

jas indirectas a favor de los nietos, y el 972, que permite al bínubo mejorar en los bienes reservables a los hijos o descendientes del primer matrimonio.

La jurisprudencia ha admitido en diversas sentencias la mejora a favor del nieto (5), aun cuando dañe o menoscabe la legítima de los hijos vivos y progenitores de los favorecidos, aduciendo en su favor, además de la tradición histórica con la que cuenta, que se trata de un modo de atender las necesidades de la familia dentro de las restricciones impuestas por el sistema de legítimas que restringen mucho la libertad de testar del causante.

RESUMEN

LA LEGÍTIMA

Este pequeño estudio tiene por objeto poner de manifiesto, en materia de legítimas, la libertad del causante para atribuir el contenido patrimonial de la legítima por actos inter vivos y mortis causa, por lo que el legitimario que la hubiera recibido de forma íntegra carece de derecho a reclamarla. En cuanto a la mejora, se analiza la posibilidad de mejorar al nieto viviendo el hijo con derecho a legítima.

ABSTRACT

THE RESERVED PORTION

The point of this short paper on reserved portions is to make clear that the testator is free to assign the assets contained in the reserved portion by acts inter vivos and mortis causa. Thus, an inheritor who has already received his reserved portion in full has no right to claim his reserved portion afterwards. There is an analysis of the possibility of increasing the inheritance of a grandchild when a child entitled to a reserved portion is still alive.

1.5. Obligaciones y Contratos

EL MANDATARIO SE CONVIERTE EN PARTE CONTRACTUAL PARA FAVORER AL TERCERO DE BUENA FE QUE CONFÍA EN LA APARIENCIA.

por

ISABEL MORATILLA GALÁN

Licenciada en Derecho

I. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO

El mandato es un contrato consensual por el que una persona —mandatario— se obliga hacia otra —mandante— a realizar algún acto jurídico por cuenta de ésta y para el cumplimiento de la obligación de hacer lo prometido el mandatario adquiere la facultad de hacerlo por cuenta del mandante pero no en su nombre.

(5) STS de 19 de diciembre de 1903, 18 de junio de 1982, 9 de mayo de 1990 y 28 de septiembre de 2005.

II. CARACTERES

1. Es un contrato consensual, pudiendo ser la aceptación del mandatario expresa o tácita, deducida esta última de los actos concluyentes del mandatario. Para el Tribunal Supremo los hechos que se deriven han de ser tales que impliquen necesariamente la intención de obligarse.

2. Es un contrato fiduciario, puesto que está basado en la confianza que tiene depositada el mandante en el mandatario.

3. El mandato puede ser gratuito o retribuido. En caso de ser gratuito el contrato es unilateral, mientras que si es retribuido es bilateral porque la retribución se promete como contraprestación a cambio de lo que el mandato se obliga a hacer. El artículo 1.711 del Código Civil dispone: «A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito. Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo».

Y además, se exige la capacidad para obligarse. A este respecto se mantiene que el menor emancipado puede ser mandatario, pues el artículo 1.716 del Código Civil añade que el mandante sólo tendrá acción contra él de conformidad con lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores.

III. OBJETO

El objeto del contrato de mandato es la celebración de actos jurídicos, pues en él el mandatario puede obligarse a realizar por el mandante cualquier clase de dichos actos jurídicos.

IV. DISTINCIÓN CON OTROS CONTRATOS AFINES

Recogiendo lo que acabamos de exponer al hablar del objeto hemos de aclarar que lo que distingue al mandato del arrendamiento de servicios o de obra es que el arrendador se obliga a la realización de un trabajo o de una obra y debemos fundamentar la afirmación de que en nuestro Derecho positivo el objeto del mandato es sólo la realización de actos jurídicos, pues ni tal cosa se deduce del texto literal del artículo 1.709 —que define el mandato como ya hemos visto— ni se acoge por parte de nuestra doctrina, en ésta hay quien opina que el mandato puede tener por objeto no sólo la realización de actos jurídicos sino también la de gestiones, y en general, de asuntos, en sentido amplio, pues el mandato se diferencia del arrendamiento de servicios y obras, en que aquél tiene por objeto la gestión o cuidado de asuntos y negocios (en sentido amplio) y éste, la prestación de trabajo o de obra.

Entre las distintas opiniones al respecto cabe citarse las siguientes: CASTÁN TOBEÑAS, según el cual la actividad del mandatario también puede recaer en actos materiales, ya que mantiene que cuando el Código Civil emplea la palabra negocios (art. 1.712) no lo hace en el sentido de negocios jurídicos sino en el de asuntos de toda índole. Por su parte, G. GARCÍA VALDECASAS defiende la sustituibilidad del mandato, pues el mandatario realiza actos que podría realizar perfectamente el mandante, mientras que el prestador de servicios realiza actos que, por exigirse pericia profesional, no puede realizar el arren-

datario, que es ajeno a esa profesión o actividad del arrendador. COLÍN Y CAPITANT aboga por la mayor libertad de iniciativa del mandatario en contraste con la subordinación que caracteriza el arrendamiento de servicios. FUENTEMAYOR Y GORDILLO es partidario de excluir de la figura del mandato al nuncio, que es aquel representante que no tiene iniciativa alguna en su gestión y que se limita a transmitir a terceros la voluntad perfectamente consolidada del representado, como sucede en el matrimonio por poder regulado en el artículo 55 del Código Civil. Se distingue también el mandato del contrato de obra que consiste en realizar una actividad puramente material y que se plasma en un resultado concreto, pues esto es lo pretendido por el comitente. No cabe tampoco confundirlo con el contrato en que una persona encarga a otra la realización de gestiones para la venta o cesión del uso de bienes de aquélla, pues son relaciones que normalmente adquieren la forma de corretaje o agencia. Mayor relación es la que guarda el mandato con la representación, puesto que la representación es carácter ordinario del mandato, pero no es su carácter esencial. Díez PÍCAZO Y GULLÓN mantiene que el mandato se agota en las relaciones internas e incluso cabe la posibilidad de que el mandante silencie exteriormente su cualidad, mientras que la representación hace que la relación tenga efectos frente a terceros.

V. CLASES Y FORMAS

1. Clases: El mandato puede ser general o especial. El general comprende todos los negocios del mandante y el segundo uno o más negocios determinados (art. 1.712 del Código Civil). Además, según el artículo 25.1 de la LEC, el poder general para pleitos faculta al procurador para realizar válidamente, en nombre del poderdante, todos los actos procesales comprendidos, de ordinario, en la tramitación de aquéllos, no obstante, el poderdante podrá excluir expresa e inequívocamente del poder general, asuntos y actuaciones para las que la ley no exija apoderamiento especial. Y a tenor del artículo 25.2 de dicho texto legal será necesario poder especial del procurador: Para la renuncia, la transacción, el desestimiento, el allanamiento (entre otros). Para ejercitar las facultades que el poderdante hubiera excluido del poder general. En todos los demás casos en que así lo exijan las leyes. El artículo 1.713 del Código Civil dispone en su tenor literal lo siguiente: «El mandato concebido en términos generales no comprende más que actos de administración. Para transigir, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio se necesita mandato expreso. La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores». Mientras que el mandato general tiene un ámbito total y abarca todos los negocios, por lo que es prudente estimar que sólo se delega lo menos trascendente, es decir, la realización de actos de administración. El Tribunal Supremo distinguió entre ambas modalidades de mandato, determinando que el mandato estudiado era general y no concebido en términos generales, pues se otorgaban facultades para comprar, vender y permutar, constituir derechos reales, etc., más concretamente se estimaba que el mandatario que tenía facultades para hacer lo más, arrendar un local, podía hacer lo menos, es decir, suscribir una cláusula del contrato por la que se consideraba traspaso la venta de acciones de la sociedad mandante.

2. Formas: El mandato simple no requiere forma especial mientras que el representativo se materializa a través de un poder que deberá constar en

escritura pública en los casos que enumera el artículo 1280.5.º del Código Civil y libre en los demás casos.

VI. DERECHOS-OBLIGACIONES DEL MANDATARIO

Entre ellas destacan:

- Cumplimiento de los términos del mandato siguiendo las instrucciones del mandante. Si faltan, el artículo 1.719.II del Código Civil establece que el mandatario hará todo lo que haría un buen padre de familia. El mandatario no puede traspasar los límites del mandato —art. 1.714 del Código Civil— aclarando el artículo 1.715 que no se considerarán traspasados esos límites si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste.
- Indemnizar al mandante por los daños y perjuicios que se le ocasionen por la falta de ejecución del mandato —art. 1.718.I del Código Civil—. Por su parte, el artículo 1.726 añade que el mandatario es responsable no solamente del dolo sino también de la culpa que deberá estimarse con más o menos rigor por los tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido. El artículo 1.723 del Código Civil dispone que la responsabilidad de dos o más mandatarios, aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria, si no se ha expresado así.
- Rendir cuentas de sus operaciones y abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al mandante (art. 1.720 del Código Civil). En contra de la doctrina y jurisprudencia hay autores que estiman que no es válido el pacto de no rendir cuentas por tratarse de una obligación esencial de este contrato. El Tribunal Supremo ha juzgado que la existencia de relaciones familiares o la convivencia con el mandante no dispensa al mandatario de su obligación.
- No utilizar en su provecho las cantidades del mandante que tiene en su poder, y, en caso de hacerlo deberá interesarse desde el día en que aplicó las cantidades para uso propio, o, en caso de que se quede debiendo después de fenecido el mandato, desde que se haya constituido en mora (art. 1.724 del Código Civil). También el Tribunal Supremo ha señalado que de ninguna disposición legal se infiere que el mandatario esté autorizado para aplicar a sus propios fines los valores recibidos del mandante en comisión, depósito o administración.
- Responder de la gestión del sustituto en los dos supuestos contemplados en el artículo 1.721 del Código Civil: Cuando no se le dio facultad para nombrarlo. Cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente.

VII. DERECHOS-OBLIGACIONES DEL MANDANTE

Procedemos a citar las siguientes:

- Pagar la retribución del mandatario.
- Anticipar las cantidades que le pida el mandatario y que sean necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiera an-

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

- Indemnizar al mandatario todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario.
- Facilitar al mandatario copia del poder notarial, pues el mandatario sólo puede obtener copias del poder notarial si del mismo o de otro documento resulta autorizado para ella. Y es que en garantía del pago de las obligaciones señaladas en los apartados segundo y tercero del párrafo —que acabamos de exponer— el mandatario puede ejercitar un derecho de retención sobre las cosas que son objeto del mandato. Para el Tribunal Supremo el artículo 1.730 del Código Civil reconoce una garantía legal pignoraticia con los efectos de crear una facultad de poder enajenar las cosas objeto del mandato y ser oponible *erga omnes*. Y es que en base a lo que dispone el artículo 1.731 del Código Civil, si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato.

VIII. SU EXTINCIÓN

El mandato se extingue a tenor de las causas generales a los demás contratos que hacen cesar la relación del mandato para el futuro, dejando subsistentes los daños y obligaciones ya nacidas. Se extingue, también, cuando se celebra fundado en una relación que le servía de base y ésta acaba. Además, el mandato se acaba —según dispone el art. 1.732 del Código Civil—: A) Por su revocación, pues el mandante puede revocar el mandato a su voluntad y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato —art. 1.733 del Código Civil—. También cabe una revocación tácita cuando el mandante nombra un nuevo mandatario para el mismo negocio, siendo la fecha de la revocación la del día en que se hizo saber ese nombramiento al primer mandatario —art. 1.735 del Código Civil—. Excepcionalmente, el mandato es irrevocable si se renuncia a la facultad de revocarlo o si se celebra sobre el fundamento de una relación básica que excluye la revocabilidad. B) Por la renuncia. A este respecto el artículo 1.736 del Código Civil dispone que se permite renunciar al mandatario poniéndolo en conocimiento del mandante, de tal forma que, si éste sufre perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle de ellos el mandatario salvo si funda su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mismo sin grave detrimento suyo. Y además, por su parte, el artículo 1.737 del Código Civil añade que el mandatario, aunque renuncie al mandato con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para suceder esa falta. C) Por muerte, quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario. A ella alude el artículo 1.739 del Código Civil cuando señala que en caso de fallecimiento del mandatario deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante y proveer a lo que las circunstancias exijan en interés de éste y siempre será posible que dichos herederos o causahabientes concedan un nuevo mandato al mandatario. También extingue el mandato la quiebra o concurso o incapacidad sobrevenidos al mandante o al mandatario, pues, por lo que a la quiebra o concurso se refiere, aunque literalmente el

Código Civil habla de extinción por «quiebra o insolvencia», por insolvencia debe entenderse concurso y por lo que se refiere a incapacidad sobrevenida hay aún más razón para que lo extinga. En realidad, todas las causas que acabamos de ver se explican por tratarse de un contrato celebrado *intuitu personae*, que se basa en la confianza.

IX. CONCLUSIONES

En el análisis que de esta figura realiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se llega a la defensa de su irrevocabilidad, siempre que exista un pacto expreso que así lo establezca y cuando tal mandato no sea una simple expresión de confianza o interés del mandatario sino que responda a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas, es decir, cuando el mandato sea, en definitiva, un instrumento en una relación jurídica bilateral y plurilateral. Por lo que respecta al mandato representativo, decir que los efectos del negocio llevado a cabo entre mandatario y tercero afectan directamente al mandante y le convierten en parte contractual, pues el mandatario sólo queda obligado cuando expresamente se compromete y extralimita en el mandato sin dar conocimiento al tercero de sus facultades, de forma tal que tratándose de un mandato simple, el mandatario oculta la existencia del mandato y crea un apariencia que hace pensar al tercero que él es la parte contratante, prevalece la apariencia sobre la realidad y se convierte en parte en el contrato con el fin de favorecer al tercero de buena fe que confió en esa apariencia. Sin embargo, en la extralimitación del mandato representativo, se advierte al tercero que existe una representación y que el mandatario no tiene intención de contratar en interés y nombre propio y es que como para la parte extralimitada no existe representación, el mandante tampoco se convierte en parte, resolviéndose dicho problema otorgando al tercero una acción de daños y perjuicios frente al mandatario.

RESUMEN

MANDATO

El mandato se realiza en interés del mandante aunque nada impide que el mandato pueda concebirse en interés de personas distintas y, en concreto, del mandatario, además suele ser representativo, pues se caracteriza por conferir el mandante su representación al mandatario para uno o varios asuntos, pues el mandatario actúa en nombre e interés ajeno para que los efectos de su actuación recaigan sobre la persona del representado, pero también cabe el mandato simple en el supuesto

ABSTRACT

MANDATE

Mandates are given in the interest of the mandator, although there is nothing to prevent a mandate from being conceived in the interest of someone else, specifically, the mandantary. Furthermore, mandates are generally used as a means of allowing the mandator to empower the mandantary to represent the mandator in one or more affairs; there, the mandantary acts in the name and interest of another person, so that the effects of the mandantary's acts fall upon the

de que el mandatario actúe en nombre propio y prevé que sea el mandatario quien se obligue directamente frente a la persona con quien ha contratado.

mandatary's principal. However, there is also such a thing as a simple mandate, where the mandatary acts in his or her own name and is the person who is directly bound vis-à-vis the person with whom the mandatary has made the contract.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL SISTEMA DE GARANTÍAS REGULADO EN EL ARTÍCULO 19 DE LA LEY 38/99, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA EXIGIBILIDAD DEL SEGURO DECENAL Y LOS SUPUESTOS DE EXONERACIÓN.

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

I. CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS EX ARTÍCULO 19 DE LA LOE

La Ley 38/99 tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el proceso de edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo y la adecuada protección de los usuarios. Se trata de una manifestación más de la Ley 26/84, de 19 de julio, de Defensa de Consumidores y Usuarios.

El artículo 17 de la mencionada ley establece el principio general de responsabilidad de las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de edificación frente a los propietarios y terceros adquirentes por los daños materiales ocasionados en el edificio y dentro de los plazos que marca la ley. Para garantizar dicha responsabilidad, la ley, en su artículo 19, establece la necesidad de concertar tres tipos de seguros:

- A) Seguro de daños materiales o seguro de caución para garantizar durante un año el resarcimiento por daños en elementos de terminación o acabado de las obras, que podrá ser sustituido por una retención, cuyo capital asegurado será de un 5 por 100 el coste final de la obra, incluidos honorarios profesionales.
La formalización de este seguro no es obligatoria hasta que no se determine por Real Decreto.
- B) Seguro de daños materiales o seguro de caución para garantizar durante tres años el resarcimiento por daños ocasionados en elementos de habitabilidad, que cubra un capital del 30 por 100 del coste final de la ejecución de las obras.
Como en el caso anterior, todavía no es obligatorio.
- C) Seguro de daños materiales o seguro de caución para garantizar durante diez años el resarcimiento por daños causados en elementos estructurales que comprometan directamente la estabilidad o resistencia mecánica del edificio. El capital asegurado será el 100 por 100