

Doctrina

Por José Luis García-Pita y Lastres, catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de La Coruña y consejero académico de Dictum.

INSTRUCCIONES Y MARGEN DE INICIATIVA DE LOS MANDATARIOS Y AGENTES MERCANTILES

[La naturaleza de las instrucciones y su eficacia delimitadora del margen de iniciativa de comisionistas, agentes y mediadores mercantiles]

1 Introducción: las instrucciones en los contratos de gestión

La figura de las instrucciones aparece –con diferentes denominaciones [“instrucciones”-razonables, añade en ocasiones el Legislador- “disposición expresa”, “órdenes” u “órdenes expresas”]- en el régimen de muy diversos contratos de prestación de servicios en interés ajeno, en los que se encuentra presente el “poder directivo” del Principal, Dueño o Comitente [Basta leer el art. 297, CCom, sobre factores, dependientes y mancebos; los arts. 184 y 185, Ley nº 14/2014, de 24.07.2014, de Navegación Marítima, sobre la relación Armador/Capitán. Asimismo, cabe referirse a la relación Principal/Agente, propia del Contrato de Agencia (art. 9º, apdo. c) de la Ley nº 12/1992, de 25.05.1992, de Contrato de Agencia o LCAG) ⁽¹⁾, también existe este poder en el Mandato civil (art.

1719, CCiv) y –sobre todo- típicamente, en la relación Empresario empleador/Trabajador por cuenta ajena (art. 20, nº 2, TRETrab)] ⁽²⁾. Incluso cabe deducir la existencia de la figura en un contrato atípico como es el de Mediación o Corretaje.

No se da -en cambio- esta figura de las instrucciones -o al menos, así lo parece, en principio- en otros contratos de colaboración interempresarial, pertenecientes a la categoría de los contratos de distribución, como los de Concesión mercantil, Franquicia y Distribución selectiva que, a diferencia de lo que sucede con contratos como la Agencia, la Mediación o la Comisión, o el Mandato, no recurren a la técnica de las instrucciones -o lo hacen en menor medida-, sino que vertebran la relación entre el Principal y el Distribuidor mediante el sometimiento de los concesionarios, franquiciados y distribuidores o representantes comerciales, a clausulados de

¹.- Hallándonos en presencia de un contrato de prestación de servicios de gestión [“*lato sensu*”], en el que existe un *poder directivo* del Principal, la consecuencia lógica será que el Agente deberá someterse a las instrucciones que le imparta el comitente, obedeciéndolas. Vid. ANKELE, J.: § 86, , en “*Handelsvertreterrecht. Kommentar*”, edit. LUCHTERHAND,

erBerlín, 1998, p. 7.

².- GARRIDO, J.Mª.: “*Las instrucciones en el Contrato de Comisión*”, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1995, ps. 60 y s.

condiciones generales impuestas por el Proveedor, que incluso llegan a incidir sobre la política empresarial de los susodichos distribuidores, pues los contratos de distribución son, también, contratos de adhesión, en los que se detecta -con frecuencia- una cierta "inequality of bargaining power", ya que el Distribuidor se halla en situación de inferioridad, respecto del Principal, y muchas veces asume a ciegas el riesgo de inversiones, contratación de personal, publicidad, de pérdida de las mercancías, e incluso de pérdida comercial ⁽³⁾.

Muy al contrario, mandatarios, comisionistas o agentes se hallan sometidos a las instrucciones de sus Clientes o Principales, y dentro de ellas se han de mover, en el desempeño de sus encargos, pues en estos contratos de gestión existe un poder directivo del Principal, que le atribuye la facultad de impartir instrucciones, a las cuales el Agente -dicho sea, en sentido amplio- deben someterse, obedeciéndolas ⁽⁴⁾. Y otro tanto cabe afirmar, respecto del Contrato de Mediación o Corretaje ⁽⁵⁾. Mas, ¿hasta qué punto llega esa sumisión al poder directivo del Principal? ¿Qué margen de iniciativa queda a estos mandatarios, a la hora de llevar a cabo los encargos que se les confían?

La Doctrina suele distinguir -con algunas diferencias- entre una comisión imperativa, una comisión indicativa y una comisión facultativa, en función - aparentemente- del grado de sujeción o sometimiento del Comisionista a las instrucciones impartidas por el Comitente; en función del mayor o menor sometimiento a la iniciativa y voluntad de aquél y - correlativamente- en función del menor o mayor grado de discrecionalidad e iniciativa del Comisionista ⁽⁶⁾. Esta clasificación sería perfectamente extensible a los contratos de agencia y de mediación o corretaje, y -respecto de todos y cada uno de ellos- suscitaría unas mismas interrogantes y cuestiones; a saber: ¿cuál es q
cuáles son los factores que sirven de base a esa calificación? ¿Se trata de factores meramente cuantitativos [que haya un mayor o menor número de instrucciones] o se trata de factores cualitativos- sustanciales? ¿Y cuál es la perspectiva que se debe adoptar? ¿La de la voluntad del Principal o la del nivel de iniciativa que le queda al Agente o Comisionista? Y, sobre todo, el carácter imperativo, indicativo o facultativo ¿lo es de las instrucciones mismas, o lo es del Contrato -de Comisión, Mandato, Agencia o Mediación-, en cuyo contexto se imparten?

³.- VICENT CHULIÁ,F.: "Introducción al Derecho Mercantil", edit. "TIRANT LO BLANCH", 12ª ed. totalmente revisada, adaptada a los nuevos planes de estudios y orientada a la praxis, Valencia, 1999, p. 719.

⁴.- GARCÍA-PITA y LASTRES,J.L.: "La mercantilidad del Contrato de Comisión y las obligaciones de diligencia del Comisionista", en VV.AA.: "Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez", t. III, edit. CIVITAS,S.A., Madrid, 1997, p. 2850. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE,J.: "Tratado de Derecho mercantil", t. III, vol. 1º, "Obligaciones y contratos mercantiles", impr. IMPRENTA SILVERIO AGUIRRE TORRE, Madrid, 1964, p. 465 y s. URÍA GONZÁLEZ,R.: "Derecho mercantil", edit. MARCIAL PONS,EDICIONES JURÍDICAS,S.A., 28ª ed., revisada con la colaboración de Mª.L.Aparicio, Madrid/Barcelona, 2001, p. 724. VICENTE y GELLA,A.: "Curso de Derecho mercantil comparado", t. II, 2ª ed., Zaragoza, 1948, p. 51. VICENT CHULIÁ,F.: "Compendio crítico de Derecho mercantil", t II, edit. J.Mª.BOSCH, EDITOR, 3ª ed., Barcelona, 1991, p. 298. RONCERO SÁNCHEZ,A.: "La representación del Accionista en la Junta General de la Sociedad Anónima", edit. MCGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, Madrid, 1996, ps. 446 y ss. VON GIERKE,J.: "Derecho Comercial y de la Navegación", t. II, trad esp. por Juan M. Semón, edición argentina por TIPOGRÁFICA EDITORA ARGENTINA,S.A., Bs.Aires, 1957, p. 144. HAMEL,J.,

LAGARDE,G. y JAUFFRET,A.: "Traité de Droit commercial", t. II, "Propriété Industrielle. Fonds de commerce et baux commerciaux. Obligations et sûretés. Effets de commerce. Banques et opérations de Banque", edit. DALLOZ, París, 1966, p. 285.

⁵.- BLANCO CARRASCO,M.: "El Contrato de Corretaje", edit. FUNDACIÓN REGISTRAL/COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA, Madrid, 2008, p. 167.

⁶.- RIPERT,G., ROBLOT,R., DELEBECQUE,Ph. y GERMAIN,M.: "Traité de Droit commercial", t. II, edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, 17ª ed., París, 1998, p. 666. MESTRE,J. y TIAN-PANCRAZI,Me.E.: "Droit commercial", edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, 24ª ed., París, 1999, p. 545. SCHMIDT-RIMPLER,W.: "Kommissionsgeschäft", en EHRENBERG,V. y otros.: "Handbuch des gesamten Handelsrechts", t. Vº, vol. 1º, Iª Parte, edit. O.R. REISLAND, Leipzig, 1928, p. 668, que se limita a reconocer que puede haber puntos en los que el Comitente haya dejado cierto grado de libertad o de discrecionalidad o apreciación, al Comisionista, en materia de instrucciones.

Ante todo, es preciso caracterizar lo que sean las propias instrucciones, en sí. Y a este respecto cabe comenzar señalando que, de acuerdo con el Diccionario R.A.E. de la Lengua Española, la voz **instrucción** [del lat. instructio, -ōnis] posee siete acepciones, entre las cuales destacan -por su pertinencia a los presentes efectos- las siguientes: 1. f. Acción de instruir. 2. f. Caudal de conocimientos adquiridos. 4. f. Conjunto de reglas o advertencias para algún fin. U. m. en pl. 5. f. Inform. En una computadora u otro dispositivo electrónico, expresión generalmente formada por números, letras y signos, que indica la operación que debe realizar. 6. f. pl. Órdenes que se dictan a los agentes diplomáticos o a los jefes de fuerzas navales. 7. f. pl. Reglamento en que predominan las disposiciones técnicas o explicativas para el cumplimiento de un servicio administrativo. A su vez, **instruir** [del lat. instruēre. Conjug. c. Construir] significa, entre otras cosas: 1. tr. Enseñar, doctrinar. 2. tr. Comunicar sistemáticamente ideas, conocimientos o doctrinas. 3. tr. Dar a conocer a alguien el estado de algo, informarle de ello, o comunicarle avisos o reglas de conducta. U. t. c. prnl. Es decir, que nos encontramos con voces que se relacionan con otras como las siguientes: **regla**, **advertencia**, **enseñanza**, **adoctrinamiento** -inculcar a alguien determinadas ideas o creencias-, **información** [incluyendo la que tiene por objeto **dar a conocer reglas de conducta**], **orden** que, a su vez, incluye -como 17ª acepción de sus veintiuna- la siguiente: mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar; acepción esta que viene a conectar o coincidir con la idea de **disposición**, como precepto legal o reglamentario, deliberación, orden y mandato de la autoridad [acepción 3ª]. Así pues, pudiendo darse otras posibles equivalencias, lo cierto es que **instrucción** -en el contexto que aquí nos interesa- sugiere o denota regla de conducta o mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar. Por consiguiente, las instrucciones -tal como se utilizan en los contratos de Comisión, Mandato, Agencia o Corretaje... por citar lo más característicos- se caracterizan por las siguientes notas definitorias: a)

son actos unilaterales, b) son actos declarativos, c) son declaraciones de voluntad, d) carecen de eficacia vinculante autónoma, e) tienen carácter recepticio, f) se trata de actos de especificación (7); g) pueden ser anteriores, coetáneas y/o posteriores a la celebración del contrato de gestión (8) y h) pueden no referirse al encargo nuclear, sino a la ulterior liquidación de la operación, entre Principal y Agente/Comisionista.

Ante todo, son declaraciones de voluntad, y no de deseo, de consejo, parecer o conocimiento, porque reflejan la que tiene el Principal, en cuanto “dominus negotii”, de establecer reglas o pautas de actuación para el Agente/Comisionista, y de que la gestión se lleve a cabo conforme a ellas. Mas ¿pueden las instrucciones ser declaraciones de otra índole diferente? Es decir: ¿pueden las declaraciones de deseo, consejo, parecer o conocimiento ser calificadas como “instrucciones”, a los presentes efectos? En mi opinión, la respuesta a esta interrogante debiera ser negativa: aunque en términos estrictamente lingüísticos o gramaticales no parece que haya inconveniente en aplicarles dicho calificativo... las cosas son diferentes, cuando nos movemos en el plano jurídico; especialmente, en el plano legal-positivo, porque cuando la Ley se pronuncia sobre este extremo, lo hace para equiparar los términos “instrucción” [art. 1719, CCiv], con los términos “disposición expresa [del Comitente]” [art. 256, CCom], “orden” u “orden expresa” [arts. 259, 269, 274, 286 y 297, CCom, donde hay una explícita y evidente asimilación o equiparación entre “instrucción” y “orden”], e incluso para equipararlo con términos como el de “mandato expreso” [art. 1713, CCiv] o con expresiones más complejas como la de “límites del mandato”, que no pueden ser “traspasados” [arts. 1714, 1715 y 1725, CCiv]; es decir: para poner de manifiesto que, cuando se habla de instrucciones, en el marco de los contratos de gestión y colaboración, como el Mandato, la Comisión, la Agencia o la Mediación o Corretaje, no se trata de declaraciones de deseo, consejo, parecer o conocimiento, sino que -

7.- GARRIDO, J.Mª.: cit., ps. 64 y ss. Implícitamente, MINERVINI, G.: “El Mandato. La Comisión. El contrato de Comisión de transporte”, trad. y notas de Derecho español por J. Peré Raluy, edit. BOSCH, Barcelona, 1959, p. s. 111 y ss., al analizar y someter a crítica ciertas opiniones manifestadas

por Francesco FERRARA Jr.

8.- GARRIDO, J.Mª.: cit., ps. 84 y ss.

muy por el contrario- reflejan la voluntad que tiene el Principal, en cuanto “dominus negotii”, de establecer reglas o pautas de actuación para el Agente/Comisionista, y de que -por razón de su eficacia vinculante o compromisoria- la gestión se lleve a cabo conforme a ellas.

Rasgo fundamental de las instrucciones es que se trata de actos de especificación; actos que se refieren, sí, al Encargo, objeto del contrato, pero que no se confunden con él, sino que juegan un papel de precisión; de concreción y profundización, como acción y efecto de precisar; de fijar o determinar algo de modo preciso, siendo ese “algo” -en nuestro caso- el Encargo; el Negocio de realización que ha sido confiado y aceptado. Y, si se trata de fijar algo “de modo preciso”, no estará de más advertir que -según el Diccionario R.A.E. de la Lengua Española- de las 10 acepciones que posee la voz **preciso**, -sa [del lat. *præcisus* 'cortado', 'conciso'], las siete primeras son: 1. adj. Dicho de una cosa: Perceptible de manera clara y nítida. 2. adj. Dicho de una persona: Que actúa con acierto y destreza. 3. adj. Dicho de un instrumento de medida: Que permite medir magnitudes con un error mínimo. 4. adj. Dicho de una cosa: Realizada de forma certera. 5. adj. Dicho de una persona o de su expresión: Concisa y rigurosa. 6. adj. Dicho de una cosa: Conocida con certeza o sin vaguedad. Bien se puede afirmar que el propósito y la naturaleza de las instrucciones -dos cuestiones estrechamente relacionadas- es que el Encargo o Negocio de realización sean conocidos con certeza y sin vaguedad; que se perciba, de manera clara y nítida, no ya lo que se tiene que hacer -eso ya debe indicarlo el propio objeto del Contrato-, sino cómo se ha de hacer, eliminando dudas sobre el alcance de la gestión y haciendo más claras y específicas las actuaciones que debe llevar a cabo el Agente o Comisionista, en la ejecución del encargo.

Dice GARRIDO -y no le falta razón- que se trata de declaraciones meramente declarativas, valga la redundancia, ya que no crean nuevas obligaciones, sino que especifican las ya existentes, lo cual tiene

mucho que ver con el hecho de que carezcan de eficacia vinculante autónoma. Las instrucciones no pueden existir de modo válido o jurídicamente eficaz sin una previa válida relación de comisión, agencia, etc. Este hecho, explica que preceptos como el art. 1711, nº 1, Cod.civ.it. establezcan que el Mandatario o Comisionista debe sujetarse a las instrucciones del Mandante, incluso a las instrucciones que sean posteriores: el Comisionista ya está obligado por el encargo aceptado, pero esa obligación comporta o incluye la de atenerse a las instrucciones sucesivas o posteriores, aunque -aparentemente- el consentimiento contractual no hubiera versado sobre ellas, cuando se produjo. En realidad, fue así; en realidad el Agente/Comisionista ya consintieron en la sumisión a las instrucciones posteriores, pues las mismas no tienen autonomía propia como obligaciones independientes: son obligatorias, pero no son independientes, porque viven de la obligatoriedad del encargo aceptado. Ello conecta con la nota de unilateralidad de las instrucciones: no tiene sentido exigir una declaración bilateral, toda vez que -como el contrato de comisión/agencia... ya existe- no se requiere de un nuevo consentimiento del Agente/Comisionista para obligarse a algo a lo que ya se encuentra contractualmente obligado, como tal agente/comisionista. Por este motivo, el Agente/Comisionista queda obligado a cumplir, incluso las instrucciones posteriores.

Que las instrucciones puedan, indistintamente, ser anteriores, coetáneas o posteriores a la celebración del contrato suscita el problema de la diferenciación concreta y práctica respecto del propio “encargo”. Se ha sostenido, sin embargo, que la distinción no puede llevarse a cabo desde una perspectiva lógica y abstracta ⁽⁹⁾. No estoy de acuerdo: creo que es perfectamente posible sentar un principio general y perfectamente lógico, en términos de dogmática jurídica, para distinguir las “instrucciones”, del “encargo”. Ante todo, es preciso tener en cuenta un factor cronológico y de Teoría General del Contrato: el “encargo” únicamente puede ser coetáneo a la celebración del contrato de gestión, porque constituye

cabo, “una instrucción”.

⁹.- SCHMIDT-RIMPLER, W.: cit., p. 664, quien -citando a DÜRINGER/HACHEMBURG- no deja de hacer notar que el contrato de comisión, en sí mismo considerado, es, al fin y al

su objeto, y no puede existir un contrato que se concluya sin objeto determinado. Por consiguiente, es impensable un encargo “posterior”, salvo que dé lugar a un nuevo contrato de gestión distinto, o que el contrato originario no fuera principal y definitivo, sino un precontrato o contrato-marco para la realización de contratos de comisión, agencia, etc. futuros, o que no fuera ni siquiera un encargo, sino una instrucción. Fuera de estos casos, las disposiciones posteriores, por definición, siempre serán “instrucciones”. Y las anteriores, o son otros encargos, y –por tanto- otros contratos distintos, o carecen de eficacia hasta tanto no se concluya el contrato de gestión principal; pues una instrucción carece de eficacia vinculante, y no puede adquirirla más que por la celebración del –acaso, futuro- contrato de gestión.

El problema son las instrucciones coetáneas. Hay quien señala que, si el contrato de comisión se celebra por escrito, y las instrucciones se imparten también por escrito, entonces será necesario diferenciarlas formalmente del encargo; distinguirlas de lo que se describe como “el contenido contractual invariable” o “marco contractual”, a cuyo efecto se propone que vengan recogidas en documento separado ⁽¹⁰⁾. De lo contrario: o se considera que forman parte del encargo, dando lugar a una comisión probablemente imperativa, o bien se considera que sólo constituyen “marco contractual” aquellas especificaciones mínimas, más allá de las cuales [es decir: sin las cuales] el contrato carecería de objeto suficientemente determinado ⁽¹¹⁾, y –por tanto- sería nulo o inexistente, de conformidad con los arts. 1261 y 1262, CCiv. El problema, sin embargo, es aplicar estas reglas a la práctica de cada supuesto singular y concreto ⁽¹²⁾. Sea como fuere, el art. 264 CCom establece una norma especial, o –más bien- una manifestación particular de un deber, aplicado a supuestos concretos:

"El Comisionista que, habiendo recibido fondos para evacuar el encargo les diere inversión o destino distinto del de la comisión, abonará al Comitente el capital y su interés legal y será responsable, desde el día en que los recibió, de los daños y perjuicios originados a consecuencia de haber dejado de cumplir la comisión, sin perjuicio de la acción criminal a que hubiere lugar".

Mas, ¿cuál ha sido el deber contractual efectiva y específicamente incumplido? ¿Se trata de un incumplimiento del propio encargo conferido, o se trata de un incumplimiento de las instrucciones?

Desde luego, sospecho que existe una clara diferencia de esencia y, también, de tratamiento jurídico, aunque posiblemente no de percepción o de caracterización externa, entre ambas situaciones [a no ser en supuestos muy extremos]: la primera supone un incumplimiento total y absoluto ["substantial breach"] del Contrato de Comisión, mientras que, en la segunda, sólo habría un incumplimiento parcial [coexistiendo con una "substantial performance" del Contrato]; una simple contravención al tenor de las obligaciones asumidas, como dice el art. 1101, CCiv, que –aparentemente- no autoriza para hacer uso de la condición resolutoria tácita del art. 1124, CCiv, que es plenamente aplicable al contrato de Comisión ⁽¹³⁾.

2. Modalidades de las relaciones contractuales de gestión de negocios e intereses ajenos, en función del grado de discrecionalidad o iniciativa de los mandatarios o agentes mercantiles y de la entidad de las instrucciones

La distinción –antes citada- entre lo que era materia imperativa, indicativa o facultativa, en el marco de las relaciones contractuales de gestión de negocios e intereses ajenos, para GARRIDO, debía entenderse referida directamente a las “instrucciones”, de modo que –en opinión de dicho autor- los contratos como la

¹⁰ .- GARRIDO, J.M^a: cit., p. 84.

¹¹ .- Implícitamente, MINERVINI, G.: *"El Mandato..."*, cit., p. 111.

¹² .- Sobre el casuismo que caracteriza a esta problemática, vid. MINERVINI, G.: *"El Mandato..."*, cit., p. 111.

¹³.- Así lo demuestran, p.e., las STSs. de 5.02.1976, Rep.Aranzadi, 1976, marg. nº 318 o de 12.03.1984, Rep.Aranzadi, 1984, marg. 4328, y en GARCIA GIL, F.J. y GARCIA GIL, J.L.: *"Los contratos mercantiles y su jurisprudencia"*, edit. ARANZADI, Pamplona, 1993, ps. 27 y s.; ps. 31 y ss.

Comisión mercantil podían llevarse a cabo -podían cumplirse- por el Comisionista o Mandatario, con arreglo a instrucciones que podrían ser -insisto- imperativas, indicativas o facultativas... Pero ello supondría -precisamente- ir contra el sentido gramatical de los textos legales, ampliando el ámbito objetivo-material del concepto "instrucciones", de modo que solamente las instrucciones imperativas podrían ser calificadas como declaraciones de voluntad, mientras que las otras -las indicativas y las facultativas, respectivamente- habrían de caracterizarse como declaraciones de consejo y/o declaraciones de deseo o incluso, tal vez, de conocimiento o ciencia u opinión. En estas circunstancias habría que distinguir entre instrucciones imperativas, indicativas o facultativas... y no entre comisión, agencia, mediación etc. imperativas, indicativas o facultativas. Por consiguiente; si se admite que puede haber instrucciones no imperativas, entonces habrá que pensar que se trata de declaraciones de otra índole [declaraciones de deseo o interés; declaraciones de consejo], en cuyo caso, calificar a una instrucción como imperativa, indicativa o facultativa, podría depender -y, por consiguiente, podría resultar admisible- en función de que las disposiciones accesorias o accidentales que el Comitente dirigiese al Comisionista fuesen declaraciones ora de voluntad -instrucciones imperativas-, ora de deseo o interés, o de consejo -en cuyo caso, podrían calificarse como de instrucciones indicativas o facultativas-.

Sin embargo; no puedo compartir un planteamiento como el que se acaba de expresar: me parece más adecuado sostener -en principio- que la instrucción, o es voluntad vinculante declarada, o no es "instrucción"; razón por la cual creo que debería concluirse que no hay instrucciones que sean declaraciones de deseo, conocimiento, consejo u opinión: sólo de voluntad. Desde luego, calificar como "instrucciones", a las que fueran meras declaraciones de deseo o consejo, podría justificar el hablar de instrucciones imperativas, indicativas o facultativas. Mas creo que no es esta la visión más adecuada: no son las instrucciones las que han de calificarse como imperativas, etc., sino la propia Comisión -o la Agencia, Mediación, etc.-, ya que en ellas cabe que el Principal

dirija al Agente -y empleo esta expresión en sentido muy amplio-, declaraciones de deseo, conocimiento, consejo, opinión..., que no serán instrucciones, y que -por no ser tales- permitirán a dicho agente un cierto -mayor o menor- ámbito de iniciativa propia o de discrecionalidad.

Pero lo que se acaba de referir no juega respecto de las instrucciones propiamente dichas, toda vez que -si se admite que las instrucciones son declaraciones de voluntad, procedentes de un sujeto [el Comitente, Mandante o Principal] que, cuando las emite, ejerce un poder jurídico al que otro [el Comisionista, Mandatario, Corredor o Agente] se halla sometido-, lo lógico es que hayan de tener siempre carácter imperativo, porque para eso son "instrucciones", y el art. 256, CCom establece que en ningún caso podrá el Comisionista proceder contra "disposición expresa" del Comitente. Así; la noción de instrucción, en este contexto, parece sugerir voluntad declarada y con vocación -con el efecto; con el poder- de influir -de forma determinante; vinculante, exigente- sobre la conducta del Comisionista/Agente..., más bien que deseo, mero interés o consejo, y -en este sentido- si se considerase -hipotéticamente- que las instrucciones no tienen por qué ser necesariamente declaraciones de voluntad, ello quedaría fuera del ámbito del Negocio Jurídico y del Contrato, lo cual supondría que este último -es decir: la propia "comisión", "agencia", etc., en sí mismas- es lo que debe ser calificado -respectivamente- como imperativo, indicativo o facultativo.

Sin duda alguna, lo dicho no supone que el Comitente, Mandante o Principal no pueda -en el marco de la relación contractual de gestión- expresar al Comisionista sus deseos o su consejo, en cuando a la forma de ejecución del encargo, pero precisamente porque estas manifestaciones no son declaraciones de voluntad, es por lo que se explica, p.e., que -a falta de instrucciones concretas del Comitente- el Comisionista no pueda considerarse como partícipe de una comisión facultativa, sino que quede sometido al deber de solicitar nuevas instrucciones, pues ¿cómo pueden ser imperativas, indicativas o facultativas unas instrucciones que no existen? Que es la Comisión, la Agencia o el Corretaje, y no las instrucciones, lo que resulta imperativo, indicativo o facultativo, se aprecia,

precisamente, porque faltando instrucciones del Comitente, el primer deber del Comisionista es consultarle, pidiéndole esas instrucciones; consulta y petición que constituye un verdadero deber contractual; una obligación, que no podría existir si la imperatividad fuera referida a las propias instrucciones, y no a la Comisión.

Una vez determinado el encargo nuclear que constituye el objeto del contrato, pueden haberse impartido más o menos instrucciones accesorias, y con mayor o menor minuciosidad, bien que todas hayan de ser igualmente cumplidas, salvo que ellas mismas prevean otra cosa ⁽¹⁴⁾. Claro que no podemos hablar de una instrucción que –al propio tiempo- prevea su propia elusión; el propio apartamiento del instruido; del comisionista, respecto de los términos de esta: lo que habrá serán dos instrucciones, y –aunque parezca paradójico- ambas son tan imperativas, la una como la otra, lo cual no hace sino demostrar que lo imperativo, lo indicativo o lo facultativo es "la Comisión", y no –o sólo mediatamente- las instrucciones. De hecho, si la instrucción perfila el contenido obligatorio del contrato de gestión, este caso podría equivaler –tal vez- al de las obligaciones alternativas [arts. 1131 a 1136, CCiv], probablemente en la modalidad de elección atribuida al Deudor... que es –precisamente- el Comisionista, Mandatario, Agente, etc., el cual habiendo recibido instrucciones diversas sobre la forma en que debe cumplir un determinado aspecto del encargo, deberá cumplir por completo una de ellas, sin poder compeler al acreedor –su Principal- a recibir una gestión que responda parte a una de las instrucciones alternativas, y parte a la otra.

Habiendo optado por la opción de referir el carácter imperativo, indicativo o facultativo a la propia Comisión, etc.; a la propia relación contractual de gestión, que apodera –"lato sensu"- al Comisionista o Agente para disponer sobre derechos e intereses patrimoniales del Principal, confiriéndole un ámbito discrecional más amplio o más restringido, creo que es

partiendo de esta base como se puede hablar de la Comisión imperativa, para referirse a aquella comisión en la que hay una sujeción de la actuación del Comisionista a las instrucciones del Comitente, que es absoluta y donde el contenido de las instrucciones dadas por el Comitente es –o, mejor, tiende a ser- muy prolijo y minucioso, y constar principal o predominantemente de declaraciones de voluntad. Más, aún: se trata de una comisión, mandato, agencia, etc. en la que el Mandatario, Comisionista, etc. carece de margen de iniciativa propia, o lo tiene reducidísimo, hasta el punto de que –faltándole instrucciones- se ve obligado a solicitarlas, llegando –incluso a interrumpir la ejecución del encargo, hasta que le sean impartidas, y sin poder continuar su gestión actuando con discrecionalidad. En este supuesto, el Principal especifica con detalle –y la Ley positiva así lo espera- los términos del negocio de ejecución del encargo, en cuyo caso se impone al Comisionista, Agente, Mandatario o Mediador un riguroso deber de consulta y petición de instrucciones, salvo que la naturaleza del negocio no lo permita ⁽¹⁵⁾. En toda relación de gestión que sea imperativa, hay siempre algo de prohibitivo, porque en los puntos en los que las instrucciones son imperativas, se establece la prohibición de hacer u omitir cualquier otra cosa, que no entre dentro de las citadas instrucciones: las instrucciones imperan sobre el comisionista, que tiene que observarlas sin que importe que las tenga por correctas o equivocadas y sin que le quepa siquiera un poder de interpretación de su sentido, en la medida en que no tenga el derecho o el deber de separarse de ellas ⁽¹⁶⁾.

Problemática especial pudiera suscitarse en torno al art. 9º, nº 2, apdo. c), LCAG, cuando establece que el Agente comercial –en sentido, ahora, estricto, técnico o propio- "deberá... c) Desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia", pues esta dicción suscita la interrogante siguiente: ¿acaso ese "[d]esarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones recibidas del empresario, siempre que

¹⁴- GARRIDO,J.Mª.: cit., p. 89.

¹⁵- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE,J.: "Tratado...", cit., t. III, vol. 1º, p. 466. VICENT CHULIÁ,F.: "Compendio...", cit., t. II, 3ª ed., p. 298. GARCÍA LUENGO,R.B.: "Contratos en distribución: el Contrato de Comisión", cit., p. 172. MESTRE/TIAN-

PANCRAZI.: cit., 24ª ed., p. 545.

¹⁶- GRÜNHUT,C.S.: "Das Recht des Commissionshandels", Viena, 1879, p s. 109 y 112, SCHMIDT-REIMPLER,W.: cit. en EHRENBURG y otros.: t. Vº, vol. 1º, p. 669.

no afecten a su independencia" significa que estamos ante una relación de gestión o representación no-imperativa, sino -por el contrario- indicativa o incluso facultativa? ¿Es que no cabe una relación contractual de agencia imperativa? En mi opinión, la respuesta a esta interrogante debe ser negativa; en otras palabras: las palabras del art. 9º, nº 2, apdo. c), LCAg no deben interpretarse, en ningún caso, como significativas de que no cabe una relación contractual de agencia imperativa, sino que simplemente quieren dar a entender que el Agente no debe quedar sometido a unas instrucciones que afecten a su independencia económica como empresario; como titular de una empresa propia, autodirigida, autoorganizada y responsable, convirtiéndolo en una suerte de trabajador subordinado que "no osa decir su nombre", lo cual no es óbice para que -en las relaciones que trabaje con terceros, por cuenta e interés de su Principal- haya de actuar con un margen de iniciativa propia reducidísimo, cuando no directamente nulo.

3. Relaciones contractuales de gestión en régimen de iniciativa autónoma

Todos los supuestos a los que me he referido anteriormente comparten un rasgo común: se trata de relaciones heterónomas, y yo anteriormente sugerí que también podría existir una Comisión autónoma, y empleo este adjetivo en su sentido más literal, o casi: el sentido que expresa que es el Comisionista quien se fija las propias instrucciones, superando -incluso- la comisión facultativa, ya que no se trata de que el Comisionista quede autorizado a obrar a su discreción, sino que -de hecho- el Comisionista anuncia cuál será la forma en que actuará, al cumplir el encargo. ¿Existe este supuesto tan singular? Por supuesto que sí: lo encontramos en la llamada solicitud pública de representación de los accionistas en la Junta General, del art. 187, del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que establece que la solicitud de representación que dirige el eventual futuro Representante, al eventual Representado [accionista minoritario]- deberá incorporar "la indicación del sentido en que votará el representante, en caso de que no se impartan instrucciones precisas". De este modo

el art. 187, TRLSoc.cap -en la línea del viejo art. 107, TRLSA- prevé la posibilidad de que el mandatario o comisionista que represente a un socio -a una pluralidad de socios-, como consecuencia de la formulación de una solicitud pública, podrá votar en el sentido que él mismo indique, si los accionistas por él representados no le dan otras instrucciones. El precepto mencionado suscita, pues, una cuestión de enorme importancia: ¿estamos ante un supuesto de comisión "facultativa", o ante una derogación del art. 255, CCom?

La respuesta a esta interrogante tiene graves consecuencias: si fuera lo primero -comisión facultativa-, resultaría aplicable el art. 255, párr. 2º, de tal modo y manera que el Representante-comisionista debería hacer "lo que le dicte la prudencia y sea más conforme con el uso del comercio, cuidando del negocio como propio" ⁽¹⁷⁾. Por el contrario, si fuera lo segundo, el Comisionista hará -y podrá hacer- lo que haya manifestado que va a hacer, aunque no sea "lo que le dicte la prudencia y sea más conforme con el uso del comercio, cuidando del negocio como propio"; es decir: aunque suponga más la protección de su propio interés, que la del interés de su representado. La figura me sugiere más un "mandatum in rem propriam", con algún rasgo de comisión facultativa, ya que es dable suponer que quien formula la solicitud pública de representación tiene, ya, un interés personal o gestiona personalmente un interés de otro, previo al de quien le confía sucesivamente la representación que solicita públicamente, y -por este motivo- desea agrupar e mayor número de acciones; de votos, porque pretende utilizarlas para asegurar los acuerdos que se acomoden al interés al que sirve previamente. Por este motivo es por lo que ya orienta su voto, anticipadamente, en un sentido propio, que será el que hará valer, si es que no le son impartidas otras instrucciones. Así, esta amplia libertad de actuación resulta suprimible o modificable por la voluntad del Comitente/representado, de impartir nuevas instrucciones, con lo que volveríamos a una comisión heterónoma.

¹⁷.- Al parecer, RONCERO SÁNCHEZ, A.: "La representación del Accionista...", cit., p. 452.

Por otro lado –y a la inversa-, existe una Comisión facultativa, en la que se autoriza al Comisionista a proceder según su buen criterio: en este caso, existen un número muy reducido de instrucciones, y –más precisamente- el número es reducido en términos relativos; es decir: que habría muchos aspectos que el Comitente podría haber querido fijar, pues el encargo lo permitiría... pero no lo ha hecho, reduciendo el número de “disposiciones expresas” [art. 256] o –mejor aún- impartiendo instrucciones que permiten operar con libertad [instrucciones que, en el fondo, también son declaraciones de voluntad unilaterales vinculantes], hasta el punto de que –con toda probabilidad- lo único que se habrá señalado por el Comitente será el negocio a realizar, siendo el Comisionista juez en cuanto la modalidad de su ejecución ⁽¹⁸⁾. Bajo tales condiciones, el art. 255 CCom, párr. 2º, parece perfectamente aplicable.

Entre ambas posibilidades, aún cabría imaginar una tercera, intermedia: la de la Comisión indicativa, en la que el Comitente señala algunos elementos del negocio de realización, en cuyo caso el resto queda a la prudencia del Comisionista y a los usos del negocio; es decir: a la prudencia de un comerciante ordenado,

que protege lealmente el interés de su cliente, debiendo cuidarse el negocio como propio ⁽¹⁹⁾, lo que justificaría –incluso- un desobedecer las instrucciones del Comitente, cuando fuera preciso ⁽²⁰⁾ y ⁽²¹⁾, pero siempre que no se tratase de “disposiciones expresas” ⁽²²⁾. A decir verdad: no sería propio hablar de desobedecer, porque se desobedece aquello que debía ser obedecido sin excusa, pero si la Comisión es indicativa o facultativa, o no había instrucciones que debieran ser obedecidas, o ya las propias instrucciones preveían una facultad de apartamiento [supuesto de las dobles instrucciones como objeto de obligación alternativa].

9

Mas, entonces vuelve a surgir la cuestión antes planteada –que, en este punto sólo se halla parcialmente resuelta-, de qué es lo que determina que un contrato de comisión, mandato, agencia o corretaje responda a un régimen de sumisión imperativo, indicativo o facultativo. Pues bien; en mi opinión, la respuesta definitiva es el grado de iniciativa que se deja al Gestor o Agente, lo cual puede venir determinado por la Ley o por la Voluntad: la Ley opta por un modelo imperativo, como modelo básico, en el

¹⁸.- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE,J.: “*Tratado...*”, cit., t. III, vol. 1º, p. 466. VICENT CHULIÁ,F.: “*Compendio...*”, cit., t. II, 3ª ed., p. 298. HEMARD,J.: en ESCARRA/ESCARRA/ RAULT.: cit., t. II, p. 73. MESTRE/TIAN-PANCAZI.: cit., 24ª ed., p. 545.

¹⁹.- VICENT CHULIÁ,F.: “*Compendio...*”, cit., t. II, 3ª ed., p. 298.

²⁰.- GRÜNHUT,C.S.: “*Das Recht...*”, cit., p. 113, quien señala que en estos casos el Comisionista queda autorizado, pero también en cierta medida obligado, a apartarse de las instrucciones del Comitente, debiendo adoptar esta decisión de acuerdo con el módulo de diligencia del ordenado comerciante. HEMARD,J.: “*Le Mandat commercial. Les transports*”, en ESCARRA,J, ESCARRA,E. y RAULT.J.: “*Cours de Droit commercial*”, t. II, edit. EDITIONS DU RECUEL SIREY, París, 1955, p. 73 refiere el fenómeno de la Comisión facultativa al supuesto en que el Comisionista posee la facultad de interpretar las instrucciones dadas por el Comitente, lo cual comporta que –de todos modos- deberá actuar con prudencia y, si se apartase –si se debiese apartar- *sensiblemente* de las instrucciones dadas con carácter indicativo por el Comitente, deberá comunicarlo o advertirlo a éste y, en caso de necesidad, deberá pedirle nuevas instrucciones.

²¹.- Sobre las tres modalidades de comisión, vid. GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE,J.: “*Tratado...*”, cit., t. III, vol. 1º, p.466. DE

ANGULO RODRIGUEZ,L.: “El Contrato de Comisión” en JIMENEZ SANCHEZ y otros.: “*Derecho mercantil*”, t. II, edit. ARIEL, 2ª ed., Barcelona, p. 249 VICENT CHULIA,F.: “*Compendio...*”, cit., t. II, 3ª ed., p. 298. GARCÍA LUENGO,R.B.: “Contratos en Distribución. El Contrato de Comisión”, en VV.AA.: “*Contratos mercantiles*”, dir. por A.Bércovitz Rodríguez-Cano y Ma.A. Calzada Conde, Consejo de redacción: V.Cuñat Edo, E.Galán Corona, R.B.García Luengo, I.Quintana Carlo y M.Vergez Sánchez, edit. ARANZADI,S.A., Elcano (Navarra), 2001, ps. 172 y s. GRÜNHUT,C.S.: “*Das Recht...*”, cit., p. 109. DERRIDA,F.: “Les obligations du commissionaire et les garanties du commettant”, en VV.AA.: “*Le Contrat de Commission. Etudes de Droit commercial*”, dir. y prefacio por J.Hamel, París, 1949, p. 90. VAN RYN,J. y HEENEN,J.: “*Principes de Droit commercial*”, t. IVº, edit. ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT, 2ª ed., Bruselas, 1981, p. 18. HEMARD,J.: en ESCARRA/ESCARRA/RAULT.: cit., t. II, ps. 70 y ss.. RIPERT/ROBLOT.: cit., t. II, 11ª ed., p. 594 y s., quienes hablan de “*instrucciones*” que son imperativas y otras que son simplemente facultativas, puesto que dejan al Comisionista una cierta libertad de apreciación. En el mismo sentido, Vid. GARRIDO,J.Mª.: cit., ps. 87 y ss.

²².- GARCÍA LUENGO,R.B.: “Contratos en distribución: el Contrato de Comisión”, cit., p. 172.

régimen del CCom, mientras que parece optar por un modelo indicativo, al regular el Mandato civil.

En el caso del CCom, la razón es que el legislador toma como modelo una Relación de Comisión, en la que “comerciante o agente mediador del comercio” lo es el Comitente, y no el Comisionista -lo cual responde al modelo de la Comisión como acto de comercio accesorio-, cuando la realidad actual nos muestra el predominio abrumador de los comisionistas y -sobre todo- agentes empresarios; el predominio abrumador de los comisionistas y -sobre todo- agentes profesionalmente dedicados a la agencia y representación mercantiles, en cuyo caso lo lógico sería que las relaciones de gestión respondientes a modelos facultativos o -siquiera- indicativos.

Cuando la calificación de la relación depende de la voluntad, lo normal será atender al factor cualitativo del volumen relativo de instrucciones; es decir: el volumen relativo -el número- de “órdenes expresas” o “disposiciones expresas” que el Principal ha dirigido al Agente, etc. pues, cuanto menos sea ese volumen; cuanto más reducido sea ese número -y si el Agente es el que tiene la condición de profesional [más, aún, si es un profesional especializado]- mayor será el margen de libre iniciativa del Agente y, por consiguiente- nos hallaremos en presencia de relaciones de índole indicativa, o incluso facultativa.