoca, al tratar la materia. Tras admitir Demolombe el principio de transmisión de las obligaciones a los herederos y que la considera-

Sin embargo, no parece que deba prevalecer este hipotético elemento intencional sobre la existencia de una obligación surgida de un acto jurídico y en cuyo contenido poco influye la intención o volición de sus protagonistas (art. 1887 CC). No creemos que la obligación del gestor de negocios constituya una de las que se extinguen por la muerte del causante (art. 659 *in fine*) ni es coherente una distinta transmisibilidad *mortis causa* en función de la titularidad activa y pasiva<sup>35</sup>. La continuación de la gestión se reconduce directamente al cumplimiento de la obligación; no así a paliar los perjuicios derivados de la anticipada interrupción de la gestión. Por otro lado, la medida de las obligaciones comentadas es distinta. En este sentido, se dice que el gestor de negocios es tratado de modo más estricto (no limitado al peligro en la tardanza) que el obligado a continuar el encargo tras la extinción del contrato<sup>36</sup>, cosa que no debe extrañar al tratarse de obligaciones distintas.

## 2.2.2 Naturaleza y transmisibilidad de la obligación de continuar la gestión

### a) Contrato de mandato

Como contrato bilateral imperfecto, el de mandato gratuito genera obligaciones para una de las partes —el mandatario—, mientras que para la otra —mandante—, las obligaciones nacerán *ex post facto*, siempre que la ejecución del encargo haya significado algún sacrificio económico al mandatario<sup>37</sup>. De entre las obligaciones del mandatario, la principal y que extiende la nota del *intuitus personae* al contrato, es la de ejecutar el

---

ción de la persona del gestor de negocio no tiene especial relevancia, indica que se extingue la obligación por la muerte del obligado, como en el mandato, razonando: «*et nous rélevons d'autant plus ce motif, qu'il prouve, de plus en plus, que la gestion d'affaires ne résulte pas, comme le soutient une doctrine qui tend à prévaloir, du fait matériel de la gestion; mais que l'élément intentionnel en est, au contraire, une condition nécessaire*». POTHIER, en cambio, contempla la transmisión *mortis causa* de las acciones *negotiorum gestorum directa* y *contraria* y su contenido concreto: el heredero del gestor debe acabar el asunto y rendir cuentas (véase *Du quasi-contrat neg. gest.*, en Oeuvres de Pothier, t. VI, París, 1825, núm. 216, p. 230) y añade, sin profundizar en la expresión «*achever*»: «*En cela l'héritier du negotiorum gestor est semblable à l'héritier d'un mandataire*», cosa que es cierta porque la continuación de la gestión por el mandatario puede extenderse, en función de las circunstancias, hasta el término del asunto.

<sup>35</sup> Véase PASQUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1986, p. 128.

<sup>36</sup> Véase LACRUZ BERDEJO, «La gestión...», cit.: «Finalmente, del artículo 1888 se deduce que si el gestor, mientras el *dominus* no pueda sustituirle, ha de continuar y terminar el asunto comenzado, asimismo habrá de continuar su gestión tras la muerte del dueño hasta que el heredero haya podido tomar la dirección, y no sólo, como el mandatario, si hay peligro en la tardanza (art. 1718.2)». Véase en el mismo sentido, DEMOLOMBE, *op. cit.* núm. 139, pp. 126 y 127.

<sup>37</sup> Véase POTHIER, *Traité mand.* cit. núm. 5, p. 81. El pacto de remuneración conlleva bilateralidad y la exigibilidad de tal concepto, véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., en LACRUZ BERDEJO, *Derecho de obligaciones*, vol. 3, *Elementos de Derecho Civil II*, Barcelona, 1986, p. 319. Sobre la paulatina incardinación como contraprestación de la remuneración, véase GETE-ALONSO CALERA, M. C., *Estructura y función del tío contractual*, Barcelona, 1979, pp. 558-559.

encargo (arts. 1709 y 1718.1 CC) de forma diligente (art. 1719 CC), mientras que las otras obligaciones no presentan un carácter especialmente personal, como la de rendir cuentas y de abonar al mandante cuanto se haya recibido en virtud del mandato (art. 1720 CC) o la de pagar intereses por las cantidades aplicadas a usos propios (art. 1724 CC)<sup>38</sup>.

Estas consideraciones deben contextualizarse en la tendencia que critica la expresión demasiado absoluta del artículo 1732 CC, al predicar un efecto extintivo inmediato de las causas de extinción del mandato basadas en circunstancias subjetivas de las partes<sup>39</sup>. La extinción del mandato no se limita a la verificación de un supuesto de hecho al que se une la extinción de la relación contractual, sino que aparece como el punto de partida de un fenómeno complejo. En efecto, el contrato de mandato es la fuente de una pluralidad de posiciones jurídicas subjetivas ordenadas alrededor de la obligación de cumplir el encargo y nacidas al amparo del contrato, cuya extinción no debe influir en su normal desenvolvimiento<sup>40</sup>. Así, se dice que las causas de extinción *operan ex nunc*, es decir, que no tienen eficacia retroactiva y no alcanzan los efectos ya producidos o derivados de la gestión comenzada<sup>41</sup>. De este modo, entre la producción de la causa de extinción y la efectiva extinción de las relaciones derivadas del contrato puede transcurrir un periodo de tiempo, durante el cual la eficacia del contrato se reduce al cumplimiento de determinadas obligaciones pendientes<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Véase *supra*, ap. 1.1.

<sup>39</sup> Véase LUMINOSO, A., «Mandato, commissione, spedizione», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dir. por A. Cicu y F. Messineo, vol. XXXII, Milano, 1984, p. 421.

<sup>40</sup> Véase NANNI, *op. cit.*, p. 3; LUMINOSO, *op. cit.*, p. 429: «Dalle osservazione svolte discende altresì la netta distinzione tra vicenda (complessa) dello scioglimento del contratto e la vicenda (semplice o solitaria) dell'estinzione di singoli rapporti obbligatori derivanti dal contratto. Non soltanto i due fenomeni non possono essere identificati tra loro, ma —come si è visto— neppure deve pensarsi che lo scioglimento si traduca sempre in un effetto estintivo immediato di tutti i singoli diritti, obblighi, facoltà, potere e oneri generati dal negozio considerato».

<sup>41</sup> Véase PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., anotaciones a *Derecho de Obligaciones*, por L. Enneccerus, 11.ª rev. por H. Lehmann, vol. 2, Barcelona, 1935, pp. 335 y 336; LEÓN ALONSO, J. R., comentario a los artículos 1709 a 1739 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, Madrid, 1986, p. 470; LUMINOSO, *op. cit.*, p. 430. Estableció claramente PONT, *Commentaire-Traité des petits contrats et de la contrainte par corps*, T. I, París, 1865, p. 609: «il faut distinguer si le mandataire a fait quelque chose avant que survienne la cause extinctive, ou si l'affaire n'a pas encore été commencée. Dans ce dernier cas, seulement, le mandat n'a aucune existence, il es censé n'avoir été donné. Mais quand l'extinction survient les choses n'étant plus entières, le mandat ne cesse que pour l'avenir; il subsiste pour le passé».

<sup>42</sup> Haciendo un símil con el contrato de sociedad se utiliza, con reservas, la expresión «liquidación», véase LUMINOSO, *op. cit.*, p. 424: «L'arresto nell'attuazione del programma negoziale segna inoltre il più delle volte anche il subentrare di una serie di effetti di varia indole (estintivi, modificativi o costitutivi di diritti ed obblighi) diretti in un modo o nell'altro ad operare una "liquidazione" dei rapporti pendenti od una "sistemazione" delle questioni insorte con la nuova situazione, in vista del definitivo venir meno di qualunque rapporto inter partes». Como deber liquidatorio configura la obligación del artículo 1739, GORDILLO CAÑAS, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1599.

Por lo que respecta al mandante, sus obligaciones no nacen necesariamente del cumplimiento del encargo (aunque sea el supuesto más habitual), sino siempre que el mandatario le haya dado inicio de alguna forma y con ello pueda sufrir algún perjuicio en su patrimonio, ya sea desembolsando alguna cantidad (art. 1728.2), ya sea contrayendo alguna obligación con terceros aunque con ella no se concluya la gestión (art. 1727.1)<sup>43</sup>. La idea conecta con un concepto amplio de integridad, predicado de la totalidad de las partes y próximo a la noción de indemnidad. En efecto, el derecho común maneja la posibilidad de que las cosas no estén íntegras para el mandatario, de manera que la integridad no sólo se predica del dueño del negocio, sino también de quien ejecuta el encargo. Y las cosas no son íntegras para él cuando algo se le deba en virtud del mandato. De ahí que en este caso, tampoco el mandante puede revocar el contrato quedando indemne y la muerte no extingue sus obligaciones, debiendo indemnizar, hacer frente a los gastos adelantados por el mandato o asumir las obligaciones que éste haya contraído en ejecución del mandato<sup>44</sup>. Como puede verse, esta noción de integridad se predica del estado de la gestión pero no contempla otra cosa que el usual cumplimiento del contrato.

En cuanto al mandatario, la extinción del contrato determina la de aquella posición jurídica contractual, definida por su carácter personal y que obliga y legitima para actuar. Cabe distinguir entre aquellas posiciones *intuitus personae* y aquellas otras de carácter patrimonial, cuya perdurabilidad –y transmisibilidad *mortis causa*– no suscita cuestión<sup>45</sup>. Por ello el fenómeno extintivo suele designar principalmente la de la posición jurídica principal del contrato cuyo contenido se centra en la obligación y legitimación<sup>46</sup> del mandatario de prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra (arts. 1709 y 1718.1 CC)<sup>47</sup>. El deudor deja de estar obligado y no puede iniciar eficazmente la actividad que era objeto del contrato<sup>48</sup>.

En esta dinámica del contrato encuentra reflejo el concepto de integridad de la gestión, que debe considerarse principalmente al hilo de aquella obligación personal de ejecutar el encargo y que permite abordar

<sup>43</sup> Véase POTHIER, *Traité mandat.*, cit., núm. 5, p. 81.

<sup>44</sup> Véase DONELLUS, *De iure...*, cit., col. 1022, núm. 8: «Mandatario res integra est, cum nihil dum ei per causam mandati abest. Quos si abesse coeperit, recte dixerim rem et mandatum ei non esset integrum, a quo non possit si velit, indemnitas ut a principio discedere»; ALTHUSIUS, loc. cit., núm. 36.

<sup>45</sup> MIRABELLI, G., «Dei singoli contratti», en *Commentario del Codice civile*, libro IV, t. 3, Torino, 1960, p. 592, nota 40; CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil*, Bolonia, 1984, p. 253, distingue, en sede de contrato de sociedad, el contenido personal (condición de socio) del patrimonial. Según el autor, el primero se caracteriza por el *intuitus personae* y desaparece con la extinción del contrato, mientras que el segundo es transmisible *mortis causa*.

<sup>46</sup> Véase *supra*, nota núm. 133.

<sup>47</sup> Véase NANNI, *op. cit.*, pp. 2 y 3: «Può senz'altro ritenersi che il legislatore abbia menzionato l'estinzione del mandato avendo in mente l'estinzione di una posizione soggettiva, la più caratteristica del mandato: il potere del mandatario di agire per conto del mandante».

<sup>48</sup> «Sabida la muerte del mandante, cesará el mandatario en sus funciones», dice el art. 2068 del Código civil uruguayo.

su concreta extinción y su relación con aquélla de continuar la gestión. En este sentido se puede afirmar que el mandato se extingue estando íntegra la gestión y que dicha extinción se predica del deber de dar comienzo al encargo. Pero si ya se dio inicio a la actividad, el interés del mandante no consiente interrupción en su desarrollo y la extinción no se traduce en una liberación inmediata del obligado, sino en una etapa transitoria durante la cual éste o sus herederos deben continuar el negocio en la medida de las necesidades de su dueño.

Así, la obligación de continuar la gestión aparece como la manifestación de la obligación de ejecutar el encargo en sede extintiva<sup>49</sup>. Suele hablarse, en este contexto, de la «ultraactividad» del mandato<sup>50</sup>. Pero si nos hallamos ante el normal desenvolvimiento del contrato en fase de extinción, no parece adecuado atribuirle una denominación extraordinaria, que quizá debiera reservarse a un fenómeno que requiere un *plus* para su explicación, cual es la eficacia de la gestión comenzada tras la extinción del contrato<sup>51</sup>. Naturalmente, esta afirmación requiere negar el carácter legal de la obligación para reconducirla, tal como venimos diciendo, al contrato<sup>52</sup>. Una u otra opción excluyen también el recurso al mandato tácito (art. 1710.3), dado el carácter debido de la actuación del mandatario.

Creemos pues que el concepto de no integridad permite conducir la obligación de continuar la gestión hacia el desenvolvimiento del contrato después de la concurrencia de la causa de extinción. Así lo expresan los autores clásicos al predicar la extinción de los supuestos en los que no se ha producido ningún principio de ejecución (*res adhuc integra*)<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Véase OLIVIERI, A., voz «Mandato civile», en *Il Digesto Italiano*, vol. XV.1, Torino, 1903-1907, núm. 277, p. 461: «Nonostante l'estinzione del mandato per qualsiasi delle cause suesposte, permangono effetti e conseguenze giuridiche che rispettano il fondamento giuridico nel vincolo consensuale, precedentemente perfetto».

<sup>50</sup> Véase MINERVINI, G., *El mandato. La comisión. El contrato de comisión de transporte*, traducción y notas de Derecho español por J. Peré Raluy, Barcelona, 1959, pp. 409 y 415; LEÓN ALONSO, *op. cit.*, p. 597, y en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1574; MARTÍN-GRANZO, M., en *El Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, dirigido por J. L. ALBÁCAR LÓPEZ, t. IV.1, Madrid, 1995, p. 703.

<sup>51</sup> Artículo 1738 CC; véase ALBALADEJO, M., «La representación», en *ADC*, 1958, p. 790, quien sólo predica un poder de representación conferido *ex lege* con carácter provisional en los casos en que deba realizarse un nuevo negocio, mientras que cuando el representante continúa en sus funciones «tal continuación no tiene carácter representativo, sino que se trata sólo de gestiones derivadas de la anterior representación».

<sup>52</sup> LEÓN ALONSO centra la importancia de la cuestión en el carácter imperativo de la obligación legal: véase *Comentarios...*, cit., p. 596. Pero nada impide entender que la norma recoge una obligación contractual que el mandatario debe cumplir (art. 1718.1 CC), sin poder desligarse unilateralmente (art. 1256 CC); pero no constituye una obligación para el mandante, que puede preferir que el mandatario o sus herederos abandonen inmediatamente sus asuntos.

<sup>53</sup> Véase los citados D.17.1.27.3 y C.4.35.15. Véase, entre otros, PICHARDUS, Antonius, *Commentariorum in quator Institutionum Imperatoris Iustiniani Libros*, t. I, Salamanca, 1618, libro III, tit. XXVII, p. 714, núm. 1, núm. 4: «finita mandantis voluntate si adhuc integra res sit mandatum extingui, neque obstat contractum esse mandatum solo consensu perfectum», y núm. 6; DONELLUS, *Commentariorum in Codidem Justiniani*, vol. 2, Florentiae, 1846, en *Opera Omnia*, t. VIII, ad C.4.35.15, núm. 1, col. 655, y núm. 9, col. 659 y, especialmente, en *Com. de jure...*, cit., libro XVI, cap. XXIII, núm. 8, donde

En cambio, y si bien se concede a la extinción un valor general absoluto o inmediato, ésta queda matizada por la falta de integridad, que permite ampliar el contenido de la *actio mandati directa* o *contraria* a la continuación de la gestión<sup>54</sup>. También ofrece una sistemática favorable el artículo 1718.2 CC, al contemplar la mencionada obligación en el mismo artículo, inmediatamente después de la de ejecutar el encargo<sup>55</sup>. Así pues, el mandatario que, estando las cosas íntegras, inicia la gestión a sabiendas de la extinción, está gestionando negocios ajenos, mientras que, no hallándose íntegra la gestión, su actuación se enmarca en las obligaciones nacidas del contrato de mandato<sup>56</sup>.

Debe matizarse pues la extinción de la obligación de llevar a cabo la gestión. Desde luego, se extingue en la medida que el mandatario no puede comenzarla<sup>57</sup>. Pero si su realización ya se hallaba en curso, se piensa que el interés del mandante requiere una continuidad, implícita en la obligación contractual de cumplir el encargo<sup>58</sup>. Sería contrario a la buena fe que

---

condiciona la extinción del mandato por muerte del mandante a que las cosas estén íntegras, tanto para el mandante como para el mandatario y lo justifica: «Quod si quid inchoavit mandarius quod solus posse recte perficere, coeptam mandati executionem mors ejus non interruptet, sed negotium heredes perficere debent», y núm. 9: «Ergo in his casibus ut re non amplius integra, nec revocatione mandatoris, nec morte mandatum solvetur».

<sup>54</sup> Acciones *mandati directa* y *contraria* que se ostentan contra el mandante y el mandatario, respectivamente, y sus herederos y que persigue, respecto a ellos, el cumplimiento de las obligaciones de carácter patrimonial mencionadas (así rendición de cuentas o indemnización, véase POTHIER, *Traité mand.*, cit., núm. 64, p. 118, y núm. 83, p. 136) y la obligación de continuar la gestión (véase especialmente, *op. cit.*, núm. 101, pp. 151-152).

<sup>55</sup> A diferencia de otros cuerpos legales que prefieren contemplar la obligación de continuar la gestión de forma unitaria y en sede de extinción del contrato, como el artículo 1980 del Código Civil argentino, el artículo 405 del Código suizo de las obligaciones o el artículo 1728 del Código Civil italiano.

<sup>56</sup> Véase MIRABELLI, *op. cit.*, p. 592. TROPLONG, *op. cit.*, núm. 830, pp. 733 y 734, afirmaba: «Mais il n'en est pas de même quand l'exécution du mandat avait été commencée par le défunt (...) En cette matière ce qui est important et décisif, c'est le commencement de l'exécution. Et comme les héritiers n'ont agi qu'en continuation de ce qui avait été commencé, ils continuent le mandat». El autor cita a continuación un párrafo extraordinariamente revelador de Favre, al comentar el D.17.1.27.3: «Hoc enim casu, cum non sit finitum mandatum morte mandatori, quod res integra non sit, dubitandum non est quin actionem mandati, non modo utilem, sed etiam directam et vulgarem habere debeat mandatarii haeres, qui mandati executionem a defuncto coeptam impleverit ac perfecerit».

<sup>57</sup> Véase POTHIER, *Traité mand.*, núm. 64, p. 118, donde después de afirmar la transmisibilidad de la acción *mandati directa* a los herederos del mandatario y contra los del mandante, razona: «quoique le mandat finisse par la mort du mandataire, et que les héritiers du mandataire ne succèdent pas à l'obligation que le mandataire avoit contractée d'exécuter le mandat, lorsque le mandataire est mort avant que d'avoir été en demeure et d'avoir eu le loisir de l'exécuter; au contraire, lorsque le mandataire n'est mort qu'après avoir exécuté le mandat, au moins en partie, ou qu'après avoir été en demeure de l'exécuter, ses héritiers succèdent à l'obligation de rendre compte de sa gestion, ou à celle des dommages et intérêts résultants de la demeure».

<sup>58</sup> Véase FERNÁNDEZ ELÍAS, C., *Novísimo Tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1880, p. 188: «La muerte tanto del mandante como del mandatario, terminan el mandato si no se ha comenzado su ejecución, desde luego; pero si hubiera comenzado, ni la muerte del mandatario detendrá la prosecución del negocio comenzado por él, ni la del mandante la ejecución de lo que tuviera el mandatario planteado y en vías de ejecución, y podría causar perjuicios al consultar sobre ello».



ha de imperar en el cumplimiento de los contratos (art. 1258 CC) que la obligación de hacer pudiera sufrir interrupciones inesperadas. De este modo, el Código pone, como no puede ser de otro modo, la obligación y su cumplimiento al servicio del acreedor: éste deberá retomar su negocio siempre que le sea posible, lo cual implica que el mandatario debe, transitoriamente, continuar el cumplimiento en la medida en que, legítimamente, aquél no provee a sus asuntos<sup>59</sup>.

Para ello, la obligación queda desprovista de la connotación del *intuitus personae*, pues es transmisible a sus herederos y se configura como carga de la herencia<sup>60</sup>. Los herederos del mandatario no suceden en la posición subjetiva de mandatario que obliga y legitima para irrumpir en una esfera de intereses ajenos (arts. 1709 y 1259 CC) y que es intransmisible, pero sí en las obligaciones ya derivadas del contrato<sup>61</sup>. El artículo 1752 CC ilustra, en cambio, la extinción de las obligaciones personalísimas y su exclusión del caudal hereditario (arts. 659 y 1257 CC), al establecer que el derecho de los herederos del comodatario a continuar en el uso de la cosa prestada depende de que el contrato se haya hecho en contemplación de la persona del comodatario<sup>62</sup>. Siendo *intuitus personae* el derecho a usar de la cosa y no las demás posiciones jurídicas nacidas del contrato<sup>63</sup>, los herederos del comodatario no quedan liberados de su obligación de devolverla tras el fallecimiento de su causante, de satisfacer los gastos que señala el artículo 1743 o de responder por su pérdida aun en la medida establecida por el artículo 1744, ni el comodante de los contenidos señalados en los artículos 1751 y 1752 CC)<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> No se trata pues de una obligación distinta o de un efecto nuevo ligado a la producción de la causa de extinción, tal como indica LUMINOSO, sino del cumplimiento de la misma obligación de cumplir el encargo. Véase LUMINOSO, *op. cit.*, p. 435, donde destaca los «efectos sucesivos» el contrato, para ordenar el artículo 1728 del Código civil italiano entre aquellos «effetti i quali si verificano solo in occasione del prodursi di determinate cause di scioglimento» y diferenciarlo de aquellos otros que «sono da ricollegare al contratto di mandato, in quanto implicati dal suo schema funzionale, che lo scioglimento del mandato stesso rende solo attuali (si pensi soprattutto agli obblighi del mandante di compenso, di rimborso delle anticipazioni e di indennizzo delle perdite, ex art. 1720)».

<sup>60</sup> Véase GARCÍA GOYENA, en su comentario al artículo 1629 pr (art. 1739) (*op. cit.*, p. 852): «Pero el deber que aquí se impone a sus herederos, se funda en que el velar sobre la conservación de la cosa, que era objeto del mandato, es una carga de la herencia, pues que se deriva esencialmente de la obligación originaria contraída por el difunto mandatario»; en el mismo sentido, véase GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 553; DEL VISO, S., *Lecciones elementales de Derecho civil*, t. III, Valencia, 1879, p. 366.

<sup>61</sup> POTHIER diferencia la condición de mandatario, de las obligaciones derivadas del contrato, véase *Traité mand.*, cit., núm. 101, p. 152: «En cela l'héritier du mandataire est semblable à l'héritier d'un associé. Quoique, dans le contrat de société, l'héritier de l'associé ne succède pas plus à la société que l'héritier du mandataire au mandat, néanmoins cet héritier doit terminer ce qui est une suite nécessaire de ce qui a été commencé par le défunt»; OLIVIERI, voz cit., núm. 282, p. 462.

<sup>62</sup> Véase SCAEVOLA, *Código civil*, redactado por P. Marín Pérez, t. XXVII, Madrid, 1952, pp. 182-183.

<sup>63</sup> DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1607-1608.

<sup>64</sup> Véase también el artículo 1595 CC. Es también concebible un contrato de depósito realizado en contemplación de la persona del depositario, en la medida que se valore su

b) *Contrato de sociedad*

Del mismo modo que la obligación de continuar la gestión recae sobre el mandatario o sus herederos, también lo hace sobre el socio que renuncia o el heredero del socio fallecido. La posibilidad se plantea tanto en sede de muerte de uno de los socios (art. 1704.1 *in fine*), como de renuncia intempestiva a una sociedad constituida por tiempo ilimitado (arts. 1705 y 1706.2 CC *in fine*).

Con la extinción se abre un periodo liquidatorio dirigido a extinguir las relaciones jurídicas sociales pendientes. La obligación de continuar los negocios pendientes hasta su conclusión se enmarcará pues en esta etapa, pero viene condicionada por la existencia de un periodo legal liquidatorio (art. 1708 CC) que tanto puede resolverse entre los mismos socios (art. 1058 CC) como por vía judicial (art. 1059 CC y arts. 1054 ss. LEC), en cuyo caso, se nombrarán los administradores –socios o no– (art. 1069.3 y 4 LEC) encargados, en su caso, de liquidar las relaciones obligatorias pendientes (derechos y acciones de la sociedad, art. 1066.1, final).

En materia de sociedad no parece controvertida la falta de coincidencia temporal entre causa de disolución y extinción de las relaciones nacidas al amparo del contrato, tanto si se configura la extinción como un proceso temporal que se inicia con la concurrencia de la causa de disolución, como si se atribuyen efectos inmediatos a la disolución, equivalentes a la desaparición del contrato social o de la personalidad, si la hubiere<sup>65</sup>. Es cierto que el periodo liquidatorio puede dotarse de una naturaleza propia, configurado por una concatenación de actos conformadores del proceso liquidatorio. Es mayoritaria la opinión, bajo el impulso de la doctrina mercantilista, que diferencia claramente entre disolución (concurrencia de las causas previstas en el artículo 1700 CC, desencadenantes del proceso posterior y factor determinante del inicio del proceso), periodo de liquidación (o liberación de los socios de todas

---

capacidad en la custodia de determinados objetos o pese en su celebración la confianza que les profesa el depositario, en cuyo caso su muerte extinguiría el contrato. El Código contempla, de manera indirecta, los herederos del depositante cuando el art. 1766 establece que sean estos mismos quienes reclamen la devolución de la cosa al término del contrato (en medida no distinta del art. 1775 CC). El artículo 1778 sólo prevé el contenido de la restitución por el heredero del depositario, pero no las circunstancias de la restitución, que tanto pueden comprender el fallecimiento del depositario, como la restitución de la cosa tras su reclamación. Señala BADOSA COLL que la expresión del artículo 1766 «causahabientes» puede ser indicativa de que el contrato de depósito no se extingue con la muerte del depositante, extremo que se confirma a la vista del artículo 1778 (*Comentario al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991). Véase FALCÓN, M., *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, t. III, Barcelona, 1893, p. 307; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 1899, p. 886; ELÍAS, núm. 4033.

<sup>65</sup> Plantea la controversia, en el ámbito civil, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Comentario al art. 1700 CC», en *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1489. Sin embargo, tal como señala CAPILLA RONCERO, la extinción de la relación social también determina un periodo liquidatorio y no impide la aplicación de las disposiciones legales o previstas en el contrato social en previsión de la disolución: véase *Comentarios...*, cit., pp. 574 y 676.

aquellas relaciones que los vinculan con terceros) y extinción (que, en sentido estricto, sólo se produce con la finalización de la liquidación y equivale a la desaparición de la sociedad en sus facetas contractual y personal)<sup>66</sup>. La causa de disolución permite diferenciar dos momentos esencialmente distintos, a saber, la explotación del objeto social y la posterior liquidación<sup>67</sup>, de modo que la disolución puede llegar a configurarse como un supuesto modificativo de la relación<sup>68</sup> y la actividad de los socios administradores no se interrumpe aunque se oriente hacia esta nueva finalidad<sup>69</sup>. Sin embargo, en el ámbito de la sociedad civil, no parece adecuada una excesiva complejidad del fenómeno extintivo<sup>70</sup>. Lo cual no significa, naturalmente, que la producción de la causa de extinción determine la extinción de las relaciones jurídicas entabladas con terceros, ni de las obligaciones asumidas por los socios en favor de la sociedad.

En este contexto, junto con las normas de partición hereditaria, se aplican las previsiones del Código en materia de extinción de la sociedad. Siendo la renuncia intempestiva, es decir, quedando negocios por concluir y siendo el interés de la sociedad que éstos concluyan, ésta continúa hasta la terminación de los asuntos pendientes (art. 1706.2 CC). Esto significa que el periodo liquidatorio debe comprender necesariamente esta conclusión, operación que de otro modo no es estrictamente necesaria por tener un valor contable (arg. arts. 1082 CC y 1071 LEC) y los demás socios podrían oponerse a ella<sup>71</sup>. La terminación del negocio determina una coincidencia entre el interés de la sociedad y el del conjunto de los socios en liberarse o hacer cumplir las obligaciones contraídas<sup>72</sup>. En este

<sup>66</sup> Destaca GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, t. I, Madrid, 1976, p. 333, que «el término “extinción” puede tomarse en dos sentidos: uno comprensivo de la totalidad del proceso que lleva hasta el momento final de la desaparición de la sociedad, y otro, significativo de este último momento». Véase URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., y BELTRÁN, E., *Comentario al Régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia, t. XI, Madrid, 1992, pp. 19-20; DE EIZAGUIRRE, J. M., «De la disolución y liquidación», en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dirigidos por F. Sánchez Calero, t. VIII, Madrid, 1993, p. 3.

<sup>67</sup> Véase GIRÓN TENA, *op. cit.*, p. 341. Destaca BELTRÁN, E. (*La disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 1991) que la LSA ha optado por un sistema de atribución *inter vivos* de los bienes de la sociedad a los socios (liquidación) y, consecuentemente, ha excluido la sucesión: no es que el patrimonio se reparta porque haya desaparecido la persona (sucesión), sino que el sujeto desaparece cuando agota su patrimonio a través del reparto (liquidación).

<sup>68</sup> Véase MAISANO, A., *Lo scioglimento delle società*, Milano, 1974, p. 42.

<sup>69</sup> La Ley puede prever el nombramiento específico de liquidadores, así, art. 267 LSA.

<sup>70</sup> Véase CAPILLA RINCERO, *Comentarios...*, cit., pp. 572 y 574.

<sup>71</sup> Véase CAPILLA RINCERO, *Comentarios...*, cit., p. 676: «En base a ello cabría afirmar que el hecho de la inoportunidad de la renuncia no impide la inmediata disolución de la sociedad. A lo sumo, puede implicar, y parece que así se dota de contenido a este supuesto, que la liquidación de los negocios sociales se dilatará más de lo que se dilataría si la renuncia hubiera sido intempestiva».

<sup>72</sup> Véase LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., II, 3, p. 427: «En general, la disolución no habiéndose pactado plazo para la sociedad, es intempestiva siempre que interrumpa un proceso económico obligando a liquidar en el curso de la operación los medios adquiridos y aplicados a ella». Por ello no parece conveniente retrasar la eficacia de la disolución y supe-

contexto, cualquiera de los socios, incluido el renunciante, puede y debe culminar la gestión iniciada. El cumplimiento de la obligación no se limita a los aspectos urgentes pues no existe interés en recuperarla, sino en concluirla. El Código reserva para la renuncia de mala fe la sanción que los textos clásicos (D. 17.2.65.6) vinculaban a ambos casos de renuncia, a saber, su exclusión de las ganancias y su participación en las pérdidas derivadas del mal éxito del negocio que no se terminó. El artículo 1706.2 *in fine* formula la vía para evitar el perjuicio, de modo que éste deriva del incumplimiento de la obligación de continuar la gestión<sup>73</sup>.

Cabe afirmar pues que, incluso concurriendo causa de disolución y extinción, ésta se predica de las operaciones futuras de la sociedad, pero no de las que todavía están en curso. Respecto de ellas, ni se libera el gestor, ni se desvincula la sociedad.

También la muerte de uno de los socios obliga a prever la conclusión de los negocios pendientes, en la medida en que sus herederos tienen derecho a participar de los derechos y obligaciones ulteriores a la muerte, en la medida que éstos sean consecuencia necesaria de lo hecho hasta aquel día. El artículo 1704.1 CC, de acuerdo con lo que venimos diciendo, no atribuye al heredero la condición de socio y sólo le confiere derecho a que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante. El socio ocupa una situación parecida a la del comunero<sup>74</sup>, pues ostenta una participación en un negocio común, que debe liquidarse, conjuntamente con los demás socios (si no existe pacto de continuidad), o evaluarse de forma individual en el supuesto del artículo 1704.1. Pero esta operación también se verá diferida si las cosas no están íntegras, es decir, si estando en curso algún negocio a la muerte de su causante, surgen de él derechos y obligaciones que sean su consecuencia necesaria y

---

ditar la liquidación a la terminación del negocio, como se deriva del art. 1487 de Proyecto de Código Civil de 1836: «Si no hubieren quedado negocios pendientes, tendrá derecho a pedir que se haga la liquidación de las resultas de la sociedad para percibir lo que les corresponda». Cabe imaginar supuestos de terminación del asunto que no conlleven una actividad inmediatamente liquidatoria, así cuando interesa a la sociedad almacenar los productos para revenderlos en un momento posterior (ejemplo utilizado por POTHIER, *Traité soc...*, cit., núm. 151, p. 191). Pero ello no debe conducir a entender que la sociedad prosigue la explotación ordinaria del haber común, sino que el patrimonio social permanece en administración, operación ésta necesaria para la liquidación (art. 1069.3 y 4 LEC).

<sup>73</sup> Véase ELÍAS, *op. cit.*, núm. 3839, p. 172; FALCÓN, *op. cit.*, p. 277. Insistía POTHIER en la conveniencia que el renunciante requiriera a sus consocios para que se pronunciaran sobre ella (*Traité soc...*, cit., núm. 151, pp. 191-192). En efecto, la renuncia intempestiva (aún notificada), acompañada del abandono del asunto del que se ocupaba el renunciante es, cuanto menos, causante de daños y perjuicios.

<sup>74</sup> Véase POTHIER, *Traité soc...*, cit., núm. 144, p. 188: «mais il ne succède pas aux droits de la société pour l'avenir, si ce n'est à ce qui seroit une suite nécessaire de ce qui s'est fait du vivant de l'associé auquel il succède; et même par rapport à ces choses, il ne devient pas l'associé des associés du défunt, il ne prend pas sa place, il est seulement en communauté avec eux». Véase, en el mismo sentido, CUJACIUS, J., *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta*, t. V, Mutinae, 1777, In Lib. XXXII, ad l. LXV, col. 479, lit.c: «societate non transire in heredem defuncti socii, heredem socii non esse socium, tamen ex re communi, veluti communiter empti vivo socio, post mortem ejus quaesitum lucrum heredi, quem res sequitur, pro parte esse communicandum».

en los que también deberá participar el heredero. Y esta conclusión de la gestión supone la realización de una actividad, ya sea de los que conservan la cualidad de socio, ya del heredero que debe continuar aquello que venía desempeñando su causante<sup>75</sup>, de la misma manera que el heredero del mandatario debe poner la muerte de éste en conocimiento del mandante y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste<sup>76</sup>. La identidad de razón hace aplicable por analogía el artículo 1739 CC a un supuesto en que, si bien el heredero no sucede en la posición jurídica personal de su causante, asume la obligación de continuar la gestión<sup>77</sup>.

### 2.2.3 Extensión de la obligación de continuar la gestión

Si bien la existencia de una actividad gestoria iniciada y no concluida es el presupuesto para que la obligación de gestión perdure, su contenido —y la medida de su cumplimiento— será más o menos extenso en función de las características del asunto y la posibilidad de su dueño de retomarlo. Debe partirse de la potencialidad de la obligación en cuanto a su conclusión o total cumplimiento, ya que éste es su contenido (art. 1888 CC)<sup>78</sup>. Sin embargo, la extinción del contrato modula la intensidad del cumplimiento en función del interés del acreedor en que sean solventadas las cuestiones urgentes, o sea, en la medida que no pueda proveer personalmente.

La idea de provisión conlleva la potencial conclusión de la gestión, si persiste la circunstancia de su desatención. Ello refuerza el carácter contractual de la obligación, en la medida que la extinción no detiene su

<sup>75</sup> D.17.2.40: «Haeres socii, quamvis socius non est, tamen ea quae per defunctum inchoata sunt, per haeredem explicari debent». Establece el artículo 1762 del Código Civil argentino: «Los herederos pendientes de la sociedad continuarán con los herederos del socio muerto».

<sup>76</sup> Destaca GARCÍA GOYENA el antecedente que representa el D.17.2.40 y añade: «esta disposición debe seguirse cuando haya peligro en la tardanza a semejanza de lo dispuesto en el artículo 1629» (art. 1739 CC).

<sup>77</sup> Véase POTHIER, *Traité soc.*, cit., núm. 155, pp. 194-195: «C'est pour cette raison que quoiqu'une société soit dissoute par la mort de l'un des associés, et que son héritier ne devienne pas associé à sa place, néanmoins cet héritier qui ne peut à la vérité commencer de nouvelles affaires pour le compte de la société en laquelle étoit le défunt, non seulement peut, mais doit achever celles qui avoient été achevées par le défunt pour le compte de la société» (véase también *Traité mand.*, núm. 101, p. 152 cit.). No hace más que seguir la línea marcada por los autores del Derecho común. Véase ACCURSIUS, *op. cit.*, glos. D.17.2.40; CUIACIUS, loc. cit.: «Ergo haeres, licet societatis successor non sit, est tamen emolumenti quaesiti ex re communi, sicut & rei, pro rata successor. Itemque damni in ea re postea facti. Praeterea haeres socii explicari debet ea, quae per defunctum inchoata & imperfecta sunt». La línea es seguida por la escuela de la Exégesis y encuentra reflejo en el artículo 2010 del *Code*, que se entiende aplicable en materia de sociedad: véase BOILEUX, *op. cit.*, com. art. 1868, p. 451; PONT, *op. cit.*, t. VII, núm. 719, p. 476; la misma observación realiza al comentar el mencionado artículo 2010, véase *op. cit.*, t. I, núm. 1183, p. 625, donde observa: «mais le liquidateur, bien qu'il ne devienne pas mandataire, doit prendre des mesures semblables à celles que notre article impose aux héritiers».

<sup>78</sup> Véase *supra*, ap. 2.2.1.

cumplimiento ni crea otra de contenido distinto<sup>79</sup>. Sin embargo, el Código prevé distinto contenido a la continuación de la gestión<sup>80</sup>. Lo hace en función del supuesto de extinción, aunque no creemos que estas distintas expresiones estén realmente fijando un contenido más o menos amplio<sup>81</sup>. Dos constataciones conducen a esta afirmación. Por un lado, la redacción del articulado es deudora de precedentes y fuentes de inspiración muy concretos, ofreciendo el Derecho comparado una multitud de opciones. Por otro, redundamos en la idea de que la continuación se amoldará siempre a la efectiva necesidad del dueño del negocio, circunstancia que da la medida de la extinción del contrato.

Los mencionados artículos 1718.2, 1737 y 1739 CC toman su expresión directamente de los artículos 1609.2, 1627 y 1629 del proyecto de 1851; el primero y el último lo hacen, a su vez, de los artículos 1991.2 y 2010 del *Code*. Sin embargo, no parece que esta similitud deba llevar a consecuencias sustantivas, por la identidad de fundamento que ofrecen los supuestos<sup>82</sup> y por la interpretación que de ellos realizan los autores que más directamente inspiran su contenido<sup>83</sup>. Y, de hecho, las opciones legislativas son de lo más variado, destacando aquellas que no establecen diferencias o que unifican en un solo artículo las consecuencias de la

<sup>79</sup> En contra, BOILEUX, comentando el art. 1991 del *Code*: «mais comme ce n'est point là une obligation qui naisse directement du mandat, la loi borne ce devoir au cas de péril dans la demeure». La doctrina española no desliga la continuación de la gestión del cumplimiento del contrato; véase GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *op. cit.*, p. 358, al tratar de la muerte del mandante o del mandatario: «mas ni una ni otra detendrá la prosecución del cumplimiento de lo que estuviere empezado, ni la del mandante suspenderá la ejecución de una cosa, cuya demora, si se consultase a los herederos pudiera traer graves perjuicios»; ELÍAS, *op. cit.*, núm. 3906.

<sup>80</sup> Lógicamente, en sede de sociedad y de gestión de negocios ajenos prevé la conclusión de la actividad, en vistas a la liquidación o al cumplimiento de la obligación legal.

<sup>81</sup> Si nos atenemos al tenor literal del Código, la muerte del mandante obliga al mandatario a acabar el negocio comenzado al morir el mandante, si hubiese peligro en la tardanza (art. 1718.2). La renuncia conlleva una obligación de continuar su gestión, hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta (art. 1737), mientras tras la muerte del mandatario, sus herederos deben notificarlo al mandante y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste (art. 1739).

<sup>82</sup> GARCÍA GOYENA encuentra un precedente del artículo 1627 en el Código prusiano y un fundamento en la equidad y la identidad de razón entre este artículo y el 1609.2. De hecho, el autor efectúa repetidas remisiones entre los artículos que contemplan la obligación de concluir o de continuar la gestión. Así, loc. cit., p. 851; comentario al art. 1609, *op. cit.*, p. 842, donde encuentra un paralelismo con los artículos 1597 (actual art. 1704) y 1892 (actual art. 1888); comentario al artículo 1629, *op. cit.*, pp. 851-852, donde se remite al artículo 1597; comentario al art. 1597, *op. cit.*, p. 835, con referencia al artículo 1629 (actual art. 1739). Téngase en cuenta, de todos modos, que el artículo 1737 CC, si bien acoge el principio general, se amolda mejor a los supuestos de renuncia justificada o tempestiva, ya que, de ser injustificada e intempestiva, la indemnización prevista por el artículo 1736 CC cubrirá las consecuencias de la falta de ejecución (véase *infra*, ap. 4.2).

<sup>83</sup> De hecho POTHIER vincula la obligación de acabar lo comenzado a la muerte del mandante (*Traité mand.*, cit., núm. 101, p. 151), mientras que la muerte del mandante determina que el mandatario «non seulement peut, mais doit faire l'affaire dont il s'est chargé, savoir, lorsque c'est une affaire instante qui n'est susceptible d'aucun retardement et qui ne peut être faite que par de mandataire, les héritiers n'étant pas sur le lieu».

extinción del mandato por muerte de ambos contratantes, para reflejar una obligación de continuar la gestión cuando ésta no admita demora<sup>84</sup>.

Así, si bien *a priori* podría pensarse que el artículo 1718.2 CC encierra mayor extensión que el artículo 1739 CC por el hecho de continuar en vida la persona a quien, en consideración de sus cualidades personales, se encomendó la gestión, no resulta menos cierto que ésta puede ser totalmente inadecuada según el criterio de los herederos del mandante. Y, si la obligación de finalizarla puede resultar inapropiada o excesiva para la tutela de los intereses del mandante o de sus herederos<sup>85</sup>, del mismo modo corre el riesgo de ser insuficiente una mera conservación del *statu quo*, a la espera de que provea el dueño del negocio. La falta de integridad no se corresponde necesariamente a la noción de urgencia, aunque siempre se dé la inversa y aquélla aparezca como punto de partida. Así como la paralización de la actividad puede no acarrear perjuicio alguno para el dueño del asunto<sup>86</sup>, es realmente la apreciación de este perjuicio o de la urgencia en la continuación de la gestión la que determina su extensión<sup>87</sup>. El límite de la obligación se halla en aquello que es *consecuencia necesaria* de la gestión comenzada: el gestor deberá realizar únicamente aquellos actos que deriven necesariamente de los comenzados anteriormente a la extinción del contrato. Esta extensión determina, en sentido positivo, el límite de lo exigible y la medida de su responsabilidad derivada de incumplimiento (art. 1107 CC) y, en el negativo, aquello a lo que no se extiende la obligación<sup>88</sup>. Excepcionalmente, la atención de los intereses gestionados requerirá el inicio de la actividad aún después de la extinción del contrato<sup>89</sup>. No debe sorprender tal implicación de la noción de urgencia, en la medida que es una noción de hecho y que la extinción

<sup>84</sup> Así, artículos 1969 y 1979 del Código Civil argentino. Establece el artículo 1969: «No obstante, la cesación del mandato es obligación del mandatario, de sus herederos o representantes de sus herederos incapaces, continuar por sí o por otros los negocios comenzados que no admiten demora, hasta que el mandante, sus herederos o representantes dispongan sobre ellos, bajo plena responsabilidad por los perjuicios que de su omisión resultare». Véase también artículo 405.2 del Código suizo de las obligaciones: «Toutefois, si l'extinction du mandat met en péril les intérêts du mandant, le mandataire, ses héritiers ou son représentant sont tenus de continuer la gestion jusqu'à ce que le mandant, ses héritiers ou son représentant soient en mesure d'y pourvoir eux-mêmes».

<sup>85</sup> Véase MINERVINI, *op. cit.*, p. 410.

<sup>86</sup> Véase SAEVOLA, *op. cit.*, t. XXVI p. 73 y p. 1006: «Si las circunstancias no exigen ninguna medida de conservación, los herederos se abstendrán, dejando las cosas en el estado en que el difunto las ha dejado. Abandonarán al mandante, debidamente advertido, el cuidado de continuar por sí mismo o por otro mandatario, lo que la muerte de su causante no le ha permitido terminar».

<sup>87</sup> La obligación del gestor tras la extinción del contrato no se limita pues a los actos de ordinaria administración, sino que comprende a los de administración extraordinaria, pudiendo alcanzar su correcto cumplimiento los actos de disposición sobre los que concurra dicha urgencia (en contra LEÓN ALONSO, *Comentarios...*, cit., p. 605). Así, y tomando los ejemplos de POTHIER, la continuación de la gestión abarcaría no sólo el envío de lo adquirido antes de la extinción del contrato (véase *Traité mand.*, cit., núm. 101, p. 152), sino también la reventa de las mercancías adquiridas anteriormente (véase *Traité soc.*, cit., núm. 155, p. 194).

<sup>88</sup> Véase DEMOLOMBE, *op. cit.*, núm. 131, pp. 122-123.

<sup>89</sup> Véase DOMAT, *op. cit.*, t. III, tít. XV, sect. IV, núm. 7, p. 59.

del contrato puede haber ocurrido en un momento en que es imposible que el dueño del negocio se haga cargo de él<sup>90</sup>. Pero no debe confundirse en modo alguno con el inicio usual de la gestión tras la extinción, a la que ni está obligado el gestor ni tampoco vincula al dueño, a menos que aquél pueda ampararse en la buena fe (art. 1738 CC).

Finalmente, extinguido el contrato, la obligación de gestión sólo perdura hasta que el dueño del negocio pueda retomarla. La carga de notificación que el artículo 1739 impone a los herederos del mandatario es un paso indispensable para que el mandante pueda proveer personalmente o a través de otro a sus asuntos. Llama la atención que el heredero del mandante no esté obligado a notificar el fallecimiento de su causante<sup>91</sup>. La ubicación sistemática del artículo 1718 en sede de las obligaciones del mandatario quizá no lo favorece. Generalmente el contrato de mandata es de los que se celebran en interés de una de las partes y, además, debe tenerse en cuenta que el contenido de la obligación acota indirectamente su duración y el mandatario sólo continua la gestión en la medida en que la inactividad puede reportar perjuicio a los herederos del mandante. Así, la indolencia de los interesados en recuperar la gestión excluye el peligro en la tardanza y no puede perjudicar al mandatario. En este sentido, la legitimación del mandatario para pedir judicialmente la fijación de un término, requiriendo así a los herederos del mandante para que se hagan cargo de sus asuntos<sup>92</sup>, es un instrumento útil para evitar contiendas sobre la apreciación de la situación de urgencia o peligro y que éstos quieran desentenderse de la actividad (art. 1727.2 CC) pretendiendo que el mandatario se ampare en las normas de gestión de negocios ajenos (art. 1893 CC).

### 3. EL INICIO DE LA ACTIVIDAD GESTORA POSTERIOR A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

#### 3.1 LA PROTECCIÓN LEGAL DEL GESTOR IGNORANTE

La concurrencia de una causa de extinción, estando aún las cosas íntegras, conlleva la extinción del contrato que fundamenta la obligación de gestión y, generalmente, no nacerán acciones entre las partes<sup>93</sup>. A esta

<sup>90</sup> Véase POTHIER, *Traité mand...*, cit., núm. 107, pp. 155-156. Redundan en la idea SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 73; MINERVINI, *op. cit.*, p. 416; NANNI, *op. cit.*, p. 183. Sin concurrir peligro en la tardanza inmediatamente después de la extinción del contrato, creemos que es esencial discriminar y que la gestión no vincularía al dueño del negocio.

<sup>91</sup> Véase MANRESA, *op. cit.*, p. 579.

<sup>92</sup> Así, el artículo 2601 del Código Civil mejicano: «En el caso del artículo anterior, tiene derecho el mandatario a pedir al juez que señale un término corto a los herederos a fin de que se presenten a encargarse de sus negocios».

<sup>93</sup> No nacerán acciones derivadas de la obligación de gestión. No obstante es posible que, en base al contrato, se puedan reclamar por diversos conceptos, como la restitución de la provisión de fondos (art. 1728 CC) o la liquidación resultante de la actividad social llevada a cabo hasta el momento (art. 1708 CC).



evidencia se contraponen el tenor del artículo 1738 CC, según el cual es válido lo hecho por el mandatario, ignorando la causa de extinción. Tres constataciones deberán guiar su estudio: el artículo contempla la gestión comenzada después de la extinción; persigue principalmente la protección del mandatario de buena fe; junto con lo anterior, se pretende concentrar en un solo precepto la tutela de los terceros, también de buena fe, que confían en la apariencia de mandato, planteándose la posible divergencia de situaciones subjetivas.

No entra en nuestro propósito profundizar en las causas de extinción que abarca el artículo 1738. En la medida en que es un artículo de mandatario, son fundamentalmente la muerte<sup>94</sup> y la quiebra o insolvencia (concurso) del mandante, la declaración de incapacidad que excluya la realización de determinados negocios o encargos o la aptitud para obrar por cuenta de otro (art. 210 CC) y la declaración de ausencia (art. 183 CC *in fine*)<sup>95</sup>.

Que el artículo 1738 está haciendo referencia a una gestión *nueva*, es decir, cuyo inicio es posterior a la extinción del contrato, es algo que debe deducirse de su consideración conjunta con los mencionados artículos 1718.2 y 1739 CC. Sólo en este caso se entiende que la ley precise aclarar expresamente la validez de lo actuado, en vez de formular la actividad en términos de obligación. La situación no es exclusiva del mandato, sino que se reproduce cuando la extinción es susceptible de ser ignorada por el gestor que da comienzo a la actividad. Así, se plantea también en sede de sociedad, cuando un socio desconoce el fallecimiento de un consocio y se diferencia de la participación del heredero en lo que sea consecuencia necesaria de lo hecho hasta el momento de la extinción (art. 1704.1 *in fine*)<sup>96</sup>.

Justifica la dicción del artículo 1738 la posición subjetiva del mandatario que, de buena fe, ignora la extinción del contrato. Las consecuen-

---

<sup>94</sup> El artículo 1738 CC no debe configurarse como una manifestación de una eficacia extintiva de la muerte diferida al momento en que el mandatario tiene conocimiento de ella, explicación que sí casa con el carácter recepticio de la revocación. Equipara los supuestos, sin extraer otras consecuencias, FERNÁNDEZ ELÍAS, *op. cit.*, p. 388.

<sup>95</sup> Acogiendo el carácter recepticio de la declaración de revocación del mandato (art. 1735 CC), se elimina esta circunstancia de las que encierra el artículo 1738: véase ALBALADEJO, *Derecho civil*, II. 2, Barcelona, 1982, p. 328; MINERVINI, *op. cit.*, p. 419. Tampoco son relevantes las causas de extinción que afectan al mandatario, al no poder éste ignorarlas.

<sup>96</sup> Véase por todos, POTHIER, *Traité soc...*, cit., núms. 155 y 156, pp. 194-195, quien marca claramente la diferencia entre la obligación de acabar los asuntos comenzados por el difunto (y se remite al D.17.2.40) y la imposibilidad de iniciar otros de nuevos, ya que a partir de la extinción no se puede actuar por cuenta de la sociedad ni obligar, por este motivo, a los socios. Ello, salvo que un socio ignore la disolución, en cuyo caso vincula a los socios o a sus herederos. Concluye diciendo: «La bonne foi en laquelle étoit cet associé, rend en ce cas ces contrats valables, de même que la bonne foi d'un mandataire rend valable tout ce qu'il a fait en exécution d'un mandat, depuis la mort du mandant, lorsque le mandataire ignore cette mort qui avait éteint le mandat» (núm. 156, p. 195). También el D.17.2.65.10 centra la situación: «Quod si integris omnibus manentibus alter decesserit, deinde tunc sequatur res de qua societatem coierunt; tunc eadem distinctionem utemur, qua in mandato, ut, si quidem ignota fuerit mors alterius, valeat societas; si minus nota, non valeat».

cias son para él importantes pues, de aplicar estrictamente las previsiones legales, su actuación no vincularía al mandante (arg. art. 1727) y quedaría responsable frente a los terceros (arg. art. 1725). Su gestión, de negocio ajeno, sólo sería asumida por el mandante dependiendo de una hipotética ratificación (art. 1892 CC). Y, sin embargo, ésta se califica de *válida y eficaz*, lo cual significa que el mandatario tiene acción, derivada del contrato, para reclamar al mandante el cumplimiento del contrato (como se verá, siendo el mandato representativo y el tercero de buena fe, también vincula a éste con el mandante).

La eficacia de lo hecho a falta de vínculo contractual que obligue y legitime para actuar *ex novo* por cuenta de otro sólo puede ser la consecuencia de una previsión legal o ficción jurídica establecida, con criterios de equidad, para proteger un interés que se juzga lesionado por la estricta aplicación del Derecho<sup>97</sup>. El fenómeno ya descrito por los autores clásicos como un artificio impropio del normal funcionamiento del contrato<sup>98</sup>: si éste se extingue *re integra*, cuando la actividad gestoria se inicia después de la extinción, en las mencionadas circunstancias de ignorancia, se hace imprescindible un recurso que permita la utilización de las acciones que ya no pueden derivar del contrato. Se dice que éstas, aunque no procedan *stricti iuris*, sí competen *utilitatis causa*, con la finalidad que el mandatario no se vea perjudicado<sup>99</sup>.

El artículo 1738 es un precepto principalmente de mandatario y sólo indirectamente de protección de terceros<sup>100</sup>. Ni siquiera puede afirmarse que la buena fe de los terceros sea requisito de operatividad del artícu-

<sup>97</sup> Véase TROPLONG, *op. cit.*, núm. 811, p. 721: «Et l'on viendrait renverser à l'aide d'une argutie logique ces actes consommés loyalement! Que deviendrait le crédit? Qui voudrait être mandataire? Qui voudrait traiter avec des mandataires? Et l'utilité du mandat ne se trouverait-elle pas détruite par l'exagération de ses propres principes?. L'équité a donc fait taire le langage de la subtilité du droit, et l'on a décidé que l'ignorance du mandataire laisse subsister le mandat»; MANRESA, *op. cit.*, p. 582.

<sup>98</sup> Véase BARTOLUS, *In secundam Dig. vet. partem Commentaria*, Augustae Taurinorum, 1574, ad D.17.1.26: «Morte mandantis solvitur mandatum, sed effectus durat si mandatarius ignoravit. Nota quod licet morte finiatur mandatum, tamen si post mortem impleatur mandatario ignorante, sufficit ad actionem & liberationem»; DONELLUS, *De jure...*, cit., L. XVI, cap. XXIII, col. 1023: «semper mandatoris morte solvitur mandatum re integra; etiam tunc cum postea per ignorantiam impletum est mandatum, etsi fatentur obligationem et actionem mandati hoc casu durare».

<sup>99</sup> Véase ACCURSIUS, *op. cit.*, ad D.17.1.26: «Si tamen per ignorantiam impletum est competere actionem utilitatis causa dicitur. Iulianus quoque scripsit mandatoris morte solvitur mandatum: sed obligatioen aliquando durare. Si quis debitori suo mandaverit, ut Titio solveret & debitor, mortuo eo, cum id ignoraret, solverit: liberari eum oportet». Se pregunta DONELLUS, loc. cit., col. 1022-1023: «¿Quomodo igitur in hac re mandati actio; cum non sit haec actio nisi ex mandato; fateamur autem hanc tunc natam, cum nullum amplius esset mandatum?»; y responde: «Agnoscent veteres stricti juris ratione id fieri non posse: ideo utilitatis causa receptum esse dicunt; ne quis forte haec contraria esse existimet, quod mandatum solutum esse voluit, durare vero mandati obligationem. Receptum hoc autem utilitatis causa ideo, ne probabilis ignorancia mandatario damnum adferat». También por esta causa perdura la acción pro socio, véase CUJACIUS, loc. cit., in lib. XXXII, ad l. LXV, lit. E, col. 479: «si ignorans socium vita decessisse, negotium illud confecerit, valeat societas (...) & sit ex ea causa inter eum & socium superstitem actio pro socio».

<sup>100</sup> GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 249; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, p. 288.

lo<sup>101</sup>: si bien el tercero de mala fe no puede vincular al mandante, el mandatario de buena fe o ignorante de la extinción conserva su acción contra el mandante para reclamar el cumplimiento de distintos extremos ajenos al éxito de la gestión e independientes de la final vinculación de tercero y mandante (arts. 1728 y 1729 CC)<sup>102</sup>.

Aunque la situación subjetiva que caracteriza al mandatario es sin duda la buena fe, no parece que el recurso del artículo 1738 CC se fundamente propiamente en la apariencia<sup>103</sup>, sino en la confianza de que ninguna circunstancia ha venido a turbar la relación que le viene vinculando al mandante. La referencia a la apariencia se predica con mayor propiedad de los terceros extraños a la relación y no de quien participó del contrato, relación *inter partes* cuya extinción no le ha sido notificada. Es más, mientras no tenga conocimiento de la extinción debe perseguir el cumplimiento del contrato<sup>104</sup> y con tal convencimiento actuará, situación de confianza que la ley valora y protege<sup>105</sup> y que debe desligarse de un hipotético deber de notificar. No existe un deber de notificar, habida cuenta que ni es coercible ni su cumplimiento sería posible en ocasiones (así, si los herederos ignoran la existencia del mandato) y no por ello el mandatario deja de beneficiarse del artículo 1738 CC. Téngase en cuenta que la notificación no se configura como un requisito de extinción del que vendría a ser una confirmación el artículo 1738<sup>106</sup>. Fuera, naturalmente, de las declaraciones recepticias, la causa de extinción opera *ipso iure*<sup>107</sup>, lo cual no excluye una carga de notificación por parte del mandante o sus herederos, con tal de evitar la aplicación del artículo 1738<sup>108</sup>.

<sup>101</sup> Véase GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 250. En contra, DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1979, pp. 294 y 301.

<sup>102</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, t. V, Bruxelles, 1941, núm. 474, p. 461; SCAEVOLA, *op. cit.*, t. XXVI, p. 981; véase también GORDILLO CAÑAS, en el *Comentario...*, cit., p. 1596.

<sup>103</sup> Véase LYON-CAEN, G., «Les effets juridiques de l'apparence en droit privé», en *RTDC*, 1946, p. 107: «La notion de mandat apparent, dont la base se trouve dans le Code civil, permet de valider les actes du mandataire de bonne foi alors que le mandat a pris fin à son insu par la mort du mandant, et également les actes passés par le mandataire avec des tiers de bonne foi, lorsque ceux-ci ignoraient que le mandat avait été révoqué antérieurement par le mandant».

<sup>104</sup> Véase PLANIOL, M., y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI.2 (contrats civils), París, 1954, núm. 1494, p. 849.

<sup>105</sup> Véase GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente (Una aplicación del principio general de la apariencia jurídica)*, Sevilla, 1978, p. 251: «El art. 1738, en lo que de más específico tiene su *ratio*, nos aparece, en consecuencia, como una norma de protección de la *confianza* del mandatario (también representante) que, indirectamente y como de rebote, opera un resultado protector también del tercero mientras no obste de su parte mala fe. (...) La tutela del tercero transcurre normalmente por los cauces de la protección de la apariencia; excepcional e indirectamente se obtiene —no como fin sino como resultado— mediante la protección de la confianza del representante».

<sup>106</sup> Véase FERNÁNDEZ ELÍAS, *op. cit.*, p. 388.

<sup>107</sup> Afirmación que se limita a la virtualidad de la causa de extinción y no conculca aquella que destaca sus efectos *ex nunc* y la relevancia del proceso liquidatorio.

<sup>108</sup> Véase LAURENT, F., *Principi di Diritto civile*, vol. XXVIII, Milano, s. f., núm. 81, p. 65: «La morte mette fine al mandato di pien diritto, senza che vi sia bisogno di notifica-

El artículo 1738, en la medida que es una ficción legal, permite reproducir la situación contractual que vinculaba mandante y mandatario. Sin que represente obviar el advenimiento de la causa de extinción, puede afirmarse que contempla la subsistencia de los efectos del mandato ya extinguido<sup>109</sup> o la *ultraactividad* del mandato<sup>110</sup>, abarcando su contenido obligatorio y, eventualmente por lo que respecta a las relaciones externas del mandatario con terceros, representativo<sup>111</sup>. Dada su finalidad, el artículo 1738 contiene una facultad o recurso del que se puede prevaler el mandatario si lo cree oportuno<sup>112</sup> y se prefiere la buena fe del mandatario a los intereses del mandante. Éste debería incluso asumir las consecuencias de la gestión fracasada aunque realizada dentro de los límites del encargo (art. 1714 CC) y según las instrucciones recibidas (art. 1719.1 CC), si el mandatario decidiera ampararse en el artículo 1738 CC y es que cualquier solución a un conflicto de intereses que no se apoye en criterios de culpabilidad puede derivar en soluciones concretas discutibles desde el prisma de uno de los intereses en juego<sup>113</sup>. Más complejo resulta el conflicto si se amplía el artículo 1738 a la protección de los terceros de buena fe.

### 3.2 LA PROTECCIÓN LEGAL DE LOS TERCEROS DE BUENA FE

El artículo 1738 hace confluír dos realidades: la protección del mandatario y la de los terceros de buena fe que, en el mandato representativo (o incluso no representativo si recae sobre cosas *propias del mandante* –art. 1717.2 *in fine*–), han contratado con un mandatario que ha perdido tal condición<sup>114</sup>. Que se trata de dos situaciones subjetivas distintas, dignas ambas de protección, constituyó una evidencia para los redactores del Código Civil francés, que estimaron oportuno añadir (en momento

---

re la morte del mandante al mandatario (...). Senza dubbio, conviene informare il mandatarario della circostanza che pon fine alle sua facultà. Può anzi essere ciò necessario in fatto, se gli eredi vogliono impedire che il mandatario continui la sua gestione, perchè se il mandatarario ignora la morte del mandante, quello che ha compiuto in questa ignoranza è valido (art. 2008)».

<sup>109</sup> Véase ALBALADEJO, *Derecho civil...*, cit., p. 332.

<sup>110</sup> Véase LEÓN ALONSO, *Comentarios...*, cit., pp. 576-577.

<sup>111</sup> Véase *infra*, ap. 3.2.

<sup>112</sup> Véase MINERVINI, *op. cit.*, p. 418; LUMINOSO (*op. cit.*, pp. 437-438, nota 33) pone en duda «se gli effetti tipici del mandato intesi a trasferire al mandante i risultati dell'atto gestorio si producano automaticamente (...) oppure in un momento successivo in forza di una dichiarazione del mandatario».

<sup>113</sup> Así, al fundamentar GARCÍA GOYENA el correspondiente artículo 1628 del proyecto de 1851 decía: «En el caso de este artículo el mandatario obra de buena fe y en utilidad de solo el mandante (...)».

<sup>114</sup> Véase HERNÁNDEZ MORENO, anotaciones a *Derecho civil (parte general)*, vol. 2, 1.ª parte, por L. Enneccerus y H. C. Nipperdey, trad. de la 39.ª ed. alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por B. Pérez González y J. Alguer, 3.ª ed. al cuidado de A. Hernández Moreno y M. del C. Gete-Alonso, p. 548; sobre la excepción relativa a las cosas propias del mandante, véase GRAMUNT FOMBUEÑA, M. D., «La excepción de *cosas propias del mandante*», en *RDP*, 1989, p. 641. Apunta GORDILLO CAÑAS que también es aplicable al mandato no representativo, cuando los terceros saben que el mandatario actúa por cuenta ajena (*Comentario...*, cit., p. 1595).

bastante temprano ya que aparece en la redacción definitiva del *Conseil d'Etat*) un artículo que contemplara de modo expreso al tercero de buena fe <sup>115</sup>. El artículo 1762 del Código civil italiano de 1865, en cambio, optó, como el español, por una redacción sincrética que tomaba en consideración a los terceros desde la óptica del mandatario <sup>116</sup>, mientras que el actual de 1942 deslinda ambas situaciones y contempla al mandatario de buena fe en su artículo 1729 y a los terceros en sede de representación (art. 1396) <sup>117</sup>.

La posibilidad de proteger de forma autónoma y específica a los terceros de buena fe no se desprende de una interpretación «auténtica» de los artículos 1734 y 1738 del Código Civil español (*ex base* 1a de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888), que recogen la orientación que expresamente imprime García Goyena a esta cuestión. De los comentarios del autor, que arrancan del artículo 1624 y se extienden al artículo 1628 del proyecto de 1851, se deduce una clara opción en favor de los intereses del mandante, en sacrificio de aquellos de los terceros. De ahí la redacción estricta dada al artículo 1734 CC, en beneficio de los terceros solamente cuando el mandato se dio para contratar con ellos, tan distinta de la dicción amplia del artículo 2005 del *Code* <sup>118</sup>; tratándose de la vinculación

---

<sup>115</sup> Durante la *Discussion du Conseil d'Etat*, se acuerda la redacción de un artículo enunciator del principio general de protección de los terceros de buena fe. Véase FENET, *op. cit.*, p. 578: «Ce n'est pas seulement dans le cas prévu par cet article que les engagements contractés par le mandataire sous le nom du mandat sont valides à l'égard des tiers; il en est de même à l'égard de tous les autres cas où il y a eu cessation de pouvoir, même quoique le mandataire l'ait connu, et lorsque les tiers sont de bonne foi. Il faudrait donc répéter cette exception à l'égard des tiers dans quelques articles suivants». Y así, se introdujo un nuevo artículo según el cual: «Dans tous les cas, les engagements doivent être exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi» y se suprimió el segundo párrafo del artículo 23 (actual 2006 *Code*).

<sup>116</sup> Artículo 1762 Código civil italiano de 1865: «E' valido ciò che fa il mandatario in nome del mandante, nel tempo che ignora la morte di lui od una delle altre cause per cui cessa il mandato, purchè siano in buona fede coloro coi i quali contratta».

<sup>117</sup> Artículo 1729 Código civil italiano: «Gli atti che il mandantario ha compiuto prima di conoscere l'estinzione del mandato sono validi nei confronti del mandante o dei suoi heredi» y artículo 1396.2: «Le altre cause di estinzione del potere di rappresentanza conferito dall'interessato non sono opponibili ai terzi che le hanno senza colpa ignorate». También distingue claramente el Código civil argentino entre el mandatario (art. 1966) y los terceros de buena fe (art. 1967 y 1968).

<sup>118</sup> Artículo 2005 *Code*: «La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire». Los redactores del *Code* conocen el sacrificio que para los intereses del mandante significa la protección del tercero que ignora la revocación y hacen recaer sobre aquél su torpeza a la hora de escoger un representante poco leal. Así lo expresan BERLIER (véase FENET, *op. cit.*, p. 589): «le mandant doit s'imputer d'avoir dès le principe mal placé sa confiance, et des tiers de bonne foi ne sauraient être victimes de cette première faute, qui eut été étrangère» y TERRIBLE (véase FENET, *op. cit.*, p. 602): «il ne suffirait pas alors d'avoir notifié la révocation à un mandataire peu délicat, qui, quoique parfaitement instruit de la cessation de ces pouvoirs, la cacherait à ces tierces personnes, et ferait avec elles des traités primitivement autorisés par le mandat. Le commettant resterait obligé envers les tiers, tout comme s'il n'y avait par eu de révocation, et la réparation du préjudice qu'il pourrait en souffrir ne pourrait plus être que dans le recours contre le mandatarie éhonté qui aurait osé faire usage d'un pouvoir révoqué».

del mandante con terceros de buena fe, el autor prefirió no someterla al arbitrio del mandatario que, de mala fe, sigue obrando como tal<sup>119</sup>. Así, el tercero que (de buena fe) ha contratado con quien ya no es mandatario carece de acción contra el mandante y sólo puede dirigirse contra aquél en demanda de responsabilidad (arg. art. 1725 CC)<sup>120</sup>. En la misma línea, no entraba en el propósito del artículo 1628 del proyecto la protección autónoma de los terceros, es decir, cuando su situación subjetiva no coincide con la del mandatario, conocedor de la extinción<sup>121</sup>.

Este enfoque no permite desconocer, sin embargo, la progresiva ampliación de la protección legal de los terceros de buena fe en sede de mandato, que supera la estrecha concepción del artículo 1734 CC<sup>122</sup> y defiende una interpretación extensa del artículo 1738, contenedor de una virtualidad general protectora de los terceros que actúan confiados en la apariencia jurídica<sup>123</sup>. Interpretación extensa que, al margen de la cuestión de la existencia de un principio general protector de la apariencia jurídica en el Ordenamiento español<sup>124</sup>, se sustenta en la buena fe y confianza justificada del tercero que se vería afectado por una relación con la que no tiene conexión alguna. Su situación subjetiva no presenta relación con la del mandatario<sup>125</sup> y tampoco con la del mandante. Este último es

<sup>119</sup> Véase GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 849: «Todos los que nombran administradores saben que éstos han de contratar con terceros, porque así lo exige la índole de la administración. ¿Cómo pues podrán hacer saber a todos la revocación de los poderes? ¿Avisándolo en los periódicos oficiales? ¿Haciéndola pública en el domicilio del administrador por edictos o pregones? Esto sería absurdo a la par que peligroso e inconveniente: otra cosa es cuando se da el poder para tratar con personas ciertas y determinadas, pues que tienen un fundamento especial en el mismo poder cuya revocación ha de ser fácil poner en su noticia sin ningún inconveniente. Por estas consideraciones más se redactó el artículo tal como se halla». En la misma línea, OLIVIERI (voz cit., núm. 280, p. 462) discrimina si el mandante o sus herederos conocen los terceros con quienes ha de tratar el mandatario o no y anota: «la notifica ai terzi della revoca del mandato non è sempre possibile: come, ad esempio, gli eredi notificerebbero ai terzi la fine de un mandato verbale conferito dal decuius mentre essi ignoravino persino la esistenza di tale mandato verbale?».

<sup>120</sup> Véase ALBALADEJO, «La representación»..., cit., p. 790.

<sup>121</sup> Véase GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 851, quien tras especificar que el Código prusiano conoce tal circunstancia, puntualiza: «pero esto sólo podrá sostenerse en el caso de nuestro artículo 1624»; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 649.

<sup>122</sup> Véase MANRESA, *op. cit.*, pp. 575-576, que baraja la noción de publicidad razonable.

<sup>123</sup> A nivel jurisprudencial, son relevantes las STS de 5 de diciembre de 1958 y de 3 de julio de 1976, profusamente citadas por la doctrina. Véase ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., p. 413; LACRUZ-RIVERO, *Elementos*..., cit., II, 3, p. 353; PUIG BRUTAU, J., *Estudios de Derecho Privado I*, por ROCAS-SASTRE, R. M., y PUIG BRUTAU, Madrid, 1948, p. 434; GORDILLO CAÑAS, *Comentario*..., cit., p. 1596; ALBÁCAR y MARTÍN GRANIZO, *op. cit.*, pp. 706-707. Para una interpretación orientada al estudio de la extinción del poder y centrada en la protección de los terceros de buena fe, véase HERNÁNDEZ MORENO, *Anotaciones*..., cit., p. 548.

<sup>124</sup> En contra, véase LADARIA CALDENTENY, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, pp. 156-157. Para la formulación de un principio general, véase GORDILLO CAÑAS, *La representación*..., cit., p. 465; del mismo autor, «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», en *ADC*, 1982, p. 126.

<sup>125</sup> Véase LAURENT, *op. cit.*, núm. 115, p. 92; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, p. 289: «La buena fe de los terceros es, en este caso, fundamento suficiente por sí solo para que sean protegidos, sin necesidad de considerar requisito ulterior y concurrente la buena fe del apoderado»; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 434.

ciertamente la parte contractual legitimadora u otorgante del poder y, en la mayoría de los casos, su conexión con el tercero se limitará a esta causalidad objetiva. A esta apreciación debe reducirse la connotación sancionadora que a veces se atribuye al artículo 1738<sup>126</sup> y que seguramente proviene de la extensión de criterios elaborados en sede de revocación donde el mandante, notificado el mandatario y no habiendo recuperado el poder, es parcialmente causante de la apariencia que confunde al tercero<sup>127</sup>.

Admitido un principio general protector de la confianza de terceros en la segunda parte del artículo 1738 CC, deberá afirmarse que no es necesaria la buena fe cumulativa de mandatario y tercero, la cual sólo permite su tutela jurídica indirecta. Prescindiendo de la situación subjetiva del mandatario, el tercero goza de una protección inmediata y autónoma<sup>128</sup>, que se traduce incluso en una ampliación de los supuestos de extinción abarcados por la segunda parte del artículo<sup>129</sup>.

Desde la óptica de los terceros de buena fe, el artículo 1738 no se está refiriendo a los efectos obligatorios del contrato de mandato, sino a sus efectos representativos derivados de la existencia del poder<sup>130</sup>. De ahí la duda de si está reflejando una perduración de los efectos del poder o del contrato de mandato, que se manifiesta especialmente cuando la buena fe concurre en el tercero pero no en el mandatario<sup>131</sup>. A pesar de la redac-

<sup>126</sup> Destacando, la imputación del mandante, véase PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, p. 289: «una cosa es que el apoderado traspase los límites del poder o actúe sin poder alguno (...) y otra muy distinta, la revocación o cesación del poder, que no llega a terceros sin culpa de ellos, porque en este supuesto, cabe imputar al poderdante el riesgo de la creencia en el poder que él ha creado»; DÍEZ PICAZO, *La representación...*, cit., p. 294; ALBALADEJO, *Derecho civil...*, cit., I, 2, p. 413.

Subrayando la suficiencia de la confianza suscitada por la apariencia, véase MAZEAUD, H., «La maxime Error communi facit jus», en *RTDC*, 1924, p. 957; LEAUTE, «Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence», en *RTDC*, 1947, p. 302; SCAEVOLA, *op. cit.*, pp. 985-986, quien destaca que entre las causas de extinción «existen algunas que excluyen toda culpa del mandante si el mandatario continúa usando sus poderes»; GORDILLO CAÑAS, *Comentario...*, cit., p. 1597.

<sup>127</sup> Así se desprende de los discursos de la elaboración del *Code*. Así el más arriba citado argumento de BERLIER durante la *Présentation au corps législatif* (FENET, *op. cit.*, p. 589) es trasladado al principio general (art. 2009 *Code*) por BERTRAND DE GREUILLE (FENET, *op. cit.*, pp. 613-614).

<sup>128</sup> Véase DOMINÉDO, voz «Mandato. Diritto civile», en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1964, núm. 50, p. 135: «Estremo necessario e sufficiente è la buona fede del terzo perchè sia valido il negozio da lui concluso con il mandatario rappresentante, poco importando al terzo che quegli ignorasse o no la causa che poneva termine alla procura, dato che la buona fede del mandatario viene in considerazione solo nei rapporti interni con il mandante e non riguarda il terzo, per il quale è decisiva la sua bona fede».

<sup>129</sup> Véase PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, núm. 1501, p. 859: «La regla se aplica sea cual fuere la causa que haya puesto término al mandato; revocación, renuncia, muerte, quiebra, incapacidad posterior».

<sup>130</sup> Destaca GORDILLO CAÑAS (*La representación...*, cit., p. 56) cómo la protección de los terceros está en la base de los esfuerzos por dotar de autonomía al poder.

<sup>131</sup> Véase DÍEZ PICAZO, *La representación...*, cit., pp. 139-140: «Se deduce de ello que no hay verdadera abstracción e independencia del apoderamiento, sino una serie de normas especiales de protección de los terceros de buena fe. La línea de principio parece ser esta: para un tercero de buena fe el apoderamiento surte sus efectos con independencia de las vicisitudes de la relación causal subyacente; en cambio, para quien no es un tercero de buena fe la relación subyacente debe influir en la eficacia del apoderamiento».

ción del artículo 1709 CC<sup>132</sup>, debe partirse de la naturaleza generalmente representativa del mandato en el Código Civil, derivada del encargo que confiere al mandatario facultad para actuar eficazmente en una esfera de intereses ajenos y que se diferencia de los efectos obligatorios derivados de la aceptación<sup>133</sup>. De manera que la operatividad del artículo 1738 CC abarcará la totalidad del mandato, en su vertiente obligatoria y representativa<sup>134</sup>. Afectará pues a la vinculación entre mandante y mandatario, el cual debe responder ex contractu de los perjuicios que haya podido causar al primero<sup>135</sup>, y supone también la creación de una legitimación extraordinaria de la que se va a beneficiar el tercero y que hace preferible la expresión *eficacia a la de validez* (arts. 1259 y 1738 CC)<sup>136</sup>. En efecto, la legitimación es aquella relación de la persona con el objeto del negocio que la faculta para disponer eficazmente sobre él, la cual siempre ostenta el propietario (legitimación directa) pero que también puede transferirse a un tercero por vía negocial (poder) o legal (así, representaciones legales o legitimación extraordinaria derivada de la apariencia)<sup>137</sup>.

De todas formas, esta habitual vinculación no es obstáculo para admitir la diferencia conceptual entre mandato y poder<sup>138</sup>, ofreciendo el artículo 1738 la base argumentar la perduración de los efectos del poder, a falta de una regulación específica<sup>139</sup>.

<sup>132</sup> Claramente distinta de la que ofrece el art. 1984 del *Code*: «Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.

Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire».

<sup>133</sup> Sobre el contenido obligacional y legitimador o representativo, véase HERNÁNDEZ MORENO, A., «Mandato, poder y representación: nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil», en *RJC*, 1980, pp. 393-394. Destaca GRAMUNT FOMBUENA la doble vertiente legitimadora y obligacional del mandato, derivada del encargo y de la aceptación (véase «La excepción...», cit., p. 632).

<sup>134</sup> Véase GORDILLO CAÑAS (*La representación...*, cit., p. 251), quien, aplicando la premisa de la dependencia causal entre mandato y representación, atribuye un contenido extenso a los efectos del mandato aparente; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 638.

<sup>135</sup> Véase GORDILLO CAÑAS, *La representación...*, cit., p. 253, donde rechaza expresamente la configuración de la responsabilidad del mandatario como extracontractual o derivada de la gestión de negocios ajenos.

<sup>136</sup> Véase BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico, traducción y concordancias*, por A. Martín Pérez, Madrid, s. f., p. 186.

<sup>137</sup> Véase CARNELUTTI, F., *Teoría generale del diritto*, Roma, 1951, p. 183; BETTI, *op. cit.*, p. 186; MALUQUER DE MOTES, C., *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Barcelona, 1993, p. 9; BARRAL Y VIÑALS, I., *La reserva de la facultad de disponer en la donación (análisis del artículo 639 del CC)*, Barcelona, 1996, pp. 162 y 163.

<sup>138</sup> Véase HERNÁNDEZ MORENO, *Anotaciones...*, cit., pp. 550-551): «El hecho de que todo mandato pueda conferir poder de representar no cambia la naturaleza de las cosas, por cuanto nadie discute la posible existencia de un negocio jurídico de apoderamiento desligado del contrato de mandato, y el poder faculta para lo mismo dentro de éste que fuera de él. Más aún: conectado al propio contrato de mandato, juega un papel netamente diferente de éste y su existencia no tiene por qué depender de la del contrato. De ahí que nos parezca imprescindible insistir en la natural independencia entre el contrato de mandato y el poder o legitimación que deriva de éste aun a pesar de la derivación misma, es decir, aunque, por definición, todo mandato otorga facultades de representación».

<sup>139</sup> El artículo 1396 del Código civil italiano contempla de forma específica la extinción del poder (véase, por ejemplo, MOSCO, L., *La rappresentanza volontaria nel diritto*



## 4. GESTIÓN NO ÍNTEGRA Y DESISTIMIENTO UNILATERAL

### 4.1 JUSTOS MOTIVOS Y TEMPESTIVIDAD EN EL DESISTIMIENTO UNILATERAL

Entre los contratos que conllevan una obligación de hacer para otro, los que se fundamentan en una especial relación de *fiducia* añaden, a las causas de extinción que contempla el artículo 1156 CC, el desistimiento unilateral<sup>140</sup>. Bajo distintas denominaciones se ordenan diversas posibilidades que la ley (o naturalmente el pacto, art. 1255 CC) configura en función de las características concurrentes en cada concreto supuesto<sup>141</sup>. Puede afirmarse que es posible tanto en las obligaciones de medios como de resultado (art. 1594 CC), en aquellas que derivan de contratos de duración indefinida (art. 1707 CC) o determinada (arts. 1705, 1749, 1775 CC), de contratos onerosos (arts. 1584.1, 1594, 1700.4 CC) o gratuitos (arts. 1732.1 y 2, 1749 y 1745 CC)<sup>142</sup> o de contratos celebrados en interés de ambas partes (art. 1584.1 CC) o de una de ellas, en cuyo caso la facultad de desistimiento no es necesariamente prerrogativa de ésta (arts. 1732.2, 1749 y 1776 CC).

Entre los contratos que generan una obligación de llevar a cabo una actividad de medios en favor de otra persona a la que une una particular

---

*privato*, Napoli, 1961, pp. 427-428). En sede de mandato, la estricta distinción entre mandato –fuente de obligaciones– y poder –posibilidad de producir efectos jurídicos del patrimonio del representado–, permite enfocar el artículo 1738 únicamente desde el prisma del poder; véase PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pp. 120 a 123, donde señala: «El artículo 1738 admite, muy significativamente, la subsistencia de la representación frente a terceros de buena fe, a pesar de haberse extinguido el poder».

<sup>140</sup> MONTES PENADES, «Perfiles jurídicos...», *cit.*, p. 31.

<sup>141</sup> Insiste PUIG PEÑA en la configuración legal de las condiciones del desistimiento (véase PUIG PEÑA, F., voz «Desistimiento unilateral», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. VII, Barcelona, 1955, pp. 291 y 292). Ello no es obstáculo para defender la aplicación analógica de las normas de desistimiento en los contratos de duración indefinida, por entenderse que el Ordenamiento no tolera la vinculación perpetua de un sujeto. Véase RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Denuncia en el contrato de agencia por tiempo indeterminado», en *ADC*, 1985, pp. 75-76: «debe darse preferencia a la denuncia unilateral cuando se trate de una obligación duradera o de tracto sucesivo, de duración indeterminada y en la relación exista un componente fiduciario».

<sup>142</sup> Se ha cuestionado la posibilidad de renuncia cuando el mandato es retribuido, entendiéndose que el abandono de la actividad gestoria carece de fundamento cuando el mandatario percibe un precio por su actividad (véase LAURENT, *op. cit.*, núm. 107, p. 87). Lo cierto es que el Código no distingue y que la renuncia es admisible en ambos casos (véase SCAEVOLA, *op. cit.*, t. XXVI, pp. 947-948; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 600; DOMINÉDÓ, voz *cit.*, p. 133); pero una vez reconocida la obligación de retribuir cuando el mandatario hace de la gestión su profesión (art. 1711.2 CC), es cierto que parece prescindir de ésta y construye la institución sobre los parámetros de la gratuidad (art. 1711.1 CC). Tradicionalmente, el pacto de remuneración es un plus añadido al tipo contractual gratuito (art. 1711) o *quoad constitutionem* (art. 1760 CC), mientras que el salario sería un elemento típico del contrato sinalagmático y oneroso. Sin embargo, la gratuidad se desdibuja en la codificación y la distinción entre el mandato y el arrendamiento de servicios debe buscarse en el tipo de actividad prestada carente, en el segundo caso, de especialización por no revertir en los negocios del dueño (véase GETE-ALONSO CALERA, M. C., *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pp. 588-589 y 663 a 665).

relación de confianza, cabe señalar los de mandato y depósito. Son contratos para los cuales la ley prevé el desistimiento unilateral para ambas partes aun cuando la gestión no haya concluido o no se haya cumplido el plazo. No puede decirse que converja la misma *ratio* en cada una de las partes: mientras en el mandante y el depositante el desistimiento no parece limitado por más requisito que la lógica notificación y se basa únicamente en la pérdida de confianza en la contraparte<sup>143</sup>, la facultad del mandatario y del depositario queda claramente delimitada de manera que éstos no extinguen su obligación ni se liberan a su simple voluntad<sup>144</sup>. Si bien es cierto que no es justo que un servicio de liberalidad pueda volverse gravoso para quien se obliga, también lo es que contraída dicha obligación y habiéndose iniciado el servicio, el deudor no puede desatender los intereses cuyo cuidado asumió. Y así, dos datos fundamentales convergen en este último supuesto: la justa causa y la tempestividad de la renuncia.

También participa de estos requisitos la voluntad del socio de no continuar en la sociedad (arts. 1705, 1706 y 1707 CC). La especial consideración de la confianza que media en este contrato impide que pueda subsistir sin voluntad y buen entendimiento entre los consocios<sup>145</sup>. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta que las referencias al contrato de sociedad presentan interés por lo que respecta a la intempestividad y justos motivos de la renuncia, pero no son útiles para una consideración de su relevancia en sede de cumplimiento. En efecto, el Código prevé unas consecuencias jurídicas especialmente graves, por sus connotaciones sancionadoras, cuando la renuncia se produce de mala fe (art. 1705.1 CC), o bien arbitra los mecanismos necesarios para evitar perjuicios, cuando ésta no se hace en tiempo oportuno (art. 1705.2).

La configuración legal de la facultad de renuncia<sup>146</sup> encuentra justificación en la excepcionalidad que ésta representa, tanto en relación con el principio de vinculación contractual<sup>147</sup>, como en relación con el principio de indisponibilidad de la deuda por parte del deudor, quien no puede autoliberarse<sup>148</sup>. En efecto, si la validez y el cumplimiento del contrato

<sup>143</sup> Véase GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 849, quien, al comentar el artículo 1623 pr (actual art. 1733 CC), señala: «El mandato, como el depósito, tienen por objeto el interés o beneficio del mandante, y éste puede renunciarlo en todo tiempo: nace también de la confianza que puede cesar luego».

<sup>144</sup> Véase MANRESA, *op. cit.*, p. 574.

<sup>145</sup> Véase GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 834, comentario al artículo 1595 pr (actual art. 1700 CC).

<sup>146</sup> La renuncia aparece como derecho potestativo o facultad de configuración, cuyo resultado es, en este caso, la extinción del contrato; véase Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1993, p. 434; CRESPO ALLUE, F., *La revocación del mandato*, Madrid, 1984, p. 145.

<sup>147</sup> Véase SALVADOR CODERCH, P., comentario al art. 1595, en *Comentario al Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1202.

<sup>148</sup> Destacando esta indisponibilidad también en sede del artículo 1256, véase BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, p. 246; QUIÑONERO CERVANTES, E., comentario al art. 1256, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. XVII, vol.1-A, Madrid, 1993, p. 309.

no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC), creemos que tampoco podrá dejarse a su arbitrio la extinción del contrato, por cuanto el desistimiento unilateral (supuesto de extinción) es el reverso del incumplimiento cuando no se lleva a cabo según los requisitos previstos por la ley<sup>149</sup>. Es conocido que los contratos, perfeccionados por intercambio de consentimientos, son de obligado cumplimiento para las partes y sus herederos (arts. 1254 y 1257.1 CC). Consiguientemente, las partes no pueden evitar este cumplimiento, o por lo menos no pueden hacerlo indemnes en contra de la voluntad de la contraparte. Por ello, la ley, al mismo tiempo que prevé la facultad de desistimiento, configura sus pautas, lo que equivale a concretar su definición y la medida de su eficaz ejercicio<sup>150, 151</sup>.

En general, puede afirmarse que la facultad de renuncia unilateral se da, en su contenido más amplio, en los contratos en que media una relación de confianza y que son celebrados por tiempo indeterminado<sup>152</sup>: éstos admiten la renuncia unilateral, mientras que aquellos que tienen una duración limitada requieren una justa causa. Así, se contraponen el artículo 1705.1 y el artículo 1707 CC, predicando —el primero— la disolución por renuncia de uno solo de los socios únicamente del contrato celebrado por tiempo indeterminado, mientras que el segundo condiciona la renuncia del que se celebra por tiempo definido a la existencia de *justos motivos*, ejemplificados en el artículo 1707 *in fine*<sup>153</sup>.

<sup>149</sup> En contra RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del Contrato)*, Madrid, 1991, p. 290.

<sup>150</sup> En este sentido, se ha llegado a dudar de la existencia de una verdadera facultad de renuncia: véase DOMINEDÒ, voz cit., p. 133.

<sup>151</sup> El reconocimiento de la renuncia conlleva una modalización de sus efectos. Así, el desistimiento en el contrato de arrendamiento de obra, aún comenzada, no legitima al contratista para reclamar la totalidad del precio, sino el valor de la parte de la obra ejecutada y los gastos y utilidad que pueda reportarle la ejecución de la obra, conceptos, estos dos últimos, a los que cabe atribuir contenido indemnizatorio (ilustrativo resulta POTHIER en su *Traité du contrat de louage*, en *Oeuvres de Pothier*, t. IV, París, 1825, núms 440 y 441, p. 500; véase también TROPONG, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. II, París, 1859, núm. 1025, p. 408). Asimismo el anacrónico artículo 1584 CC contempla la posibilidad de que el amo despida al criado doméstico sin justa causa y antes de expirar el término por el que fue contratado mediante el pago del salario devengado e indemnización del salario de quince días; posibilidad de desistimiento que se ofrecía sin limitaciones al criado por considerarse la parte más débil (véase GARCÍA GOYENA, *Comentarios...*, cit., com. al art. 1525 pr, p. 800, y com. art. 1535 pr, p. 803).

<sup>152</sup> Véase Díez-PICAZO, *La representación...*, cit., p. 310; MONTES PENADES, «Perfiles jurídicos...», cit., p. 31; Véase GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 834 (com. art. 1595 pr): «La razón es porque siendo la sociedad una especie de fraternidad, se aviene mal con la idea de coacción o violencia y porque la comunión forzada es madre de pleitos y discordias: en el artículo 1622 hay otra excepción de la regla mencionada respecto del mandante y mandatario, por la naturaleza especial de aquel contrato; en todos los otros nadie puede separarse de su obligación por su sola voluntad».

<sup>153</sup> Véase también la distinción en el artículo 1583 CC que, para declarar la nulidad del arrendamiento de servicios hecho de por vida, diferencia previamente entre el contratado sin tiempo fijo y el contratado por cierto tiempo o para una obra determinada. Se refleja el cierto desfavor con que la ley contempla las vinculaciones que, sin ser vitalicias, son indefinidas, que se traduce en una renuncia más flexible.

En el contrato de mandato, la configuración de la renuncia no depende del tiempo pactado<sup>154</sup>. Ciertamente éste puede comprender uno o varios negocios determinados o bien todos los negocios del mandante (o todos los que se refieran a una misma explotación) (art. 1712 CC) y, en este último caso, puede pactarse el encargo sin tiempo fijo. Sin embargo, admitida la renuncia con base en el principio de que la liberalidad nunca ha de perjudicar, el punto de referencia del legislador es aquí la fuerza obligatoria del contrato (art. 1718.1 CC) y la consideración de cada uno de los negocios o actividades que emprende el mandatario. A pesar de la dicción del artículo 1732.2, no debe partirse de una admisión indiscriminada de la renuncia.

La renuncia unilateral es, en primer lugar y sin lugar a dudas, una renuncia con justa causa, circunstancia que permite eludir la obligación asumida por el mandatario y que debe ponerse en relación con todas aquellas situaciones que permiten al mandatario poner fin a la gestión cuando ello va en grave detrimento suyo (art. 1736 *in fine*)<sup>155</sup>. Sin embargo, el Código tanto contempla la renuncia con justa, como la injustificada (ex art. 1737 CC). No debe llamar la atención que la primera, causa de extinción inequívoca del contrato de mandato, conlleve la obligación de continuar la gestión hasta que el mandante haya podido atender sus negocios (cosa que, como ya se ha puesto de manifiesto, deriva de la extinción del contrato no estando ya las cosas íntegras). Sí suscita curiosidad, en cambio, la dicción del artículo 1736 que aglutina diversos extremos. Contempla un principio general de admisión de la renuncia y, en su parte final, la existencia de causas que permiten una renuncia indemne. A lo que añade una obligación de indemnizar si de la renuncia resultaren perjuicios para el mandante. Creemos que está contemplando la renuncia injustificada, cuyos efectos son indemnizatorios. Y, debe añadirse, habrá perjuicio para el mandante cuando la gestión comenzada se interrumpe bruscamente cuando el mandatario abandona la gestión por su única voluntad<sup>156</sup>.

En este contexto, la renuncia no puede desvincularse del dato que venimos poniendo de relieve en este trabajo: el hecho de que el mandatario ya haya dado inicio —o no— a la actividad gestoria. Creemos que no sólo no es indiferente esta constatación, sino que además contribuye a la configuración del concepto de renuncia en sede de mandato y permite deslindar entre incumplimiento y extinción de la obligación de gestión.

<sup>154</sup> Véase CARNELLUTTI, F., «Del recesso unilaterale nel mandato di commercio», en *Studi di Diritto commerciale*, Roma, 1917, pp. 263-264.

<sup>155</sup> Véase POTHIER, quien tras anunciar la fuerza obligatoria del contrato, señala: «Il peut néanmoins, depuis le contrat, survenir plusieurs justes causes qui déchargent le mandataire de l'obligation d'exécuter le mandat, pourvu qu'il en donne avis au mandataire» (véase *Traité mand...*, cit., núms. 39 a 42, pp. 104-105). Es común a todas estas justas causas el hecho que constituyen un impedimento suficiente para el desempeño de la actividad gestoria (véase loc. cit., núm. 42, p. 105: «Ces termes généraux comprennent toutes les espèces d'empêchements légitimes qui peuvent survenir depuis le contrat»).

<sup>156</sup> Véase MANRESA, *op. cit.*, p. 574.

## 4.2 RENUNCIA INTEMPESTIVA E INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GESTIÓN

No puede obviarse la afirmación de que el contrato de mandato presenta, en principio, la misma fuerza vinculante que cualquier otro (art. 1091 CC) y que el incumplimiento de la obligación de hacer que genera deriva en la indemnización de los daños y perjuicios (art. 1101 CC)<sup>157</sup>. El cumplimiento del encargo conlleva la extinción de la obligación (art. 1156.1 CC), mientras que su incumplimiento definitivo supone una infracción objetiva de la conducta descrita en la prestación, la cual debe calificarse como *contravención al tenor de la obligación* (art. 1101 CC) y cuyo efecto jurídico no es precisamente extintivo<sup>158</sup>, sino que, unida la producción de un daño a fundamentos subjetivos de responsabilidad, deriva en ejecución e indemnización<sup>159</sup>. Tratándose de una obligación personalísima la indemnización de los daños se incrementará en la medida en que ésta sustituye a la ejecución forzosa (art. 924 LEC)<sup>160</sup>.

Generalmente, el necesario cumplimiento de la obligación determina que cualquier declaración del deudor en el sentido que no piensa llevarla a cabo, unida a la efectiva inexecución, deba calificarse de incumplimiento. Y, sin embargo, la admisión legal o convencional de la renuncia hace derivar tal situación del incumplimiento a la extinción. Así, el depositario, obligado a guardar la cosa y restituirla cuando le sea pedida (art. 1766 CC), puede restituir la cosa al depositante antes del término designado, si tiene justos motivos para no conservar el depósito (art. 1776 CC). Del mismo modo, el mandatario, obligado a cumplir el encargo (art. 1718.1 CC), puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante y no queda obligado a indemnizar si su renuncia se funda en imposibilidad de continuar desempeñando el encargo sin grave detrimento suyo (art. 1736 CC)<sup>161</sup>.

<sup>157</sup> Véase POTHIER, *Tr. mandat*, cit., núm. 38, p. 103: «Il étoit libre au mandataire, avant qu'il eût accepté le mandat, de l'accepter ou de ne pas l'accepter (...); mais lorsqu'il l'a accepté, par cette acceptation, il contracte l'obligation d'exécuter le mandat; et s'il ne l'exécute pas, il est tenu envers le mandant des dommages et intérêts résultants de l'inexécution du mandat»; véase MANRESA, *op. cit.*, p. 574; HERNÁNDEZ MORENO, *Anotaciones...*, cit., p. 547.

<sup>158</sup> Véase BADOSA COLL, *Dret d'obligacions...*, cit., pp. 378-379.

<sup>159</sup> Véase BADOSA COLL, *La diligencia...*, cit., p. 251; GRAMUNT FOMBUENA, M. D., *La mora del deudor en el Código civil*, Barcelona, 1993, pp. 142-143.

<sup>160</sup> Véase BADOSA COLL, *Dret d'obligacions...*, cit., p. 392.

<sup>161</sup> La formulación sistemática que de la situación efectúa el Proyecto de Código Civil de 1836 es extraordinariamente clara. Tras establecer el deber general de cumplir el encargo (art. 1413) y de destacar la obligación de concluir todo aquel encargo iniciado una vez se haya dado principio a él (art. 1414), el artículo 1415 formula una excepción que se mantiene aún cuando ya se haya dado inicio a la gestión: «Sin embargo de lo establecido en los artículos anteriores, podrá el mandatario dejar de cumplir el mandato, aún después de aceptado y comenzado, en los casos siguientes: 1) cuando le sobreviniese alguna enfermedad grave o cualquier otro accidente que le impida continuar en la ejecución del mandato, en cuyo caso deberá notificarlo sin dilación al mandante, 2) si se originase enemistad grave entre ambos contrayentes, 3) cuando teniendo que hacer alguna anticipación pecuniaria para cumplir el mandato, sabe el mal estado de los negocios del mandante y recela con fundamento que éste no podrá reintegrarle».

Puede afirmarse que la renuncia aparece como causa extintiva cuando la decisión del renunciante viene determinada por una justa causa. No se trata tanto de una causa de inimputabilidad al deudor de la infracción obligacional, es decir, de un caso fortuito que opera sobre el objeto de la prestación y que extingue la obligación, eliminando el incumplimiento<sup>162</sup>, cuanto de la configuración legal de una causa de extinción que engloba aquellas circunstancias susceptibles de influir sobre la voluntad del obligado y que lo legitiman para extinguirla voluntaria y unilateralmente<sup>163</sup>. El deudor puede liberarse de su obligación incluso provocando un perjuicio al acreedor<sup>164</sup>.

Sin embargo, no toda renuncia conlleva la extinción de la obligación, viéndose modalizados sus efectos por la ley. A veces, la causa de extinción simplemente perpetúa los efectos del contrato, extendiéndose su cumplimiento a la obligación de continuar la gestión no íntegra (art. 1737 CC): éste es el efecto máximo de la renuncia con justa causa. En este contexto, el mandante podrá reclamar el cumplimiento a través de la acción del contrato y no la indemnización<sup>165</sup>.

Pero cuando la renuncia carece de justa causa puede considerarse como infracción obligacional productora de daño y cae en el ámbito del incumplimiento, determinando una obligación de indemnizar<sup>166</sup>. La

<sup>162</sup> Véase, en este sentido, LAURENT, *op. cit.*, núm. 108, p. 88; sobre el caso fortuito y demás criterios de inimputabilidad, véase BADOSA COLL, *Dret d'obligacions...*, cit., pp. 370 y 383.

<sup>163</sup> Dibuja claramente la distinción TROPLONG, *op. cit.*, núm. 355, p. 342: «Quand nous parlons de force majeure nous n'entendons pas parler de celle qui influe sur la volonté personnelle du mandataire et le détermine à renoncer au mandat; elle touche à la personne du mandataire plutôt qu'à la chose qui fait l'objet de la procuration. Nous ne nous occupons ici que de la force majeure qui, sans affecter la personne même du mandataire, sans le faire changer de résolution, porte sur les choses et sur les faits, et rend impossible l'exécution que le mandataire voudrait effectuer»; sobre la renuncia con justa causa, véase *op. cit.*, núms. 340 a 343, pp. 332 a 336.

<sup>164</sup> Véase TROPLONG, *op. cit.*, núm. 340, pp. 332-333, y núm. 343, p. 336: «Quand les choses sont entières le mandataire n'a pas besoin d'aller chercher des excuses; sa volonté de renoncer au mandat lui suffit. Ce n'est que lorsque les choses ne sont plus entières et que la renonciation arrive tardivement qu'il lui faut des raisons péremptoires pour justifier son inaction».

<sup>165</sup> Véase CARNELLUTTI, «Del recesso...», cit., pp. 250-251, en relación a la revocación: «Qui non si impone al mandante a cagione della revoca un obbligo di risarcimento del danno, il quale, apparendo (...) inconciliabile con l'essercizio legittimo della revoca, induca a limitare il concetto di questa con l'affermare il diritto solo fintanto che l'esecuzione non sia intrapresa; invece gli si fa l'obbligo di riconoscere l'esecuzione avvenuta fino al momento della revoca, adempiendo alle obbligazione che gliene derivano. Il mandatario esperisce l'actio mandati contraria, non l'azione di risarcimento. Insomma essendo il mandato, come ogni specie di contratto di lavoro, a esecuzione continuativa, la revoca opera ex nunc; ma questo non influisce sulla sua libertà».

<sup>166</sup> Véase CARNELLUTTI, «El recesso...», cit., p. 251: «l'obbligo di risarcimento imposto al mandatario è proprio una forma di esecuzione del rapporto, onde sorge la sua inconciliabilità assoluta con la pretesa estinzione del rapporto operata dalla rinuncia in ogni caso. Solo pertanto la rinuncia giustificata da una particolare specie di giusta causa: il notevole danno della continuazione del mandato, ha virtù di recesso unilaterale, risolve cioè il rapporto di mandato»; véase HERNÁNDEZ MORENO, *Anotaciones...*, cit., p. 548: «Las únicas hipótesis de extinción de responsabilidad del mandatario son las de o no producción de perjuicios por la renuncia o imposibilidad de cumplir por causa de necesidad».

indemnización no deriva únicamente de la objetiva producción de un daño, sino que requiere un criterio de imputación suficiente, culpa o dolo <sup>167</sup> y que hallamos implícita en la interrupción de la obligación de hacer sin justa causa <sup>168</sup>.

Para perfilar la existencia de un daño para el mandante debe partirse de la apuntada distinción entre gestión íntegra y no íntegra. La necesidad de considerar conjuntamente la ausencia de justa causa y la falta de integridad se manifiesta claramente en el artículo 1978 del Código civil argentino, según el cual: «El mandatario puede renunciar el mandato dando aviso al mandante, pero si lo hiciera en tiempo indebido, sin causa suficiente, debe satisfacer los perjuicios que la renuncia causare al mandante». En efecto, estando las cosas íntegras, tanto da que la renuncia repose o no en una justa causa <sup>169</sup>. Ciertamente se aprecia en este caso una infracción objetiva si comparamos la conducta debida con su (no) realización; pero falta en todo caso la producción de un daño, dándose la circunstancia de que el mandante puede llevar a cabo la actividad gestoria por sí mismo o encargarla a otro. Siendo la obligación personalísima, se resuelve en indemnización y ésta no procede por no existir daño alguno en el patrimonio del mandante <sup>170</sup>.

Si, en cambio, el mandatario ya dio inicio a la gestión el desistimiento injustificado se califica como incumplimiento y es causa de daños indemnizables <sup>171</sup>. La paralización de la gestión supone un cumplimiento parcial (es decir, incumplimiento, art. 1169.1 CC). Pero esta afirmación coexiste con el contenido del artículo 1737 CC que, en todo caso, obliga al deudor-renunciante a continuar la gestión. Esta actividad no sólo elimina los daños indemnizables que puedan derivar de la renuncia, sino que además no casa con el supuesto que los produce, ya que la obligación

<sup>167</sup> Véase BADOSA COLL, *Dret d'obligacions...*, cit., p. 379.

<sup>168</sup> Derivando la indemnización no del incumplimiento, sino de la efectiva producción de un daño para el mandante, véase LEÓN ALONSO, *op. cit.*, p. 562.

<sup>169</sup> Véase TROPLONG, *op. cit.*, núm. 338, p. 333, y núms. 796 y 797, pp. 712-713; OLIVIERI, voz cit., p. 461; SCAEVOLA, *op. cit.*, t. XXVI, p. 955.

<sup>170</sup> Véase POTHIER, *Tr. mandat*, cit., núm. 44, p. 106: «Le mandataire peut quelquefois se décharger de l'obligation d'exécuter le mandat, quoiqu'il ne soit survenu aucune juste cause qui l'en dispense; c'est lorsqu'il fait savoir au mandant qu'il n'entend pas l'exécuter, dans un temps où la chose est encore entière (...). La raison est que l'obligation que le mandataire a contractée d'exécuter le mandat, étant une obligation d'un fait, obligatio facti laquelle (...) ne se résout qu'aux dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation, il s'ensuit que le mandant, étant supposé ne souffrir rien (...), le mandataire peut manquer impunément à son obligation»; véase LAURENT, *op. cit.*, núm. 106, p. 87.

<sup>171</sup> Véase DONELLUS, *De jure...*, cit., L. XVI, cap. 23, núm. XI, col. 1024: «Ideo in hac renuntiatione mandati exigimus ut qui renunciat, tempestive (...) Quod si mandarius tandiu exspectet, dum opportunitas rei gerendae amissa sit, atque ita res perierit madatori: tenebitur mandatori eo quod interest: quam actionem nulla renuntiatione postea evitabit»; aproximando, a estos efectos, en la nota núm. 6 el cumplimiento y la renuncia tempestiva; TROPLONG, *op. cit.*, núm. 799, p. 715; OLIVIERI, voz cit., p. 461: «nel secondo caso, invece, non potendo più il mandante provvedere per la diversa esecuzione del mandato, a cose non integre, è sempre obbligato il mandatario a tener indenne il mandante, costituendo la rinunzia mancata esecuzione del contratto»; SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 955.

de continuar la vinculamos a la extinción y la de indemnizar al incumplimiento. Sin embargo, cabe afirmar que la continuación de la gestión trasmuta la falta de integridad, o bien en conclusión (cumplimiento a pesar de la declaración de renuncia), o bien determina los efectos propios de la renuncia en condiciones de integridad: ausencia de perjuicio. Indemnización y continuación no son pues actividades acumulables. La obligación consignada en el artículo 1737 CC tiende a eliminar los perjuicios que contempla el artículo 1736 CC y permite perfilar la revocabilidad del mandato sin justa causa y cuando su ejecución ya ha comenzado. De no ser así no tendría sentido que el artículo 1737 contemplara ambos tipos de renuncia, ya que la carente de justa causa encontraría su propio ámbito de aplicación en el artículo 1736 y la indemnización de los daños haría inútil el recurso a la continuación de la gestión. También podrían evitarse perjuicios al mandante dando un plazo de preaviso suficiente para tal finalidad, circunstancia que excluiría toda actividad sorpresiva y, consiguientemente, la producción de un daño que, de producirse, habría de achacarse al descuido del mandante. Aunque el Código no establezca un plazo de preaviso, puede considerarse conveniente, apareciendo como carga cuya actuación permite al deudor evitar la producción de daños indemnizables<sup>172</sup>. Así pues, puede concluirse que el mandatario puede renunciar sin justa causa cuando no produce daño al mandante, cosa que ocurre estando las cosas íntegras e incluso cuando, no estándolo, respeta un preaviso razonable o bien no materializa inmediatamente su declaración de desistimiento, continuando su actividad hasta el momento en que el mandante esté en situación de recuperar la gestión.

---

<sup>172</sup> Establece el artículo 1653.2 del Código civil peruano que el mandatario puede apartarse del mandato si notifica el mandante y transcorre el plazo de treinta días. El artículo 1727 del Código civil italiano, contempla el preaviso en referencia al caso concreto de mandato por tiempo indeterminado: «Se il mandato è a tempo indeterminato, il mandatario che rinunzia senza giusta causa è tenuto al risarcimento, qualora non abbia dato un congruo preavviso». Véase DÍEZ-PICAZO, *La representación...*, cit., p. 311; POTHIER, *Tr. mandat*, cit., núm. 43, p. 106.