

La juricidad de la actividad debida no es una nota esencial del mandato, cuyo objeto también puede consistir en un acto material y, por esta razón, no es un criterio válido para distinguir este contrato del contrato de servicios.

e) La actividad dirigida a la gestión de intereses ajenos.

Un importante sector doctrinal sostiene que la actividad debida en el mandato no se limita a la realización de actos o negocios jurídicos sino que puede concretarse en la realización de negocios del mandante, entendiendo el término negocios en sentido amplio; es decir, en la gestión de los intereses económicos de éste⁴⁸³.

En este sentido, PUIG BRUTAU defiende que el mandato goza de una estructura triangular por la que una persona gestiona intereses de otra mediante negociación con terceros. Esta estructura triangular es la que, según este autor, permite distinguir el contrato de mandato del contrato de servicios, en el que sólo se tiene en cuenta la relación entre las partes que han de realizar las prestaciones convenidas -prestación del servicio y pago de la remuneración-: el mandatario gestiona los intereses de su principal frente a terceros; mientras que en el contrato de servicios no existe el encargo de obrar con eficacia jurídica frente a terceros -pues es el principal quien gestiona sus propios asuntos, aunque ayudado por los servicios de otra persona-, sino la exclusiva previsión de unas prestaciones entre

realización de una actividad jurídica no servirá por sí sola para definir el mandato elevándole a requisito esencial de éste; mas sí para señalar una nota que lo caracteriza, para determinar una parte de su objeto y, por tanto, para afirmar que es un contrato de mandato aquel que consista en la celebración de negocios jurídicos."

⁴⁸³ PUIG BRUTAU, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 351; LUCAS FERNANDEZ, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 92; CASTAN, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 525; PUIG PEÑA, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 326; PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, *Ob. Cit.*, págs. 592-593; GETE-ALONSO, *Ult. Ob. Cit.*, págs. 664-665; y SCAEVOLA, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 632, entre otros.

los contratantes⁴⁸⁴.

Pero, ¿qué debe entenderse por gestión de intereses ajenos?

SCAEVOLA⁴⁸⁵ entiende que sólo han de reconocerse como gestión de negocios: "la realización de negocios jurídicos y de actos parecidos a los negocios jurídicos, más también una actividad independiente de índole económica que se lleve a cabo para otro y en interés del mismo, por ejemplo, la actividad revisora de una sociedad fiduciaria, la administración de un patrimonio, etc. Por el contrario, no se incluyen dentro del concepto de gestión de negocios las prestaciones auxiliares y los servicios de carácter independiente en los que falta toda relación con el patrimonio del dueño, y tampoco los servicios y actividades que se prestan a otro, pero no para él."

La tesis que caracteriza al mandato como un contrato por el cual el mandatario gestiona intereses económicos del mandante, tiene el mérito de atender, para la distinción del mandato en el derecho civil español, al elemento "por cuenta o encargo de otra persona" que se contiene en la definición de mandato del artículo 1.709 del C.C., y que no se reproduce en el artículo 1.544 del mismo cuerpo legal, que define el contrato de servicios. Ciertamente, la distinción entre estos contratos debe buscarse en el tipo de actividad comprometida que en un caso es un "servicio por cuenta o encargo de otra persona" y en el otro es un "servicio para la otra persona". Sin embargo, entendemos que no se debe limitar el mandato exclusivamente al ámbito de las actividades de gestión del patrimonio, y ello porque no debe distinguirse donde el Código no distingue.

f) **La posibilidad de sustitución en la ejecución de la actividad.** En nuestra opinión, éste es el carácter determinante

⁴⁸⁴ PUIG BRUTAU, *Ob. Cit.*, págs. 395-396.

⁴⁸⁵ SCAEVOLA, *Ob. Cit.*, pág. 632.

de la existencia de un contrato de mandato.

En lo que a la doctrina española se refiere, el primero de los autores que se refirió a este criterio fue GARCIA VALDECASAS, al que seguimos para su exposición.

El citado autor sostiene que el criterio que caracteriza al mandato es el de recaer tan sólo en los actos en que quepa la sustitución, que tanto puede referirse a los actos jurídicos, como a los no jurídicos, incluso puramente materiales, y, entonces, serían posible objeto de mandato aquellos actos que el mandante realizaría normalmente por sí mismo por pertenecer a la esfera de su propia actividad, pero cabe realizar por medio de otra persona, mientras que forzosamente serán objeto del contrato de servicios aquellos otros que por no pertenecer a la esfera de la propia actividad, de ningún modo realizaría el mandante y, por tanto, tampoco puede hacerse sustituir^{486, 487}.

El principio de la sustitución, tal y como ha quedado definido, guarda una estrecha relación con la representación indirecta, pero no se identifica con ella. Líneas más arriba apuntábamos que existe representación indirecta cuando el representante obra por cuenta del representado, pero en nombre propio. Así, decíamos, es predicable de todo contrato de actividad en el que no exista representación directa, y no constituye una nota definitoria en la diferenciación entre el

⁴⁸⁶ GARCIA VALDECASAS [*Ob. Cit.*, pág. 773] introduce en este punto los siguientes ejemplos: "Si yo encargo, por ejemplo, unos zapatos, un traje, un trabajo de albañilería, etc., o incluso servicios de más alta calidad, pero ajenos a mi profesión o, en general, a la esfera de mi propia actividad, como son los servicios de un médico, ingeniero, arquitecto, etc., habré concluido un contrato de arrendamiento de obra, o de servicios, o, si se quiere, un contrato de otro tipo, pero de ningún modo un contrato de mandato, pues la finalidad esencial de éste es la sustitución, la cual no cabe en los ejemplos puestos, por ser completamente ajenos a mis actividades los servicios encargados."

⁴⁸⁷ En sentido similar, RIVERO [*Ob. Cit.*, págs. 321-322] defiende que el mandato es un "mecanismo de cooperación entre dos personas por vía sustitución".

contrato de mandato y el contrato de servicios en sentido estricto.

La sustitución, entendida como la realización por parte del mandatario de actos que normalmente realizaría el mandante por pertenecer a la esfera de su propia actividad, implica necesariamente representación indirecta, pero no al contrario. Se trata, en verdad de un subtipo de representación indirecta que limita los supuestos que ésta puede presentar. El mandatario no sustituye al mandante siempre que realiza una actividad para éste, sino que lo sustituye únicamente cuando ésta pertenece a la esfera de la actividad del mandante. Siendo así, la sustitución se constituye en una nota que permite distinguir el contrato de mandato del resto de contratos de actividad y, especialmente, del contrato de servicios en sentido estricto.

El principio de la sustitución explica la regulación que el Código dedica al contrato de mandato. Transcribimos a continuación la defensa que, en este sentido, realiza GARCIA VALDECASAS⁴⁸⁸: "El principio de sustitución nos explica que el mandatario deba arreglarse a las instrucciones del mandante (art. 1.719). Puesto que el mandatario actúa en lugar del mandante, haciendo sus veces, nada más consecuente que el deber de atenerse a sus instrucciones. Lo mismo se diga de la prohibición de traspasar los límites del mandato (art. 1.714), pues la sustitución, lógicamente, habrá de contenerse dentro de los límites marcados por la persona que ha de ser sustituida es decir, por el mandante. También explica la sustitución que el mandatario obre por cuenta del mandante (art. 1.709), o, lo que es igual, que las consecuencias económicas -favorables o desfavorables- de su conducta se atribuyan al patrimonio del mandante como si fuera éste mismo el que actúa. De ahí que el mandatario deba dar cuenta de sus operaciones al mandante y abonarle cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo (art. 1.720). Y que el

⁴⁸⁸ GARCIA VALDECASAS, *Ob. Cit.*, págs. 770-771.

mandante, por su parte, deba reembolsar al mandatario los gastos hechos y, si se lo pide, anticiparle todos (art. 1.728); como también indemnizarle de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario (art. 1.729), ya que el patrimonio de este último ha de quedar indemne, debiendo pesar las consecuencias económicas de su gestión sobre el patrimonio del mandante.

La extinción del mandato por la revocación del mandante (arts. 1.732, n.1º, y 1.733), importante excepción al principio de que los contratos no pueden disolverse unilateralmente, aparece plenamente justificada a la luz de la idea de sustitución. La intromisión del mandatario en la esfera de acción del mandante, intromisión justificada en este caso porque se basa en la misma voluntad del mandante, debe cesar tan pronto cese dicha voluntad. Es muy comprensible que la condición de sustituto de *alter ego* no perdure en el mandatario más tiempo del que estime conveniente el mandante, debiendo desaparecer cuando éste decida realizar por sí mismo los actos cuya ejecución había encomendado al mandatario. También concuerda con el principio de la sustitución la extinción del mandato por muerte del mandante (art. 1.732, n.3º). Las demás formas de extinción indicadas en el artículo 1.732 también armonizan con la idea de sustitución y la confianza mutua que ella presupone.

Según el artículo 1.737, "el mandatario, aunque renuncie al mandato con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para *ocurrir a esta falta*". También este artículo viene a corroborar la afirmación de que el mandatario es un sustituto del mandante, pues cuando aquél cesa ha de *ocurrir a esta falta* el mismo mandante.

El criterio de la sustituibilidad es acogido actualmente por el Tribunal Supremo. En este sentido la Sentencia de 14 de marzo

de 1.986⁴⁸⁹ dice: "superando apreciaciones históricas y doctrinales producidas en orden a la distinción del mandato con el arrendamiento de servicios, es básico para distinguirlos el criterio de la sustituibilidad, no confundible con el de la representación, de tal manera que sólo puedan ser objeto posible de mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea los que el mandante realizaría normalmente por sí mismo, que pertenecen a la esfera propia de su misma actividad y que nada impide poderlos realizar por medio de otra persona, pues cuando así no es, o lo que es lo mismo cuando se encomienda a otra persona la prestación de servicios que normalmente no pueden ser realizados ni son de la propia actividad de la persona que los encomienda a otro, que precisamente necesita acudir a él para que lleve a cabo la actividad que aquél no podía utilizar...." Esta misma argumentación se utiliza en las Sentencias de 25 de marzo de 1.988⁴⁹⁰, y de 27 de noviembre de 1.992⁴⁹¹.

En contra de esta teoría SCAEVOLA⁴⁹² señala que no resuelve plenamente la dificultad de la distinción mandato-contrato de servicios, porque para saber si la causa del contrato radica en que quien recibe el encargo obra o no en sustitución de quien lo confiere, se ha de estar, según señala GARCIA VALDECASAS, a la intención de las partes que es un criterio puramente subjetivo que no tiene fijeza alguna⁴⁹³. SAMPONS SALGADO⁴⁹⁴ añade otra crítica al criterio de la sustituibilidad: afirma que esta teoría "nos llevaría a considerar que todo trabajo profesional debe calificarse dentro del arrendamiento de servicios, a menos que

⁴⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1.986, R.A.J., n° 1252.

⁴⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1.988, R.A.J., n° 2429.

⁴⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1.992, R.A.J., n° 9596.

⁴⁹² SCAEVOLA, *Ob. Cit.*, pág. 383.

⁴⁹³ SAMPONS SALGADO, *Ob. Cit.*, pág. 67.

⁴⁹⁴ SAMPONS SALGADO, *Ob. Cit.*, pág. 68.

haya sido contratado por dos personas que se dedican a la misma actividad, y nada más opuesto a nuestro Derecho positivo, pues ante el silencio de la ley, el Tribunal Supremo ha considerado siempre que el trabajo del abogado, procurador, médico, etc, puede encuadrarse dentro del mandato o del arrendamiento, contribuyendo para ello el objeto y las condiciones del encargo y no las cualidades de los contratantes ni la sustitución que se pueda efectuar".

Por nuestra parte, entendemos que estas críticas no invalidan la teoría propuesta por GARCIA VALDECASAS.

No obstante, discrepamos de la premisa sostenida por GARCIA VALDECASAS de que la determinación de la naturaleza del contrato se basa en el criterio subjetivo de la intención de la partes. En nuestra opinión se podrá hablar de sustituibilidad:

1) siempre que la actividad consista en la realización de un acto jurídico, porque esta actividad implica de por sí actuar en lugar de la persona que, en principio, debería realizar este acto. Y, en este sentido, enlazamos con la idea expuesta con anterioridad según la cual la actividad debida en el mandato no debe consistir necesariamente en la ejecución de un acto jurídico en interés ajeno, pero la actividad dirigida a tal fin implica, en cualquier caso, la existencia de un contrato de mandato; y

2) siempre que la actividad a desarrollar por el mandatario coincida con la actividad u ocupación habitual del mandante.

La determinación de la sustituibilidad, y con ello, de la determinación de la existencia de un mandato se realiza, de esta forma, con la aplicación de dos únicos criterios completamente objetivos. Con ello queda salvada la primera de las críticas a la tesis de la sustituibilidad como criterio distintivo del mandato frente al contrato de servicios en sentido estricto.

La segunda de las críticas apuntadas no tiene, en nuestra

opinión ningún fundamento. Es cierto que, según señala SAMPONS la adopción del criterio de la sustituibilidad implica catalogar como contratos de servicios la mayor parte de los contratos celebrados con profesionales liberales. Y bien, ¿que tiene esta implicación contra el Derecho positivo?, ¿acaso no califica la jurisprudencia como contratos de servicios la práctica totalidad de los contratos por los que una parte presta sus servicios profesionales a cambio de una remuneración?. En nuestra opinión, la consecuencia de la que habla este autor es completamente acorde con la jurisprudencia actual: en la mayor parte de los casos, los contratos celebrados por profesionales liberales tienen naturaleza jurídica de contrato de servicios -así los celebrados entre el médico y el paciente, el arquitecto o el abogado y el cliente, etc.-, aunque en algunas ocasiones pueden constituir un contrato de mandato -cuando estos profesionales encargan a un colega que realice por su cuenta una actividad relacionada con su profesión, o cuando se encarga a otra persona, con independencia de su profesión, la ejecución de un acto jurídico en interés de quien lo encarga-. Además, también es más acorde con la concepción actual del contrato de servicios y de los mismo servicios, pues hoy ya no se considera "deshonrosa" la calificación de la actividad de un profesional como servicio (como sucedía históricamente).

En nuestra opinión, los servicios objeto del contrato de mandato son, pues, servicios prestados en sustitución del mandante, en su nombre o en nombre propio, que pueden concretarse en la ejecución de actos jurídicos por encargo del mandante, o en la prestación de un actividad propia de la ocupación habitual del mandante, por encargo de éste.

De ahí, proponemos la siguiente definición del contrato de mandato: contrato en virtud del cual una parte (mandatario) se obliga a ejecutar un acto jurídico por encargo de la otra (mandante), o a prestar una actividad propia de la ocupación habitual de ésta, gratuitamente o a cambio de un precio.

v) LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE MEDIACION.

El contrato de mediación es aquel en virtud del cual una de las partes se compromete a indicar a la otra la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle de intermediario en esta conclusión, a cambio de una retribución⁴⁹⁵. En la práctica se presenta más frecuentemente con carácter mercantil, pero también puede tener naturaleza civil⁴⁹⁶.

La prestación de servicios por parte de los mediadores o corredores no está regulada por el Código Civil español, sin embargo, viene a configurar un contrato de servicios especial, diferenciado del contrato de servicios en sentido estricto: el contrato de mediación o corretaje, que se configura como un nuevo contrato de actividad.

Se trata de una institución jurídica relativamente reciente. Fue desconocida en el derecho romano, y su único precedente, en lo que al derecho histórico español se refiere, se halla en la Novísima Recopilación que dedica cuatro leyes a regular el

⁴⁹⁵ CASTAN, *Ult. Ob. Cit.*, págs. 538-539.

⁴⁹⁶ URIA [*Ob. Cit.*, pág. 670], afirma que "el carácter mercantil del contrato de mediación se deriva de la naturaleza de los contratos que promueve o facilita el mediador. El Código, al declarar libre la mediación en las operaciones mercantiles, sanciona el carácter mercantil de la actividad desplegada por todo agente mediador de comercio, libre o colegiado, y con ello confiere ese mismo carácter al contrato en virtud del cual se desarrolla esa actividad mediadora".

En opinión de JIMENEZ SANCHEZ [*Ob. Cit.*, pág. 265] tendrá naturaleza mercantil "además de en aquellos casos en que la legislación específica expresamente lo determina así (como ocurre con la mediación en seguros y reaseguros, a tenor del art. 4 de la Ley de Producción de Seguros Privados), cuando concurren las mismas circunstancias previstas en el art. 244 del C. de C. para la comisión mercantil, que será aplicable por vía analógica; ser comerciante o mediador; y ser mercantil el contrato objeto de la mediación o corretaje."

ejercicio del corretaje⁴⁹⁷: la Ley I del Título VI del Libro Noveno de este cuerpo legal prohíbe a los extranjeros ser corredores de cambio y mercancías; la Ley II, prohíbe ejercer el oficio de corredor en ferias sin el nombramiento de los pueblos que tengan costumbre de hacerlo; la Ley III, prohíbe a los corredores comprar para sí las cosas que se les hayan dado para vender; y, por último, la Ley IV prohíbe a los corredores comprar mercancías para vender o negociar con ellas en propio provecho.

El contrato de corretaje se halla regulado como contrato autónomo por diversos ordenamientos extranjeros como el B.G.B., que lo regula en los párrafos 652 a 656⁴⁹⁸; el Código Suizo de las Obligaciones, que lo trata en los artículos 412 a 417⁴⁹⁹; y el Código italiano de 1942, que le dedica sus artículos 1.754 a 1.765⁵⁰⁰, ⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ SAMPONS SALGADO, Manuel; *El contrato de corretaje*, Madrid, 1965, págs. 21-22.

⁴⁹⁸ El párrafo 652 del Código Civil alemán dice, en su primer apartado que "El que prometa un corretaje por indicar o facilitar la ocasión de concluir un contrato o por la negociación del mismo, sólo estará obligado al pago si el contrato se realizase a consecuencia de la indicación o de la negociación hecha por el corredor. Si el contrato se concluyese bajo la condición suspensiva, sólo podrá reclamarse el corretaje cuando la condición se realice".

⁴⁹⁹ El artículo 412 del Código suizo de las Obligaciones establece que "El corretaje es un contrato por el cual el corredor es encargado, mediante una remuneración, sea de indicar a la otra parte la ocasión de concluir una convención, sea de servirle de intermediario para la negociación de un contrato.

Las reglas del mandato son, de una manera general, aplicables al corretaje".

⁵⁰⁰ El artículo 1.754 del Código Civil italiano establece que "Es mediador aquel que pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio sin estar ligado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación."

⁵⁰¹ No aparece tipificado, en cambio, en el Código Civil francés. El Código de comercio napoleónico de 1.808, vigente en Francia, como su homónimo español, únicamente trata del corredor que es fedatario público.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español, el contrato de corretaje es de creación jurisprudencial. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 2 de mayo de 1.963⁵⁰², ha definido la mediación o corretaje como un contrato en virtud del cual una persona encarga a otra que le informe acerca de la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o que le sirva de intermediario, realizando las oportunas gestiones para conseguir el acuerdo de voluntades encaminado a su realización a cambio de una retribución⁵⁰³.

La observación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo permite afirmar que son características de este contrato:

1) El mediador o corredor se limita a poner en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio, sin estar obligado a ninguna de ellas, por relaciones de colaboración, dependencia o de representación, no pudiendo obrar como representante o gestor de negocios de uno de los contrayentes, porque, en esas situaciones, se atenuaría la autonomía o imparcialidad, ya que lo característico de la mediación es que el mediador se limite a poner en contacto a los futuros contrayentes, sin participar él personalmente en el contrato, ni como simple mandatario o comisionista suyo⁵⁰⁴.

Esta nota permite distinguir el contrato de mediación del

⁵⁰² Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1.963, R.A.J., n° 2458.

⁵⁰³ CLEMENTE DE DIEGO [*Ult. Ob. Cit.*, pág. 162] califica el contrato de mediación como un contrato preparatio porque "está íntimamente vinculado a la celebración del contrato entre el oferente y el tercero".

⁵⁰⁴ En este sentido CASTAN, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 539; y DIEZ-PICAZO y GULLON, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 479.

También en esta línea se pronuncian las Sentencias de 10 de enero de 1.922, J.C., T.I, n° 13; 3 de junio de 1.950, R.A.J., n° 1016; 28 de febrero de 1.957, R.A.J., n° 733; 27 de diciembre de 1.962, R.A.J. n° 5140; 21 de octubre de 1.964, R.A.J., n° 4487; 21 de octubre de 1.965, R.A.J., n° 4600; y 3 de marzo de 1.967, R.A.J., n° 1243; entre otras.

contrato de mandato, pues éste último se caracteriza por la sustitución de quien realiza la actividad por cuenta del mandante, mientras que en la mediación se descarta la representación directa y la indirecta y, en concreto, la colaboración o sustitución⁵⁰⁵. En definitiva, mientras que el mandatario actúa por cuenta del mandante, el mediador actúa para el mandante pero no por cuenta de éste.

2) De la mediación sólo nace el derecho a la retribución en el supuesto que el negocio principal se realice o concluya⁵⁰⁶.

Esta nota se configura como el principal criterio distintivo, junto a la del tipo de actividad a desarrollar, entre los contratos de mediación y de servicios -también distingue la mediación del mandato oneroso-, y explica o fundamenta, en nuestra opinión, la especificidad de este contrato y la necesidad de constituir un contrato diferenciado del contrato de servicios en sentido estricto. En este sentido la Sentencia de 3 de junio de 1.950⁵⁰⁷ afirma que "La mediación se distingue del arrendamiento de servicios, porque la retribución ha de darse al mediador sólo en el supuesto de que el negocio principal se realice o concluya".

Ciertamente, si el mediador sólo tiene derecho a la retribución pactada si a consecuencia de su actividad se concluye el contrato principal, es porque se halla sujeto a una obligación de resultado que implica que a falta del resultado perseguido -la conclusión del contrato principal- y con independencia de la diligencia que el mediador haya empleado en su conducta, hay un incumplimiento de la obligación que afecta al derecho a la

⁵⁰⁵ CLEMENTE DE DIEGO, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 160.

⁵⁰⁶ En este sentido CASTAN, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 540; y DIEZ-PICAZO y GULLON, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 480.

En cuanto a la jurisprudencia ver por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1.953, R.A.J., nº 3156.

⁵⁰⁷ Sentencia de 3 de junio de 1.950, R.A.J., nº 1016.

retribución⁵⁰⁸.

En cambio, a falta de pacto en contrario, en el contrato de servicios en sentido estricto -y también en el de mandato- el servidor mantiene el derecho a la remuneración a pesar de que no consiga el resultado pretendido por el empleador. El cumplimiento de la obligación del servidor no se condiciona, pues, al supuesto de que se consiga un determinado resultado -el deudor cumple si actúa con la diligencia exigible-, por lo que cabe afirmar que en este caso se está ante una obligación de medios o de diligencia.

En cuanto a la normativa aplicable al contrato de mediación, la jurisprudencia ha señalado que "la mediación es un contrato atípico, que se ha de regir, ante todo, por las estipulaciones de las partes (oferente o comitente y mediador) y, en su defecto, por las disposiciones generales sobre la contratación establecidas en los títulos I y II del Libro IV del Código Civil, usos y costumbres adecuados a su naturaleza jurídica y en cuanto le sean oportunas, por las normas de otros contratos con los que guarde afinidad o relación"⁵⁰⁹.

No nos parece éste el lugar oportuno para analizar la naturaleza jurídica del contrato de corretaje⁵¹⁰. En lo que aquí interesa sólo cabe destacar que se trata de un contrato de actividad atípico que tiene por objeto la puesta en relación de futuros contratantes, y, en su caso, la eliminación de diferencias entre las partes, y la posterior gestión dirigida a obtener el contrato deseado, a cambio de una remuneración,

⁵⁰⁸ El concepto y consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de medios y de resultado se tratarán ampliamente en un próximo capítulo al que nos remitimos.

⁵⁰⁹ En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencias de 3 de junio de 1.950, R.A.J., nº 1016; 28 de febrero de 1.957, R.A.J., nº 733; y 2 de mayo de 1.963, R.A.J., nº 2458; entre otras.

⁵¹⁰ Vid. sobre este punto CASTAN, *Ult. Ob. Cit.*, págs. 540 y ss. y SAMPONS SALGADO, *Ult. Ob. Cit.*, págs. 30 y ss.

condicionada a la conclusión del contrato principal⁵¹¹. Pues bien, esta actividad que se concreta como el objeto del contrato de corretaje queda, al mismo tiempo, excluida del posible objeto del contrato de servicios en sentido estricto.

⁵¹¹ CASTAN, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 48.

VI) LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE DEPOSITO.

El artículo 1.758 del Código Civil dispone que "Se constituye depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla."

El depósito propiamente dicho puede definirse como el contrato que tiene por objeto principal la custodia de una cosa mueble que entrega un contratante (deponente o depositante) con tal finalidad, al otro (depositario), que se compromete a su guarda y conservación⁵¹².

Se trata de un contrato de actividad que tiene como objeto un servicio que consiste en la conservación de la cosa, y su posterior restitución. Es, pues, un contrato de "servicios especial" frente al contrato general de actividad que configura el contrato de servicios en sentido estricto⁵¹³.

La neutralidad causal o "irrelevancia de la causa negocial en orden a la especificación o concreción de este tipo contractual para el que se hace necesario acudir a otros criterios distintivos"⁵¹⁴ de este contrato queda establecida en el artículo 1.760 del C.C.: "El depósito es un contrato gratuito,

⁵¹² LACRUZ, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 355.

⁵¹³ En este sentido BADOSA COLL, Ferran, ["Comentario al artículo 1.760 del C.C." en *Comentario del Código Civil*, T.II, Madrid, 1.991, pág. 1760] afirma: "El contrato de depósito tiene como objeto al servicio que consista precisamente en la conservación de la cosa, lo que deja para el arrendamiento de servicios todos los demás (excepto los consistentes en gestión de negocios ajenos, que constituyen el objeto del contrato de mandato igualmente gratuito sólo por naturaleza, art. 1711.1)... En el Código Civil el arrendamiento es el contrato de actividad en general, de la cual han de desgajarse las actividades de "guarda" y de "gestión" que son objeto respectivo de los contratos de depósito y mandato."

⁵¹⁴ Para el análisis del concepto de "neutralidad causal" Vid. GETE-ALONSO, *Estructura y función...*, *Ob. Cit.*, págs. 585 y ss.

salvo pacto en contrario". De este modo -y al igual que ocurría con el mandato-, la causa -gratuita en la actual redacción del Código Civil- deja de ser un criterio válido para la diferenciación entre el depósito y el contrato de servicios. En nuestro ordenamiento, el único criterio distintivo válido es el tipo de actividad a desarrollar en ambos contratos⁵¹⁵.

No obstante, no siempre ha sido así. Históricamente el depósito se ha caracterizado, además de por su objeto, por su carácter esencialmente gratuito, de forma que la causa del contrato se configuraba como un criterio válido para la distinción entre el contrato de depósito y el contrato de servicios.

1) Derecho romano.

El depósito fue ya regulado por la Ley de las XII Tablas, según la cual el depositario infiel, considerado como un ladrón, sufría la pena del doble del valor recibido⁵¹⁶.

Las fuentes justinianas definen el *depositum* como un contrato consistente en la consignación de una cosa mueble para su custodia, con la obligación de restituirla⁵¹⁷. El elemento de la gratuidad es esencial al depósito romano, de forma que el pago de un correspectivo por la custodia genera una relación de

⁵¹⁵ En el mismo sentido GETE-ALONSO, *Ob. Cit.*, pág. 667-669; Y BADOSA, *Ob. Cit.*, pág. 1.640.

⁵¹⁶ OURLIAC Y MALAFOSE, *Ob. Cit.*, pág. 413.

⁵¹⁷ D. 16, 3, 1: "*depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur; praepositiu enim de auget positum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet*".

*locatio conductio*⁵¹⁸.

De esta forma, el depósito engendra obligaciones a cargo del depositario, pero éste presta un servicio gratuito que, en principio, no le debe originar cargas ni perjuicios por los que quede obligado frente al depositante. El depositario está obligado a devolver el objeto a solicitud del depositante y debe cuidar de la conservación de la cosa. El depositario responde únicamente por dolo o culpa lata⁵¹⁹. El depositante, por su parte, debe reembolsar al depositario por todos los gastos hechos en el mantenimiento y conservación de la cosa, e indemnizarle de todo perjuicio previsto o previsible causado por el objeto depositado⁵²⁰. El depositante puede reclamar sus derechos mediante la *actio depositi directa*; el depositario tiene a su disposición la *actio depositi contraria*.

2) Derecho intermedio.

Los autores de Derecho común defendieron la naturaleza esencialmente gratuita del depósito, con base en las Instituciones de Justiniano (3, 26, 13)⁵²¹.

⁵¹⁸ Instituciones de Justiniano 3, 26, 13: "*ut generaliter dixerimus: quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur*".

⁵¹⁹ D. 16, 3. 32: "*Si rem a servo depositam Titio, quem dominum eius putasti, quum non esset, restituisses, depositi actione te non teneri Celsus ait, quia nullus dolus intercessit; cum Titio autem, cui res restituta est, dominus servi aget. Sed si exhibuerit, vindicabitur, si vero, quum seiret esse alienum, consumserit, condemnabitur, quia dolo fecit, quominus possideret*".

⁵²⁰ D. 16, 3, 23: "*Hanc actionem bonae fidei esse, dubitari non oportet*".

⁵²¹ LACRUZ, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 358.

Por lo que al Derecho de Castilla se refiere, puede constatarse que La Ley primera del Título V, Libro V del Fuero Juzgo *-De las cosas que son dadas por precio á guardar-*, aunque formalmente trata del comodato, contiene disposiciones relativas a la responsabilidad del depositario⁵²². El Fuero Real, por su parte, presta una mayor atención al contrato de depósito, al que dedica once leyes en el Título XV del Libro III, rubricado como *"De las cosas encomendadas"* y trata con independencia del comodato, regulado en el Título XVI del mismo Libro *"De las cosas prestadas"*. Ambos cuerpos legales permiten estipular precio en los depósitos; aunque en este caso el depositario responde también de los casos fortuitos⁵²³.

En Las Partidas el depósito aparece tratado bajo la denominación de *Condesijo*. La Ley 1 del Título III de la Partida V establece que *"Condesijo, á que llaman en latín depositum, es quando un ome da á otro su cosa en guarda, fiándose en él"*. La regulación del contrato de depósito que ofrecen Las Partidas está fielmente copiada del régimen romano. En este sentido afirma la Ley 2, Título 3, Partida V que *"Entonce toma ome en condesijo las cosas, quando non rescibe precio nin gualardon por guardarlas. Ca si lo rescibiesse ó prometiesse de gelo dar, estonce non seria condesijo, mas seria loguero"*. Sin embargo, este cuerpo legal

⁵²² La Ley I, Título V, Libro V del Fuero Juzgo dice: *"Si algun omne tomar en comienda, ó prestado cavallo, ó buey, ó otra animalia, é aquella animalia muriere, peche otra tal este que la recibió al sennor desta animalia, sil dieran alguna cosa por la guardar; é si non deve aver nada por la guardar, e provar que la animalia es muerta, este que la guardava non demande nada por la guardar, é yure todavia que aquella animalia non fué muerta por su culpa, ni por su negligencia, é assi non sea tenuto de pechar el animalia. E otrosi dezimos de las cosas prestadas"*.

⁵²³ La Ley III del Libro III del Título XV del Fuero Real establece que *"Qui cavallo, o buey, o otra cosa qualquier recibiere en guarda por precio que reciba dende o que aya de aver, si se perdiere, peche otra tal como aquella era que se perdió, maguer que se non perdiese por su culpa nin por su pereza, si non morió su muerte natural"*.

contiene una contradicción en relación a la causa del depósito por cuanto, la Ley 3 de este mismo Título, al tratar de la responsabilidad del depositario, prevé la posibilidad de contratar un depósito retribuido⁵²⁴.

3) El Código Civil francés.

El Code define el contrato de depósito en el artículo 1.915 que establece que "*Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature*". A continuación, el artículo 1.917 establece la naturaleza esencialmente gratuita de este contrato: "*Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit*". Sin embargo, este último precepto se contradice con el artículo 1.928 que da por supuesto que se puede estipular un salario por la guarda del depósito⁵²⁵.

Lo cierto es que en la actualidad, la doctrina francesa, a pesar de la letra del artículo 1.917 del Code, defiende de forma prácticamente unánime la posibilidad de retribución del depósito en el ordenamiento francés⁵²⁶.

⁵²⁴ La Ley 3 del Título III de la Partida V establece que "*..fi la cofa fe pierde, por leue culpa, de aquel, q la ouieffe en guarda, no feria tenuto dela pechar fueras ende, en tres cafos...El tercero cafo es efte, quando recibe precio por guardar la cofa que le da en códefsiyo*".

⁵²⁵ El artículo 1.928 del Código Civil francés establece que "*La disposition de l'article précédent -obligación de guardar las cosas depositadas con la misma diligencia que las propias- doit être appliquée avec plus de rigueur: ...2º s'il a stipulé un salaire pour la garde su dépôt*".

⁵²⁶ En este sentido MAZEAUD Y MAZEAUD, *Leçons de Droit civil, Principaux contrats, Ob. Cit.*, pág. 929; y PLANIOL, Marcel, *Traité pratique de Droit Civil Français, T. XI, Contrats civils*, 2ª parte, con la colaboración de André ROUAST, René SAVATIER y Jean LEPARGUEUR, París, 1.932, pág. 453.

4) El Código Civil español.

La causa del contrato de depósito ha sido ora gratuita, ora onerosa, en los distintos Proyectos de Código Civil.

El Proyecto de Código Civil de 1.836 define este contrato en el artículo 1.367: "Se entiende por depósito un contrato según el cual una persona entrega a otra cierta cosa para que la custodie, con la obligación de devolverla en especie en cualquier tiempo que se la pidiere el depositante". En este Proyecto el depósito se configura como un contrato de naturaleza gratuita, pero no como un contrato esencialmente gratuito. En este sentido establece en su artículo 1.373 que "El contrato de depósito es por su naturaleza gratuito; no obstante, podrá estipularse que el depositario perciba algún salario, remuneración o premio por custodiar la cosa depositada".

Por su parte el Proyecto de Código Civil de 1.851 define el contrato de depósito en el artículo 1.658 que establece que "El depósito es un acto por el que uno recibe la cosa ajena, con la obligación de guardarla y restituirla en la misma especie." El artículo 1.660, sin embargo, le otorga el carácter de esencialmente gratuito: "El depósito propiamente dicho es un contrato gratuito por su esencia".

Sobre este punto comenta GARCIA GOYENA⁵²⁷ que "Si interviniera precio en dinero pasará a ser locación o arriendo de trabajo; si otra cosa que no sea dinero, será un contrato innominado, *do ut facias*: estipulándose intereses del dinero depositado, será verdadero préstamo: vé las leyes Romanas y de Partidas que he copiado en este artículo". Y, tras señalar la contradicción que en relación a la causa del depósito muestran el Código Civil francés y Las Partidas añade en este sentido que

⁵²⁷ GARCIA GOYENA, *Ob. Cit.*, pág. 84.

"nuestro artículo 1.660 fija este punto: mediando precio, el contrato degenera necesaria e infaliblemente en arriendo, préstamo u otro innominado".

En el Libro IV del Anteproyecto de Código Civil de 1.888, desaparece, de nuevo, el carácter esencialmente gratuito del depósito. En este caso la definición es copia de la del Proyecto de 1.851: "El depósito en general es un acto por el que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla en la misma especie". Sin embargo, en relación a la causa de este contrato, se distancia del Proyecto de García Goyena y, como el Proyecto de 1.836 y el Código Civil francés, admite el depósito retribuido: "El depósito propiamente dicho es un contrato gratuito por su naturaleza", y no, por tanto, por su esencia.

La redacción definitiva del actual Código Civil configura el depósito como el contrato en virtud del cual "uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla" - artículo 1.758 C.C.-. El artículo 1.760 establece expresamente la neutralidad causal del depósito: "El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario".

De este modo, el Código Civil español adopta una solución que comparten los Códigos civiles más modernos como el alemán⁵²⁸ y el italiano de 1.942^{529, 530}.

⁵²⁸ El párrafo 688 del B.G.B dice que "Por el contrato de depósito el depositario toma a su cargo la obligación de custodiar una cosa mueble a él entregada por el depositante". Y en el párrafo 689 añade que se ha de suponer estipulada tácitamente la remuneración cuando, a tenor de las circunstancias, la custodia sólo es de esperar a cambio de una remuneración.

⁵²⁹ El artículo 1766 del Código Civil italiano de 1.942 establece: "Il deposito è il contratto col quale una parte riceve dall'altra una cosa mobile con l'obbligo di custodiarla e di restituirla in natura". El artículo 1.767 añade que "Il deposito si presume gratuito, salvo che della qualità professionale del depositario o da altre circostanze si debba desumere una diversa volontà delle parti".

A tenor de la letra del Código, depósito y contrato de servicios se distinguen fundamentalmente por la actividad a desarrollar, que en el depósito parece claramente definida como de vigilancia y conservación de cosa ajena, y en el contrato de servicios es la prestación de un servicio. Sin embargo, a pesar de que teóricamente los objetos de estos contratos aparecen claramente diferenciados, en la práctica su delimitación plantea problemas.

Trata esta cuestión la **Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1.988⁵³¹**. El caso es el siguiente: una empresa de Las Palmas, CARYMAR, S.A., dedicada a la comercialización de carne, importó de Dinamarca carne por valor de 8.330.000 pesetas y, una vez arribada apuerto, acordó depositarla en los almacenes frigoríficos que la empresa Frigoríficos Canarios, S.A., posee en el muelle pesquero de dicha ciudad. Meses después, el propietario de la carne comprobó que la mercancía se había deteriorado, procediendo entonces con prontitud a su venta, que se realizó por la mitad del precio en que inicialmente se había valorado.

CARYMAR, S.A., presentó demanda en el Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas solicitando de la demandada el pago de la pérdida de valor de la mercancía, así como el de los intereses de dicha cantidad. Basaba su demanda en el contrato previo

⁵³⁰ GARRIGUES, Joaquin, ["El depósito irregular y su aplicación en derecho mercantil", en *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, 1.932, págs. 93-94] afirma que "hay que tener presente la influencia, cada día mayor, de la contratación mercantil en la civil, que amenaza absorberla por completo, convirtiendo en contratos onerosos todos los que tradicionalmente fueron gratuitos: es una imposición de la realidad a la que el legislador no puede volver la espalda. Los redactores del Código Civil francés no supieron apreciarla -cosa disculpable en una época de escaso tráfico mercantil, comparado con el actual-; mas los Códigos posteriores tuvieron que aceptar la modificación del concepto. Así en nuestro Código civil el depósito es un contrato por naturaleza gratuito, mas no por esencia, puesto que se admite el pacto de una retribución."

⁵³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1.988, R.A.J., nº 3179.