

La intermediación inmobiliaria

por

RICARDO YÁÑEZ VELASCO

Magistrado, Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Procesal

SUMARIO

1. NORMATIVA APLICABLE: DESCONCIERTO Y LAGUNAS. EN ESPECIAL, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.
2. LA FIGURA JURÍDICA DEL INTERMEDIARIO EN EL MERCADO INMOBILIARIO:
 - 2.1. EN GENERAL.
 - 2.2. LIBÉRRIMA «PROFESIÓN» Y ENTIDADES JURÍDICAS O DE HECHO (SOCIEDADES, AGENCIAS Y FRANQUICIAS).
3. EL CONTRATO:
 - 3.1. EL SERVICIO OBJETO DE LA PRESTACIÓN.
 - 3.2. LA DEFINICIÓN O TIPO CONTRACTUAL VIABLE.
 - 3.3. LA AMPLIACIÓN DEL CONTRATO BASE.
 - 3.4. LAS HIPÓTESIS DE RESOLUCIÓN.
4. DERECHOS Y OBLIGACIONES:
 - 4.1. EN GENERAL.
 - 4.2. REMUNERACIÓN Y RECIPROCIDAD EN LAS RELACIONES DE LEALTAD E INFORMACIÓN MUTUA.
 - 4.3. LA DOBLE MEDIACIÓN.
 - 4.4. CONTRATOS COLATERALES. DETERMINACIÓN DE OBLIGACIONES DERIVADAS Y RESPONSABILIDAD.
 - 4.5. EN PARTICULAR: ARRAS PENITENCIALES RECIBIDAS POR EL MEDIADOR Y DERECHO DE RETENCIÓN A CUENTA DE LA REMUNERACIÓN DE ESTE ÚLTIMO.
 - 4.6. OTRAS RESPONSABILIDADES DEL INTERMEDIARIO.
5. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DEL COMPRADOR/VENDEDOR NO CONTRATANTE.
6. ALGUNAS CONCLUSIONES.

1. NORMATIVA APLICABLE: DESCONCIERTO Y LAGUNAS. EN ESPECIAL, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La venta o la compra de una vivienda, o cualquier otra actividad inmobiliaria de índole patrimonial, pueden realizarse sin necesidad de un intermediario que, inevitablemente, incrementará el coste de la transacción, a satisfacer por el vendedor o por el comprador, incluso por ambos. El valor del tercero, y así la lógica de su remuneración, debe estar directamente relacionada con un beneficio para su contratante, en el ámbito de la gestión, de la información o de la conclusión del negocio. Por eso quien quiere vender, o quien quiere comprar, puede intentarlo por sí solo, afrontando individualmente todas las dificultades y vericuetos que encierra la operación perseguida, comenzando por conseguir comprador, o vendedor, según sea el caso. O bien aligerar las cargas que ello supone contratando o sirviéndose de un mediador. En principio parece que el individuo puede consultar por sí mismo, a través de asesoramientos gratuitos para el consumidor, internet, bibliotecas, notarías o instituciones públicas relacionadas con la transacción pretendida, por ejemplo a nivel tributario. Además, no puede olvidarse que existen unos parámetros de índole registral y notarial que, a satisfacer de necesidad, incorporan un deber de información y asesoría inherente al servicio. Es más, si media un préstamo hipotecario, para cancelar —el vendedor— o para adquirir —el comprador—, la entidad hipotecante tendrá especial cuidado en la gestión de sus propios intereses. Con todo, las negociaciones privadas y suscripción de convenios, pactos o contratos antes de su escrituración, la misma elección y costes de notarios, registros e impuestos, o la actuación relacionada con las entidades financieras, introducen a buen número de sujetos en un ámbito complejo, desconocido y, dicho sea, peligroso por lo que desde el punto de vista obligacional puede suponerles. Las indicaciones colaterales y la iniciativa personal no evitarán múltiples obstáculos de comprensión, preocupación y tiempo que acaso no valga la pena soportar. Y ello especialmente porque el precio que quiere recibirse o pagarse a menudo no se altera: el coste del mediador acaba repercutiéndose, al fin y al cabo, sobre la parte que no le contrató. En efecto, si el vendedor de una finca desea obtener una determinada cantidad de dinero y el mediador asume la gestión de la operación añadiendo su comisión a dicha cantidad, consiguiendo su propósito ningún perjuicio habría soportado ese vendedor, disfrutando lo pretendido y un servicio auxiliar que, de resultar correcto, habrá facilitado extraordinariamente sus intereses. De igual modo, el comprador puede acabar pagando lo que quería y beneficiarse del profesional en la intermediación inmobiliaria y eludir riesgos tanto civiles como ilícitos penales.

Es lo cierto que el propio mediador, además de trabajar a porcentaje de la compraventa y así restar o incrementar precio, puede ser fuente de conflictos y causa de problemas, incluso delictivos, pero también que, una vez realizada su

labor, con mayor o menor corrección pero culminada en lo que más interesa a las partes —encontrar un vendedor para un comprador o un comprador para un vendedor—, puede resultar víctima de la picaresca. De común acuerdo o unilateralmente, comprador y/o vendedor pueden pretender eludir sus obligaciones contractuales para con el mediador, ahorrándose el importe de la remuneración en su día pactada. Acaso el comprador no está dispuesto a pagar el precio de venta más la comisión, sino sólo el precio que quiere obtener el vendedor, lo que motiva en éste el intento de negociar por su cuenta, ocultando la operación al intermediario que había contratado. Quizá la codicia del vendedor sea simplemente lo que incite a obtener más precio para sí, quedando con todo el importe de un comprador ajeno a sus particulares relaciones de intermediación y la deducción que correspondería al mediador. O por considerar, andando el tiempo, que la gestión efectivamente realizada por el intermediario en absoluto vale lo que inicialmente se acordó. Sea como fuera, el derecho de remuneración y el deber de su pago por quien lo asumiera es fuente habitual de litigios.

En otro tiempo, con gran auge del sector inmobiliario, el vendedor llegaba a asumir la devolución duplicada de las arras porque el incremento sobre el precio inicialmente pactado no sólo absorbía el coste penitencial de pagarlas sino que sumaba beneficios. En la actualidad se contrata privadamente incluso sin arras, mientras que los porcentajes del intermediario, con o sin exclusiva, resultan significativamente diferentes. De cualquier modo, la exacerbación durante tantos años del negocio inmobiliario, afectó sensiblemente la caracterización clásica del mediador en este sector, al igual que convirtió la vivienda —necesidad social significada pero poco promovida públicamente, pese al mandato constitucional— en objeto de especulación, un sistema de inversión con enormes beneficios en el que proliferaron desde promotores y constructores hasta cualquiera ansioso de ocupar la posición del profesional cualificado en la intermediación inmobiliaria. Ni antes ni ahora ayudó la normativa en presencia, o mejor decir la ausencia de normación, acudiendo a las reglas generales, por lo común insatisfactorias, en materia de protección de consumidores y usuarios.

En una época donde el agente de la propiedad inmobiliaria, profesional que por naturaleza se encuentra llamado a la intermediación inmobiliaria, no tenía tanta competencia como en la actualidad, el Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, del Ministerio de Vivienda, aprobó un Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, deficiente e incompleto para abordar con suficiente extensión y perspectiva el ámbito de la intermediación inmobiliaria. La STS de 16 de mayo de 1972 anuló parte de su redacción original, propiciando el Decreto 55/1975, de 10 de enero, que abrió la puerta a una positivizada asociación de agentes. Y el Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio, estableció nuevos estatutos generales de la profesión —sin perjuicio de regulaciones positivas comunitarias, como en Andalucía o Cataluña—. Pero ni solucionó los problemas reales, que con el paso del tiempo se multiplicaron

exponencialmente, ni sirvió para simplificar y unificar la dispersa normativa aplicable en el ámbito que ahora ocupa, donde concurren gran variedad de normas sectoriales, reglas generales y abundantes preceptos del Código Civil y del Código de Comercio que estratifican la interpretación subsidiaria hasta un grado de confusión preocupante. Sin embargo, lo peor resulta de la ausencia de normativización de actividades comerciales de todo punto ajenas, precisamente, al agente de la propiedad inmobiliaria, lo que, curiosamente, se ha incrementado en los últimos tiempos merced a la propia labor legislativa. Primero el Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, después la Ley 10/2003, de 20 de mayo, particularmente como «desregularizadora» de la mediación inmobiliaria, a pesar de que la misma, en sentido propio, no se encontraba convenientemente regulizada en ese momento.

Y como ya se adelantó, partiendo de una absoluta falta de sistema y exigencia jurídica para los operadores del sector mediador inmobiliario, debe acudir a las normas generales en beneficio del consumidor, única barrera cierta, aunque no siempre sencilla, de la protección del individuo frente al intermediario. Así las cosas, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, modificó diversos preceptos de la actualmente derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, y siguen siendo de aplicación en el ámbito del consumidor inmobiliario, bajo la distinción legislativa entre condiciones generales de la contratación como tales y cláusulas abusivas. Aquellas son las incorporadas al contrato impuestas por una de las partes, independientemente de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, su extensión o cualesquiera otras circunstancias, inicialmente redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Por su parte, las cláusulas abusivas son cualquier estipulación no negociada individualmente, contraria a la buena fe y causante, en perjuicio del consumidor, de un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato¹, todo ello sin perjuicio de la hermenéutica de cada caso concreto².

El régimen general de las condiciones generales exige la expresa adhesión de todo contratante, la redacción bajo principios de claridad, concreción, sencillez y transparencia, la sumisión al clausulado particular si éste contradice el general —salvo que el general resultase más beneficioso—, excluyendo aquellas condiciones que el adherente no ha tenido oportunidad real de conocer, no haya

¹ Artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto-ley 1/2007, de 16 de noviembre.

² Cfr., por ejemplo, Santiago ESPIAU ESPIAU, «Interpretación del contrato y bases del Derecho contractual europeo», en *Bases de un Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 217 a 243; María SERRANO FERNÁNDEZ, *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos. ¿Hacia una unificación hermenéutica contractual?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

firmado o sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles. En todo caso son nulas cuando contrarían Ley u otra norma imperativa o prohibitiva y ello supone perjuicio del adherente. Las cláusulas abusivas se estudian en relación con los bienes o servicios objeto del contrato y analizando el completo contexto de circunstancias concurrentes en el momento de celebrarlo, así como el resto de acuerdos; su determinación deriva hasta la nulidad³.

En términos generales, resultan abusivas las cláusulas que vinculan el contrato a la voluntad del empresario —que en el ámbito de la compraventa puede ser equivalente a una eventual posición de dominio—, que limitan los derechos básicos del consumidor y usuario, que carecen de reciprocidad, que imponen garantías desproporcionadas al riesgo, o cargas de prueba al consumidor cuando tendría que ser al revés. También se definen como abusivas las cláusulas sobre competencia y derecho aplicable, o las que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, como por ejemplo: declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, de adhesión a pactos realmente desconocidos con anterioridad a la celebración del contrato, la transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión inimputables o de los gastos de documentación y tramitación que legalmente se atribuyen al empresario —aquí atendiendo la distribución legal de gastos entre comprador y vendedor, que varía entre Comunidades Autónomas.

La normativa especial de protección de consumidores y usuarios suele aplicarse cuando se llevan a cabo compraventas entre una constructora o una promotora y un particular, afrontando condiciones generales de precontratos y contratos como posibles vías de abuso. En todo caso, siempre que un particular sea parte compradora, es aplicable dicho contenido protector, considerando abusivas aquellas cláusulas faltas de reciprocidad, en concreto las que establezcan retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia mientras el profesional, en cambio, no asume ningún tipo de indemnización para el supuesto en que renuncie él⁴. Igualmente, en ocasiones el disponente se reserva

³ Vid., en general, *Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*, en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 6, CGPJ, Madrid, 1992; cfr., en particular, Juan Luis GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, «La defensa del consumidor adquirente de bienes inmuebles en el Derecho español y en el comunitario», en *El contrato de compraventa*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 21, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 177 a 226; Francisco Javier ANGELINA GONZÁLEZ, «El derecho de los consumidores ante la adquisición e intermediación inmobiliaria. Especial consideración a las cláusulas abusivas en los contratos de compraventa», en *Derecho y vivienda*, Cuadernos de Derecho judicial, núm. 10, CGPJ, Madrid, 2005, págs. 203 a 230; Julio PICATOSTE BOBILLO, «Derechos y garantías de los consumidores en la compra de vivienda», en *Hacia un código del consumidor*, Manual de Formación Continuada, núm. 34, CGPJ, Madrid, 2005, págs. 487 a 669.

⁴ Vid., en general, Rocío DIÉGUEZ OLIVA y otros, *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Tecnos, Madrid, 2006. Cfr. SSAP de Castellón, Sección 3.ª, 10-X-2002; Sevilla, Sección 5.ª, 31-3-2005; Almería, Sección 3.ª, 31-5-2006.

facultades de modificación unilateral del contrato, por ejemplo cuando una vivienda en construcción se vende sobre plano pero el promotor o constructor se atribuye la posibilidad de cambiar el proyecto o la memoria de calidades inicialmente ofertadas y/o publicitadas para los consumidores⁵. Y ello muy a pesar de que ese proyecto o memoria constituyan documentos fundamentales en el consentimiento prestado por el comprador-consumidor, en relación con las obligaciones de información de promotores, constructores o agentes (en su día arts. 8 y 13.2 de la LDCU; 2 a 6 del RD 515/1989, de 21 de abril, relativo a la protección de los consumidores en cuanto a la información en la compraventa y arrendamiento de viviendas)⁶.

Quepa en este momento breve inciso sobre la buena fe como canon hermenéutico contractual —sea o no considerado fuente del Derecho objetivo—, a partir de la norma legal del artículo 1258 del Código Civil. A modo de criterio de interpretación sería una especie de regla de corrección o probidad sobre las declaraciones de voluntad dudosas emitidas por las partes: se entenderían como lo harían las personas correctas. Y pese a que no existen referencias explícitas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil, debe reconocerse que la razón de ser de alguno de estos preceptos hunde raíces en el principio de la buena fe negocial⁷. De todos modos, es de señalar que los reconocimientos jurisprudenciales a la buena fe como criterio hermenéutico no siempre lo son, sino que enlazan con la función de integración o incluso normativa del principio⁸.

La buena fe y el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones en presencia rechaza, como regla de principio, toda estipulación no negociada individualmente, desequilibrante, que si resulta calificada de abusiva será nula de pleno derecho, a tener por no puesta; sea o no consumidor la parte a resultar beneficiada por la nulidad. En esta línea de interpretación llegan a serlo, también, las meras notas de visitas que un posible comprador firma a favor de un

⁵ Dicho sea que negociar sobre plano conforma un contrato de compraventa peculiar al no existir todavía la cosa objeto del negocio; cfr. SSTs 30-X-1989 (Ar. 6976), 1-VII-1992 (Ar. 6498), 22-III-1993 (Ar. 2544).

⁶ STS 4-XII-1998 (Ar. 8788); SAP de Madrid, Sección 1.ª, 19-II-2004.

⁷ Sobre la buena fe, véase, entre otros, Christian ECKL, «Algunas observaciones alemanas acerca de la buena fe en el Derecho contractual español: de principio general del Derecho a cláusula general», en *Bases de un Derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 41 a 52; Ana QUIÑONES ESCÁMEZ, «Buena fe y lealtad contractual», en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 341 a 404; Gustavo ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe en los contratos*, Temis, Madrid, 2011; cfr., en particular, Margarita JIMÉNEZ HORWITZ, «La renuncia de derechos y la buena fe contractual en el ámbito de las normas imperativas de protección», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LX, Fasc. II, abril-junio de 2007, págs. 513 a 558.

⁸ En este sentido Ángel Manuel LÓPEZ LÓPEZ, «La interpretación del contrato», en *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 404; con cita de las SSTs de 13 de marzo de 1952, 28 de marzo de 1965, 11 de octubre de 1966, 19 de noviembre de 1966 y 4 de febrero de 1972.

mediador que le muestra la vivienda a la venta, pretendiendo ese mediador, sea una persona física o una agencia inmobiliaria contratada por la propiedad vendedora, cobrar una comisión al comprador que luego la acaba comprando sin intermediación de la agencia. Y ello es así al haberse incluido en la nota de visita que el comprador no podía adquirirla fuera de la actuación de ese mediador o la intermediación de la agencia. En este ejemplo parece claro que se impone al comprador de la finca una limitación significativa sin ningún tipo de contraprestación más allá de habérsela enseñado —por virtud del encargo de venta de la propiedad del vendedor, retribuido por éste como contrato de colaboración—, generando con ello un patente desequilibrio negocial⁹.

2. LA FIGURA JURÍDICA DEL INTERMEDIARIO EN EL MERCADO INMOBILIARIO

2.1. EN GENERAL

El profesional inmobiliario como mediador, en lo que ahora interesa, es aquel sujeto que consigue conducir o facilitar el contrato mediado, obteniendo honorarios del que tomara la iniciativa de su mediación, cosa que puede corresponder tanto al vendedor como al comprador.

Una actividad profesional, clara y directamente vinculada con la intermediación en la compra y venta de inmuebles, es la del agente de la propiedad inmobiliaria, que además encuentra su profesión regulada jurídicamente. Sin embargo, la Ley 10/2003, que según su exposición de motivos pretendía «clarificar la situación actual del ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria afectada por la falta de jurisprudencia unánime», dada la ausencia de profesionalización, sobre todo en orden a los derechos y garantías de consumidores y usuarios, y frente la ingente proliferación de actividad comercial significativamente especuladora durante la bonanza del sector constructivo, estableció que las actividades de intermediación inmobiliaria podían ser ejercidas «por personas físicas o jurídicas sin necesidad de estar en posesión de título alguno, ni de pertenencia a ningún colegio oficial, sin perjuicio de los requisitos que, por razones de protección a los consumidores, establezca la normativa reguladora de esta actividad» (art. 3.b), lo que como ya se advirtió fue considerado, prácticamente, una desregularización de la mediación inmobiliaria¹⁰.

⁹ SSAP de Madrid, Sección 21.ª, 7-XI-2006; Zamora, Sección 1.ª, 28-IV-2005.

¹⁰ En igual sentido, Enrique VENDRELL SANTIVERI, «El profesional de la intermediación inmobiliaria», en *La intermediación inmobiliaria*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 4, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 19.

Sin embargo, retrocediendo en la historia del Derecho, advertimos que la figura del mediador existe en las culturas más primitivas, con múltiples funciones pero una de ellas incólume en el pasar de los siglos: facilitar la aproximación entre compradores y vendedores, estimulando la coincidencia de oferta y demanda entre el comerciante extranjero y el indígena, al que se servía, al propio tiempo, de intérprete¹¹. Se trataba de un comerciante, cuyo negocio mercantil era la mediación, quien luego pasó a ser funcionario público —con prohibiciones de ingresar en sociedad y ejercer el comercio ni por cuenta propia ni por cuenta ajena— y más tarde nuevamente comerciante —como corredor libre al transformarse los métodos mercantiles durante el siglo XIX¹²—, totalmente desdibujado y desprofesionalizado en la época actual.

Más amplio que el clásico corredor de fincas, un mediador inmobiliario de hoy día debiera ir más allá de la actividad comercial, enraizando en el negocio jurídico-civil que afronta intereses contrapuestos bajo la buena fe contractual, ofreciendo a las partes interesadas en un negocio inmobiliario la seguridad jurídica necesaria para llevar a buen término la operación que sea, bajo la legalidad vigente, en particular la política de viviendas y protección oficial y los derechos y garantías del consumidor, así como toda una serie de exigencias profesionales como la lealtad, la reserva, la imparcialidad, la objetividad, la transparencia o la información veraz, sin olvidar un cúmulo básico de conocimientos técnicos y jurídicos¹³. En fin, un marco de actuación en el que se habrían de velar los intereses generales, no obstante los particulares en presencia afecten radicalmente este tipo de planteamiento¹⁴, donde suele descubrirse buena parte de la litigiosidad en esta materia. El código deontológico¹⁵ y régimen disciplinario colegial del mediador enlaza con fianzas o aseguramientos frente a eventuales

¹¹ Joaquín GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, pág. 678; la escasa consideración social del oficio de mediador en Roma (era el *proxeneta*) incrementa valor en la Italia de la Edad Media, monopolizando una función que es funcionarizada, corporativamente organizada bajo fuertes obligaciones. Cuando en este periodo se culmina su importancia, en el siglo XIII, se redactó el Código de Costumbres de Tortosa, llegando el sistema de restricción y monopolio hasta las Ordenanzas de Bilbao de 1737.

¹² No obstante resulta todavía patente la subsistencia del antiguo sistema de privilegio en el Código de Comercio español de 1829.

¹³ En relación con la buena fe, vid. Miguel GODREAM ROBLES, «Lealtad y buena fe contractual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 609, marzo-abril de 1992, págs. 291 a 343; Manuel GARCÍA AMIGO, «Consideraciones a la buena fe contractual», en *Actualidad Civil*, 2000-I, págs. 1 a 15; José Carlos ESPIGARES HUETE, «La globalización de la garantía: límites y concreción de la buena fe», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 269, julio-septiembre de 2008, págs. 901 a 948; Íñigo DE LA MAZA GAZMURI, *Los límites del deber precontractual de información*, Civitas, Cizur Menor, 2010.

¹⁴ En este sentido, vid. Francisco Javier GARCÍA-VALDECASAS y ÁLEX, *La mediación inmobiliaria. La mediación, agentes de la propiedad inmobiliaria: terminología, señas de identidad, contrato de mediación, protección inmobiliaria, su problemática y la de la mediación en general*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

¹⁵ La CEAB aprobó en Bruselas el CD europeo el 31 de marzo de 2006.

responsabilidades directas (así desde el art. 11 del Reglamento de 1969), pero por encima de todo ello suele resaltarse la exigencia experta y humana de quien ha de prever las dificultades, adelantarse a los problemas, conocer a las personas, sus actos y sus efectos. Porque en muchas ocasiones depende del mediador el futuro de una persona o una familia¹⁶.

Pero es sabido que las mencionadas disciplina y deontología pierden virtualidad para aquellos profesionales no colegiados, mientras que la colegiación únicamente se dirige a los agentes de la propiedad inmobiliaria, situación que en realidad marca su propia discriminación. Estos, a fin de ejercer dicha profesión, en teoría debieran tener el título que expedía el Ministerio de Vivienda (hoy Ministerio de Fomento) tras superar las correspondientes pruebas de aptitud —previa titulación de licenciado universitario o diplomado técnico universitario superior o medio— y encontrarse colegiados, propiciando con esto último la protección de terceros a través de seguros colectivos que por razón de la actividad contrata el colegio profesional correspondiente. Dicho sea que hace años no se convocan pruebas estatales específicas de acceso, lo que ha supuesto la elaboración de regímenes estatutarios a un nivel autonómico, donde se admite el acceso directo de los graduados en Estudios Universitarios a convalidar por el Consejo Rector de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España, o bien se precisa la licenciatura en Derecho, Ciencias económicas, Arquitectura o Ingeniería más dos cursos de formación complementaria durante el primer año de ingreso.

2.2. LIBÉRRIMA «PROFESIÓN» Y ENTIDADES JURÍDICAS O DE HECHO (SOCIEDADES, AGENCIAS Y FRANQUICIAS)

Todo lo anterior no puede llevarse a cabo si faltan determinadas facultades. No ya, obviamente, propias de la capacidad civil y de obrar, sino deudoras de una exigencia adicional característica o propia del mercado inmobiliario destinatario. Pero en el terreno de la capacitación y la titulación no se llega a ningún tipo de conminación normativa. Esa mayor exigencia, propia del marco sectorial de actuación, solo se requiere formalmente para determinados profesionales, que en cierto modo resultan perjudicados frente a muchos otros sujetos dedicando al mismo trabajo sin prácticamente afrontar ningún tipo de requerimiento legal.

La liberalización civil y administrativa de la actividad ha permitido la intervención de terceros no profesionales, y en efecto mucho menos sometidos al régimen que es propio de los agentes de la propiedad inmobiliaria, así como de múltiples sociedades de gestión y mediación, normalmente en régimen de

¹⁶ *Sic* autores como GARCÍA GARCÍA; vid. «Los agentes de la Propiedad Inmobiliaria y el Registro de la Propiedad», en *Actualidad Civil*, núm. 8, 1 de marzo de 1993.

responsabilidad limitada, que plantean la elusión de consecuencias significativas para las personas físicas que las forman, con o sin simulación subjetiva, en el bien entendido que el cliente acude a la sociedad y de ella obtiene el servicio. Pero debiera ser el mediador inmobiliario actuante el responsable último de los posibles daños y perjuicios directamente vinculados a la actividad que en concreto haya desplegado, sin perjuicio de la también responsabilidad societaria, lo que en tal caso añadiría una cobertura de mayor seguridad, pese a que en la práctica no haya sido así por causa de la insolvencia y oscurantismo contable de una gran mayoría. De cualquier modo, si ese mediador ajeno a la colegiación no está suficientemente capacitado, y más aún cuando se trata de un empleado meramente contratado como comercial, no se vinculará a ningún control específico, en detrimento de los derechos y garantías del consumidor final.

Es lo cierto que la limitación al asociacionismo entre agentes de la propiedad inmobiliaria, en su día llevada a efecto por el Decreto 55/1975 con motivo de la STS de 16 de mayo de 1972 —que anuló el art. 3 del Reglamento de 1969—, pretendió luchar contra la impunidad por responsabilidad personal en el ejercicio de la mediación. En este sentido, se anudó la asociación a la sociedad civil con ánimo de lucro, mas no mercantilizada, a través de sociedades colectivas o en comanditas. En tales casos el socio capitalista respondería con lo aportado a la sociedad, pero los socios colectivos o comanditarios deberían ser agentes de la propiedad inmobiliaria y asumir responsabilidades con su patrimonio personal. El problema práctico, en el que sociedades limitadas o mercantiles en general hacen negocio de la actividad mediadora, se sostiene merced a la jurisprudencia al uso, que admite su intervención pese a la dicción legal, por entender que las normas reglamentarias o administrativas no suponen proclamación de exclusividad alguna de las funciones propias de los agentes de la propiedad inmobiliaria, no permiten nulidad de una sociedad de responsabilidad limitada en función de su objeto social —únicamente podría anularse por causa restrictivamente tasada—, sin afectar el tráfico civil y comercial y la libertad de contratación, y no pueden afectar el ordenamiento jurídico privado¹⁷. Básicamente, esta jurisprudencia se colocaría en contra de un intervencionismo administrativo o corporativo y recordaría que el respeto de intereses colegiales y corporativos ha de tutelarse desde el marco de la Ley de Colegios Profesionales y en su caso del Derecho administrativo sancionador.

Las agencias, sucursales y franquicias de las sociedades de mediación, acrecientan exponencialmente los riesgos sobre capacitación, profesionalidad y responsabilidad de la actividad intermediadora, claramente prefigurada ya como mercantilizada y crematística, donde diluida la imparcialidad y objetividad del actuante y elevada al máximo la publicidad y el marketing mercantilista neolibe-

¹⁷ SSTs 31-I-1990 (Ar. 1995), 3-X-1995 (Ar. 6982).

ral, no resulta sorprendente la incorporación de cláusulas abusivas en contratos de adhesión sin control público ni corporativo alguno.

En este ámbito de actuación, además, no son extrañas las ventas en tránsito, donde la agencia inmobiliaria obtiene una finca cuya posesión, mientras no revenda para enriquecerse con el sobreprecio, puede entregar a tercero sin poseer efectivamente el objeto de venta, colocándose como poseedor distinto del dueño y reteniendo exclusivamente la posesión mediata, mientras que el comprador obtendrá la inmediata, que gozará un efecto analógico al del artículo 1463 i.f. del Código Civil¹⁸. En todo caso, esta actividad, significativamente especulativa, se separa de manera inevitable de la intermediación inmobiliaria, aunque pueda considerarse, en general, una forma de colaboración.

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, definidas como aquellas que tienen por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional, trató de organizar el ejercicio de las profesiones colegiadas a través de las sociedades, generando con ello un nuevo tipo de profesional colegiado, la propia sociedad bajo un contexto de garantía para el cliente o usuario del servicio profesional y de garantía de seguridad jurídica en general, ampliando los sujetos responsables. En consecuencia, los agentes de la propiedad inmobiliaria que ejerzan de forma colectiva sus funciones, deben constituirse en sociedad profesional (art. 1 de la citada ley), bajo cualquiera de las formas societarias legalmente previstas, cuya normativa específica será supletoria de la Ley 2/2007. No obstante, la cuestión abre polémica a la vista de la actual liberalización del mercado en este sector, sobre todo teniendo en cuenta que la «actividad profesional», que define el objeto de las sociedades profesionales, requiere titulación universitaria oficial o profesional. En cualquier caso, como sociedad profesional no será posible realizar actividades más allá del objeto social definido o mediante personas no inscritas en el colegio profesional correspondiente. Y será obligatorio suscribir un seguro de responsabilidad civil por la que pueda incurrirse en el ejercicio de la actividad que constituya su objeto social. Las sociedades ya constituidas con anterioridad tuvieron que regularizar su situación al tiempo que adaptar sus estatutos en el plazo de un año¹⁹.

Los derechos y obligaciones de la actividad profesional se imputarán a la sociedad profesional, sin perjuicio de la responsabilidad personal profesional. La responsabilidad patrimonial social, en principio bajo el régimen de sociedad adoptado o constituido para la responsabilidad de los socios, frente a las deudas sociales derivadas de los actos profesionales propiamente dichos hará responder

¹⁸ SSTs 10-VII-1997 (Ar. 5464); 3-XII-1999 (Ar. 8974); 4-IV-2002 (Ar. 3228); 22-XII-2002 (Ar. 10136).

¹⁹ A su vez, debían ser disueltas de oficio si todo ello no se verificaba en un año y medio, lo que ofrece un control registral más sencillo a través de los colegios profesionales de agentes de la propiedad inmobiliaria, si bien la liberalización de este mercado complica el sistema.

a los socios en solidaridad con la sociedad, aplicando reglas generales de responsabilidad contractual o extracontractual (art. 11 de la Ley 2/2007). Importa destacar que el régimen de responsabilidad establecido se aplica también a aquellos profesionales que desarrollen colectivamente su actividad profesional, sin constituirse en la sociedad prescrita. Bastará que ese actuar conjunto suponga la emisión de facturas, recibos u otros documentos bajo una denominación común o colectiva, o que simplemente desarrollen su actividad públicamente bajo esa denominación (DA 2.^a de la Ley 2/2007).

Por cierto que el delito de intrusismo no resultará viable, por cuanto no hay exclusividad ninguna que limite la actividad intermediadora²⁰. De manera que aunque la jurisprudencia penal haya condenado por este injusto²¹, conforme a la Directiva comunitaria 67/43 será la normativa nacional la que establezca la reserva de ciertas actividades incluidas en el sector de los negocios inmobiliarios a favor de las personas que venían ejerciendo la profesión regulada de agente de propiedad inmobiliaria²². E inmediatamente debe recordarse que la jurisprudencia constitucional había indicado que no exigir un título académico para ejercer la mediación impedía incluir a los mediadores no titulados dentro del tipo penal de intrusismo profesional²³, tesis no alterada por la reforma del Código Penal, según la cual desapareció de la descripción típica la palabra «académico».

3. EL CONTRATO

3.1. EL SERVICIO OBJETO DE LA PRESTACIÓN

La prestación de un servicio, útil y ajeno, desde un punto de vista tradicional, se describiría como obligación de hacer (arts. 1088, 1098, 1120 II, 1123 III, 1161 II, 1184, 1254 CC), que básicamente se adapta a la normativa de las obligaciones de dar, sufriendo una denunciada insuficiencia legislativa, jurisprudencial y doctrinal²⁴, sin olvidar la vejez de un Código Civil fuertemente vinculado en su génesis a la economía agraria, que ofrece tanto parcialidad como generalidad

²⁰ Vid., en términos generales, Gonzalo QUINTERO OLIVARES, «Artículo 403», en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (él mismo dir.), Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 1763 a 1767. En la consideración de que el agente de la propiedad inmobiliaria siquiera ejerce una «profesión», cfr. Álvaro REQUEJO PASCUA y José María CERVELLÓ GRANDE, «Una aproximación administrativa al delito de intrusismo en materia de intermediación inmobiliaria», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 32, diciembre de 1993, págs. 165 a 175.

²¹ Por ejemplo, SSTs 23-II-1983 (Ar. 1715), 10-VII-1990 (Ar. 6282), 10-I-1991 (Ar. 71).

²² Tribunal de Justicia de la CEE, Sala 2.^a, 28-I-1992.

²³ STC 111/1993, de 25 de marzo, reiterada.

²⁴ Vicente Luis MONTÉS PENADES, «El encargo», en *La intermediación inmobiliaria, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 47 y sigs. Vid. el antiguo Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio, y la Orden de 4 de marzo de 1993. En la Ley del Derecho

para los contratos de los que se escribirá a continuación. Existe una primera distinción, desarrollada en el Derecho germánico, entre obligaciones de medios o de diligencia y obligaciones de resultado²⁵. En las primeras —cuya configuración más característica es el contrato de servicios— se cumple llevando a cabo una conducta experta respetuosa con las reglas específicas del arte u oficio que corresponda (la *lex artis ad hoc*) y la diligencia que corresponde al tiempo, lugar y personas intervinientes (art. 1104 CC), sin que importe que se haya o no logrado el objetivo de la actividad. Claro está que la falta de profesionalidad puede dificultar el enfoque de la diligencia debida basada en el profesional medio, inexistente, a pesar de que el servicio debiera considerarse profesional, acudiendo entonces a la diligencia debida del prestador no profesional del servicio, que será la general del buen padre de familia; el buen comerciante está excluido al esquivarse la profesionalidad. En las obligaciones de resultado, en cambio, debe alcanzarse el objetivo propuesto para satisfacer al acreedor, y solo a través de la consecución del objetivo pactado se satisface el negocio —se anudan al contrato de obra—. De este modo el resultado es parámetro de la prestación al tiempo que sistema de ponderación de los daños generados por el incumplimiento. Claro está que la obligación de mera actividad puede configurarse como un resultado, acaso instrumental e igualmente evaluable.

Son contratos de servicio el mandato, y por supuesto el arrendamiento de servicios²⁶, pero no existe un contrato de colaboración al que acudir como sistema supletorio o de cierre, como sin embargo pasaría con la compraventa respecto de otros negocios de cambio entre una cosa y un precio, régimen éste de difícil acomodo en el servicio. Pues, en el de servicio no se compra sino que se arrienda, siendo el precio el modo de obtener un uso o un disfrute limitado de la conducta ajena, además de que si no existe un intercambio la traslación de utilidad no se aprecia: no se adquiere la utilidad por precio, sino que se aprovecha la actividad o el resultado de la actividad. Pero el tipo de servicios puede agruparse en dos grupos claramente distinguidos, el de aquel profesional liberal que presta un servicio separado de quien lo encarga, por sí mismo o dentro de una empresa (el abogado, el médico o el arquitecto); y el de aquel otro caracterizado por la dependencia y la subordinación, ofrecido por

a la vivienda en Cataluña se establece como «oferta de la vivienda» atenta a la información mínima que distinga entre intermediario y propietario.

²⁵ Vid. Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, José María Bosch ed., Barcelona, 1993; Vicente Luis MONTÉS PENADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», en *Contratos de gestión, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 9, CGPJ, Madrid, 1995, págs 11 a 64.

²⁶ Conviene precisar que el Código Civil no regula el contrato de servicios prestado por los profesionales liberales, que es en la actualidad el principal ámbito de actividad donde juega el contrato de servicios; aunque no toda prestación de servicios efectuados por estos profesionales puede calificarse como contrato de servicios, en tanto pueden serlo de obra.

un profesional, con o sin titulación, trabajador por cuenta ajena e integrado en la organización empresarial del beneficiario.

La denominada «comisión de éxito» suele incorporarse como una cláusula adicional que eleva la retribución en función de un determinado resultado, pero se apoya en una obligación de medios, a modo de incentivo; no obstante el buen fin también puede suponer un condicionante, reductor de la retribución si no se consigue. Característica importante en este marco negocial es la incoercibilidad del hacer: el deudor no puede ser constreñido directamente, sino con mucho sustituido por tercero, siempre y cuando el contrato no haya tenido en cuenta la calidad y circunstancias personales del deudor —a no confundir con el carácter *intuitu personae*—, que de esta manera lo convertirían en infungible (arts. 1098, 1161 y 1166 CC). Con todo, importa mucho destacar la confianza o fiducia que pudiera coexistir, característica en el mandato, la sociedad o algún tipo de arrendamientos de servicios, porque junto con la intransmisibilidad consecuen- te —para el acreedor y para el deudor— se abre la hipótesis del desistimiento unilateral sin necesidad de alegar o probar justa causa, al igual que la extinción por fallecimiento de cualquiera de las partes (arts. 1594 y sigs., 1700.3.º y 4.º, 1732.1.º a 3.º CC).

3.2. LA DEFINICIÓN O TIPO CONTRACTUAL VIABLE

Las relaciones de colaboración en sentido estricto —según actividades de gestión de bienes o asuntos del comitente, importando la idea de la sustitución—, pueden dividirse según haya comunidad de fin entre los interesados —con o sin establecimiento de fondos comunes—, no haya esa finalidad común o se pretenda aportar una parte de algún elemento o de alguna utilidad para conseguir un fin que es propio de esa sola parte. Las relaciones de gestión también son relaciones de colaboración sin fin común entre contratantes, y así se observan el corretaje, la gestión empresarial, la comisión o la agencia, donde se comparte la ajenidad del interés al actuar. El contrato de comisión se encuentra significativamente regulado en el Código de Comercio, que complementa lagunas del Código Civil y del contrato de mandato; la Ley 12/1992, de 27 de mayo, se ocupa del contrato de agencia, mientras que son atípicos tanto la gestión empresarial originada en el *management* anglosajón como la mediación o corretaje, aun cuando éste se aprecie fragmentariamente legislada a través de actividades concretas como, por ejemplo, los transportes o los seguros, y precisamente la propiedad inmobiliaria. En el tráfico económico la intermediación y la cooperación entre agentes económicos es extraordinariamente frecuente, motivando las diversas figuras jurídicas mencionadas y un importante elenco de improvisación negocial, atípica, que incrementa las dificultades de interpretación cuando los pactos resultan confusos e imprecisos.

Rasgo común de las relaciones de gestión es que persiguen promover y estipular negocios jurídicos denominados «contratos de ejecución», donde se pretende un resultado concreto y no una mera actividad material, al tiempo que son constituidos profesionalmente. De entre todos ellos conviene centrarnos en el intermediario independiente y la mediación o corretaje²⁷. Esta última se construye a través de la jurisprudencia, según la cual un sujeto pone dos o más partes en relación para la conclusión de un negocio, sin estar ligado a ninguna de ellas a raíz de relaciones de colaboración, dependencia o representación más allá de la propia del negocio concreto, y sin participar en el mismo personalmente, siquiera como simple mandatario, comisionista o representante de uno de los interesados²⁸. En la práctica, no obstante, el mediador suele intervenir en los contratos celebrados, abriendo el régimen jurídico que en cada uno de ellos se haya pactado o se derive en modo genérico. Destaca particularmente, salvo pacto en contrario, que el mediador o corredor se someta al éxito de la gestión encargada —que hace llamar mediado el contrato de referencia— y es independiente del sujeto que le contrata. El resultado tiene lugar cuando se formaliza el contrato, a pesar, incluso, de que después se incumpla, se resuelva, o se padezcan incidencias que aborten los objetivos pretendidos por los contratantes.

Como contrato consensual, bilateral²⁹, aformal, oneroso (o hago para que tú des), atípico, innominado y aleatorio —a vista de su incierto resultado—, con obligación de retribuir al mediador —salvo pacto en contra, cuando se perfecciona el contrato mediado—, se rige por los pactos entre partes, siempre bajo las exigencias de licitud en la libre autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y, en su defecto, según las disposiciones generales sobre contratación, usos y costumbres (art. 1258 CC). Concretamente se añade que, en aquello que resulten aplicables *ad casum*, lo serán los preceptos positivos reguladores de las figuras contractuales que presentan íntima afinidad o especial relación de semejanza³⁰. Cesa una vez el mediador relaciona a las partes que han de realizar el contrato final, habiendo sido el núcleo de la prestación de servicios

²⁷ Cfr. Francisco Javier GARCÍA VALDECASAS y ÁLEX, *La mediación inmobiliaria...*, cit.; Daniel RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, *El contrato de corretaje inmobiliario. Los agentes de la Propiedad Inmobiliaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006; Antonio CARRASCO PERERA, Encarna CORDERO LOBATO y Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Diles, Madrid, 2008.

²⁸ SSTs 12-XII-1902, 4-XII-1953 (Ar. 4002), 28-II-1957 (Ar. 997), 27-XII-1962 (Ar. 4889), 10-III-1992 (EDJ 2117), 21-V-1992, 19-X-1993 (EDJ 9253), 2-X-1999 (Ar. 7007), 21-X-2000 (Ar. 8811), 5-XI-2004 (Ar. 6657), 13-VI-2006 (Ar. 3368), 21-III-2007 (EDJ 17979), 30-III-2007 (EDJ 21898), 31-I-2008 (EDJ 10910).

²⁹ Dicho sea que cierto sector doctrinal aprecia la mediación como contrato unilateral, en el que sólo se obliga la parte que hace el encargo al mediador, mas parece incontestable que este último también se obliga, al menos a realizar con normal diligencia el ejercicio de la mediación.

³⁰ SSTs 21-III-2007 (Ar. 2356), 13-XI-2008 (Ar. 5918), 25-V-2009 (EDJ 120193).

la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario.

Sería lógico pensar que el régimen de funcionamiento entre quien encarga la intermediación inmobiliaria y el mediador contratado se contiene y limita en el propio pacto de mediación o encargo, pero en la práctica no existe una instrumentalización del encargo a través de poderes ni, en su caso, se introducen en un contrato de arras u otros preparatorios de la compraventa, como tampoco en la perfección o en la consumación de ésta. Será bajo el principio de la buena fe como se analice interpretativamente la voluntad, una vez admitida la concurrencia de elementos propios del mandato³¹. Además, abundan las condiciones suspensivas para el cobro del premio o comisión, del tenor de un devengo sólo si el negocio final se efectúa merced a la intervención del mediador, con sometimiento a un plazo temporal. Recuérdese, en este último sentido, que el contrato de mediación instaure una relación duradera, sea indefinida o por tiempo cierto (a una fecha o por la naturaleza temporal del servicio pactado), pero como principio de orden público se prohíbe taxativamente el contrato de servicios vitalicio —como prohibición de la servidumbre— y que si de ese modo se contratase se entendería que lo es por tiempo indeterminado. En la intermediación inmobiliaria el particular pudiera tener que ver con el comprador, a modo de la inversión especulativa cuya gestión básica entregase a un mediador, que en realidad no pretende adquirir un inmueble para sí sino todos aquellos que pudieran funcionar como inversión, indefinidamente, a fin de comprar para vender, lo que en la actualidad respondería, a diferencia de lo ocurrido pocos años atrás, con importantes fondos de inversión proyectados a medio y largo plazo.

3.3. LA AMPLIACIÓN DEL CONTRATO BASE

Es común indicar, en este tipo de regulaciones positivas, jurisprudenciales o supletorias, la salvedad del pacto en contrario, y ciertamente que los acuerdos complementarios de la intermediación inmobiliaria fundamentan subtipos o nuevas figuras contractuales, lo que hace muy difícil establecer parámetros generales para la interpretación y supone abordar un acopio de casuística nada fácil de manejar en el sistema jurídico continental.

Y puede ocurrir que la extralimitación de la intermediación tipo se efectúe sin el consentimiento previo del comitente, lo que impone de necesidad su ratificación para evitar nulidad del contrato en su caso celebrado, por ejemplo, con un precio de venta más bajo del previsto, a costa de una parte de la

³¹ Por todas, STS 27-IV-1957 (Ar. 1.603). La distinción entre la mediación y el mandato es, por lo demás, reiterada; cfr. SSTS 8-IV-1991 (Ar. 2678), 10-III-1992 (Ar. 2167), 19-X-1993 (Ar. 7744) y muchas otras.

comisión o manteniéndola intacta. Hasta que no se produzca la ratificación el negocio se encontraría sometido a *conditio iuris*, colocándose en un estado de suspensión³²; mientras que la ratificación, expresa o tácita, genera efectos *ex tunc* —distinguiéndose de la confirmación del contrato anulable, con efectos *ex nunc*—, no obstante la retroacción nunca podrá afectar a los terceros que, *medio tempore*, hubieran adquirido su derecho. Claro que a tenor de las normas del mandato, aquí aplicables, no se entiende que se incurra en extralimitación cuando el encargo es concluido de forma más ventajosa, bien obteniendo mayor precio del estipulado a favor del vendedor o menos para el comprador, y no ya a costa de la remuneración que uno y otro hubieran pactado pagar, pues este particular ya no sería relevante en ese punto.

Únicamente a través de un acuerdo explícito puede intervenir el corredor en el contrato mediado, o asumir la obligación de contratar o garantizar el cumplimiento que corresponde a un tercer individuo, sin que tener autorización para recibir una paga y señal implique apoderamiento tácito para vender en nombre de otro³³. Pero la variada tipología complementaria aboca un buen cúmulo de figuras jurídicas que, además, están resultando convenientemente llamadas para servir de régimen supletorio al contrato básico de corretaje o intermediación inmobiliaria.

Bajo la perspectiva de la legislación mercantil los mediadores son personas que colaboran en la actividad de los empresarios sin estar ligadas a ellos por un vínculo jurídico permanente y estable. El contrato de mediación o corretaje mercantil se lleva a cabo caso por caso, según el cual el mediador se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, que habrá de buscar al efecto³⁴. El carácter mercantil del contrato de mediación simplemente deriva de la naturaleza de los contratos que promueve o facilita el mediador. Pero no debe confundirse con la comisión mercantil aunque resulte afín. La actividad del mediador, a diferencia de la del comisionista, no es propiamente jurídica sino material: la aproximación de dos futuros contratantes. Como tampoco puede identificarse con el contrato de obra, en el bien entendido que el mediador, salvo pacto expreso complementario, despliega una actividad de búsqueda de posibles contratantes pero no se compromete ni obliga a alcanzar un resultado u obra determinada, se concluye que la mediación ha de considerarse contrato especial innominado, cobijado por el principio de libertad de pactos del artículo 1255 del Código Civil³⁵. De ahí que, sin una regulación jurídica positiva, se atienda al contenido y efectos del propio contrato suscrito entre las partes, a lo que establezcan los usos

³² STS 26-X-1999 (Ar. 7625).

³³ STS 19-X-1993 (Ar. 7744), 7-III-1994 (Ar. 2198). La realización de actos de riguroso dominio imponen mandato expreso; STS 6-III-2001 (Ar. 3973).

³⁴ SSTs 5-V-1973 (Ar. 1541), 5-VI-1978 (Ar. 1779).

³⁵ Por ejemplo, SSTs 3-VI-1950 (Ar. 1.250), 27-XII-1962 (Ar. 5692), 3-III-1967 (Ar. 972).

de comercio y las normas del contrato de comisión que pudieran ser aplicadas por analogía, sin perjuicio de las obligaciones que la legislación imponga a los agentes mediadores colegiados.

En el Derecho Civil, el mandato supone que el mandatario asumirá la obligación de realizar actos jurídicos para el ámbito de quien se los encarga como mandante, tratándose de actos de gestión de los asuntos de este último, por lo que aquél se supedita a éste. Pero la identificación sustancial del mandato civil y la comisión mercantil convierte a ésta en un mandato cualificado por la naturaleza mercantil del acto u operación que constituye su objeto y por la intervención de un comerciante, como mínimo, en el contrato. Sencillamente se trata del mandato mercantil³⁶. El mandato civil es gratuito salvo pacto en contrario, sin embargo se presume retribuido cuando el mandatario es un gestor profesional (art. 1711 CC). Mas no exige, ineludiblemente, el carácter mercantil del servicio, encargo u operación, lo que distingue ambos tipos de mandato a pesar de que la gestión profesional suponga por regla retribución o remuneración. La comisión también se acerca a la definición del arrendamiento de servicios, pero en éste el precio cierto resulta esencial, mientras que la retribución del comisionista no es elemento esencial del negocio, sino natural (art. 277 Ccom). Y no se olvide que, al tiempo que el arrendamiento de servicios tiene por objeto actos materiales, el objeto de la comisión mercantil se circunscribe a actos u operaciones jurídicas de carácter mercantil. En este sentido, son especialmente aptas para servir de objeto a la comisión tanto la compraventa como el transporte. El artículo 272 del Código de Comercio recoge el pacto de garantía según el cual en la práctica mercantil —como comisión de garantía (*star del credere*)— el comisionista se obliga a responder del buen fin de la operación³⁷, a pesar que, de ordinario, no responda en la comisión de venta de la solvencia del comprador ni de su retraso en el pago del precio. El intermediario inmobiliario del propietario vendedor, si se sujeta al buen fin de la operación para cobrar su remuneración, no dejará de vincularse a la solvencia del comprador y puntualidad en el pago a modo de comisión de garantía. No se trata de una fianza ni de un seguro, simplemente es un pacto contractual que se yuxtapone al básico de la mediación, ampliando el sistema normal de responsabilidad del intermediario.

3.4. LAS HIPÓTESIS DE RESOLUCIÓN

Distinto de lo anterior es la revocación o desistimiento unilateral como causa extintiva del propio contrato de mediación, figura jurídica abiertamente

³⁶ Rodrigo URÍA GONZÁLEZ, *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 737 y sigs.

³⁷ Por todas, STS 4-X-1986 (Ar. 5020).

admitida cuando no exista plazo o éste se haya pactado «indefinido», enlazando con el principio de no perpetuidad de las relaciones obligacionales y a pesar de que el desistimiento unilateral no se encuentra entre las causas extintivas del artículo 1156 del Código Civil³⁸. La discusión proviene de supuestos contractuales donde se pactó un tiempo de duración contractual, que bajo la regla del *pacta sunt servanda* y que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse en manos de uno de los contratantes (art. 1256 CC) sólo permitiría desistir si la propia Ley así lo autorizase³⁹, o lo hayan hecho los propios interesados al contratar. En cualquier caso, la base sustantiva de este tipo de terminación anormal se coloca contra la recíproca confianza que hubo al contratar, y aunque en principio no suprime los derechos —por ejemplo, del art. 279 CCom—, no siempre que se extingue un contrato basado en la confianza mutua procede la compensación económica⁴⁰. Desde el punto de vista del mediador, en particular, la renuncia no exonera obligaciones hasta que la otra parte pudiera adoptar las medidas procedentes para suplir la falta, lo que ha de entenderse en una negociación intermediada ya en curso, pues difícilmente tenga sentido cuando todavía no se ha determinado un posible tercero contratante. Y aun sin necesidad de causa justa la renuncia tampoco elude, por exigencias de la buena fe, un preaviso razonable si es que no hay pactado uno en concreto, en buena medida relacionado con lo anterior.

La jurisprudencia ha venido estableciendo que sólo cuando la resolución unilateral contractual vulnere el plazo de preaviso acordado, sea contraria a las exigencias de la buena fe negocial o resulte abusiva, cabrá admitir la procedencia del derecho a la indemnización. Ésta no derivará del contenido negocial inicialmente pactado, sino del incumplimiento del pacto, sea respecto de la forma de denuncia unilateral, sea en referencia a la omisión de bondad negocial (art. 1258 CC y 57 CCom.), o del ejercicio abusivo o malicioso de un derecho (arts. 7.1 y 7.2 CC), imponiendo en cualquier caso la carga de la prueba de los daños y perjuicios y su cuantía a quien los alegue.

En el ámbito de la comisión mercantil la revocación habrá de ponerse en conocimiento del comisionista para que surta efecto, y mientras no se notifique, los actos y contratos ejecutados por el comisionista serán válidos y eficaces respecto del comitente. Los posteriores a la notificación correrán de cuenta del comisionista, ya sin tal condición. En el ámbito de la intermediación inmobiliaria la validez y eficacia contractual referida dependerá de que, junto con el contrato de mediación, exista representación suficiente para contratar. Pero en cualquier

³⁸ El mediador es el que desistiría en sentido propio, mientras que el mediado renuncia o revoca el encargo; SSTs 2-V-1963 (Ar. 2407), 9-X-1965 (Ar. 3251) ó 13-XI-2008 (Ar. 5918).

³⁹ Vid., por ejemplo, artículos 644 y sigs., 1598, 1700, 1732, 1733, 1736, 1594, 1775, 1776 del Código Civil; SSTs 17-IX-1983 (Ar. 4544) ó 14-III-1986 (Ar. 1252).

⁴⁰ SSTs 6-XI-2006 (Ar. 9425) y 25-V-2009 (Ar. 3040).

caso las gestiones realizadas por el intermediario deben considerarse retribuidas mientras no llegue a su conocimiento la resolución unilateral del contrato. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio que los efectos posteriores a esa resolución unilateral, pero nacidos en actos de gestión del mediador previos a la misma, engendran derecho de remuneración; dejando a un lado la posible discusión sobre aceptación o no, por parte del mediador, de la apuntada resolución unilateral, y por supuesto las dudas sobre una correcta comunicación recepticia de ésta, si el destinatario evita recibir notificación alguna en el domicilio designado o por los medios hasta ese momento utilizados sin inconveniente entre las partes.

4. DERECHOS Y OBLIGACIONES

4.1. EN GENERAL

El ya aludido Decreto 3248/1969 desarrolló los deberes y obligaciones de los agentes de la propiedad inmobiliaria, lo que en la actualidad ha venido considerándose medida del grado de diligencia o de pericia exigibles, a través de los mecanismos de integración del contrato (art. 1258 CC), perfilando una especie de regulación básica de la intermediación inmobiliaria en el ámbito de la ética negocial. Singularmente se acude a los artículos 7.1, 7.2 y 1104 del Código Civil, y también a aquellos otros preceptos que prohíben y sancionan prácticas abusivas en protección de los consumidores⁴¹. Infringir las reglas no supondrá, sin más, responsabilidad del mediador, pero el contenido normativo servirá para evaluar su conocimiento y diligencia, estableciendo en su caso la culpa y así la obligación de resarcir eventuales daños y perjuicios.

4.2. REMUNERACIÓN Y RECIPROCIDAD EN LAS RELACIONES DE LEALTAD E INFORMACIÓN MUTUA

Los honorarios del mediador, normalmente en forma de comisión y como porcentaje del precio de la operación, en menos ocasiones como tanto alzado, se apoyan en la libertad del pacto bajo el régimen general de los contratos (art. 1255 CC). En principio constituyen un elemento esencial del negocio jurídico, si bien existen casos en que, no pactado el precio o importe del servicio,

⁴¹ En general deberá acudirse a la normativa fundamental (la refundida Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios; previa la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios), sin que existieran expresas previsiones en la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones anticipadas en la construcción y venta de viviendas, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores, o la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo.

se activan diversos mecanismos para su determinación, en aras de evitar un enriquecimiento injustificado y soslayando el hecho de que la actividad mediadora no puede ser gratuita salvo cuando tal circunstancia sea expresa o implícitamente asumida por la mera liberalidad del propio mediador. Éste tendrá derecho a su recompensa cuando ponga en relación las partes que han de celebrar un futuro contrato determinado⁴². No importa que después resulte frustrado el negocio, se perfeccione o se consume⁴³.

La ausencia de pacto expreso, así como de una tarifa o emolumento tasado, abre la vía de la equidad⁴⁴, a través de una aplicación analógica del artículo 277.2 del Código de Comercio, normalmente atendiendo a criterios profesionales, ponderando los hechos tanto cualitativa como cuantitativamente. En tal sentido, orienta la valoración procedente tanto el servicio o función efectivamente prestado (compra y venta, permuta, opción de compra, cesión de derechos, traspasos, promociones, reparcelación, etc.) como el tiempo efectivamente dedicado, la naturaleza y localización del inmueble, el precio de la operación y las gestiones adicionales a la misma, directamente propias del mediador o asumidas por éste pero de natural correspondientes a los contratantes. Es de apoyo interpretativo el artículo 1287 del Código Civil, que se sirve de la práctica o usos externos a las partes, de terceros en la misma situación y circunstancias que los propios contratantes consideran aplicables a su negocio jurídico y que sirven para entenderlo y regirlo correctamente, excepto cuando no sean razonables *ad casum*: son comportamientos interpretativos generalizados y objetivos, extendidos en textos normativos de nuestro entorno. Ejemplos los hallamos en vigentes Códigos Civiles, sea el francés o el italiano, así como el artículo 8.3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa internacional de mercaderías o el artículo 5:102 f de los Principios de Derecho europeo de los contratos⁴⁵.

Salvo un pacto expreso en sentido contrario, es la eficacia de la actividad intermediada —que se plantea como condición suspensiva del cobro⁴⁶— la que da derecho a la percepción de los honorarios, siempre y cuando sea consecuencia de la actividad profesional llevada a cabo por el agente mediador, que sólo en función de cláusulas específicas podría responder del buen fin de la operación.

⁴² SSTs 2-V-1963 (Ar. 2458), 19-XII-1985 (Ar. 6600), 3-I-1989 (Ar. 91), 26-III-1991 (Ar. 2447), 10-III-1992 (Ar. 2167), 21-V-1992 (Ar. 4272), 30-XI-1993 (Ar. 9222), 4-XI-1994 (Ar. 8368).

⁴³ SAP de Barcelona, Sección 1.ª, 28-VI-1998.

⁴⁴ STS 11-VII-2007 (EDJ 100747).

⁴⁵ Cfr. Ole LANDO y Hugh BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, Kluwer Law International, La Haya, 2000; vid. también, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Encarna ROCA TRÍAS y Antonio MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

⁴⁶ STS 10-X-2007 (EDJ 188940).

Con esta noción de partida se utiliza la previsión del artículo 272 del Código de Comercio para la comisión, sin olvidar que, no siendo un contrato de plazo indefinido, el tiempo negocial debiera estar fijado desde el comienzo⁴⁷.

Caso particular considerar que pagar el precio de la compraventa devenga comisión aun cuando tal precio no derive del curso normal del contrato efectivamente intermediado, sino que haya sido obtenido a través de un litigio judicial —ejercitando el derecho al cumplimiento del art. 1124 CC— que acaba en sentencia condenatoria o que finaliza anormalmente mediante el desistimiento —en el ejercicio de la acción procesal—, la pérdida sobrevenida del objeto o la transacción⁴⁸. Ahora bien, si el pago no se produce bajo el pacífico cauce del compromiso pactado a través de la intermediación, sino que es compelido a través de un proceso judicial —se anticipe o no su final mediante el acuerdo entre litigantes—, la batalla litigiosa entablada pone en entredicho el buen fin pactado con el mediador, que infería la ausencia de inconvenientes para percibir el precio, inconvenientes que soportará el vendedor en el plano económico y temporal: habrá reclamado por incumplimiento, habrá gastado dinero en la postulación procesal (normalmente abogado y procurador) que no siempre recobrará si no se pacta con costas procesales incluidas o se dicta sentencia con éstas a su favor y, sobre todo, habrá padecido una demora más o menos significativa, dependiente del curso del proceso y eventualmente de la más o menos pronta terminación anormal del trámite.

La cuestión es que si se pactó que el vendedor no pagaría la comisión hasta percibir el total importe del precio de venta por parte del comprador, como buen fin de la operación, las vicisitudes en perjuicio del primero, aunque dependan exclusivamente del segundo, habrían de afectar al mediador que como tal asumió la gestión hasta la consumación del contrato, al menos en el ámbito del pago del precio todo y a pesar del riesgo que supone que el abono de ese importe corresponda al comprador. Es más, en el ejemplo jurisprudencial antes citado —basado en el cobro, finalmente, del precio, a través de una transacción judicialmente homologada—, el acuerdo entre comprador y vendedor podría suponer una rebaja del precio inicialmente pactado, así como la no inclusión de costas y gastos procesales que el demandante habría soportado durante el tiempo que durase el pleito. Y mientras esto último no parece participar del buen fin de la operación en su día asumido por el mediador, la rebaja del precio afectaría igualmente la comisión si se considera que ha de reducirla proporcionalmente —sobre todo si la misma era un porcentaje del precio de venta mediado— o, incluso, si se entiende que no ha lugar a ella cuando el precio como elemento

⁴⁷ SSTs 12-III-1986 (Ar. 1176), 18-IX-1986 (Ar. 4713), 1-XII-1986 (Ar. 7190), 17-V-1990 (Ar. 3734), 6-X-1990 (Ar. 7478), 11-II-1991 (Ar. 1193), 26-III-1991 (Ar. 2447), 21-V-1992 (Ar. 4272).

⁴⁸ En este sentido, por ejemplo, STS 12-VI-2007 (EDJ 70082).

esencial ha sido incumplido, abonando exclusivamente los gastos de gestión efectivamente realizados por el intermediario, cuando los hubiere.

Se trataría, desde el punto de vista material, de un incumplimiento parcial del negocio jurídico, sin que pueda resolverse como sucede para los supuestos de la novación o modificación de elementos objetivos del contrato —que pueden entrañar evidente fraude en perjuicio del intermediario— donde son el comprador y vendedor los artífices del cambio en detrimento del mediador. Se trataría, en fin, de una alteración ajena al mediador, sí, pero que tampoco dependerá exclusivamente del comitente, acaso abocado a negociar para obtener algún beneficio, y que quebraría las asunciones de riesgo del anterior. De igual modo que, puestos en contacto por éste el comprador y el vendedor —pactado el cobro de la remuneración a la perfección del contrato—, si no se compra no habrá remuneración, o la misma habría de reducirse si, comprando, no se adquiere según lo pactado a través del intermediario. Nace la posibilidad del fraude, claro está, en la generación de pleitos ficticios orientados a una terminación transaccional que justifique, en perjuicio del mediador y bajo el manto judicial homologador, la rebaja del precio de venta y así de su comisión, previo el torticero cálculo sobre la opción más rentable: cobrar el precio pactado por la venta de la cosa y pagar la comisión proporcional o a tanto alzado en su día negociada; o cobrar menos precio del inicialmente pactado, yendo a juicio abonando los gastos preceptivos del proceso y sufriendo demora, pero beneficiándose cuantitativamente de una rebaja o incluso supresión del importe de la remuneración en su día estipulada a favor del mediador.

4.3. LA DOBLE MEDIACIÓN

Si bien la doble mediación ha sido admitida en los Tribunales, sobre todo en la época del auge inmobiliario de este país, no en vano reconocida como jurídicamente viable a falta de una regulación positiva específica que la prohibiera expresamente⁴⁹, ya existen limitaciones explícitas en alguna norma sectorial y autonómica. En esta línea restrictiva se ha estimado que no basta el hecho de que la actividad del mediador satisfaga intereses de las varias partes contratantes (comprador y vendedor) que ha puesto en contacto, «es el comitente de la gestión mediadora y no el mediatario o tercero que, por efecto de la gestión desplegada termina contratando con aquél, el obligado al pago de los honorarios devengados por ella». Y pagará quien hubiera tomado la iniciativa de la

⁴⁹ Reconoce el derecho del mediador a cobrar tanto del comprador como del vendedor. SAP de Cádiz, Sección 6.ª, 15-II-2005.

mediación del agente⁵⁰. En la historia de la intermediación, concretamente en la época en la que el mediador era un funcionario público, la imparcialidad era baluarte necesario y obligado, y en ese contexto de actuación se hacía perfectamente lógico que la remuneración se obtuviera, como se obtenía, de ambos contratantes, lo que por otra parte justificaba la fuerza probatoria de los asientos de sus libros, donde la anotación sin demora de toda operación no dejaba de comunicarse al fisco para que aquellos no evadieran impuestos, llegando incluso a merecer funciones de policía, como por ejemplo vigilar el cumplimiento sobre Derecho de hospitalidad respecto de los comerciantes.

En la actividad, el doble abono sería justificado cuando exista una duplicidad de encargos, por parte del comprador y del vendedor separadamente, generando con ello gestiones del mediador que respondan ante uno y otro como mediatarios u ordenantes, y en tal condición obligados al pago de un premio. O cuando efectúan un encargo conjunto, tomando de ese modo la iniciativa a la vez o aceptada desde el principio por quien no tuvo la iniciativa. Se trataría de dos contratos de mediación yuxtapuestos que confluirían en una misma mediación y en una misma operación mediada, pero que mantendrían su propia autonomía, mostrando así una estructura independiente entre sí, siendo cada uno de los oferentes deudor de la comisión a favor del mediador⁵¹ o, en su caso, pactando el pago del premio por mitad. Deben respetarse, como es natural, los límites que la moral y el orden público colocan sobre la autonomía de la voluntad, al igual que los usos y las costumbres presentes sobre el particular. Y destacará la buena fe negocial en el ámbito de la generación efectiva de los contratos de colaboración mencionados, resultando improbo que el mediador genere artificialmente ese contrato con una de las partes necesarias para llevar a cabo la operación intermediada, de manera que la obligación de buscar terceros interesados acabe siendo llevada a cabo igualmente pero con carácter previo a forzar la necesidad de que los mismos se conviertan, también, en comitentes, mandatarios o simples ordenantes de la mediación.

4.4. CONTRATOS COLATERALES. DETERMINACIÓN DE OBLIGACIONES DERIVADAS Y RESPONSABILIDAD

Ya se planteó la extralimitación como introducción básica de parte de lo que se dirá a continuación sobre las extralimitaciones del tercero no contratante en

⁵⁰ SSTs 5-V-1973 (Ar. 1541), 5-V-1978 (Ar. 1779), 20-XI-1984 (Ar. 5619) y 16-III-1996 (Ar. 2238); STSJ de Navarra, Sala Civil y Penal, 8-IV-2005.

⁵¹ Josep María ESPINET ASENSIO, «La mediación: su autonomía», en *La intermediación inmobiliaria*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 4, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 230 y sigs.

el contrato mediado. Conviene ahora recoger supuestos concretos de actuación y el régimen que les es aplicable.

Con carácter previo a la perfección del contrato mediado —en gran número de ocasiones la compraventa de una vivienda— pueden sucederse otros negocios jurídicos orientados en aquél, sean contratos de opción de compra o precontratos, promesas unilaterales de compra, promesas bilaterales de comprar y vender, preparatorios de compraventas o verdaderas compraventas incluso, al igual que negocios definidos como mera reserva en la adquisición de una vivienda⁵².

La intermediación inmobiliaria como prestación de servicios entrelaza en modo irremediable con actos preparatorios del contrato de venta. Pero cuando el agente o mediador va más allá del encargo consistente en relacionar la oferta de venta con la demanda de compra —lo que es habitual habida cuenta el premio que prevé obtener—, asumiendo tareas en un principio asignadas al vendedor o al comprador, implica el análisis de las etapas propias de la perfección y consumación del contrato mediado, en fin, su eficacia e ineficacia bajo la teoría general de ese negocio jurídico. Ello llama la atención sobre el ámbito subjetivo de los pleitos en esta materia, donde mediador y comprador y, sobre todo, mediador y vendedor, obtienen la cualidad de parte demandada al mismo tiempo, precisamente en virtud de la extralimitación de funciones del primero⁵³. Aunque no existe una situación procesal de litisconsorcio pasivo necesario, ni llamadas en causa, en el bien entendido que el título de pedir es distinto para cada uno de los demandados⁵⁴, resulta frecuente la acumulación de acciones: contra el vendedor se reclama la escrituración pública o la entrega de la posesión, así como devolución de arras e indemnización por vicios o por daños y perjuicios; contra el mediador el incumplimiento de sus deberes profesionales o la reclamación de cantidades entregadas a cuenta que guarda en depósito; y contra ambos pueden llegar a desdibujarse las pretensiones cuando no resulta claro que se haya actuado con mandato representativo o no representativo, con mandato aparente, actuar notorio, o por extralimitaciones del mediador ratificadas o no ratificadas.

En términos generales, el mandato representativo, en el que el propietario encarga a un tercero la búsqueda de un comprador pero también la venta misma, cuando es conocido por el comprador supone que la relación de compraventa

⁵² María Esther GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Contratos previos a la perfección del contrato de compraventa de vivienda», en *La intermediación inmobiliaria, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 96 y sigs.

⁵³ En este sentido, vid., ampliamente, Francisco Javier PEREDA GÁMEZ, «Algunos efectos de la intermediación inmobiliaria en el contrato de compraventa», en *La intermediación inmobiliaria, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 170 y sigs.

⁵⁴ Vid., en general, Ricardo YÁÑEZ VELASCO, «Pluralidad de partes en el proceso civil», en *Economist & Jurist*, núms. 105 y 106, noviembre de 2006-enero de 2007, págs. 78 a 89 y 74 a 84.

tendrá lugar entre comprador y vendedor, apareciendo acciones directas entre ambos para reclamar cumplimiento o instar resolución. Cuando el mandatario actúa en nombre propio (art. 1.717 CC), sin conocer el comprador el mandato representativo, habría que distinguir entre situaciones donde el comprador conoce que la finca u otra cosa objeto de venta no es del mandatario, situación en que desaparece la *denegatio actionis* entre vendedor y comprador, produciendo iguales efectos que la representación indirecta del mandato no representativo: sólo responde el mandante, tanto del negocio gestorio como de la compraventa que trae causa.

Cuando el encargo de venta tiene lugar por mandato no representativo —a diferenciar de la venta de cosa ajena, porque es mandato de venta—, frente al comprador sólo responderá el mediador, que para aquél es vendedor, de ahí que el auténtico vendedor disponga de la *denegatio actionis* respecto del comprador, y este respecto de aquél; con independencia que en el régimen interno del mandato liquidarán mandante y mandatario los efectos indirectos de la gestión y la oportuna rendición de cuentas.

El carácter oculto de la intermediación inmobiliaria resulta difícil cuando la misma es profesional —bien como agente o empresa ya anunciaría implícitamente su actividad y cometido—, pero puede aparecer más fácilmente si el mediador no es un profesional, lo que supondrá que como mandatario en nombre propio sólo él responderá ante el comprador.

Cuando se produce la intervención del mandatario exteriormente, actuando bajo su propia autonomía jurídica y atendida su solvencia y responsabilidad por quienes con él contrataron, es mayoritario considerar que no se desvincula respecto de los contratantes⁵⁵. Conviene puntualizar que, en relación con las actuaciones del mandatario *proprio nomine*, aunque los derechos adquiridos por éste en el mandato no representativo entran a formar parte de su patrimonio, esa titularidad es necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante⁵⁶. Y si se trata de bienes propios del mandante, bajo una tácita *contemplatio domini* se genera un poder de apariencia.

Puede ocurrir, naturalmente, que el mandante se aproveche de los actos efectuados sin autorización, creando como representado una apariencia de apoderamiento frente a terceros o restringiendo los poderes del mandatario más allá de la apariencia por él creada, sin adoptar al tiempo las necesarias medidas para impedir que esos terceros puedan sufrir confusión o incluso verse engañados a raíz de esa apariencia, sin posibilidad de superarla o preverla en modo racional⁵⁷.

⁵⁵ Por ejemplo, STS 22-IV-2005 (Ar. 3751).

⁵⁶ Francisco Javier GARCÍA GIL y cols., *La compraventa de vivienda con préstamo hipotecario*, DAPP Publicaciones Jurídicas, Pamplona, 2008, pág. 71.

⁵⁷ SSTs 5-IV-1950 (Ar. 990), 10-X-1963 (Ar. 4083), 10-II-1967 (Ar. 654), 25-X-1975 (Ar. 3774), 2-VI-1981 (Ar. 2491), 18-IX-1987 (Ar. 6067), 1-III-1990 (Ar. 1656), 18-III-1993 (Ar. 2024).

Se trata de la representación aparente, por la que el vendedor responde ante el comprador, a diferenciar de la venta nula de pleno derecho por falta de poder de disposición cuando el intermediario se haya irrogado el que no tiene (art. 1.259 CC). En estos supuestos, a salvo que el inconveniente pueda superarse bajo la forma de venta de cosa ajena, el agente será responsable frente al comprador⁵⁸. Efectivamente, el vendedor no está vinculado jurídicamente con el comprador si el mediador sobrepasa los límites del encargo⁵⁹, pero el comprador debe poder reclamar contra el mediador salvo que se pretenda un total desamparo de sus derechos contractuales.

Finalmente, existen mandatos complementarios, tarea accesoria del mediador que tiene lugar cuando sus derechos se condicionan a la consumación de la venta intermediada, prolongándose las obligaciones de ese mediador en las fases de perfección y consumación⁶⁰. Así las cosas, no funcionan realmente los principios generales de la mediación inmobiliaria sino los básicos de la comisión mercantil (arts. 244 y sigs. CCom) y del mandato (arts. 1709 y sigs. CC), bajo las reglas sobre nulidad de pactos celebrados en nombre de otro sin su autorización (art. 1259 CC).

El comprador puede suscribir una reserva abonando parte del precio, acto que puede llegar a calificarse como contrato de compraventa perfecto⁶¹, como precontrato⁶² o contrato de opción⁶³. O puede pactar con el vendedor que la cantidad entregada a cuenta se cuantifique como arras penitenciales, pues de no hacerlo la paga y señal se consideraría meramente confirmatoria⁶⁴.

En el precontrato el mediador puede actuar como mandatario de alguna de las partes, normalmente el vendedor, que firmará con el futuro comprador en aras de conseguir la perfección de la compraventa⁶⁵. La litigiosidad en este ámbito negocial nace con la realidad o no del mandato, por la posibilidad de vincular o no al mandante sobre lo suscrito por el mandatario (precio, condiciones), e incluso negando el primero la existencia del mandato —y obviamente una ratificación expresa— se abre el análisis de las facultades atribuidas al

⁵⁸ SAP de Barcelona, Sección 12.ª, 5-VI-2001 (Ar. 246697).

⁵⁹ STS 26-I-1999 (Ar. 324), 19-X-1993 (Ar. 7747); SSAP de Barcelona, Sección 17.ª, 18-VII-2004, Sección 14.ª, 26-IV-2005 (Ar. 171942).

⁶⁰ SSTS 3-I-1989 (Ar. 91), 23-IX-1991 (Ar. 6843), 5-II-1996 (Ar. 1.088), 30-IV-1998 (Ar. 3460), 21-X-2000 (Ar. 8811), 5-XI-2004 (Ar. 6057).

⁶¹ SAP de Zaragoza, Sección 4.ª, 20-XII-2002: precio y apartamento identificados y abono parcial del primero a cuenta.

⁶² SSTS 28-XII-1995 (Ar. 9402), 11-VI-1998 (Ar. 4679); SAP de Murcia, Sección 1.ª, 30-X-2006; SAP de Alicante, Sección 6.ª, de 13-XII-2005.

⁶³ SAP de Las Palmas, Sección 2.ª, 17-XI-1997.

⁶⁴ En contra, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Las arras en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Edersa, Madrid, 1996.

⁶⁵ Sobre esta figura jurídica, vid. Carmen SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *El precontrato inmobiliario. Cláusulas abusivas de la contratación inmobiliaria*, Tecnos, Madrid, 2006.

mediador inmobiliario, lo que llevará hasta el contrato de corretaje suscrito entre éste y aquél. Al fin y al cabo acaba siendo un problema de prueba que a veces conduce hasta la ratificación tácita, en atención al tiempo durante el cual la parte vendedora se mostró conforme con el contrato celebrado entre la parte compradora y el mediador que cobró una porción de honorarios a cuenta.

Por último, conviene subrayar que el precontrato no permite la retención de ninguna cantidad entregada a cuenta salvo habiendo mediado pacto de arras penitenciales. Cuestión distinta la viabilidad de la reclamación de los daños y perjuicios producidos, a pretender contra quien se desligó sin justa causa del obligado por un precontrato o promesa de compra de vivienda que entregó cantidades a cuenta⁶⁶.

4.5. EN PARTICULAR: ARRAS PENITENCIALES RECIBIDAS POR EL MEDIADOR Y DERECHO DE RETENCIÓN A CUENTA DE LA REMUNERACIÓN DE ESTE ÚLTIMO

Las arras suelen tener especial incidencia en el ámbito de la reclamación de honorarios del agente de la propiedad inmobiliaria u otro mediador, pero como ineludible punto de partida se hace preciso indicar que no se admiten pactos de arras en un contrato de mediación⁶⁷. Es viable, con todo, que el mediador suscriba un contrato de arras —todo dependería de la extensión del mandato recibido por parte del vendedor, o de la ratificación expresa o tácita de éste que *a posteriori* pudiera llevar a cabo⁶⁸—; incluso que retenga cantidades percibidas en tal concepto.

Claro está que sería el propio mediador quien respondería por sí cuando si no existiera mandato o cuando éste no cubriera la hipótesis de contratar arras, sin que tampoco mediara, posteriormente a las mismas, ratificación expresa o tácita de la propiedad⁶⁹. Como sea que las arras muestran una naturaleza jurídica

⁶⁶ SAP de Tarragona, Sección 3.ª, 6-V-2004, FD 1.º

⁶⁷ Sobre el contrato de arras, véase, entre otros, María Elvira ALFONSO RODRÍGUEZ, *Las arras en la contratación*, Bosch, Barcelona, 1995; Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Las arras...*, cit.; Beatriz VERDERA IZQUIERDO, *Los elementos definitorios de las arras en el Derecho patrimonial*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005; Luis ESTIVAL ALONSO, *El contrato de arras, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad*, Madrid, 2006; cfr. SSTS 24-IV-1956 (Ar. 1612), 10-III-1986 (Ar. 1167), 12-VII-1986 (Ar. 4504), 23-III-1996 (Ar. 2586), 26-VI-1997 (Ar. 5396); SSAP Barcelona, Sección 12.ª, 5-VI-2001; Málaga, Sección 1.ª, 4-XII-2001; Badajoz, Sección 3.ª, 27-VII-2002; Asturias, Sección 6.ª, 14-X-2003; Barcelona, Sección 16.ª, 30-X-2003; Madrid, Sección 10.ª, 21-VI-2004; Segovia, Sección 1.ª, 28-IV-2005; Alicante, Sección 6.ª, 25-VII-2006.

⁶⁸ SAP de Valladolid, Sección 3.ª, 15-VII-2003.; vid. SAP de Barcelona, Sección 14.ª, 8-II-2002.

⁶⁹ La responsabilidad exclusiva del mediador puede plantear las hipótesis de venta de cosa ajena, generando la obligación de obtener el bien o, en caso contrario, responde del incumplimiento según artículos 1101 y 1124 del Código Civil y las reglas de la compraventa.

inevitablemente accesoria —por lo general de la compraventa—, la mencionada responsabilidad no lo sería en el ámbito de las arras —donde el negocio jurídico no habría sido válido—, que como tales se devolverían sin más aun cuando el mediador hubiera de afrontar los daños y perjuicios causados —y societariamente la empresa de la que acaso formara parte—.

En cuanto al derecho de retención de cantidades entregadas por el comprador al mediador en concepto de arras penitenciales, accesorias al contrato de compra y venta entre el primero y el vendedor, se han ido planteando dos hipótesis fundamentales en el ámbito del derecho a cobrar comisión. Una según la cual el desistimiento unilateral del contrato que activa el contenido del artículo 1454 del Código Civil supondrá que el comprador pierda las arras entregadas o que el vendedor las devuelva duplicadas; pero el mediador sólo tendría derecho a percibir una indemnización por las gestiones realizadas. Otra según la cual la entrega de las arras, basadas éstas en la accesoriedad para con el contrato principal, concluyen en la perfección del negocio que, salvo pacto en contra, dio lugar al derecho de percepción de la comisión. Y no importará que más tarde uno de los contratantes ejercitase su derecho de desistimiento a costa del pacto de arras penitenciales, situación en la que quizá el mediador ya haya percibido la comisión por no tener que continuar en la gestión asumida una vez firmado —y así perfeccionado— el contrato de compraventa introductor de las arras penitenciales. Piénsese que si éstas resultan irremediabilmente unidas a aquél, el consenso sobre precio y cosa ya genera el vínculo obligacional entre comprador y vendedor, que normalmente constituye la obligación de resultado justificante del pago de la remuneración del intermediario⁷⁰. En todo caso, la cuestión de fondo que ahora interesa tratar, con una u otra de las alternativas presentadas, radica en saber si el mediador, de no haber cobrado ya su comisión, o incluso simplemente los gastos de gestión generados hasta ese momento y que cuando menos tendría derecho a percibir, en virtud de ese débito pueda o no retener las cantidades recibidas del comprador en concepto de arras. Importa destacar, en este planteamiento, que si quien desiste es el comprador, no discutiéndose sobre la pérdida de las arras —alegando justa causa o culpa del vendedor por no consumir el contrato previamente perfeccionado—, la retención del mediador lo será contra la parte vendedora, quien tendría derecho a recibir el total de las arras penitenciales y al tiempo se convertiría en deudora de la comisión —o indemnización por gestiones hechas— del mediador a quien en su día contrató.

⁷⁰ Salvo pacto en contra, el derecho a la remuneración no se perjudica por la falta de cumplimiento del contrato —incumplimiento de comprador o de vendedor, ajeno pues al mediador—, el desistimiento del ya celebrado, cualesquiera vicisitud modificatoria de la compraventa ya perfeccionada o su consumación, renegociaciones o novaciones extintivas; pues, el intermediario no vende, media; SSTs 5-VI-1946, 1-VI-1947, 2-V-1963 (Ar. 2458), 17-V-1966 (Ar. 2489), 14-XI-1970, 1-XII-1986 (Ar. 7190), 26-III-1991 (Ar. 2447), 22-XII-1992 (Ar. 10634), 4-VII-1994 (Ar. 6427), 4-XI-1994 (Ar. 8368), 31-XII-1994 (Ar. 10594).

El comprador, a fin de cuentas, resultaría de buen principio ajeno a la duplicidad de relaciones bilaterales entre vendedor y mediador, por un lado el contrato de colaboración entre ambos, por otra la intermediación en la recepción de las arras de un tercero y el derecho de retención en virtud de lo anterior. Se suscita un problema de mayor virulencia en los tribunales cuando el desistimiento unilateral proviene del vendedor, quien a través de su mediador recibió arras del comprador y viene obligado a devolverlas duplicadas. El contenido negocial impone que dicho vendedor devuelva, sin más, el importe resultante de multiplicar por dos la cantidad en su día recibida. El hecho de que esa recepción haya sido intermediada, y las arras todavía se encuentren total o parcialmente en posesión del mediador —en concepto de indemnización o incluso de remuneración completa—, no afecta la relación bilateral entre vendedor y comprador. El primero, sin embargo, puede carecer de liquidez suficiente para la inmediata devolución, por lo que si se retienen cantidades por el mediador el comprador se vería claramente afectado para la efectiva recuperación, por mucho que el vendedor tenga acción de reclamación contra el mediador que retiene, acumulable a la acción indemnizatoria por daños y perjuicios que genere esa retención.

De cualquier manera, si el vendedor consintió en la no recepción de las arras o de una parte de ellas como pago del mediador, incluso existiendo algún condicionante de buen fin, en nada puede oponerse a la reclamación del comprador, que merece la recepción del total, sin que quepa derivar en perjuicio de aquél retenciones del mediador —en principio legítimas— que sólo pueden afectar al vendedor⁷¹. Cuestión destacable, sin embargo, que la recuperación del comprador de las cantidades entregadas como arras, todavía en poder del mediador, supongan una reclamación directa del comprador contra este último, sin perjuicio de reclamar el resto al vendedor. Como ya se ha indicado, formalmente el mediador resulta ajeno al régimen obligacional entre vendedor y comprador, tanto en materia de arras como en cualquier otra, pues ese mediador habrá actuado en nombre y representación de tercero, del vendedor en el ejemplo que ahora interesa. Ha de recordarse también, no obstante, que el comprador es igualmente ajeno a las relaciones jurídico-privadas habidas entre mediador y vendedor. Pero es perfectamente lógico que el comprador acuda directamente a quien entregó el dinero, momento en el cual se plantea si el mediador puede retener frente al comprador que le reclama o sólo podría hacerlo contra el vendedor que ha de abonarle comisión o indemnización⁷². En

⁷¹ La hipótesis se alternaría, obvia decirlo, si el mediador hubiera sido contratado por el comprador en vez del vendedor, aunque tal circunstancia no suele ocurrir en la práctica y, por demás, se aleja del problema de las arras, que siempre se entregan por el comprador; el intermediario de éste, pues, ajeno al vendedor, no las recibiría en tal supuesto ni por consiguiente podría retenerlas.

⁷² De otro lado, ya se advirtió que si el mediador contrató sin mandato, y su actuación no fue posteriormente ratificada, el vendedor resulta ajeno al vínculo negocial habido: el

este contexto, negar la devolución se basaría, bien en que el intermediario ya detenta derecho a cobrar alguna cantidad por su mediación, o simplemente en el hecho de que quien debe devolver las arras (duplicadas) es el vendedor, y que si lo hiciera el mediador, sin orden expresa o mandato que lo permita, se expondría a una demanda del vendedor por los daños y perjuicios sufridos, si es que el vendedor no se considera obligado a devolver las arras, por ejemplo al entender que ha sido el comprador quien incumplió el contrato. Por su parte, el vendedor contra quien el comprador reclame, no puede escudarse en el hecho de que el mediador haya retenido total o parcialmente las arras, porque como ya se adelantó el sinalagma comprador-vendedor establecido desde la perspectiva sustantiva lo es extramuros de la intermediación.

Analizando esta última relación jurídico-material, es claro que si se activa el contenido de las arras penitenciales la operación de compraventa no habría llegado a buen fin, por lo que no sería posible hablar del devengo de una comisión, incluso cuando inicialmente exista tácita conformidad del vendedor respecto de la retención de honorarios sobre arras practicada por el mediador⁷³, resaltando que si este último firmó arras la recepción de un pago a cuenta no habría permitido perfección de contrato alguna⁷⁴. Incluso si el importe de las arras se hubiera entregado a la parte vendedora mediataria⁷⁵. Las cosas cambiarían cuando personalmente, o como empresa inmobiliaria, el intermediario ostentara facultad para vender con mandato expreso —en puridad «especial» (art. 1713 CC), sea escrito, verbal o incluso tácito— y poder suficiente del cliente⁷⁶.

El derecho por parte del mediador a retener en concepto de honorarios a través de la percepción de las arras penitenciales en nombre del vendedor, tiene por premisa que la entrega de cantidades en tal concepto hace prueba de la celebración del contrato⁷⁷. El contrato, como perfeccionado, dará derecho a la comisión en su día pactada —no obstante deba estarse al cumplimiento de cualquier condicionante libremente negociado a fin de percibir la dicha comisión—, en todo caso relegando la discusión entre comitente y comisionario. De otro lado, el comprador debe reclamar del primero, sin importarle o afectarle los vínculos negociales del mismo con el mediador, quien si no tiene en su

mediador habría de devolver el total al comprador y, además, indemnizarle por los daños y perjuicios causados, no en concepto de unas arras penitenciales imposibles, por no existir el contrato de compraventa que pudiera servirles de soporte.

⁷³ SSAP de Barcelona, Sección 16.ª, 18-XI-2001 y 18-XI-2003.

⁷⁴ SSAP de Girona, Sección 2.ª, 30-I-2005; Cádiz, Sección 1.ª, 10-VI-2005; Baleares, Sección 1.ª, 20-IX-2005; Barcelona, Sección 13.ª, 16-XII-2005.

⁷⁵ No es confirmación alguna del contrato, según, entre otras, la SAP de Málaga, Sección 1.ª, 4-XII-2001.

⁷⁶ Precisado con claridad en su objeto y extensión, por ejemplo, STS 30-VI-1993 (Ar. 5338).

⁷⁷ SSAP de Barcelona, Sección 14.ª, 21-VI-1994; Barcelona, Sección 11.ª, 18-II-1998; Valencia, Sección 7.ª, 27-VII-1998; Barcelona, Sección 1.ª, 5-X-1998.

poder cantidad alguna —ni debiera tenerla, por ejemplo como depositario— en absoluto será responsable de la devolución de las arras⁷⁸.

Ahora bien, si el mediador pactó con el vendedor, en la nota de encargo y como pacto complementario a la mediación en sentido propio, la recepción de cantidades a cuenta en nombre del vendedor, tratándose de arras, penitenciales o meramente confirmatorias, sólo el pacto expreso en contrario permitiría la retención en concepto de honorarios. De no existir ese acuerdo específico entre mediador y vendedor, el primero debe devolver al comprador lo recibido por éste⁷⁹. Existiendo el pacto, puede discutirse la probidad en el cumplimiento del encargo, porque cumplido se libera de la legitimación pasiva que comporta devolución, poseyendo en calidad de sujeto con derecho a percibir honorarios y no de depositario. Pero si se juzga el particular —en el supuesto de pacto expreso para retener— y se concluye el incumplimiento del encargo, el derecho de retención desaparece y como depositario del vendedor debería devolver directamente al comprador las cantidades entregadas por este último en concepto de arras. Del mismo modo que, con base en ese tipo de depósito, la pérdida negligente le haría claramente responsable⁸⁰.

Es de recordar que el depositario asume las obligaciones fundamentales de guardar y restituir, tal y como prescribe el artículo 1766 del Código Civil; en el caso estudiado en referencia a las arras penitenciales o la paga y señal, siempre que el mediador no las haya entregado de inmediato al vendedor que lo contrató y se convierta, de ese modo, en depositario. La cuestión estriba en saber si el depositante es, precisamente, el vendedor, puesto que el mediador recibe por él y en su nombre, a quien por consiguiente y según la norma, como depositante y llegado el caso debiera restituir el depósito. En sentido estricto se trataría del comprador, no en vano es éste el que ha entregado el importe al mediador, quien transitoriamente conservará y custodiará ese importe, con el doble fin eventual de restituirlo al comprador o de entregarlo al vendedor, que bien lo adquirirá o no definitivamente pero difícilmente podría proseguir con el depósito en calidad de depositario. Sin embargo, considerado el comprador como depositante, bajo la aplicación del artículo 1775.2.º del Código Civil no podrá obtener la devolución cuando judicialmente el depósito en poder del mediador haya sido embargado o el mediador haya recibido notificación de la oposición de un tercero a la restitución, tercero que obvia decir podría ser el vendedor que discute la devolución de las arras penitenciales por entender que le pertenecen en razón del incumplimiento de la contraparte o por negarse a la devolución de las arras confirmatorias al pretender ejercitar el artículo 1124 del

⁷⁸ SAP de Barcelona, Sección 14.ª, 28-I-2002 (Ar. 726).

⁷⁹ SAP de Tarragona, Sección 3.ª, 27-II-2001 (Ar. 184721); Almería, Sección 2.ª, 26-IX-2003 (Ar. 264190).

⁸⁰ SAP de Toledo, Sección 2.ª, 21-VI-1999 (Ar. 1240).

Código Civil, a fin de obligar a cumplir el contrato de compraventa firmado; en el bien entendido que si hay arras hay contrato porque las mismas no pueden existir por sí solas. Finalmente, el mediador, bajo las reglas generales aplicables a cualquier depositario, puede denunciar según el artículo 1776 del Código Civil, mediando justos motivos, para no mantener el depósito, y restituirlo a su iniciativa, con consigna judicial si el depositante comprador se negara a recibirlo. En sentido inverso, el depositante puede exigir la devolución, que como acción personal prescribiría a los quince años, recordando que no son compensables en perjuicio del depositante las obligaciones dimanantes del depósito (art. 1200 CC). Y al tratarse de dinero difícilmente tendrá sentido el deber de reembolso al depositario de los gastos necesarios para la conservación de la cosa. Sin embargo, como bajo las reglas generales sí deberán satisfacerse todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito (art. 1779 CC), aunque inevitablemente la prueba de ese eventual perjuicio carga sobre el mediador, el sentido último del servicio por éste desplegado, en el fondo es ajeno a la voluntad del comprador. Por eso será el vendedor el que tendría que satisfacer eventuales gastos como propios de la gestión derivada, precisamente, del contrato de mediación.

Nada que ver con todo lo anterior las cantidades que el comprador entrega al mediador a modo de reserva, pues las mismas configuran el pago por un actuar que sólo incumbe al mediador, que aplaza o retrasa la oferta intermediada del inmueble a terceros, en beneficio de quien así reserva, que de ese modo reclamaría la devolución al mediador, siendo el vendedor de todo punto extraño a ese tipo de relación jurídica. Y se discutiría entonces, según lo libremente pactado al reservar, si existe o no existe causa de devolución de las arras⁸¹.

4.6. OTRAS RESPONSABILIDADES DEL INTERMEDIARIO

El mismo mediador también responde por incumplimiento respecto de su rendición de cuentas hacia el mediatario, y en cuanto al asesoramiento legal necesario y el deber de información, para ambas partes interesadas en el negocio mediado. Es la parte compradora, con todo, quien ostenta la mayor exigencia de la aludida obligación de informar, y su defectuoso cumplimiento convertirá al mediador en responsable, tanto ante el comprador como ante el vendedor.

Esto último ha ocurrido al determinar precios de venta superiores a los legalmente admisibles, lo que por ejemplo sucede con frecuencia en la venta de viviendas de protección oficial⁸², donde el mediador es responsable de los daños y perjuicios causados, cuantificados por la diferencia entre el precio

⁸¹ Las cantidades entregadas sin especificación de causa o destino no pueden considerarse arras o señal; STS 26-VI-1997 (Ar. 5396); SAP de Tarragona, Sección 1.ª, 4-I-2000 (Ar. 712).

⁸² STS de 2-X-1999 (Ar. 7007).

esperado y el legal, más eventuales multas administrativas. Es común la responsabilidad por incorrección de la superficie del inmueble, pues ésta constituye una característica esencial del mismo, que el mediador debe conocer e informar correctamente⁸³, al igual que respecto de la situación jurídica y registral de la finca, particularmente la existencia de cargas o gravámenes⁸⁴. En este tipo de supuestos se abre la excepción *non adimpleti contractus*, perdiendo el derecho a los honorarios y respondiendo por los daños y perjuicios en su caso causados (art. 1101 CC). Pero cuando el incumplimiento se considere parcial podría activarse la fórmula *non rite adimpleti*, con reducción mas no supresión de la remuneración, e igualmente abriéndose la consecuente indemnización por daños y perjuicios ante el incumplimiento parcial, compensable con el premio en la porción que corresponda una vez sea liquidada.

Existe responsabilidad del mediador por vicios ocultos, conjuntamente con el vendedor en régimen de solidaridad impropia, y del mediador en exclusiva cuando asume sin éxito obligaciones a favor del comprador, como obtener financiación bancaria o crediticia para el pago, cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación, pruebas estructurales, alta de suministros corrientes, etc.⁸⁵.

5. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DEL COMPRADOR/VENDEDOR NO CONTRATANTE

A tenor de la jurisprudencia civil española, el mencionado enriquecimiento exige que: 1) una parte —por definición litigiosa el demandado— se enriquezca injustamente, lo que se representaría por el aumento de su patrimonio o su no disminución cuando sin embargo correspondiera, cual sucede si se lucra uno de la actividad ajena ahorrándose la remuneración, no incluyéndose por consiguiente los beneficios morales; 2) otra parte —en juicio el demandante— se empobrezca, a modo de daño positivo o lucro cesante, por ejemplo la prestación de servicios o atenciones sin contraprestación, sin que el particular pueda derivar de un acto inmoral o ilícito del empobrecido; y 3) que haya relación causal entre los dos requisitos anteriores y que no exista un precepto legal que excluya la aplicación del principio al supuesto concreto, resultando irrelevante la negligencia

⁸³ SAP de Barcelona, Sección 1.ª, 25-VII-2006 (Ar. 1328).

⁸⁴ STS 4-VII-1994 (Ar. 6427); SSAP de Castellón, Sección 2.ª, 5-XI-1997 (Ar. 2300); Córdoba, Sección 1.ª, 18-I-2001 (Ar. 8); Tarragona, Sección 3.ª, 27-II-2001 (Ar. 184721). La responsabilidad se imputaría a la parte vendedora si sólo de ella dependió el silencio sobre las cargas; STS 10-X-2001 (Ar. 8733).

⁸⁵ SSAP de Córdoba, Sección 3.ª, 21-I-1997 (Ar. 34); Málaga, Sección 6.ª, 14-IX-1998 (Ar. 6676); Cantabria, Sección 3.ª, 13-XI-2003 (Ar. 461); Cádiz, Sección 2.ª, 19-VII-2004 (Ar. 1747); Barcelona, Sección 1.ª, 23-V-2005 (Ar. 1137); Cantabria, Sección 2.ª, 31-V-2006 (Ar. 177385); Barcelona, Sección 14.ª, 30-VII-2007.

cia, la mala fe o la ilicitud de actuaciones por parte del enriquecido: basta su indebida ganancia, aun mediando la buena fe⁸⁶. Hay autores que consideran que la restitución debe ser, cuando menos, el valor neto del enriquecimiento, mas en presencia de la mala fe de quien se sabe enriquecido sin causa suele justificarse, en analogía con el artículo 1896 del Código Civil, que restituirá el mayor valor entre el enriquecido y el empobrecimiento generado; mientras que la buena fe del enriquecido supondría la entrega del menor valor entre lo uno y lo otro⁸⁷.

Aunque pueda discutirse que el enriquecimiento sin causa —mejor que *injusto*— constituya, en sentido técnico, un principio general del Derecho⁸⁸, con apoyo en el valor constitucional de Justicia (art. 1.1 CE) resulta útil para tutelar el interés de quien se ha enriquecido sin que concurra motivo en la atribución patrimonial producida, que lo sería si así se ha pactado expresa y libremente, o si existe una disposición legal que en concreto lo autorice⁸⁹. Pretender cobrar una comisión o premio por un contrato en el que no se ha intervenido, podría suponer un enriquecimiento injusto del reclamante que, en realidad, no lo ha intermediado, aunque hubiera intervenido en contratos anteriores. Claro que si se trata de las mismas partes y ese contrato final —en el que no es interviniente indirecto— deriva de los anteriores, difícilmente cabrá mantener la tesis del enriquecimiento sin causa. Del mismo modo, si carente de todo título contractual, el mediador se apropiase de las arras, confirmatorias o penitenciales, fácilmente puede trascenderse del enriquecimiento injustificado al campo penal del delito⁹⁰. De otro lado, esquivar el pago de la remuneración del mediador supone el empobrecimiento de éste, e inevitablemente el enriquecimiento de aquel que hubiera tenido que abonar dicho premio.

La *condictio sine causa generalis*, edificada sobre el sistema de Derecho romano⁹¹ que pasó a las Partidas⁹², fue jurisprudencialmente construida como

⁸⁶ Por todas, STS de 23-III-1992 (Ar. 2277).

⁸⁷ En todo caso se considera justificado descontar los gastos necesarios que el demandado enriquecido hubiera experimentado, a tenor del contenido del artículo 453 del Código Civil.

⁸⁸ En este sentido, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN recuerda que nuestro Derecho, bajo el sistema jurídico que subyace, disocia entre justificaciones ética y jurídica de las atribuciones patrimoniales, lo que jurídicamente es ventajoso pero éticamente censurable (impago de deuda por prescripción en el ejercicio de la acción de reclamación, adquisición por compra a precio irrisorio o reventas especulativas), pero que evita una vía de reexamen judicial sobre la totalidad de las relaciones patrimoniales en aras de la justicia y el equilibrio internos, eludiendo con ello un quebranto de la seguridad del tráfico.

⁸⁹ SSTs 18-V-1984 (9778), 21-XII-1984 (EDJ 7578), 14-VII-1994 (11844), 13-X-1995 (EDJ 5213), 8-VII-2003 (EDJ 49246), 6-II-2006 (EDJ 8412).

⁹⁰ Cfr., en general, Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Aproximación a los tipos penales relacionados con la insolvencia*, Grupo Difusión, Madrid, 2006, págs. 363 a 389.

⁹¹ *Regula iuris* en el Digesto (D. 50, 17, 206): por Derecho natural es justo que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro.

⁹² En la séptima partida (34, 17): «ninguno non deue enriquecer torticeramente con daño de otro».

acción genérica destinada a corregir los desplazamientos patrimoniales carentes de causa. Precisamente sobre la base de esa falta de causa en el *accipiens*, con independencia de los singulares derechos subjetivos del *tradens*. Y sólo en la medida del empobrecimiento de éste, bajo los principios generales del Derecho, y no por los textos legales⁹³, sin perjuicio que el artículo 1901 del Código Civil venga planteado como posible fundamento legal⁹⁴, y a modo de reconocimiento implícito el contenido del artículo 10.9 III del Código Civil⁹⁵.

Esta *condictio* disfruta doble apoyo teórico, de un lado el subjetivo y espiritualista, que la ubica bajo perspectivas de equidad y deberes morales; el último recurso ante la flagrante injusticia de que uno se enriquezca a costa de otro. Es el denominado motivo del legislador. De otro lado una razón objetiva y materialista, porque ciertamente la mecánica de los cambios patrimoniales siquiera impone juegos de suma cero en los que una parte obtiene a cambio de precio un bien que vale exactamente lo abonado. Pueden existir desajustes y beneficios, que normalmente se obtienen a costa de alguien, mientras los precios justo y especulativo, el valor y el precio, en absoluto deben equipararse. De lo que se trata es de la falta de causa para retener el patrimonio enriquecido frente al empobrecido, y cada uno debe restituir la ventaja que otro le ha proporcionado sin causa. Se trata del supuesto del nacimiento del derecho. Deberá probarse la presencia de una cosa o valor en el patrimonio del demandado, así como la ausencia de justificación para no devolverla o *causa retinendi* y la procedencia del patrimonio del demandante, empobrecido con su pérdida, siendo el empobrecimiento límite de la reclamación y resultando inevitable la relación de causalidad entre aquél y el enriquecimiento.

De igual modo, el patrimonio enriquecido no puede sino llegar a ser reconducido a su nivel inicial, aunque lo haya sido bajo la buena fe. De enriquecerse el sujeto mediando mala fe, se ha planteado el uso del artículo 1896 del Código Civil por analogía. Sin embargo, cuando la situación de intereses sea idéntica a la contenida en tal precepto, podrá el mismo aplicarse análogamente con independencia de la noción de enriquecimiento injusto⁹⁶.

Para considerarlo ilícito e improcedente, el enriquecimiento debe carecer absolutamente de cualquier razón jurídica, esto es, que no concurra justa causa

⁹³ STS de 12 de enero de 1943; *sic* José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, José María Bosch ed., Barcelona, 1986, pág. 621.

⁹⁴ En este precepto se deduce que cualquier prestación hecha sin causa alguna que la justifique —esto es, absolutamente indebida—, puede ser reclamada por quien la realizó —porque el mediador prestó su servicio—, por cuanto lo prestado sólo puede conservarse por el *accipiens* mediando liberalidad u otra causa.

⁹⁵ Cfr. Rafael NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Ed. Reus, Madrid, 1934; Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ y Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988; José Antonio ÁLVAREZ CAPEPOCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, Comares, Granada, 1993.

⁹⁶ Por todos, José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pág. 631.

autorizante del beneficio obtenido o reclamado. La justa causa de la retención se aproxima a la causa de las obligaciones contractuales del artículo 1274 del Código Civil, con extensión a toda atribución patrimonial mediante las nociones encontradas de liberalidad y equivalencia. Habría causa si se utiliza, sin abuso, un derecho, si existe el cobijo de la costumbre⁹⁷ o si se aprecia algún tipo de amparo legal. En este último caso se sostiene reiteradamente que cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos que pueden lesionar la equidad, los indirectamente beneficiados por ellas no se enriquecen injustamente⁹⁸.

La obligación de pago de los honorarios del mediador desaparece ante la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento contractual, siempre y cuando la aplicación del artículo 1124 del Código Civil por pérdida del objeto de negocio no resultase imputable al deudor de la remuneración. De todas maneras, junto con los clásicos ejemplos de dificultad de ejecutar lo pactado o la cesión en pago de acreedores⁹⁹ destaca la prohibición de enriquecimiento injusto.

Se ha defendido que la valoración del enriquecimiento injusto no tiene lugar cuando el mismo se produce, ni en la fecha de la litispendencia, sino en el momento de la ejecución de la sentencia, de manera que la recuperación del valor en que consiste la acción de enriquecimiento injusto se obtiene efectivamente a salvo de la disminución del valor de la moneda¹⁰⁰. Ahora bien, como sea que la caducidad de la ejecución procesal alcanza los cinco años, no se eluden hipótesis según las cuales el ejecutado se queje del retraso en la interposición de una demanda ejecutiva. No obstante, el particular obtiene idéntica respuesta que frente a las quejas de los demandados por reclamaciones al borde de la prescripción extintiva de acciones personales ordinarias (quince años) donde se insta el pago de intereses moratorios pactados desde el momento del vencimiento¹⁰¹. Es acto propio tanto no pagar la deuda como no cumplir voluntariamente una sentencia judicial, por lo que si el demandante o el ejecutante reclama dentro de los plazos de prescripción y caducidad nada puede oponérsele, ni bajo el ámbito del abuso ni a modo de ejercicio antisocial del derecho. De todos modos, es más correcto decir que la medida de la restitución, que atiende al monto del enriquecimiento que perdura en el

⁹⁷ SSTs 27-III-1958 (Ar. 1873), en un supuesto de obsequios al novio por parte de sus futuros suegros.

⁹⁸ SSTs 26-I-1956 (Ar. 150), 23-V-1966 (Ar. 1399); en sentido negativo, STS 8-I-1980 (Ar. 79), sobre irregularidades en el libramiento de letras por empleado sin facultades para ello.

⁹⁹ SSTs 9-XII-1983 (Ar. 6925), 3-XII-1992 (Ar. 9997); 6-IX-1994 (Ar. 7245).

¹⁰⁰ El defensor de esta tesis, Jaime SANTOS BRIZ, admite la excepción cuando la restitución consiste en una cosa conservable de modo invariable al ser reclamada de cómo se hallaba cuando tuvo lugar el desplazamiento del patrimonio que se trata de reparar.

¹⁰¹ La opción del deudor es fácil, pues su pago extingue la deuda y liquida intereses. Si no paga difícilmente puede atenderse luego, como judicialmente reclamado, a queja alguna.

momento de presentación de la demanda, tiene lugar actualizada al momento de la restitución¹⁰².

La acción de enriquecimiento injusto es de naturaleza personal y carece de específico plazo legal, por lo que no siendo el tiempo de ejercicio deducible de los principios generales del Derecho, se somete a los quince años del artículo 1964 del Código Civil o en su caso al trienal si fuera de aplicación el artículo 65 de la Ley de cambiaria y del cheque. Cuestión discutible es su carácter subsidiario o principal, es decir, que su nacimiento dependa o no de la falta de cualquier otra acción civil. Concluir sobre su dependencia, la subsidiariedad en el ejercicio, implicaría entender que cuando el empobrecido tuviera cualquier diversa acción para hacer valer su derecho, nunca tendría acceso a la de enriquecimiento. En realidad, esto último significa que la acción de enriquecimiento nunca llega a nacer, no que se impida el ejercicio por existir otra no prescrita, originada del contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito¹⁰³. Naturalmente, tiene sustantividad propia frente a todas las demás, también de la responsabilidad por culpa aquiliana por daños y perjuicios donde el demandado no tiene por qué haber incrementado su patrimonio. A su vez, la habitual dependencia en el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto, no tiene que significar incompatibilidad con otras acciones en presencia, aun coincidentes en buena medida.

Y no es desconocido que el desplazamiento de patrimonio que empobrece al que da o pierde y enriquece a otro pueda verificarse a través de un sujeto intermedio. Es decir, que el efecto no tiene que producirse como resultado de un prestación directa del empobrecido al enriquecido; no es decisiva la relación directa entre ambos, sino la existencia de un vínculo de conexión suficiente entre el patrimonio que ha sufrido la pérdida y el que ha experimentado el beneficio. Desplazamiento inmediato, así, no significa por fuerza su producción directa entre beneficiado y perjudicado, sino que ha de ser un mismo hecho o circunstancia el que dé lugar a la pérdida o ganancia, lo que ya desde el Derecho romano encontró regulación, concretamente a través de la *actio in rem verso*. Esta acción funciona en el Derecho Privado español frente a todos los casos de atribución indirecta, incluso cuando pudiera alzarse la duda sobre si la atribución es directa o no, siempre que el supuesto de hecho recoja todos los requisitos del

¹⁰² FRANCISCO CAPILLA RONCERO, «Cuasicontratos y enriquecimiento injustificado», en *Derecho de Obligaciones...*, cit., pág. 466.

¹⁰³ Acogiendo la doctrina mayoritaria y jurisprudencia galas, sostienen esta tesis RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, JOSÉ FERRANDIS VILELLA o ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: el principio general del Derecho sobre el que descansa la acción de enriquecimiento sin causa sólo se activa cuando ésta es el único recurso para reparar el desequilibrio patrimonial. Al entender del último autor citado, la frecuencia en el uso de este tipo de acción, no obstante, perturba el régimen del Derecho de obligaciones y quebranta la seguridad jurídica.

enriquecimiento injusto¹⁰⁴. No obstante se hace preciso analizar singularmente si la relación causa-efecto resulta autorizante para el ejercicio de la acción contra el tercero, enriquecido a través de una persona intermedia o varias.

El comprador y el vendedor, de mutuo acuerdo, pueden intentar sortear la remuneración del intermediario de manera que tanto uno como otro se beneficien económicamente. Puede hacerlo sólo el vendedor, evitando pagar al intermediario que como tal había contratado, sin que ese vendedor perciba menos dinero como importe de la compraventa. Simplemente suprime de sus obligaciones la comisión, que se quedará en su propio patrimonio en vez de entregarse al mediador. El comprador nada tendrá que ver con ello, sin mejorar ni perjudicar sus obligaciones. Si de lo que se tratara fuese de percibir el precio reducido, precisamente, en el importe que habría supuesto la remuneración del intermediario, nos encontraríamos en el primero de los supuestos, pues tanto el vendedor como el comprador resultarían beneficiados, siempre en demérito del mediador aunque sólo el vendedor habría sido contratante de la mediación.

En el menos habitual supuesto que haya sido el comprador quien pactase en origen con el intermediario, sería el caso de evitar su remuneración pagando exclusivamente al vendedor y ahorrándose aquel importe, situación en la que el vendedor sería ajeno a la actuación de la contraparte, sin percibir beneficio alguno, del mismo modo que está separado de la relación subjetiva que une al mediador con el comprador. Y pudiera ser que el comprador pagase mayor precio por la finca, merced al total o parte de la comisión que ya no tendría que abonar al intermediario. En este ejemplo el vendedor se beneficiaría, pero su desconocimiento evitaría involucrarle en la maniobra eventualmente injusta del comprador frente al mediador, que se ve empobrecido pero sin corresponder con un enriquecimiento del sujeto correspondiente. La vía de reclamación estaría en el contrato, no en el enriquecimiento injusto. Con todo, la pluralidad de enriquecidos conllevaría condena solidaria de restitución¹⁰⁵.

6. ALGUNAS CONCLUSIONES

La indeterminación normativa en la materia analizada muestra serios inconvenientes para el control de la actividad, curiosamente más restringida allí donde se advierte un cierto grado de regulación jurídica, por lo que ciertos

¹⁰⁴ Atribuciones patrimoniales donde median tres personas o se advierte un carácter más o menos indirecto pueden constataarse, por ejemplo, en los artículos 360 y sigs., 453 y sigs., 645.2.º, 1085, 1158, 1163-2.º, 1185, 1303 y sigs., 1688, 1689-2.º, 1717-2.º, 1842 y 1894 del Código Civil o en los artículos 12, 287, 586 y 588 Ccom.

¹⁰⁵ Por ejemplo, STS 19-V-1993 (Ar. 3802), sobre múltiples demandados cooperativistas cuya comunidad jurídica de objetivos hubiera supuesto, de no utilizarse la solidaridad, la inalcanzable tutela judicial efectiva de los actores.

profesionales, en concreto los agentes de la propiedad inmobiliaria, acaban por resultar perjudicados frente al resto de profesionales, especialmente personas jurídicas, en un ámbito de trabajo con una marcada libertad de competencia. La sensación de encontrarse, jurídicamente, en una tierra de nadie, viene fragmentariamente suplida con la teoría general del contrato y las reglas de la buena fe y lealtad negociales, y en modo singular con la legislación general de protección al consumidor. Ahora bien, sin olvidar los inconvenientes derivados de cómo desarrollar el concepto de consumidor, la relación jurídico sustantiva *inter privados* plantea en ocasiones una igualación de partes que desdibuja la definición del consumidor como parte débil y sobreprotegida, residenciando la cuestión en la autonomía de la voluntad y el derecho de obligaciones, particularmente en el ámbito de las arras penitenciales o el derecho de retención que con éstas suele vincularse, ofreciendo todo el conjunto múltiples vicisitudes en la práctica de tribunales.

La incorporación a todo lo anterior de un tercero, el intermediario inmobiliario, plantea sensibles controversias sobre la figura jurídica que lo ampara y el negocio que enlaza su quehacer con uno y/o con otro de los protagonistas directamente interesados. Y sin base legal de cobertura general habrá que estar a lo expresamente pactado, por escrito o incluso verbalmente, lo que en sede judicial muestra los habituales problemas de prueba.

La responsabilidad del intermediario puede llegar a diluirse si actúa como sociedad mercantil, no obstante se ofrezca con ésta un mecanismo de amparo frente a la insolvencia de aquél, significadamente sometido, como es lógico, a la existencia del aseguramiento civil. Con todo, la atipicidad contractual, los acuerdos no escritos que subyacen y complementarios a la actuación del intermediario y de los propios contratantes, y las actuaciones directas con y del tercero intermediador, propician múltiples problemáticas cuya casuística jurisprudencial ha ido sistematizándose, utilizando o no para ello el contrato de mandato. Buena parte de los conflictos judicializados acaso serían evitables de existir una regulación normativa mínimamente clara sobre la actividad dispensada por el intermediario inmobiliario, y sus consecuencias, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad. Añadiendo a lo anterior que el enriquecimiento sin causa seguirá siendo útil, en último extremo, en ese campo de actividad, sin perjuicio, a su vez, de la importancia práctica sobre las peculiaridades de las dobles percepciones por parte del mediador, las retenciones anteriores a la conclusión del negocio por parte de aquél y nunca pactadas por su comitente, e incluso aquellos fraudes de transacciones judiciales para eludir abonar al mediador con la excusa de faltar el buen fin de su operativa, que conforman un empedrado de circunstancias heterogéneas bien necesitado de un régimen jurídico mucho más claro del que en la hora presente se dispone.

RESUMEN

INTERMEDIARIO.
COMPRAVENTA
ARRAS

La ausencia de una completa y sistemática normativa en materia de intermediación inmobiliaria coloca al único profesional sujeto a regulación en peor situación que un buen número de empresas y particulares dedicados al mismo negocio y beneficiados por una absoluta libertad de mercado. Y a la hora de resolver conflictos deberá acudirse a las reglas generales del contrato, analizando bajo una destacable casuística qué modelo negocial se ajusta más correctamente a las necesidades del tipo de actividad desplegada, cobrando especial importancia, como no podía ser de otro modo, los propios preceptos de la compraventa en general, las arras y el derecho de retención en particular e, incluso, la teoría del enriquecimiento injustificado. Nos encontramos en un marco de actuación donde, además, el particular lego en cuanto a la compraventa inmobiliaria y al papel del intermediario, a menudo es un rápido aprendiz de maniobras evasivas para cumplir con sus propias obligaciones para con terceros que, de buena fe y eficazmente, favorecieron su negocio jurídico, propiciando de esa manera el litigio en sede jurisdiccional. Naturalmente, no debe olvidarse de qué modo estos últimos también se muestran, en ocasiones, como mero lastre económico de la operación llevada a cabo, incidiendo negativamente en derechos ajenos al punto de provocar, precisamente, la controversia jurídica que llega a los tribunales de justicia.

ABSTRACT

INTERMEDIARY
SALE
EARNEST MONEY

The fact that there is no full, systematic set of laws and regulations on intermediation in real estate deals places the estate agent, the one professional subject to regulation, in a worse position than a good number of companies and individuals in the same business who benefit from unrestricted free-market conditions. And when there are conflicts to be dealt with, the general rules of contracts must be applied, where the wide range of individual cases that may be anticipated will have to be examined to find which business model best fits the needs of the kind of business that is being done. Of course, the precepts regulating sales in general, earnest money and liens in particular, and the theory of unjust enrichment take on special importance in this realm. Furthermore, the realm is one in which a private citizen untutored in real estate deals and the broker's role often learns fast how to avoid discharging his own obligations, even others have acted in good faith and to full legal effect, effectively furthering the private citizen's own ends. This creates more litigation. Naturally, brokers too sometimes prove themselves to be a mere economic burden on the operation. Their negative effect on the rights of buyer and seller may even lead to lawsuits.

*(Trabajo recibido el 9-3-2012 y
aceptado para su publicación el 1-4-2013)*