

Consideraciones sobre el contrato de corretaje

por

CARLOS CUADRADO PÉREZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. PRECISIÓN CONCEPTUAL.

III. CONFIGURACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL:

1. ATIPICIDAD.
2. *FACIO UT DES.*
3. ONEROSIDAD.
4. DISCUTIDA BILATERALIDAD.
5. ALEATORIEDAD.
6. RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA GESTIÓN DEL MEDIADOR Y LA CONCLUSIÓN DEL NEGOCIO.
7. «OBLIGACIÓN DE MEDIOS» DEL CORREDOR.
8. LA MEDIACIÓN NO ES UN CONTRATO CONDICIONAL.

IV. CONCLUSIÓN TÁCITA DEL CONTRATO DE CORRETAJE Y PAGO DE LOS HONORARIOS DEL CORREDOR.

BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el seno del actual tráfico jurídico y, de manera destacada, en el ámbito de la actividad mercantil, puede apreciarse el auge de las figuras contractuales de «colaboración». Dentro de ellas, goza de una gran relevancia el deno-

minado *contrato de mediación o corretaje* (1), pues el desarrollo de las operaciones comerciales resulta, en multitud de ocasiones, facilitado por la intervención de terceras personas ajenas a los «contratantes finales».

Este tipo contractual constituye una evidente realidad social (2), cuya importancia se acrecienta a medida que la actividad económica y comercial incrementa su volumen. Resulta muy frecuente, por ejemplo, ver cómo quienes pretenden comprar o vender algo (v.gr., una casa), o celebrar un contrato de seguro, recurren a los servicios de terceros, que los pondrán en contacto con sujetos interesados en contratar. En realidad, para el desenvolvimiento comercial, se exige frecuentemente la intervención de ciertas personas que pongan en relación a los futuros contratantes, y les faciliten, de este modo, la ocasión de celebrar un contrato (3). En este sentido, es posible que quien pretende comprar o enajenar un determinado bien ignore quién se halla interesado, a su vez, en vender o adquirir dicho bien; por este motivo, puede solicitar los servicios de un tercero, con el propósito de que éste lo ponga en relación con eventuales interesados en celebrar el contrato deseado. La enorme importancia de esta labor ha propiciado que un número ingente de personas haya convertido la mediación en su profesión. El paradigma de esta tendencia, en el marco de la vida cotidiana, lo podemos localizar en los agentes de la propiedad inmobiliaria, quienes ejercen su actividad mediadora fundamentalmente en torno a la compraventa y al arrendamiento de bienes inmuebles. No obstante, existen otros muchos ejemplos, igualmente relevantes, en materia de seguros, en el ámbito comercial, etc.

Aunque la actividad mediadora tiene embrionarios precedentes en el Derecho Romano (4), ha sido la intensificación de la contratación en el moderno

(1) SANPONS SALGADO, M. (*El contrato de corretaje*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1965, págs. 51 a 53) propugnó el exclusivo empleo del término *corretaje*, y la supresión del vocablo *mediación* en este ámbito, con el propósito de desterrar posibles confusiones, ya que goza de varios significados diversos. A tal efecto, hace alusión a los términos literales de los artículos 63 y sigs. del Código de Comercio de 1829, donde el legislador habla de *corredores*, así como a la definición ofrecida, con anterioridad, por DE HEVIA BOLAÑOS, *Labyrintus commercii terrestres et navalis*, cap. V, *Pararii seu proxenetæ*: «*Proxenetæ, qui nostralibus corredores vocantur sunt ii qui currunt, euntque ac redeunt ab una ad alteram partem eos conciliando qui negociari et vendere et emere volunt*». No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas han optado, con carácter general, por referirse a este tipo contractual, indistintamente, con los términos «corretaje» y «mediación»; asimismo, este último vocablo es empleado por varios de los legisladores extranjeros que han regulado esta materia.

(2) MARTÍNEZ VAL, J. M.^a, *El contrato de corretaje*, colección «Economía y Comercio», 1, Publicaciones de la Escuela de Comercio, Ciudad Real, 1955, pág. 5.

(3) RIERA AISA, L., voz *Corretaje*, Nueva Enciclopedia Jurídica, T. V, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1953, pág. 812.

(4) Vid. Dig. 50, 14 (*De proxeneticis*); según explica BRUTTI, M. [voz *Mediazione (storia)*, Enc. del Dir., T. XXVI, Giuffrè Editore, Milano, 1976, pág. 12], mientras en las fuentes romanas falta cualquier referencia a una convención de las partes (o de una de

tráfico jurídico el factor que ha contribuido al actual apogeo del contrato de corretaje (5). Según explica MARTÍNEZ VAL, la «publicidad y la información, tan extendidas en la actualidad, no son en muchas ocasiones suficientes y se busca una gestión humana, directa e interesada, que anude los intereses contrapuestos de las partes y facilite la ocasión de concluir un contrato» (6). A nuestro modo de ver, además de las incontestables ventajas que este mecanismo supone para aumentar la fluidez del tráfico y el número de contratos, tales como la comodidad y la celeridad en la contratación, o la subsanación de la falta de conocimiento en relación con un concreto sector de la actividad económica, una de las razones de su actual relevancia puede hallarse, precisamente, en la relativa falta de efectividad de los mensajes publicitarios en un mercado saturado de anunciantes.

Llegados a este punto, hemos de plantearnos la siguiente cuestión: ¿qué es «mediar»? En esencia, podemos describirlo como la intervención de un sujeto que pone en contacto o relaciona a dos o más personas, en aras de facilitar la eventual conclusión de un contrato en el que éstas se hallan interesadas (7). En relación con esta actividad, STRACCA señaló: «*Proxenetes est, qui in negotiis*

las partes) con el *proxenetes*, y se limitan a describir las formas y los efectos de la intrusión, sin atribuir relevancia al hecho de que éste se halle sustentado o no por un acuerdo, dentro de la tradición romanista la base consensual de la relación se convierte en un tema autónomo de reflexión. No obstante, en opinión de SANPONS (*op. cit.*, pág. 21), buscar los antecedentes históricos de la regulación del corretaje en los textos clásicos «parece tarea vana, puesto que este contrato, de regulación relativamente moderna, poco tiene que ver con otras figuras similares a él que se conocieron ya en el Derecho romano». En el Derecho histórico español podemos hallar noticia de esta figura en la Partida 2.^a, Título 27, Ley 33: «*Corredores son llamados aquellos, que andan en las almonedas, e venden las cosas, pregonando, quanto es lo que dan por ellas. E porque andan corriendo, dela vna parte ala otra, mostrando las cosas, que venden, por esso son llamados corredores...*». También se contempló la figura del mediador, posteriormente, en la Novísima Recopilación (Título VI, Libro Noveno).

(5) Según RIERA (*op. cit.*, pág. 812), «su función ha adquirido gran importancia y no es exagerado decir que representa una de las bases de la actividad comercial». Como explica REZZARA, J. (*Dei mediatori e del contratto di mediazione. Studio di Diritto Commerciale*, Ed. Fratelli Bocca, Torino, 1903, pág. 1), el comercio «*nello svolgersi incessante, turbino degli affari, che concatena un'attività all'altra, abbisogna di intermediari che, per l'esercizio professionale, si trovino in grado di conoscere esattamente e l'offerta e la domanda del mercato attuale, di avvicinare questa a quella in modo rapido e sicuro, di rimuovere ogni difficoltà, così da ottenere che le parti giungano al più presto ad un accordo*».

(6) MARTÍNEZ VAL, *op. cit.*, pág. 6.

(7) De un modo más general, MARTÍNEZ VAL (*op. cit.*, pág. 11) lo delimita conceptualmente como una «actividad diligente de intercesión por alguien en una dirección económica de contenido patrimonial». Dicho autor llega a esta conclusión tras analizar las definiciones de «mediar» y «corretaje» ofrecidas por el Diccionario de la Real Academia Española. En relación con este tema, según la vigésima segunda edición de tal diccionario, una de las acepciones de *mediar* es «Interceder o rogar por alguien», mientras que *corretaje* puede significar «Diligencia y trabajo que pone el corredor en los ajustes y ventas», o bien «Comisión que perciben los corredores de comercio sobre las operaciones que realizan».

licitis partium voluntates inquirendo earundem consensu cum salario vel sine, ministerium accomodat et operula ista defungitur» (8). En realidad, el mediador, una vez ejecutada su labor, se mantendrá al margen del contrato que se perfeccione entre las dos partes a las que él ha puesto en contacto. Su función, en principio, radica en posibilitar la perfección del contrato entre otras dos partes, de tal forma que la actividad mediadora «adquiere relieve y trascendencia jurídica en función de un resultado real», sin el cual la finalidad social y económica de la mediación se verá frustrada (9). Así pues, la percepción de los honorarios por el mediador depende de la efectiva conclusión del concreto contrato en relación con el cual fue contratada su actuación.

En el *Codice Civile* italiano sí se ofrece un concepto legal de «mediador», si bien resulta notoriamente incompleto. En su artículo 1.754, se dispone: «*E' mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza*». Como puede apreciarse, la mayor preocupación del legislador italiano, en este punto, radica en escindir la mediación de cualquier otra figura que implique una dependencia jerárquica o profesional del mediador en relación con quien encarga su intervención. Sin embargo, una vez alcanzado tal propósito, olvidó configurar con precisión el supuesto de hecho de la mediación. Tal actitud del legislador italiano ha dado lugar a una abundante literatura jurídica.

En opinión de CARRARO (10), el legislador italiano, al redactar este precepto, ha tenido en cuenta, únicamente, el contenido más frecuente en la práctica de la actividad del mediador, de tal forma que la norma *minus dixit quam voluit*. Por su parte, CATAUDELLA (11) considera que nos hallamos frente a una norma de mínimos, es decir, ante un artículo donde se establece la actividad imprescindible para que quepa hablar de «mediación», sin perjuicio de que puedan existir modalidades más completas y desarrolladas de esta misma figura. Por consiguiente, parece que la doctrina italiana mayoritaria (12) defiende

(8) Vid. *De Proxenetis et Proxenetis*, 1558, en BENVENUTI STRACCHAE, «De Mercatura, Cambiis, Sponionibus, Creditoribus... Decisiones et Tractatus Varii. Ad quorum calcem nunc accessere Eiusdem Benvenuti Stracchae De Assecurationibus, Proxenetis atque Proxenetis, Tractatus duo», Amstelodami, 1669, I, n. 3, pág. 82 (citado por BRUTTI, *op. cit.*, pág. 13).

(9) MARTÍNEZ VAL, *op. cit.*, pág. 13.

(10) CARRARO, *La mediazione*, 2.^a edic., Ed. Cedam, Padova, 1960, pág. 24: «La ristretta formula dell'art. 1754 può in realtà spiegarsi supponendo che il legislatore abbia tenuto presente in quella norma soltanto il contenuto che assume più frequentemente nella pratica l'attività del mediatore e che dunque abbia detto meno di quello che voleva dire».

(11) CATAUDELLA, A., voz *mediazione*, Enc. Giur. Treccani, vol. XIX, Roma, 1990, pág. 3.

(12) Así, entre otros, AZZOLINA, U. (*La mediazione*, 2.^a edic., UTET, Torino, 1955, pág. 21), al interpretar el artículo 1.754, asevera: «Il legislatore infatti ha usato prudentemente una formula generica ed ampia, suscettibile dell'interpretazione più lata, destinata

la aplicación extensiva del artículo 1.754 del *Codice*, si bien tal opinión no resulta unánime (13).

En nuestro país no se ha planteado esta polémica: la doctrina y la jurisprudencia han aceptado, de manera generalizada, una configuración del contrato de mediación coincidente, en términos generales, con la definición propuesta por CASTÁN. Según este autor, el contrato de corretaje o mediación es «aquel por el cual una de las partes (el *corredor* o *mediador*) se compromete a indicar a la otra (que se llama *oferente* o *mediado* y, más usualmente, *comitente* o *mandante*) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero (*mediatario*) o a servirle de intermediario en esta conclusión, a cambio de una retribución (llamada *premio*, *prima* o *comisión*)» (14). Así pues, el mediador es un «cooperador físico y no jurídico» del negocio pretendido por el oferente (15). Esta definición resulta bastante precisa y, principalmente, útil, dado el silencio observado por nuestro legislador en torno a este contrato (16).

a comprendere tanto la presentazione di persone ignote, quanto la intromissione fra parti che già si conoscono o che eventualmente già trattino l'affare, per avvicinarle convincerle o riavvicinarle, nel caso che le trattative siano state precedentemente interrotte, in guisa che l'affare desiderato possa concludersi. Un diverso avviso, in senso limitativo, mentre non avrebbe sicuro fondamento della lettera della legge, ne urterebbe lo spirito e la finalità»; asimismo, vid. MARINI, A., «La mediazione», comentario a los artículos 1.754-1.765, en *Il Codice Civile. Commentario*, dir. por P. SCHLESINGER, Giuffrè Editore, Milano, 1992, págs. 45 a 47. Una visión amplia de la actividad de intermediación es también manifestada, si bien con ciertas dudas, por LUMINOSO, A., «La mediazione», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, vol. XXXI, T. 3, Giuffrè Editore, Milano, 1993, págs. 16 y 17.

(13) PERFETTI, U. (*La mediazione. Profili sistematici ed applicativi*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, págs. 14 a 16), tras recomendar una cierta dosis de prudencia en la «dilatación» de la fórmula del artículo 1.754 del *Codice*, concluye: «Di guisa che l'attività di messa in relazione mantiene il suo ruolo centrale qualificante, per cui mediatore è ancor oggi solo colui che pone in relazione due o più parti per i fini e con le caratteristiche dell'attività indicati dall'art. 1.754». En su opinión, la actividad de «poner en contacto» a los contratantes es la modalidad más clásica y genuina de corretaje, de tal forma que cualquier actuación posterior a dicha puesta en relación no constituye, en sí misma, mediación (pueden ser actuaciones con función complementaria o instrumental de la puesta en contacto). Este autor italiano (*op. cit.*, pág. 11) define la «messa in relazione» como cualquier comportamiento humano abstractamente idóneo en aras de hacer surgir, entre dos o más partes, un contacto dirigido, a su vez, a la conclusión de un negocio.

(14) CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, Derecho de Obligaciones, Las particulares relaciones obligatorias, 15.^a edic., revisada y puesta al día por J. FERRANDIS VILELLA, Ed. Reus, Madrid, 1993, pág. 567.

(15) BONET RAMÓN, F., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1940», en *RDP*, enero de 1944, núm. 322, pág. 801.

(16) Según SANPONS (*op. cit.*, pág. 95), las referencias históricas sobre el contrato de corretaje no son muy numerosas «porque, acaso, esa misma dificultad de diferenciación con aquellos otros contratos de gestión o mediación que, más afortunados, tienen acogida en la estimación inmediata del legislador, haya sido la causa de su ausencia de los textos legales positivos».

Así, por ejemplo, en la STS de 4 de julio de 1994 se delimita el contrato de mediación o corretaje como «un contrato innominado *facio ut des*, por el que una de las partes (el corredor) se compromete a indicar a la otra (el comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle para ello de intermediario a cambio de una retribución» (en parecidos términos se expresa el propio Tribunal Supremo, en sentencias de 4 de diciembre de 1953, 28 de febrero de 1957, 23 de octubre de 1959, 2 de mayo de 1963 y 10 de octubre de 2002) (17). De todo lo expuesto se desprende que el mediador facilita la celebración del contrato entre el comitente y un tercero (18), mas no contrata él mismo con dicho tercero en interés del comitente: «*proxenetæ officium est in tratando non in contrahendo*».

Como consecuencia de estas precisiones, algunos autores han advertido que podemos distinguir dos clases de mediación:

- a) La mediación que cabría denominar *de indicación*: en este caso, el mediador habrá de informar al comitente sobre la oportunidad de celebrar un contrato con alguien que se halla interesado en dicha contratación.
- b) La mediación *de negociación*: en esta hipótesis, la gestión del mediador consistirá en hacer de intermediario en la contratación.

(17) Aunque la labor de corretaje pueda incluir más actividades, la función más relevante del mediador continúa siendo la puesta en contacto de personas interesadas en contratar. En este sentido, resulta bastante concluyente la STS de 21 de octubre de 2000: «el mediador ha de limitarse, en principio, a poner en relación a los futuros comprador y vendedor de un objeto determinado, pero, en todo caso, tal actividad ha de desplegarse en lograr el cumplimiento del contrato final, y así se entiende por la moderna doctrina, en cuanto en ella se afirma que la relación jurídica entre el cliente y el mediador no surge exclusivamente de un negocio contractual de mediación, pues las obligaciones y derechos exigen, además, el hecho de que el intermediario hubiera contribuido eficazmente a que las partes concluyeran el negocio». Esta concepción se aprecia, asimismo, en la jurisprudencia menor: v.gr., SAP de Ciudad Real, de 16 de diciembre de 2003: [«Por consiguiente, la obligación que nace del contrato de corretaje, referida en este caso al actor, agente de la Propiedad Inmobiliaria, es la de poner en contacto o relación a las futuras partes interesadas en la compra-venta (comprador y vendedor) y contribuir eficazmente a que las partes citadas concluyan el negocio»], SAP de Cáceres, de 20 de septiembre de 2005, etc. En la doctrina, GÁZQUEZ SERRANO, L. («Notas para el estudio del contrato de mediación», en *Estudios de Derecho de Obligaciones*, Homenaje al Profesor Mariano ALONSO PÉREZ, T. I, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 880 y 881) ha indicado que la actividad mediadora abarca una pluralidad de actos, cuya especificación en la Ley resulta imposible, ya que revisten una indefinida variedad.

(18) Según expone RODRÍGUEZ VALCÁRCE, F. («Proceso de cognición-reclamación de cantidad en concepto de prima pactada en contrato de corretaje», en *Revista de Derecho Procesal*, 1958, núm. 1, pág. 955), la labor del mediador puede consistir en dos actividades: 1. Señalar la ocasión de concluir un contrato, en aras de que quien efectuó el encargo de mediación aproveche tal indicación para negociar con la otra parte la celebración de dicho convenio; 2. Servir más próximamente al «concierto de la voluntad contractual», de tal modo que el mediador se halla «obligado a gestionar lo necesario para obtener o conseguir el contrato deseado».

Como puede comprobarse, esta concepción coincide con los términos en los que se expresa el primer párrafo del artículo 412 del Código de las Obligaciones suizo: «*Col contratto di mediazione il mediatore riceve il mandato di indicare l'occasione per concludere un contratto o di interporre per la conclusione d'un contratto verso pagamento di una mercede*». Por su parte, el legislador alemán no elabora una definición del contrato de mediación, sino que la presupone; no obstante, del tenor literal del § 652 del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) se infiere que su concepción en relación con el contrato de mediación no dista mucho de la mantenida por el legislador suizo (19). En realidad, en materia de mediación, este último ha seguido, en algunos aspectos, la estela del ordenamiento jurídico alemán (20).

II. PRECISIÓN CONCEPTUAL

El legislador suizo, cuya definición del contrato de corretaje ha ejercido una gran influencia sobre nuestra doctrina y jurisprudencia, lo ha conceptualizado como un contrato en virtud del cual el mediador recibe el mandato de indicar la ocasión de concluir un contrato o de interponerse para su conclusión, a cambio del pago de un premio (cfr. art. 412 del Código de las Obligaciones). Así pues, en el ordenamiento jurídico helvético, el «mandato» de señalar al oferente la oportunidad de contratar constituye el objeto principal del contrato de mediación, cuando se trata de un corretaje «de indicación».

Por lo tanto, no parece que la actuación de búsqueda desarrollada por el mediador pueda escindirse conceptualmente del contenido propio del contrato de corretaje, como pretende GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX (21). Dicho autor extrae tales gestiones del ámbito objetivo de este tipo contractual, y limita el

(19) Primer párrafo del § 652 BGB: «(1) Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder für die Vermittlung eines Vertrags einen Maklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustande kommt...» (Quien promete un premio de corretaje por información sobre la oportunidad de concluir un contrato o por la mediación del mismo, únicamente está obligado al pago del premio si el contrato se concluye como consecuencia de la indicación o de la mediación hechas por el corredor).

(20) V.gr., en el artículo 415 del Código suizo de las obligaciones se dispone: «Ove il mediatore, contrariamente ai patti, avesse agito anche nell'interesse dell'altra parte, o contrariamente alle norme della buona fede si fosse fatto promettere anche dalla medesima una ricompensa, egli non potrà pretendere dal suo mandante né la mercede né il rimborso delle spese»; mientras que en el § 654 BGB se establece: «Der Anspruch auf den Maklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen, wenn der Makler dem Inhalt des Vertrags zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist» (La pretensión al premio de la mediación y al reembolso de los gastos resulta excluida si el mediador, en contra del contenido del contrato, ha actuado también para la otra parte).

(21) GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F. J., *La mediación inmobiliaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1988, págs. 47 y 48.

contenido del mismo a lo que podríamos identificar con una parte de sus posibles implicaciones: el corredor se hallará «obligado a mediar, limar las diferencias existentes, informar, actuar imparcial y discrecionalmente, etc.». Evidentemente, esta labor del mediador tiene gran relevancia, y puede formar parte del objeto del contrato de corretaje; no obstante, dentro de las variedades de mediación que se presentan en la práctica del tráfico jurídico, podemos encontrar hipótesis en las que el mediador se limita a «*mettere in relazione*» a los contratantes, esto es, a poner en contacto a sujetos interesados en concluir un concreto negocio jurídico.

Por cuanto se refiere a la situación jurídica originada por el contrato de mediación, ésta ha sido descrita por la SAP de Madrid, de 28 de diciembre de 2005, con las siguientes palabras: «La relación que surge del contrato de corretaje es relación triangular, formada por el agente y los interesados en el contrato. Entre éstos no hay relación contractual alguna hasta el momento en que presten el consentimiento sobre el contrato mediado. Entre el agente y su cliente existe la relación contractual de servicios ya definida más arriba, y entre el agente y el tercero que acepta las condiciones ofertadas tampoco existe relación contractual alguna, salvo que el encargo sea bilateral, por lo que los actos desarrollados entre el tercero interesado y el agente no son actos contractuales independientes, son actos debidos de recepción de ofertas en el cumplimiento del encargo concluido con su cliente». Así pues, en tanto no se perfeccione con alguna persona interesada el contrato deseado por quien llevó a cabo el encargo al corredor, la única relación jurídica verdaderamente existente es, precisamente, la que media entre estos dos últimos sujetos.

En cualquier caso, exista o no un mandato por parte del oferente de búsqueda de potenciales contratantes, la actividad del mediador responde a un encargo efectuado por aquél, que parece gozar de ciertas notas similares a las del mandato propiamente dicho (aunque se entienda que no constituye un contrato de mandato en sí mismo). De hecho, el legislador suizo introduce el término «mandato» en la descripción del contrato de corretaje: «...*il mediatore riceve il mandato di indicare l'occasione per concludere un contratto o di interporli per la conclusione d'un contratto...*».

Esta es, asimismo, la caracterización que del contrato de corretaje ofrece nuestra jurisprudencia. En relación con este tema, nos parece bastante luminosa la configuración de este tipo contractual llevada a cabo por la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se subraya que el contrato de corretaje «*es un contrato de gestión e intermediación perteneciente al tronco común del mandato, por el que el agente se compromete a desplegar toda su diligencia para buscar un tercero que asuma las condiciones ofertadas*». A pesar de que en esta decisión jurisprudencial se admite la existencia de puntos esenciales de conexión entre la mediación y el mandato, más adelante trata de deslindar ambas figuras: «*Obviamente el agente disfru-*

ta de ciertas facultades que pueden hacer creer en la existencia del mandato, pero su caracterización no es esa. Las facultades concedidas son las precisas para el desarrollo del encargo pero no más; el agente es un profesional liberal cuya misión es la de mediar y poner en contacto a futuros contratantes, sin intervenir en el contrato».

En opinión de SANPONS, ha de reconocerse que el corretaje representa una «subespecie del mandato», si bien se trata de una figura autónoma, «porque su objeto le ha dado naturaleza propia al consistir en la *«puesta en relación para la conclusión de un negocio»*, según las definiciones del contrato de corretaje más aceptadas jurisprudencialmente». Por lo tanto, si el vínculo que liga a un sujeto con otro tiene por objeto dicho cometido, no nos hallaremos frente a un puro mandato, sino ante una mediación, aunque la actuación de aquél sea «por cuenta o encargo» de éstos. Como consecuencia de tal circunstancia, serán de aplicación las reglas propias del corretaje, en detrimento de los artículos 1.709 y siguientes del Código Civil (22). En relación con el criterio del citado autor, hemos de manifestar nuestra absoluta conformidad con la primera parte de su disertación, si bien no coincidimos plenamente con sus conclusiones. En este sentido, SANPONS enfatiza la no aplicabilidad, en materia de mediación, de las normas referidas al mandato, pues habrán de ser aplicadas las reglas propias del corretaje.

En línea de principio, esta aseveración nos parece completamente correcta y defendible. No obstante, a nuestro modo de ver, dicha afirmación habría de ser matizada, ya que nos hallamos frente a un contrato no regulado sistemáticamente en nuestro ordenamiento jurídico, y que, como consecuencia, ha sido configurado jurisprudencialmente. Dentro de la construcción que reiteradamente han llevado a cabo los Jueces y Tribunales en relación con el contrato de corretaje, en numerosas ocasiones se han remitido, precisamente, a la regulación legal del mandato, siempre y cuando no colisione con la esencia de la mediación (23).

Aunque no son figuras *gemelas* (24), ha de reconocerse la presencia de ciertas similitudes entre el contrato de mediación y el de mandato. De hecho,

(22) SANPONS, *op. cit.*, págs. 56 y 57.

(23) Vid., entre otras, STS de 5 de febrero de 1996. Según explica RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*op. cit.*, pág. 281, núm. 19), «la proximidad entre mandato y corretaje deriva [...] de la versatilidad del contrato de mandato, base de múltiples contratos destinados a satisfacer necesidades gestorias».

(24) En la doctrina española, vid., v.gr., BONET CORREA, *El contrato de corretaje o mediación*, cit., pág. 1626. En la STS de 10 de noviembre de 2004 se manifiesta que el mediador no tiene la representación de quienes le hacen el encargo, sino que simplemente facilita el contacto y el acuerdo entre las partes contractuales; no es un mandatario (no obstante, no debemos olvidar que puede existir mandato si representación). Según explica la Cassazione italiana, en sentencia de 20 de enero de 1960, «la differenza fra mediazione e mandato non consiste nella provenienza (bilaterale o unilaterale) dell'incarico, ma nel

cabe englobar el corretaje, el mandato civil y la comisión mercantil, dentro de la superestructura que conforman los «contratos de colaboración». Fue en la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 1922, donde, por primera vez, desde un punto de vista jurisprudencial, se deslindaron conceptualmente estos contratos. Sin embargo, pese a dotar a la mediación de autonomía jurídica, el Tribunal Supremo continuaba aceptando las semblanzas entre ésta y el contrato de mandato. Tal circunstancia resulta de capital relevancia, sobre todo si tenemos en cuenta la ausencia de regulación del contrato de corretaje en nuestro ordenamiento jurídico (25).

En la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo podemos hallar algunas decisiones donde el Juzgador se esfuerza en hacer patentes las diferencias existentes entre el corretaje y el mandato. En tal sentido, en la STS de 10 de noviembre de 2004 se indica que la calificación de un contrato como «de

fatto che chi accetta l'incarico è tenuto, nel mandato, all'obbligo di curarne l'esecuzione dietro corrispettivo che è dovuto anche se il contratto col terzo non sia stato concluso, mentre a tale obbligo non è tenuto il mediatore il quale ha soltanto l'onere di mettere in relazione i futuri contraenti per appianare le divergenze e per concludere l'affare». Como indica BOLAFFIO, L. («Dei mediatori. Delle obbligazioni commerciali in generale», en *Il Codice di Commercio commentato*, vol. II, 5.ª edic., coord. por L. BOLAFFIO y C. VIVANTE, UTET, Torino, 1923, págs. 21 y 22), a diferencia del mandatario, el mediador ejerce su función en los tratos preliminares, si bien desaparece cuando éstos conducen al resultado perseguido por su actuación. El mediador despliega sus gestiones en interés de las dos partes del contrato pretendido (*utriusque consensu ac voluntate adhibitus*), y no exclusivamente de quien ha requerido su actividad de intermediación. Por el contrario, el mandatario constituye un órgano jurídico de uno de los contrayentes. A su modo de ver, el corretaje supone «una forma speciale di locazione d'opera, rapporto unico, concluso dal mediatore con le parti che ne accettano o chiedono l'intervento per agevolarsi la conclusione dell'affare che le interessa. Se questo no si conclude, nessun compenso spetta al mediatore, appunto perchè è il risultato dei suoi servizi di intermediario, e non i servizi, indipendenti da tale risultato, che le parti intendono di procurarsi». En consonancia con estas afirmaciones, según el citado autor (*op. cit.*, págs. 23 y 24), el mandatario y el comisionista «contratan», mientras que el mediador «hace contratar» (como se delineaba la actividad del mediador en Venecia, su función consiste en «*trottar, trattar, tegner e far contrattar*»). Como puede observarse, BOLAFFIO considera que la mediación es una «forma especial de *locatio operis*»; la especialidad de esta modalidad radica, precisamente, en la absoluta libertad de contratar que tienen las partes, y en la absoluta libertad de hacer contratar de la que goza el mediador (*op. cit.*, pág. 26). Por su parte, REZZARA (*op. cit.*, pág. 23) entiende que la mediación constituye una «prestazione d'opera *sui generis*». En nuestro país, parte de la doctrina estima que las normas relativas al contrato de arrendamiento de obra resultan aplicables a la mediación [vid., por todos, BONET RAMÓN (*op. cit.*, pág. 801), si bien indica que tales normas han de ser «convenientemente adaptadas a su tipicidad, ya que tampoco puede considerarse como un contrato de empresa puro y simple»]. En la doctrina francesa, BÉNABENT, A. (*Droit Civil, Les contrats spéciaux*, 2.ª edic., Ed. Montchrestien, Paris, 1995, pág. 371) indica que «le courtier n'est pas un mandataire en ce qu'il se borne à rapprocher des parties sans conclure l'acte qu'elles passent elles-mêmes directement».

(25) Esta falta de atención al contrato de mediación por parte de nuestro legislador ha propiciado que, en numerosas ocasiones, la doctrina y la jurisprudencia hayan sostenido la aplicación de las normas relativas al mandato, aunque sea de manera subsidiaria.

mediación» excluye, *ab radice*, su inserción en el ámbito del mandato (26). Aunque entendemos que, efectivamente, el corretaje constituye un tipo contractual autónomo y diverso del mandato, no compartimos la obstinación mostrada por el Alto Tribunal en esta sentencia, al rehusar la aplicación a aquél de las normas relativas a éste. Naturalmente, en un primer término habrán de aplicarse las normas propias del contrato de mediación. Sin embargo, como ya hemos indicado, nos hallamos frente a un contrato carente de una regulación sistemática en nuestro ordenamiento jurídico (a diferencia de lo que acontece en otros países), y cuya configuración se ha llevado a cabo, principalmente, en el ámbito jurisprudencial.

Por consiguiente, resulta evidente que, en la práctica, las escasas reglas de carácter reglamentario, propias del corretaje, no darán una respuesta satisfactoria a todas las cuestiones que puedan suscitarse en torno a esta figura. Esta falta de plenitud de las reglas relativas a la mediación autoriza, en nuestra opinión, el recurso a los preceptos reguladores del contrato de mandato. Si bien admitimos que corretaje y mandato constituyen tipos contractuales diversos, entendemos que ambos se hallan incardinados, tal y como expusimos anteriormente, en el seno de los «contratos de gestión» o «de colaboración» (27). Como consecuencia de ello, nos resulta incomprensible el afán excluyente en relación con las normas reguladoras del mandato, cuando no existe una solución jurídica a un problema concreto surgido en torno a un contrato de mediación. Especialmente, si tenemos en cuenta los términos del artículo 4.1 de nuestro Código Civil, donde se dispone: «*Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón*». Evidentemente, no resultará aplicable directamente toda la regulación del mandato, pero sí algunos de sus preceptos (28).

(26) No obstante, podemos hallar viejas sentencias donde nuestro Tribunal Supremo, incluso, consideró que el contrato de corretaje no era más que una especie de mandato, y que, por consiguiente, había de regirse por sus normas (v.gr., STS de 11 de junio de 1947).

(27) PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., en las anotaciones a la obra de L. ENNECERUS, *Tratado de Derecho Civil*, T. II, Derecho de Obligaciones, vol. 2.º, Primera Parte, 15.ª revisión por H. LEHMANN, trad. esp. con anotaciones de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, 3.ª edic., Ed. Bosch, Barcelona, 1966, pág. 564: «Su contenido guarda alguna analogía con los contratos de servicios y de mandato (...); la actividad del mediador puede considerarse comprendida en el amplio molde del mandato».

(28) En opinión de ORTEGA PARDO, G. (*Cuasi-contratos atípicos*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, ADC, Madrid, 1948, págs. 26 y 27), los contratos atípicos, en general, habrán de regirse, en primer lugar, por la voluntad de las partes. En lo no previsto por ellas, deberá recurrirse a las normas de los contratos típicos más afines, siempre y cuando resulten apropiadas a su naturaleza, y «no le repugnen». Posteriormente, serán de aplicación, por parte del intérprete, los principios generales de las obligaciones y contratos. Finalmente, se acudirá a los principios generales del Derecho, que otorgan una gran libertad al Juzgador.

En relación con este tema, en el ordenamiento jurídico suizo, a pesar de contener seis preceptos relativos al corretaje, se dispone: «*Le disposizioni del mandato propriamente detto sono in genere applicabili al contratto di mediazione*» (cfr. art. 412.2). No obstante, hemos de recordar que el legislador helvético considera que el contrato de corretaje constituye una forma de mandato. Según nuestro criterio, pese a la evidente proximidad del corretaje con el mandato, parece exagerada y técnicamente incorrecta la configuración de aquél como un «contrato de mandato» (29). Esta aseveración no impide, sin embargo, considerar adecuada una remisión, con carácter supletorio, a las normas que rigen el mandato, cuando no contraríen la idiosincrasia del contrato de mediación.

III. CONFIGURACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Una vez estudiado el contrato de mediación desde un punto de vista conceptual, procedemos a continuación a efectuar un análisis de los caracteres más destacados del mismo, determinados por los Tribunales y por la dogmática.

1. ATIPICIDAD

Son innumerables las ocasiones en las que nuestra jurisprudencia (30) ha calificado el contrato de mediación como un contrato atípico (o *sui generis*) e innominado (31). De hecho, tales epítetos resultan ya empleados como una

(29) Crítica BOLAFFIO (*op. cit.*, pág. 17, núm. 1) al legislador suizo, cuando señala que «ha fatto prevalere nel codice unico la tendenza civilistica di configurare espressamente la mediazione come una forma di mandato».

(30) Vid., entre otras, SSTs de 6 de octubre de 1990, 8 de abril de 1991, 18 de marzo de 1994, 4 de julio de 1994 y 28 de junio de 1996. En este punto, la jurisprudencia menor se muestra plenamente respetuosa con la tendencia trazada por el Tribunal Supremo; vid., por ejemplo, SSAP de Córdoba, de 2 de octubre de 2000, 7 de diciembre de 2000, 9 de mayo de 2001, 25 de octubre de 2001; SAP de Barcelona, de 30 de abril de 2004 (donde se habla de un contrato innominado *sui generis*); SAP de Lérida, de 17 de noviembre de 2004, y SAP de Almería, de 14 de febrero de 2005. En opinión de RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*op. cit.*, pág. 201, n. 110), los calificativos «atípico» y *sui generis* son sinónimos.

(31) Según explica GÁZQUEZ (*Notas...*, cit., págs. 867 y 868), el contrato de mediación es atípico e innominado, pues no goza de regulación normativa propia, ni tiene nombre legal. Aunque JORDANO BAREA, J. B. («Los contratos atípicos», en *RGLJ*, segunda época, T. XXVII, 1953, págs. 59 a 61) observa que no cabe confundir «atípico» e «innominado», entendiendo que resulta preferible abandonar la añeja nomenclatura de *contrato nominado e innominado*, y hablar de *contrato típico y atípico*, «pues lo decisivo es tener o no una disciplina particular»; por su parte, DE CASTRO Y BRAVO, F. (*El negocio jurídico*,

cláusula de estilo, y no como una circunstancia que vaya a determinar unas concretas consecuencias. No obstante, no se trata de un contrato completamente atípico, pues existen algunas normas que regulan, si bien con una trascendencia limitada, determinados aspectos de la actividad de los mediadores en concretos ámbitos de la actividad comercial (v.gr., en el campo de los agentes de la propiedad inmobiliaria, o en el de la publicidad). A pesar de ello, parece que, en términos generales, cabe apreciar la atipicidad de esta suerte de contratos (32).

Como atinadamente pone relieve GÁZQUEZ, en torno a las actividades de intermediación ha ido surgiendo un Derecho especial, «debido precisamente a la rigidez de la norma civil» (33). Por cuanto al corretaje se refiere, al margen de las antedichas normas reglamentarias de tipo sectorial, nuestra legislación guarda un inquietante silencio (34). Tal circunstancia ha motivado —dada la formidable relevancia que la actividad mediadora ha alcanzado en nuestro tráfico jurídico— que nos hallemos frente a un contrato «de configuración jurisprudencial». Son los Jueces y Tribunales quienes, una vez escrutadas las diversas construcciones doctrinales, precisan cuáles son las normas aplicables a esta clase de contratos, así como sus características.

Pese a la posible inseguridad que genera la presencia de los «contratos atípicos», merecen un juicio favorable, tanto desde el punto de vista jurídico como desde la perspectiva económica. El propio legislador ha sido consciente de las limitaciones inherentes al ordenamiento jurídico, de tal manera que dio carta de naturaleza al principio general de autonomía de la voluntad, que hoy

Ed. Civitas, Madrid, 1971, reimpr. 2002, pág. 202) considera que la «vieja distinción romanista entre contratos nominados e innominados va siendo modernamente desplazada por la de negocios típicos y negocios atípicos»; en parecidos términos, vid. ORTEGA PARDO, *op. cit.*, págs. 21 y 22.

(32) Las normas existentes reguladoras del contrato de mediación contemplan cuestiones relacionadas con el Derecho Administrativo, y no pertenecen al ámbito del Derecho Privado.

(33) GÁZQUEZ, *Notas...*, cit., pág. 861.

(34) Explica GIRÓN TENA, J. [*Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil (Estudios)*, 1.^a edic., Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 128 a 134, especialmente, en pág. 132], cuando aborda la cuestión de la «descodificación» y la «anticodificación», que las transformaciones constantemente operadas en la economía de mercado colisionan generalmente con el ideal de permanencia inherente a los Códigos; como consecuencia de ello, han proliferado las leyes especiales, tanto en materia civil como en el ámbito mercantil, para ofrecer una correcta respuesta a las necesidades emergentes. Sin embargo, hemos de poner de relieve la ausencia de normas específicas referidas al contrato de corretaje en general. Sobre esta materia, vid., asimismo, PUIG BRUTAU, J. [*La jurisprudencia como fuente del Derecho (Interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1951, págs. 130 a 159], quien explica que «la codificación napoleónica también participó del utopismo enciclopedista de la época, revelado en la creencia de que se había llegado a un saber definitivo sobre las verdades de toda especie, hasta el punto de considerar que sólo hacía falta ordenarlas y explicarlas en términos claros y fácilmente asequibles para que llegaran a conocimiento de todo el mundo» (*op. cit.*, pág. 139).

encuentra su sede en el artículo 1.255 del Código Civil (35). Por otra parte, los contratos atípicos resultan de todo punto imprescindibles, en aras de ofrecer una adecuada respuesta a las modernas necesidades socioeconómicas, que no pueden ser satisfactoriamente atendidas a través de los tipos contractuales ya regulados.

Cabe cuestionarse si, realmente, se trata de un contrato autónomo e independiente, o bien de una simple variante de otro contrato preexistente. Como pusimos de relieve con anterioridad, la mediación pertenece al amplio grupo de los «contratos de gestión» o «de colaboración», dentro del cual ocupan un lugar destacado el mandato y la comisión mercantil. Al igual que estos dos últimos contratos constituyen dos tipos negociales diferenciados, a pesar de gozar de algunos caracteres comunes, el contrato de corretaje presenta relevantes peculiaridades (36).

Según expone PUIG BRUTAU, en relación con la mediación, en principio, se ha pretendido alcanzar una regulación mediante su equiparación a uno de los contratos ya disciplinados en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, considera que semejante técnica encubre el verdadero problema: «hallar la solución adecuada a las cuestiones que el corretaje suscite, atendidas por sus propios méritos, y no de manera indirecta, a base de intentar la asimilación del contrato no dotado de tipicidad legal a los que ya están concretamente regulados en el Código» (37).

El contrato de mediación, según se indica —entre otras— en la STS de 2 de octubre de 1999, «es un contrato atípico en nuestro Derecho, que aunque tenga similitud o analogía con el de comisión, con el de mandato e incluso con el de prestación de servicios, sin embargo nunca responderá a una com-

(35) Como expone SANPONS (*op. cit.*, págs. 35 y 36), el sistema español ocupa un lugar intermedio en relación con dos sistemas tradicionalmente antagónicos: *a)* el Derecho Romano clásico, donde únicamente se reconocía eficacia jurídica a los contratos previamente reconocidos «en serie cerrada»; y *b)* el *common law*, en el que se confiere eficacia a todo acuerdo de voluntades que satisfaga determinados requisitos, «cuya admisión no se halla adscrita a unas figuras típicas que, a lo sumo, se presentan como ramas jurídicas independientes».

No obstante, en relación con el Derecho Romano, hemos de señalar que, pese a los vanos esfuerzos de los juristas clásicos por reconducir a los esquemas contractuales típicos varias figuras contractuales no reconocidas, en el Derecho «post-clásico» se fracturó el sistema contractual de *numerus clausus*, y, como explica JÖRS, P. (*Derecho Privado Romano*, edición totalmente refundida por W. Kunkel, trad. esp. de la 2.^a edic. alemana por L. PRIETO CASTRO, Ed. Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1937, pág. 350), se extendió la admisibilidad de los contratos sin formalidades, casi hasta los límites de la libertad de contratación (aunque a sus creadores «no les pasó apenas por la imaginación esta idea, lo que constituye la prueba más palmaria de la medida en que la doctrina postclásica era dependiente de sus antecedentes clásicos»).

(36) En este sentido, cfr. la ya transcrita SAP de Madrid, de 28 de diciembre de 2005.

(37) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. II, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1956, págs. 400 y 401.

binación formada con los elementos de dichas figuras contractuales típicas». Por consiguiente, no nos hallamos frente a un *contrato complejo*, pues el corretaje no constituye, sin más, una mera amalgama de elementos de otros tipos contractuales, sino que ofrece sus propias singularidades (38).

A pesar de ello, parece razonable sostener la aplicabilidad a la mediación de ciertas normas atinentes a tipos negociales afines, cuando se plantean determinadas cuestiones donde no resulta justificado ofrecer soluciones diferentes de las preceptuadas en relación con otros contratos. En este ámbito, cobran una especial relevancia las palabras de PUIG BRUTAU, para quien resulta esencial prestar atención a las divergencias existentes entre los contratos ya regulados y aquellos que, por el contrario, se hallan en proceso de formación a través de la jurisprudencia y de la actuación profesional de los juristas (39). La señalada consideración de las particularidades propias de la mediación no impide, a nuestro modo de ver, volver la mirada hacia los contratos próximos a ésta, en aras de alcanzar, para ciertas cuestiones, el resultado más satisfactorio.

Aseverar que el contrato de corretaje es «atípico y no complejo» no comporta, a nuestro juicio, que la totalidad de sus normas resulten diferentes de las del resto de contratos efectivamente regulados por nuestro ordenamiento jurídico. En realidad, aunque deslindemos conceptual y jurídicamente dos tipos negociales, ofrecer soluciones diversas para hipótesis similares conduciría, de manera inexorable, a la consumación de resultados eminentemente injustos. En apoyo de esta opinión, cabe señalar la presencia en nuestra legislación civil de contratos donde, pese a resultar palmariamente diferenciados y autónomos, el legislador ha ofrecido idéntica resolución a problemas análogos (v.gr., arrendamiento de obra, mandato y depósito) (40).

(38) A pesar de ello, GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX (*op. cit.*, pág. 45) considera que se trata de un contrato relativamente atípico, que debería ser incluido en la categoría de los contratos mixtos. No obstante, un importante sector doctrinal sostiene que todos los contratos son «mixtos». En este sentido, DUALDE GÓMEZ, J. («La materia contractual única», en *Libro-homenaje al Profesor don Felipe Clemente de Diego*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1940, págs. 32 y 34) afirma que «*todos los contratos son mixtos*, tanto los atípicos como los típicos. Una confiada promiscuidad de términos técnicos ha impedido la visión de la realidad de las cosas»; «(...) Pero sería mejor no prescindir de la notoria semejanza que existe [entre el contrato de arrendamiento de un bosque talar, de una mina o de una cantera, y el contrato de compraventa de árboles maderables o de las materias que se han de extraer] en el fondo y en el juego de los intereses, y reconocer que se trata de matices de transición (...)». A esta opinión se adhieren, entre otros, SANPONS, *op. cit.*, pág. 37, n. 21, y PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. I, 2.ª edic., ampliada y puesta al día, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1978, págs. 456 a 459), quien hace suya una frase de R. W. LEE: «*todos los contratos participan de la misma naturaleza y todos toman una coloración especial de la materia a que se refieren*».

(39) PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, T. II, vol. II, cit., pág. 401.

(40) En estas tres clases de contrato, en nuestro Código Civil se ha dispuesto el denominado *derecho de retención* en favor del contratista de la obra, del mandatario y del depositario: artículo 1.600 («*El que ha ejecutado una obra en cosa mueble tiene el dere-*

En el caso de la mediación, podemos constatar que los Tribunales españoles, al abordar las posibles soluciones frente a los problemas que se presentan en la práctica, recurren a la aplicación extensiva de las normas relativas al contrato mandato. En nuestra opinión, esta determinación frecuentemente adoptada por nuestra jurisprudencia parece acertada, dadas las incontrovertibles semejanzas que, desde la perspectiva causal, guarda el corretaje con el resto de «contratos de colaboración» (41).

En nuestra práctica jurisprudencial, dada la falta de regulación del contrato de corretaje, éste se rige por las normas fijadas por las partes (de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1.255, 1.088 y 1.091 del Código Civil), y, en su defecto, por las disposiciones generales sobre contratos contenidas en los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil (SSTS de 28 de febrero de 1957, 1 de diciembre de 1986 y 6 de octubre de 1990). Asimismo, resultarán aplicables los usos y costumbres propios de su naturaleza, tal y como se contempla en los artículos 1.258 y 1.287 del mismo cuerpo legal (SSTS de 17 de marzo de 1962 y 26 de septiembre de 1996); por otra parte, en cuanto puedan ser oportunas, serán de aplicación, por analogía, las reglas que le sean afines de aquellos contratos típicos con los que guarda íntima relación, como el mandato (de manera destacada, pues continúa siendo una especie de *contrato matriz*), la comisión mercantil y el arrendamiento de obras y servicios, siempre y cuando tales normas no vulneren la esencia del corretaje (entre otras, SSTS de 8 de febrero de 1956, 18 de octubre de 1956, 17 de marzo de 1962, 5 de febrero de 1996, 2 de octubre de 1999 y 21 de marzo de 2007): «*ubi est eadem ratio ibi eadem dispositio iuris esse debet*». Finalmente, además de prestar especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su configuración del contrato de mediación (ex art. 1.6 del Código Civil), hemos de tomar también en consideración la doctrina científica y los criterios ofrecidos en el Derecho extranjero, siempre y cuando hayan sido contemplados en dicha jurisprudencia (42).

La cuestión radica, por consiguiente, en identificar aquellas notas del contrato de mediación que lo conforman como un tipo negocial autónomo dentro del mencionado grupo de los «contratos de colaboración».

cho de retenerla en prenda hasta que se le pague»), artículo 1.730 («El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores»), y artículo 1.780 («El depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se deba por razón del depósito»).

(41) Vid. la exposición sobre este punto que hemos efectuado, *supra*, en el apartado II de este artículo.

(42) V.gr., en la STS de 2 de octubre de 1999 expresamente se afirma: «(...) todo lo cual encuentra su apoyo normativo en el artículo 1.754 del Código Civil italiano, que puede tomarse en vía de ejemplo» (la misma argumentación podemos encontrarla en SAP de Ávila, de 14 de noviembre de 2001). También se alude al artículo 1.754 del *Codice* en la STS de 21 de marzo de 2007.

No obstante la aludida atipicidad jurídica del contrato de mediación, hemos de poner de manifiesto que goza de una amplia «tipicidad social» (43). En ocasiones, encontramos negocios jurídicos atípicos que resultan muy frecuentes como fenómeno social, a los cuales se dota de un *nomen iuris* y de una disciplina doctrinal y jurisprudencial (44).

Dentro del concepto de «tipificación social», CASTRO LUCINI introduce una nueva distinción: en primer término, alude a la tipificación social *simple*, que se presenta cuando un determinado contrato todavía no se halla corroborado por los usos, la jurisprudencia y la doctrina: por el contrario, cuando hace referencia a la tipificación social *reiterada*, alude a aquellos contratos que, si bien todavía no han sido recogidos por el legislador, gozan ya de una firme configuración en el ámbito práctico, jurisprudencial y doctrinal (45).

Esto último es, precisamente, lo que acontece en relación con el contrato de corretaje, ya que existe una ingente cantidad de decisiones jurisprudenciales donde se consolidan varias soluciones en torno a los problemas prácticos surgidos en la actividad mediadora. Se trata de un tipo contractual profundamente arraigado en nuestro tráfico jurídico, pues se emplea de manera cotidiana, tanto por parte de empresarios como por parte de particulares, con el propósito de encontrar personas interesadas en contratar. Asimismo, podemos encontrar varios trabajos doctrinales donde se analizan los problemas derivados del corretaje, y se proponen diversas vías para su solución. Por lo tanto, cabe afirmar que disfrutamos de un enorme caudal de experiencias prácticas y de estudios teóricos en relación con el contrato de mediación.

A nuestro modo de ver, dado que nos hallamos frente a una realidad social y económica de gran envergadura, el legislador debería dirigir sus esfuerzos a elaborar una norma específica sobre el contrato de corretaje (46). De este modo, se evitarían innecesarias incertidumbres en torno a dicha institución, así como soluciones jurisprudenciales contradictorias. En este sentido, como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, han sido varios los ordenamientos jurídicos extranjeros que han dedicado algunos de sus precep-

(43) Vid., por todos, DE CASTRO (*op. cit.*, pág. 211), quien hace referencia a las numerosas ocasiones en las que se han presentado casos al Tribunal Supremo referidos al contrato de corretaje.

(44) Sobre la distinción entre «tipicidad legislativa» y «tipicidad social», vid. JORDANO BAREA, *op. cit.*, págs. 61 a 64.

(45) CASTRO LUCINI, F., «Los negocios jurídicos atípicos», en *RDN*, julio-diciembre de 1974, pág. 33.

(46) En este mismo sentido, vid., entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F. («El Código de Comercio y los contratos mercantiles», en *Centenario del Código de Comercio*, Ministerio de Justicia-Centro de Publicaciones, Madrid, 1986, pág. 220), quien, tras elogiar al legislador por la inclusión del contrato de comisión en el Libro II del Código de Comercio, pone de relieve «que sin embargo se quedó extraordinariamente corto (...) porque el Código omitió toda referencia a otros contratos de colaboración externa al comerciante, como podían ser el contrato de agencia y el contrato de mediación o corretaje».

tos a regular esta materia (47). La situación actual constituye una oportunidad notable para abordar tal empresa, pues son muy numerosas las decisiones judiciales referidas al contrato de corretaje, y existen consolidados usos sobre el particular en el tráfico jurídico.

Debe considerarse que ha sido ya agotada la «fase de tipicidad social» en el seno del *proceso de creación jurídica permanente* (48), y que el escenario actual apremia al legislador a penetrar en la siguiente etapa: la «fase de tipicidad legislativa» (49). Parece evidente, pues, que ha llegado el momento de hacer patente la «colaboración» entre la jurisprudencia y el legislador, en el sentido que, con carácter general, expresó ÁLVAREZ VIGARAY (50). En nuestra opinión, el contexto actual resulta propicio a tal efecto, y la adaptación de la legislación a la realidad práctica constituiría la plasmación de lo que, en

(47) A mitad del siglo XX, PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, T. II, vol. II, cit., pág. 401) llamó la atención sobre la necesidad de regular esta materia: «Por lo que se refiere al corretaje, se halla en España en la fase de concreción normativa por medio de la jurisprudencia de los Tribunales. Si se aprovechan las enseñanzas de esta fase de casuismo judicial será posible establecer después la regulación legal del corretaje, como ya sucede en algunos Códigos. [...] Este proceso de formación podría acelerarse si la jurisprudencia fuera examinada con una técnica adecuada al Derecho del caso, que permitiera señalar hasta qué punto son efectivas las variaciones de criterio, o si, por el contrario, responden a la concurrencia de circunstancias diferentes. De la misma manera convendría señalar cuándo una afirmación general corresponde a la situación concreta de los intereses en conflicto o es una generalización excesiva, tal vez impuesta por la manera de estar formulados los motivos del recurso de casación».

(48) Según la exposición de PUIG BRUTAU (*La jurisprudencia...*, cit., pág. 157), cabría afirmar que la dicotomía «tipicidad social-tipicidad legislativa» supone la identificación de dos etapas en el proceso de creación jurídica permanente, pues «el legislador no está en condiciones de dictar normas generales, en materia de Derecho Privado, hasta que, a través del empirismo resultante del Derecho de juristas, percibe su necesidad y su necesario alcance». En su opinión, la renovación jurídica se produce incesantemente a través de la «actividad de órganos no reconocidos oficialmente con el carácter de constituyentes» (*op. ult. cit.*, pág. 148).

(49) Aunque SANPONS (*op. cit.*, págs. 37 y 38) literalmente afirme que «tampoco podemos decir que sea un contrato completamente atípico [...], cuando está preparando lentamente una normatividad legal, a través de los usos convencionales y de la interpretación constructiva de los Tribunales», seguidamente indica que cuando un contrato alcanza una gran relevancia económica, y se emplea frecuentemente por el pueblo —como acontece en el caso del corretaje—, «debe ser incorporado a la Ley».

(50) ÁLVAREZ VIGARAY, R. («Las mutuas influencias entre la Legislación y la jurisprudencia», en el *Libro-homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*, vol. I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, págs. 829 a 832) observa que, dado el contacto directo de los Jueces y Tribunales con los problemas jurídicos de la vida, se encuentran en una posición privilegiada para detectar los defectos y distorsiones de las normas jurídicas, de tal manera que pueden ofrecer una opinión ciertamente cualificada para su modificación. De este modo, se evitaría el distanciamiento, cada vez más acusado, entre las necesidades prácticas y el ordenamiento jurídico, que es lo que, en su opinión, se pretende evitar con las Disposiciones Adicionales 1.^a y 2.^a del Código Civil (en esta última, el precitado autor intuye «un atisbo de una incipiente sociología jurídica, como otro elemento destacado en la tarea de auxiliar a una buena renovación o modificación del Código»).

su día, aseveró PORTALIS, uno de los padres del *Code Civil* napoleónico: «*on ne fait pas les codes, ils se font*».

En definitiva, regular esta materia es no sólo conveniente, sino también necesario, aunque ello suponga una nueva manifestación de la siempre vigente máxima enunciada por KIRCHAMNN: un plumazo del legislador y bibliotecas enteras quedan convertidas en papeles sin valor.

2. *FACIO UT DES*

Aunque, desde la STS de 10 de enero de 1922, la jurisprudencia reiteradamente califica el contrato de mediación como un contrato *facio ut des* (51), nos hallamos, nuevamente, frente a una cláusula de estilo que carece de carácter determinante. Según observa RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (52), cabe la posibilidad de concebirlo como un contrato *facio ut facias*, o un *do ut facias*. Por consiguiente, mientras que la prestación del mediador consiste siempre en un *facere*, la contraprestación o premio que ha de satisfacer el oferente puede consistir en «dar» o en «hacer» alguna cosa.

Por otra parte, como oportunamente advierte BONET CORREA (53), la concepción del contrato de corretaje como un contrato *facio ut des* resulta de todo punto inexacta, pues la mera actividad del mediador no genera ningún deber de prestación por parte de quien efectuó el encargo. La pretensión de cobro de los honorarios del corredor (*des*) no emerge cuando ha llevado a cabo las gestiones propias de su cometido (*facio*), sino en el momento en el que, como consecuencia de su intervención, se perfecciona el contrato anhelado por el oferente con el sujeto indicado por aquél. Por lo tanto, su derecho al cobro se halla subordinado no sólo a la efectiva realización de gestiones por su parte, sino también al éxito final de las mismas.

En nuestra opinión, estas consideraciones resultan apropiadas, asimismo, para las hipótesis en las que se configure la mediación como un contrato *facio ut facias*, o *do ut facias*. En estos casos, si el contrato entre quien realizó el encargo del corretaje y el sujeto señalado por el mediador no llega a concluirse, a pesar de las diligentes actuaciones de éste, el oferente no podrá verse compelido a cumplir el *facere* (en el primer supuesto), o tendrá derecho a que se le reintegre lo que entregó por adelantado en concepto de *dare* (en el segundo).

(51) Vid., v.gr., SSTS de 6 de octubre de 1990, 22 de diciembre de 1992, 4 de julio de 1994, 4 de noviembre de 1994, 28 de junio de 1996; SSAP de Córdoba, de 2 de octubre de 2000, 7 de diciembre de 2000, 9 de mayo de 2001 y 25 de octubre de 2001; SAP de Lérida, de 17 de noviembre de 2004; SAP de Almería, de 14 de febrero de 2005; SAP de Baleares, de 11 de marzo de 2005; SAP de Barcelona, de 13 de julio de 2005; SAP de Madrid, de 18 de octubre de 2005.

(52) RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, *op. cit.*, pág. 206.

(53) BONET CORREA, *El contrato de corretaje o mediación*, cit., págs. 1623 y 1624.

3. ONEROSIDAD

Según la jurisprudencia, es la *onerosidad* una nota caracterizadora del contrato de corretaje (54). Incluso, se ha llegado a afirmar que es, precisamente, esta nota una de las que conceptualmente deslindan el contrato de mediación y el de mandato (55). En este sentido, en la STS de 8 de febrero de 1956 se afirma: «no cabe olvidar que es esencial al concepto del contrato de corretaje [...] la percepción de una comisión o retribución como compensación al servicio prestado...» (56).

En opinión de cierto sector doctrinal, en la hipótesis del corretaje la remuneración del mediador tiene su apoyo normativo en los artículos 1.091, 1.254, 1.256 y 1.258 del Código Civil (57), ya que se considera que no resulta de aplicación el artículo 1.711 del Código Civil (58), referido al contrato de mandato (en este mismo sentido, cfr. STS de 18 de octubre de 1956). El fundamento de la remuneración del mediador se localiza en el provecho que su actividad ha originado en favor de quien llevó a cabo el encargo (59).

A pesar de ello, quizá no quepa conferir una relevancia decisiva a esta característica, en aras de distinguir dichos contratos (mediación y mandato), pues en el último precepto citado se introduce una presunción de existencia de retribución cuando el mandatario actúa profesionalmente en el desarrollo del encargo. Según indica SANPONS (60), en el segundo párrafo del artículo 1.711 del Código Civil se establece esta presunción porque quien encarga un servicio a un profesional «manifiesta la voluntad tácita de retribuirle, porque sabe *a priori* que es uso constante que las prestaciones se paguen sin necesidad de que exista un pacto añadido y constante». A nuestro juicio, no existe inconveniente en extender este razonamiento al ámbito del corretaje, cuando las gestiones de mediación han sido desplegadas por un sujeto que profesionalmente se dedica a dicha actividad.

Normalmente, la cuantía de los honorarios del mediador es acordada, con carácter previo al ejercicio de su labor, con quien realiza el encargo de tales

(54) SSAP de Córdoba, de 2 de octubre de 2000, 7 de diciembre de 2000, 9 de mayo de 2001, 25 de octubre de 2001; SAP de Lérida, de 17 de noviembre de 2004.

(55) RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, *op. cit.*, pág. 209.

(56) Cfr., asimismo, entre otras, STS de 2 de mayo de 1963.

(57) Vid., v.gr., SANPONS, *op. cit.*, pág. 144; GÁZQUEZ, *Notas...*, cit., pág. 882.

(58) Artículo 1.711 del Código Civil: «A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito. Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo».

(59) Según GÁZQUEZ (*Notas...*, cit., pág. 883), «es lógico que desde el momento en el que se perfecciona el negocio intermediado existe ya un beneficio para el cliente, y es a partir de ese instante cuando existe el derecho a la retribución, independientemente de que luego, por causas imputables a los contratantes, tal negocio no llegue a consumarse».

(60) SANPONS, *op. cit.*, pág. 144.

gestiones (61). Como acertadamente pone de relieve REZZARA, el importe de la remuneración del corredor no depende del tiempo dedicado a las gestiones mediadoras, ni de las mayores o menores dificultades surgidas en el desarrollo de su labor, sino, única y exclusivamente, de la magnitud económica del negocio (62).

No obstante, no cabe hacer de la fijación del premio un elemento esencial del contrato de corretaje, sin cuya presencia no habría contrato. Resulta indubitado que la existencia de un «precio cierto» constituye un elemento indispensable en el contrato de corretaje: sin él, el contrato carecerá de uno de los requisitos esenciales recogidos en el artículo 1.261 del Código Civil, y, como consecuencia, será *inexistente*. Sin embargo, para poder considerar que hay «precio cierto», no es imprescindible que éste se halle fijado cuantitativamente al perfeccionarse el contrato. A tal efecto, como constantemente ha declarado el Tribunal Supremo, es suficiente su *determinabilidad*, es decir, que su concreción pueda llevarse a efecto sin que sea necesario un nuevo convenio entre las partes contractuales (63).

(61) Según explica ENNECCERUS (*op. cit.*, pág. 562), habitualmente la retribución del corredor se fija en dinero, si bien nada impide que consista en una prestación de otra naturaleza; en nuestra doctrina siguen esta misma tesis PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en las anotaciones a la *op. cit.* de ENNECCERUS, pág. 566.

(62) REZZARA, *op. cit.*, pág. 21. No obstante, en el artículo 417 del Código de las Obligaciones suizo se introduce una norma para evitar los abusos en los pactos sobre la cuantía de los honorarios del mediador: «*Se per indicare l'occasione di concludere un contratto individuale di lavoro od una vendita di fondi o per la mediazione di un tale contratto fu stipulata una mercede eccessiva, il giudice può ad istanza del debitore ridurla nella giusta misura*». En similares términos se expresa el legislador alemán en el § 655 BGB: «*Ist für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Dienstvertrags oder für die Vermittlung eines solchen Vertrags ein unverhältnismäßig hoher Maklerlohn vereinbart worden, so kann er auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Nach der Entrichtung des Lohnes ist die Herabsetzung ausgeschlossen*» (Cuando por la información de la oportunidad de concluir un contrato de servicio o por la mediación de uno de estos contratos ha sido pactado un premio de corretaje desproporcionadamente elevado, puede ser reducido a una cantidad razonable mediante sentencia, a petición del deudor. Tras el pago del premio, la reducción queda excluida). Como es lógico, dado el silencio de nuestro legislador en materia de mediación, nada se dice sobre este particular en el ordenamiento jurídico español. No obstante, RODRÍGUEZ VALCÁRCE (*op. cit.*, pág. 956) afirma: «La prima será la pactada en condiciones de libertad, y moderada por el exceso por los Tribunales si estas condiciones faltan, atendidas las circunstancias del caso y a petición de parte legítima; pensemos aquí en el necesitado de dinero con verdadero agobio que pacta, no interés usurario, sino una prima que efectivamente lo sea. En ausencia de convención lícita, regirán las tarifas oficiales, y, en último término, los usos comerciales de la localidad debidamente probados en el proceso. Si aún éstos faltaren o fueren ambiguos o contradictorios, el problema, como cuestión de hecho, quedará a la prudente decisión valorativa de los órganos jurisdiccionales de instancia (no a la casación)».

(63) En este sentido, en el artículo 1.273 del Código Civil se dispone: «*El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación*

Por consiguiente, el precio se tendrá por «cierto» no sólo cuando su importe se haya acordado expresamente, sino también cuando pueda fijarse y conocerse a través de las tarifas de los Colegios o Asociaciones Profesionales del sector (64), o mediante el recurso a la costumbre o el uso frecuente en el lugar o plaza donde los servicios han de ser prestados (ex arts. 1.258 y 1.287 del Código Civil).

En relación con este tema, hemos de hacer referencia al segundo párrafo del artículo 1.711 del Código Civil, en el que se introduce la presunción del deber de retribución al mandatario, aunque no se haya establecido aquélla de manera explícita, cuando éste *«tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato»*. Como puede comprobarse, el propio legislador admite la posibilidad de un contrato de mandato oneroso, en el que previamente no se ha fijado el montante de la remuneración que habrá de percibir el mandatario. Asimismo, en el artículo 277 del Código de Comercio se dispone: *«El comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de comisión, salvo pacto en contrario. Faltando pacto expreso de la cuota se fijará ésta con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliera la comisión»*.

En consonancia con la doctrina jurisprudencial, relativa al contrato de corretaje, que para su regulación remite —entre otros elementos— a los usos y a los preceptos de los contratos típicos con los que guarda íntima relación, en cuanto puedan ser oportunos (65), estimamos que los referidos artículos serán aplicables por analogía.

En definitiva, ni nuestro legislador ni nuestra jurisprudencia exigen que el importe de la remuneración por la mediación se halle expresamente determinado. Esta conclusión se infiere, de manera palmaria, del texto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 19 de enero de 2000, donde el Juzgador manifiesta: «La cuantía del corretaje dependerá de lo pactado en el contrato de encargo», pero si no consta pacto expreso sobre la retribución del mediador, «se entienden aplicables los aranceles o tarifas profesionales que correspondan». Así pues, en estas hipótesis se entenderá adecuada la retribución calculada «bien, por aplicación de las tarifas profesionales, bien por aplicación de la costumbre o uso mercantil de la plaza».

Esta opción de política legislativa ha sido expresamente acogida, asimismo, en algunos ordenamientos de nuestro entorno geográfico, donde el contrato de corretaje ha sido efectivamente regulado. Por ejemplo, en el

en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes».

(64) Vid., v.gr., SAP de Córdoba, de 7 de diciembre de 2000; SSAP de Lérida, de 13 de octubre de 2000, 17 de noviembre de 2004; SAP de Gran Canaria, de 9 de enero de 2004.

(65) Vid., *supra*, apartado III.1 de este trabajo.

§ 653 BGB se dispone que ha de considerarse tácitamente acordado el carácter oneroso de la mediación, cuando, en función de las circunstancias, sólo cabe esperar que el corredor desempeña su labor a cambio de una remuneración. Si el importe de esta retribución no ha sido determinado, su fijación ha de llevarse a cabo de acuerdo con las siguientes pautas: si existe una tarifa, deberá satisfacerse su montante; cuando no exista dicha tarifa, el mediador tendrá derecho a percibir los honorarios usuales (66). Esta materia ha sido disciplinada en similares términos en el *Codice Civile* italiano, en el Código de las Obligaciones suizo y, más recientemente, en el Código Civil brasileño de 2002 (67).

Cabe cuestionarse si surge el derecho a cobrar honorarios, indefectiblemente, siempre que las actuaciones del mediador hayan fructificado y, por consiguiente, hayan ocasionado un beneficio para quien le encargó tales gestiones. Es decir, ¿es posible configurar un contrato de corretaje *gratuito*? ¿o nos hallamos frente a un contrato ineludiblemente *oneroso*? Si se aceptara la hipótesis de una «mediación gratuita», ¿podría resultar de aplicación el primer párrafo del artículo 1.711 del Código Civil? De la respuesta que se ofrezca a estos interrogantes dependerá, en gran medida, la proximidad entre este tipo contractual y el mandato.

En relación con este tema, nos parece interesante lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1.755 del *Codice*, en el que se conceptúa el corretaje como un contrato «oneroso»: «*Il mediatore ha diritto alla provvigione da ciascuna delle parti, se l'affare è concluso per effetto del suo intervento*». En su glosa, un importante sector doctrinal considera que el contrato de mediación es esencialmente *oneroso* (68), pero son numerosas y autorizadas las voces que se

(66) § 653 BGB: «(1) Ein Maklerlohn gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Makler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. (2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen».

(67) Segundo párrafo del artículo 1.755 del *Codice*: «*La misura della provvigione e la proporzione in cui questa deve gravare su ciascuna delle parti, in mancanza di patto, di tariffe professionali o di usi, sono determinate dal giudice secondo equità*». Artículo 414 del Código suizo de las Obligaciones: «*Se l'importo della mercede non è determinato, questa è dovuta secondo la tariffa esistente, ed in difetto di tariffa si ritiene convenuta secondo l'uso*»; no obstante, con el propósito de evitar eventuales abusos por parte del mediador, el legislador helvético ha previsto la facultad de moderación de la cuantía de la remuneración del mediador, cuando ésta resulte excesiva (art. 417 del mismo cuerpo legal: «*Se per indicare l'occasione di concludere un contratto individuale di lavoro od una vendita di fondi o per la mediazione di un tale contratto fu stipulata una mercede eccessiva, il giudice può ad istanza del debitore ridurla nella giusta misura*»). Artículo 724 del Código Civil brasileño: «*A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais*».

(68) Vid., por todos, AZZOLINA, *op. cit.*, pág. 78: «Una clausola di esonero dell'intermediato dall'obbligo di dare il compenso dovrebbe, quindi, in ogni caso, essere espres-

alzan, dentro de los juristas italianos, en contra de tal construcción teórica. En este sentido, hemos de hacer referencia a CARRARO, quien, una vez admitidas por la doctrina y jurisprudencia italianas las cláusulas que exoneran a uno de los contratantes del pago de la remuneración al mediador (cláusula «*franco di mediazione*»), no encuentra obstáculo alguno para reconocer que la figura del mediador permanece inalterada aunque renuncie de manera absoluta a sus honorarios. Por lo tanto, según su opinión, no existe ninguna dificultad en la admisión de un contrato de corretaje gratuito, pues «l'onerosità è un carattere naturale, ma non essenziale della mediazione» (69).

Esta última frase, según nuestra opinión, podría ser trasladada a nuestro Derecho. Si el legislador admite la gratuidad del contrato de mandato, incluso en el supuesto de que el mandatario sea un profesional (si bien, en este caso, se trata de un contrato *naturalmente oneroso*), no alcanzamos a comprender las razones que impulsan al Tribunal Supremo a sostener que el contrato de corretaje es *esencialmente oneroso* (70). Afirmar que la aceptación de una *mediación gratuita* supone desvirtuar este tipo negocial, sería tanto como entender que un mandato gratuito vulnera la esencia de esta suerte de contrato; o bien que un contrato de comisión gratuito colisiona con su propia naturaleza jurídica; o bien que un depósito gratuito no puede gozar de la consideración de contrato; o bien, por último, que un préstamo sin intereses carece de naturaleza contractual.

samente convenuta. Ma in tale ipotesi, a nostro avviso, non si darebbe neppure valido contratto di mediazione, per difetto di causa, in quanto mancherebbe la controprestazione a quella del mediatore».

(69) CARRARO, *op. cit.*, págs. 105 y 106; esta posibilidad ha resultado también acogida por la jurisprudencia italiana. Vid., asimismo, IANNELLI, D., *Il contratto di agenzia. La mediazione*, 2.^a edic., T. II, obra colectiva con G. GIORDANO y G. SANTORO, colecc. «Giurisprudenza sistematica di Diritto Civile e Commerciale» (fondada da W. Bigiavi), UTET, Torino, 1993, pág. 659.

(70) Según explicamos anteriormente, un importante sector doctrinal y jurisprudencial sostiene que el carácter esencialmente oneroso del contrato de mediación constituye una circunstancia que lo distingue del contrato de mandato (en la doctrina alemana, vid., v.gr., VV.AA., *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, T. II, vol. 2, 4.^a edic., herausgegeben von Dr. E. Strohle, Ed. Walter de Gruyter & Co., Berlin-Leipzig, 1928, págs. 1116 y 1117: «Der Maklerlohn ist für den Maklervertrag wesentlich. Ist kein Maklerlohn vereinbart, so liegt ein Auftrag vor. Ein Maklerlohn gilt aber als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Makler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Durch die Vereinbarung, dass der bestimmte Lohn oder ein anderer dem Makler auch dann zustehen soll, wenn der in Aussicht genommene Vertrag nicht zustandekommt, wird das Wesen des Maklervertrages nicht berührt»). Sin embargo, como afirma CARRARO (*op. cit.*, pág. 104), tal argumento «non merita però di essere accolto neppure sulla base di quell'ordinamento [el alemán], poichè la mediazione va tenuta distinta del mandato fondamentalmente per la diversa natura dell'attività, che è oggetto dei due rapporti. Il carattere oneroso o gratuito di essi (che nel nostro ordinamento può essere liberamente modificato dalla volontà degli interessati) non assume alcun rilievo al fine della loro distinzione».

En el Derecho español todos estos contratos pueden configurarse de manera gratuita, aunque de ello resulte, evidentemente, que una parte contractual obtiene un beneficio sin contraprestación (71). Según se ha señalado más arriba, el fundamento de la remuneración del mediador se halla en el provecho que sus gestiones han suscitado en favor del oferente. Sin embargo, a nuestro modo de ver, tal circunstancia no permite configurar los honorarios del corredor como «elemento esencial» del contrato de mediación. En este sentido, hemos de advertir que en los contratos de mandato, depósito y préstamo, se produce un beneficio, respectivamente, en las figuras del mandante, del depositante y del prestatario, sin que el legislador haya dispuesto la «esencialidad» de la remuneración a la otra parte contractual. Por analogía con tales supuestos, entendemos que el carácter oneroso constituye un *elemento natural* del contrato de corretaje, mas no *esencial*.

Una vez admitida la posibilidad de un corretaje *gratuito*, debemos analizar si en el caso de intervenir como mediador una persona que no actúa «profesionalmente», tiene derecho a una retribución por los servicios prestados.

Si el corredor es un sujeto dedicado de manera profesional a prestar servicios de mediación, consideramos aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del tantas veces citado artículo 1.711 del Código Civil; esto es, se presume que nos hallamos frente a un contrato *oneroso*, pero las partes pueden expresamente pactar su gratuidad. Ahora bien, cuando el mediador es un particular cuya actividad profesional no consiste en realizar esta suerte de gestiones, la solución se nos antoja más compleja.

En relación con esta cuestión, se plantean en la práctica jurídica algunas hipótesis diferenciadas, ya que quien ejerce la labor mediadora puede ser un mero particular sin un especial vínculo con la persona que pretende contratar (v.gr., el portero de una finca, que informa a los eventuales interesados de la existencia de un bien inmueble, cuyo propietario pretende vender o arrendar), o bien un pariente o amigo de ésta, que le indica la posibilidad de contratar con un tercero. En los dos supuestos el mediador no es un «profesional del corretaje», si bien las consecuencias de la actuación de cada uno de ellos resultan usualmente diversas.

Es práctica habitual, en el tráfico jurídico, que el *dominus* del bien inmueble enajenado o arrendado remunere al portero de la finca que lo ha puesto en contacto con quien finalmente adquiere el dominio o un derecho de

(71) En relación con el contrato de comisión mercantil, vid. artículo 277 del Código de Comercio («*El comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de comisión, salvo pacto en contrario...*»); sobre el contrato de préstamo, vid. artículos 1.740 («*...El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés*») y 1.755 del Código Civil («*No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado*»); por cuanto al contrato de depósito se refiere, vid. artículo 1.760 del Código Civil («*El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario*»).

arrendamiento sobre el mismo. A pesar de no tratarse de una persona dedicada profesionalmente al corretaje, los usos han determinado el carácter oneroso de esta gestión. En este ámbito, alcanza una gran relevancia la argumentación de FINOCCHIO, cuando explica que la remuneración por la mediación no constituye la compensación por la prestación de una obra o actividad técnica que goce de valor en sí misma: el premio por el corretaje es debido como consecuencia del resultado útil de tal actividad. Se toma en consideración, precisamente, este efecto, y no la persona del mediador, de tal modo que si, a pesar de su condición profesional, no se llega a concluir el contrato anhelado, no surge el derecho a percibir sus honorarios. En cambio, cuando las gestiones del mediador desembocan en la perfección del mencionado negocio, aunque no sea «profesional», el efecto útil de su actuación ha de ser compensado como si derivase de un corredor profesional: *«La provvigione non è un compenso d'indole subbietiva, inerente alla qualità della persona, ma di natura obbiettiva, insita nella operazione mediatória, tanto che normalmente si commisura sul risultato oggettivo dell'operazione e non sul valore personale di chi la compie»* (72).

(72) FINOCCHIO, P. C., *La mediazione nel Diritto Italiano*, S.A.I.G.A., Fratelli Armanino, Génova, 1915, págs. 199 y 200. Por su parte, VIVANTE, C. (*Comentario a App. Milano, 28 giugno 1894*, *Giurispr. Ital.*, 1894, Parte I, Sez. 2, págs. 567 y 568) critica una decisión judicial en la que el Tribunal concede a un mediador «civil», en concepto de reembolso de los gastos, lo que no podía otorgarle a título de retribución: «Ma l'equità si fece sentire, nei motivi della sentenza, più della logica; poichè volle concedere al mediatore, che aveva condotto a buon punto l'affare, col titolo di rimborso di spese una parte di ciò che non poteva dargli a titolo di provvigione». No obstante, este mismo autor señala que podía conciliar la lógica con la equidad: «Si poteva obbligare il contraente che aveva concluso l'affare battendo la via tracciatagli dal mediatore a pagare la sua parte di provvigione, liberando da quest'obbligo l'altro contraente che dopo le prime trattative si era rivolto ad un altro intermediario. Così i principii che regolano la mediazione in affari di commercio avrebbero avuto un'applicazione equa e completa». En relación con este tema, dentro de nuestra jurisprudencia podemos hallar, por ejemplo, numerosas sentencias en las que el Tribunal Supremo ha declarado que no es preciso poseer la titulación de Agente de la Propiedad Inmobiliaria para tener derecho a exigir el cobro de los servicios de mediación que puedan prestarse (v.gr., entre otras, SSTs de 6 de octubre de 1984, 22 de junio de 1988, 31 de enero de 1990, 6 de octubre de 1990, 3 de octubre de 1995, 17 de noviembre de 1999 y 11 de junio de 2001). En este mismo sentido, hemos de recordar el artículo 3 del Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, se dispone: «*Las actividades enumeradas en el artículo 1 del Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Junta General, podrán ser ejercitadas libremente sin necesidad de estar en posesión de título alguno ni de pertenencia a ningún Colegio Oficial*». Sobre esta cuestión, vid. GÁZQUEZ, *El contrato de mediación o corretaje*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, págs. 131 a 137. Sin embargo, en materia de seguros, en el artículo 6.4 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, se dispone que los mediadores de seguros, «antes de iniciar su actividad, deberán figurar inscritos en el Registro especial administrativo de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos, a que se refiere el artículo 52».

Sin embargo, cuando es un amigo o un pariente quien desempeña dicha labor, usualmente se prescinde de cualquier clase de remuneración a su favor (naturalmente, en este último supuesto, siempre que no se haya pactado una retribución). El antagonismo predicable de ambos desenlaces nos induce a plantear la siguiente cuestión: si en las dos hipótesis quien lleva a cabo la labor mediadora no se dedica profesionalmente a esta actividad, ¿dónde se halla el origen de esta diversidad de escenarios?

Ha sido la doctrina italiana la que, en mayor medida, se ha ocupado de esta cuestión. Según expone CARRARO (73), de las circunstancias del caso puede inferirse la existencia de un acuerdo de las partes dirigido a impedir los efectos legales del contrato de corretaje. En este sentido, tales circunstancias pueden resultar idóneas para sostener que el mediador y los interesados en el negocio han pretendido colocarse en un plano «*di mera cortesia*», con la implícita exclusión, de este modo, de la asunción de derechos y de deberes. Ello acontece, principalmente, cuando la intervención del tercero tiene lugar como consecuencia de las relaciones de parentesco o de amistad que lo ligan a los interesados, y no por su cualidad de mediador profesional (74).

Una vez admitida la gratuidad de esas relaciones «de cortesía» del «*mediatore-amico*», BALOSSINI (75) trata de justificarla desde un punto de vista estrictamente normativo. Con el propósito de localizar dicha apoyatura legal, el mencionado autor remite al segundo párrafo del artículo 1.755 del *Codice*, donde el legislador italiano fija los criterios para determinar la cuantía de los honorarios del mediador: «*La misura della provvigione e la proporzione in cui questa deve gravare su ciascuna delle parti, in mancanza di patto, di tariffe professionali o di usi, sono determinate dal giudice secondo equità*».

La alusión a los «usos» plasmada en este precepto, según el jurista italiano, permite argumentar que el carácter gratuito de la actuación del «*mediatore-amico*» constituye un *uso normativo*, en el sentido del artículo 1 del *Codice*. A su modo de ver, si es lícita la renuncia previa del mediador a sus honorarios, «è valido anche l'uso che se ne può desumere per astrazione e generalizzazione». Por consiguiente, en defecto de pacto en contrario, tales gestiones no resultarán retribuidas. El hecho de que este «uso norma-

(73) CARRARO, *op. cit.*, págs. 61 y 62.

(74) También admite la existencia de actividad mediadora de «mera cortesía», sin que se verifiquen los efectos típicos del contrato de corretaje, MARINI, *op. cit.*, pág. 105, n. 61: «Ma ci sembra che, allorché il mediatore agisca avendo preventivamente rinunciato ad ogni compenso per l'opera prestata, debba distinguersi, in analogia ad altri rapporti (v., ad esempio, l'art. 1.681, 3.º comma c.c.), il rapporto di mediazione gratuito, che richiede l'esistenza di un interesse sia pure indiretto, ma giuridicamente apprezzabile, del mediatore, dal rapporto di mera cortesia per il quale devono escludersi gli effetti tipici della mediazione».

(75) BALOSSINI, C. E., *Usi e tariffe della mediazione in Italia*, Giuffrè Editore, Milano, 1959, págs. 43 a 45 (especialmente pág. 44).

tivo» lleve la remuneración de dicho mediador al límite, al extremo —es decir, a «cero»—, no hace decaer la remisión a los «usos» verificada en el artículo transcrito. Así pues, si los usos normativos determinan el carácter gratuito de las gestiones mediadoras del «*mediatore-amico*», éste no deberá ser remunerado.

En el seno de la doctrina alemana, HEYMANN (76) admite expresamente la mediación gratuita —aunque manifiesta que se trata de un contrato similar al mandato—, si bien observa que dicha gratuidad ha de resultar expresamente pactada, o bien determinada por los usos.

A nuestro juicio, la referencia a los «usos», que ha sido efectuada por un importante sector doctrinal —tanto italiano como alemán— para justificar la ausencia de retribución del mediador en los supuestos de parentesco o amistad, es plenamente válida en el Derecho español.

En nuestro país, se presentan incesantemente en la práctica supuestos de gestiones mediadoras llevadas a cabo por parte de personas cercanas a los interesados en el negocio; por ejemplo, un pariente o un amigo de quien pretende comprar o vender un vehículo o un bien inmueble lo pone en contacto con un conocido que intenta enajenar o adquirir uno de esos bienes. En estos casos, quien desempeña la labor de mediación lo hace a título gratuito, como muestra de buena voluntad y deferencia hacia su pariente o amigo. Es decir, como consecuencia de una simple *relación de cortesía*, según la terminología empleada por la doctrina italiana (77).

Son los «usos» los que conducen, en esta hipótesis, a considerar que la actividad de esa persona no engendra un derecho jurídicamente exigible a percibir una remuneración. En relación con este tema —que abordaremos con mayor detenimiento en el siguiente epígrafe—, hemos de recordar que los usos constituyen uno de los principales elementos a los que nuestra jurispru-

(76) HEYMANN, E., «Der Handelsmakler», en *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, T. V, vol. 1, herausgegeben von Dr. Victor Ehrenberg, O. R. Reisland, Leipzig, 1926, § 97, pág. 410: «Nach § 99 HGB. besteht nur eine Dispositivnorm für die Verteilung der Courtagepflicht auf beide Kontrahenten, dagegen ist eine Vermutung für Entgeltlichkeit des (in Ausübung des Handelsgewerbes übernommen) Vermittlungsauftrages durch § 354 HGB., und zwar auch für kaufmännische Zivilmakler, gegeben, so daß es einer besonderen Verabredung der Courtage mit dem Handelsmakler regelmäßig nicht bedarf, und zwar auch da nicht, wo keine auf Courtage gerichteten besonderen Usancen bestehen. Unentgeltlichkeit muß also besonders bedungen sein oder usancemäßig feststehen». Vid., asimismo, *op. cit.*, pág. 410, n. 6: «Unentgeltliche Übernahme der Maklertätigkeit ist auftragsähnlicher Vertrag; doch ist nachträgliche Leistung einer Courtage nicht Schenkung, sondern nachträgliche Umwandlung in Maklervertrag».

(77) En nuestra doctrina, aunque en relación con la mediación matrimonial, GARCÍA CANTERO, G. («Notas sobre la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho español», en *ADC*, 1963, T. XVI, fasc. I, pág. 40) habla de una mediación «*de hecho*», frecuente en determinadas regiones, sin vínculo alguno; se hace por razones de afecto, amistad o parentesco y no suscita ningún problema por su carencia de consecuencias jurídicas».

dencia remite, en aras de dotar de una regulación sustantiva al contrato de corretaje (78).

4. DISCUTIDA BILATERALIDAD

En la doctrina científica algunos autores estiman que el corretaje no goza de naturaleza contractual, ya que el mediador, por el mero hecho de recibir el encargo de mediación, no puede ser compelido a realizar ninguna gestión. La realización de la tarea confiada depende, única y exclusivamente, de su voluntad: si pretende percibir la retribución, debe desarrollar la actividad encomendada. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia actuales sostienen, de manera mayoritaria, que constituye un tipo contractual, si bien impregnado de ciertas especialidades (79).

Frente a las construcciones de quienes sostienen que el corretaje constituye una relación fáctica (v.gr., CARRARO y FERRI) (80), o bien una promesa

(78) Tal remisión jurisprudencial nos parece acertada, si bien resulta innecesaria, dado el tenor literal del artículo 1.3 del Código Civil.

(79) No obstante, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (*Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.ª edic., Ed. Tecnos, Madrid, 2001, reimpr. 2005, pág. 426) ofrecen una visión intermedia, pues sostienen que el corretaje carecerá de carácter contractual si no existe un encargo previo por las partes al mediador; por consiguiente, a su modo de ver, cuando éste asuma la iniciativa para el desarrollo de la actividad mediadora, sin que los contratantes hayan requerido previamente sus servicios, la fuente de la mediación no será contractual. En relación con esta materia, BONET CORREA, J. («El contrato de corretaje o mediación», comentario a la STS de 3 de junio de 1950, en *ADC*, T. IV, fasc. 4.º, octubre-diciembre de 1951, pág. 1617) entiende que «la simple situación de mediación, por el hecho de una puesta en contacto de las partes, sin un previo acuerdo de voluntades, no tiene eficacia por sí sola. Si tal ocurriera no estaríamos ante un supuesto de mediación, supondría una gestión de negocios ajenos, una prestación de servicios a impulsos de beneficencia o liberalidad o incluso un contrato innominado, pero nunca una relación de mediación. Incluso surgiría el peligro de confundir la mediación típica con la mera información».

(80) Vid. CARRARO (*op. cit.*, en su capítulo I), para quien el esquema de la mediación es «acontractual», pues se trata de un acto jurídico unilateral del mediador, derivado de una obligación *ex lege*, y que debería considerarse una «relación» de mediación, y no un contrato (pág. 19: «Ciò che infatti preme ora porre in luce è il sorgere di un rapporto fra due soggetti per disposizione di legge, come effetto della riconsegna e in considerazione dell'utile che uno di essi ritrae dalla attività svolta dall'altro: nessuno potrebbe ritenere insufficiente il fatto giuridico quale fondamento del rapporto e ipotizzare invece, ad esempio, la conclusione di un contratto d'opera fra proprietario e ritrovatore al momento della consegna della cosa»; pág. 33: «Risulta allora che la legge fa derivare i diritti e gli obblighi fra mediatore e parti, e perciò il rapporto giuridico di mediazione, dalla messa in relazione delle parti ad opera dell'intermediario, prescindendo da ogni elemento di natura negoziale: e tale essendo l'obiettiva volontà del legislatore, sarebbe almeno arbitrario sostenere la necessità di un'origine contrattuale di quel rapporto»); FERRI, G., *Manuale di Diritto commerciale*, 12.ª edic., a cura di C. ANGELICI e G. B. FERRI, UTET, Torino, 2006, pág. 905. En contra de estos autores, VARELLI, C. (*La mediazione*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1953, págs. 8 a 10) indica que la fuerza obligatoria,

unilateral (TUMEDEI y POZZI) (81), la doctrina ha desarrollado varias teorías en relación con la configuración subjetiva del contrato de mediación, de tal

en el caso del corretaje, emana de un acto de voluntad particular, no del legislador. En este sentido, la *obligatio ex lege*, si bien no excluye un acto voluntario, no se apoya en el consentimiento de las partes para hacer surgir el vínculo jurídico: «quando vi sia il consenso, si può star certi che si verte sul piano contrattuale». En la práctica comercial, las obligaciones del mediador y de las partes brotan con reciprocidad, como consecuencia del encuentro de sus voluntades, que se hallan dirigidas no sólo a fijar la remuneración de aquél, sino también a determinar las modalidades de su actividad mediadora y a adecuar el importe de aquélla a la importancia de ésta; dichas obligaciones encuentran tutela jurídica en la ley. De todo ello se desprende, en opinión del mencionado autor, que «la fonte diretta del rapporto in esame è la volontà delle parti e non la legge». En relación con la teoría «legalista» de CARRARO, el propio VARELLI (*op. cit.*, págs. 75 y 76) sostiene que ha de rechazarse la tesis que considera la obligación de pagar la remuneración del mediador como un pacto en sí mismo, al margen de cualquier esquema contractual, que se adhiere a una *obligatio ex lege*, como si se tratara de un pacto accesorio de ésta. A su juicio, si el legislador italiano hubiese pretendido configurar efectivamente una *obligatio ex lege*, no habría dejado al arbitrio de las partes el pacto sobre la cuantía de la retribución del mediador: «Se, invece, questa pattuizione è libera, vuol dire che libera è anche l'altra che è il corrispettivo di essa: ma, se è così, vuol dire che si verte in tema di contratto». Por su parte, GALGANO, F. (*Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, t. II, 3.^a edic., Cedam, Padova, 1999, pág. 122) observa que considerar que el derecho a la retribución no deriva de un contrato, sino del hecho objetivo de la intervención del mediador en la conclusión del negocio, puede alimentar abusos: cualquier persona, aduciendo el hecho objetivo de haberse «interpuesto» —incluso, sin encargo de las partes— en la conclusión de un negocio, podría pretender el cobro de honorarios. En similares términos, vid. PERFETTI, *op. cit.*, pág. 220. La jurisprudencia italiana predominante considera que la mediación constituye un acto negocial consensual, y que el derecho del corredor a la retribución no deriva *ex lege* del hecho de la actividad mediadora prestada con éxito, sino de la voluntad de las partes, de la que surge el *vinculum iuris* idóneo, por sí mismo, en aras de la constitución del contrato de mediación (vid., por todas, Cass. de 16 de mayo de 1956).

(81) A título de ejemplo, podemos hacer alusión a TUMEDEI, C. («Del contratto di mediazione», en *Riv. Dir. Comm.*, vol. XXI, 1923, Parte Prima, págs. 140 y 141), quien lo configura como una promesa unilateral de arrendamiento de obra (*locatio conductio operis*); en parecidos términos, BOLAFFIO (*op. cit.*, pág. 15) señala que se trata de una forma especial de *locatio operis*, ya que el mediador vende o presta el efecto útil, el resultado de sus servicios, esto es, la conclusión del negocio, y no sus servicios de intermediario independientes de su éxito (*locatio operarum*); en opinión de POZZI, M. (voz *mediazione*, en *Nuovo Dig. It.*, T. VIII, Torino, 1940, págs. 399 a 402), existe una promesa unilateral de *locatio operis*, si bien se convertirá en un contrato de mediación (*locatio-conductio operis*) al concluirse el contrato principal. En contra de la visión de la mediación como una promesa unilateral, destinada a transformarse en el verdadero y propio contrato de corretaje cuando se perfeccione el contrato deseado, vid. MESSINEO, F., *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (codici e norme complementarie)*, vol. 5.º, 9.^a edic., Giuffrè Editore, Milano, 1958, pág. 74: «Anche la tesi, che fa della mediazione un contratto preliminare [se refiere expresamente a la tesis de TUMEDEI], non è fondata, poichè il contratto preliminare non è concepibile, se non in quanto sia destinato a sboccare in un contratto definitivo, laddove la mediazione può stare da sè, anche se poi non segua il contratto fra i due soggetti, posti a contatto dal mediatore. Inoltre, la tesi del contratto preliminare è inaccettabile, poichè, per una ragione tecnica, il contratto definitivo è stipulato fra le medesime parti, che stipulano il preliminare: il che non si verifica, nel caso della mediazione e del corrispondente contratto principale». En similares términos, dentro

modo que dicho tipo negocial ha sido contemplado como «unilateral», «bilateral» e, incluso, «trilateral».

Ciertamente, la estructura jurídica de esta clase de contratos plantea numerosos y complejos interrogantes, ya que, desde un punto de vista teórico y dogmático, no resulta sencillo justificar los efectos prácticos derivados de dicho negocio, que, sin embargo, asumimos con una notable naturalidad. Este ha sido, en opinión de VARELLI, el motivo que indujo a cierto sector doctrinal a buscar una vía de apoyo en la obligación *ex lege*, con el designio de cimentar en un terreno más sólido los especiales elementos de esta relación (82). A pesar de ello, actualmente es mayoritaria la doctrina que sostiene el carácter contractual del corretaje.

La unilateralidad de este contrato ha sido tradicionalmente defendida por un importante sector de la doctrina (83) y jurisprudencia (84) italianas, y tiene su fundamento en el hecho de que, según su criterio, sólo surge un deber de prestación: el de remunerar al mediador, por parte de quien realizó el encargo, una vez perfeccionado con un tercero el contrato perseguido, gracias a la actividad del mediador. En este ámbito, CARRARO —principal representante de la teoría «acontrattuale» de la mediación— admite la perfección por las partes de un «contrato de obra», cuando pretendan que el intermediario asuma el deber de desarrollar gestiones; si bien, en el caso de no existir tal deber de actuación, como normalmente sucede, la situación únicamente puede ser reconducida a la relación de mediación (no negocial) (85).

Al abordar el problema de la libertad de actuación del corredor, MESSINEO conceptúa el contrato de corretaje como un contrato definitivo, con prestaciones equivalentes, y *unilateralmente vinculante*, donde el comportamiento del

de nuestra doctrina, vid. SANPONS, *op. cit.*, págs. 32 y 33; BLANCO CARRASCO, M., «El contrato de corretaje», en *RDP*, marzo-abril de 2005, págs. 7 y 8.

(82) VARELLI, *op. cit.*, pág. 11.

(83) V.gr., en opinión de GALGANO (*op. cit.*, pág. 122), «la mediazione è contratto che si forma con il conferimento dell'incarico al mediatore, ed è contratto unilaterale, con obbligazioni del solo proponente (art. 1.333): l'obbligazione di rimborsare le spese, se l'affare non si conclude; l'obbligazione di corrispondere la quota di provvigione se l'affare si conclude». Según expone el jurista italiano, cada una de las partes del futuro negocio concluye con el mediador un único contrato de mediación: o bien con el encargo que cada una de ellas le ha conferido a éste (una le ha encargado vender, la otra comprar, y el mediador las pone en contacto entre sí), o con el encargo de una y con la aceptación, incluso implícita, de su mediación por parte de la otra.

(84) V.gr., en Cass. 37/1960, se afirma: «La differenza fra mediazione e mandato non consiste nella provenienza (bilaterale o unilaterale) dell'incarico, ma nel fatto che chi accetta l'incarico è tenuto, nel mandato, all'obbligo di curarne l'esecuzione dietro corrispettivo che è dovuto anche se il contratto col terzo non sia stato concluso, mentre a tale obbligo non è tenuto il mediatore il quale ha soltanto l'onere di mettere in relazione i futuri contraenti per appianare le divergenze e per concludere l'affare». En esta decisión jurisprudencial, se habla de *onere*, esto es, de carga; no de deber u obligación.

(85) CARRARO, *op. cit.*, págs. 127 y 128.

mediador tiene *carácter potestativo*, pues no se vincula a poner en contacto a las partes. En cambio, el oferente se obliga a pagarle una retribución, siempre y cuando el mediador lo ponga en contacto con otro sujeto con quien, finalmente, logre concluir el negocio pretendido (86). En opinión de LUMINOSO, la clave para entender esta singular disciplina reside en el propósito que subyace en la norma italiana, que ha considerado absolutamente imprescindible la concesión a los interesados en el negocio, en todo caso, de la libertad de concluirlo o desecharlo. De ello se deriva también, como *contrapeso*, la exigencia de garantizar al corredor la plena libertad para llevar a cabo la actividad de intermediación, o bien para rehusar la realización de cualquier gestión. De este modo, se logra paliar el riesgo que representa el *aleas* al que el mediador se halla expuesto (87).

Así pues, en virtud de tal concepción, el mediador no podrá ser compelido al cumplimiento de ninguna prestación, de tal forma que el único estímulo que encontrará para desarrollar las gestiones mediadoras será la posible percepción de su remuneración. La ejecución de dichas actividades la llevará a cabo no *obligationis causa*, sino *conditionis implendae causa* (88):

(86) MESSINEO, *op. cit.*, págs. 74 y 75. Este autor se manifiesta favorable a la tesis *accontrattuale* de CARRARO, por cuanto al supuesto legalmente regulado se refiere. No obstante, reconoce que no se puede excluir que la mediación asuma un perfil contractual, en el caso de que haya sido «puesta concretamente en acción» por el mediador y por, al menos, una de las futuras posibles partes en el contrato deseado (*op. cit.*, pág. 73); es, precisamente, en relación con estas últimas hipótesis cuando sostiene la tesis del contrato *unilateralmente vinculante*. Por su parte, TROISI, B. (*La mediazione*, Giuffrè, Milano, 1995, pág. 77) atempera, en cierto modo, esta construcción doctrinal: si bien parte de la libertad de actuación del mediador, seguidamente manifiesta que tal afirmación ha de ser moderada ya con la consideración del principio de la buena fe, ya con la consideración de la eventual predisposición de pactos que las partes hayan expresamente dispuesto sobre este particular.

(87) LUMINOSO, *op. cit.*, págs. 76 y 77; a juicio de este autor, la posición potestativa del mediador, a su vez, justifica el hecho de que su derecho a la retribución no surja por el mero desarrollo de la actividad mediadora, sino que se halla subordinado a la conclusión del negocio por él posibilitado. La libertad de actuación y desistimiento de las partes, que, según este sector doctrinal, resulta inherente al contrato de mediación, impulsa a BOLAFFIO (*op. cit.*, pág. 32) a aseverar que se trata de una forma especial de *locatio operis*.

(88) BOLAFFIO (*op. cit.*, pág. 31) sostiene que el hecho de haber asumido la función de mediador en el negocio no le obliga a ocuparse del mismo, de tal forma que la prestación de su obra no se halla *in obligatione*, sino *in conditione*; vid., asimismo, BARASSI, L., *Il contratto di lavoro nel Diritto positivo italiano*, vol. I, 2.^a edic., Società Editrice Libreria, Milano, 1915, cap. 154, pág. 409 [«Ad ogni modo è escluso (come si ritiene da chi concepisce l'onerosità solo col sussidio del sinallagma) che qui si abbia un contratto a titolo gratuito: magari una promessa di donazione remuneratoria condizionale»]; STOLFI, M., «Della mediazione», en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA, libro IV, Delle obbligazioni, arts. 1.754-1.860, Nicola Zanichelli Editore-Soc. Ed. del «Foro Italiano», Bologna-Roma, 1954, pág. 19. En opinión de MARINI (*op. cit.*, págs. 43, 44 y 91), sólo la prestación de pagar la retribución al mediador está *in obligatione*, mientras que la ejecución de la labor del mediador (hacer concluir el negocio) depende de su iniciativa, como «atto costitutivo della sequenza del procedi-

no como conducta debida, sino como condición para que el contrato produzca sus efectos.

En opinión de LARENZ, el mediador no se obliga a la realización de ninguna conducta, ni tampoco a la obtención de ningún resultado, pues, si así fuera, nos hallaríamos frente a un contrato de arrendamiento de servicios o de obra (89). En nuestra doctrina, se adhieren a la opinión del jurista alemán —entre otros— BONET CORREA y GARRIGUES, quienes estiman que el corredor no se encuentra obligado a desenvolver conducta alguna, al igual que el oferente tampoco tiene el deber de perfeccionar con la persona señalada por aquél el contrato pretendido (90).

mento formativo del contrato». Por consiguiente, excluye expresamente la inserción del corretaje en la categoría de los contratos sinalagmáticos. Ambas prestaciones, si bien se hallan económicamente en relación de equivalencia, no constituyen un sinalagma desde un punto de vista jurídico, pues la correspondiente al mediador se inserta directamente en el procedimiento de conclusión del contrato, mientras que la que compete al oferente «costituisce un semplice effetto contrattuale di natura obbligatoria ed è, quindi, logicamente, successiva alla prima». La prestación consistente en la remuneración al corredor, pese al carácter no sinalagmático de este contrato, debe considerarse como «controprestazione del risultato utile (della conclusione dell'affare) fatto conseguire dall'intermediario a ciascuna delle parti dell'affare». Estas afirmaciones de MARINI resultan coherentes con su configuración jurídica del contrato de mediación: a su modo de ver, la fuente de este contrato no debe ubicarse en un acuerdo de voluntades de las partes del mismo, sino en la conclusión del negocio como consecuencia de la intervención del mediador (*op. cit.*, págs. 28 a 30). Así pues, la perfección —gracias a la actuación del mediador— del negocio pretendido por el oferente, al tiempo que supone el cumplimiento de la prestación de aquél, implica la conclusión del contrato de corretaje: antes de dicho momento no habría todavía contrato de mediación.

(89) LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, T. II, trad. esp. y notas por J. SANTOS BRIZ, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, págs. 331 y 332. No obstante, este mismo autor (*op. cit.*, págs. 333 y 334) pone de relieve que, a pesar de que el mediador no se haya obligado a actuar, «con la celebración del contrato entra con su comitente en una especial relación de confianza que crea para ambas partes deberes de conducta, y así se habla de un *deber de fidelidad* del corredor; está obligado a atender fielmente las indicaciones que le haya hecho en confianza su comitente sin contravenir sus intereses y, si actúa, ha de obrar diligentemente para preservar de daños a su comitente».

(90) BONET CORREA, «El corretaje o mediación (Conclusiones críticas a la obra de AZZOLINA)», en *RDN*, abril-junio de 1956, págs. 316 y 317; GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, T. III, vol. 1.º, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963, págs. 583 y 584: «Nada se dice en la definición [del contrato de corretaje] de una obligación correlativa del corredor de desplegar una cierta actividad para lograr ese objetivo de concluir el contrato. Ello hace pensar en un contrato unilateral. El corredor no se obliga a nada. Si desarrolla alguna actividad no lo hace *obligationis causa*, sino *conditionis implendae causa*, es decir, bajo la condición de la efectiva conclusión del contrato». No obstante, este mismo autor (*op. cit.*, pág. 587) indica: «Quien lo recibe [el encargo] no asume la obligación rigurosa de ejecutar ese encargo, aunque sí queda obligado a atemperar su conducta a las exigencias de la buena fe y de la fidelidad contractual»; por eso —afirma este autor, *op. cit.*, pág. 587, n. 11—, «el artículo 1.754 del Código Civil italiano no dice que es mediador quien *se obliga a poner* en relación dos o más partes para la conclusión de un negocio, sino que es mediador el que *pone* en relación, etc.».

En contraposición a las referidas opiniones, ha gozado de mayor predicamento (especialmente en el seno de la doctrina española) la concepción *bilateral* del contrato de mediación, en virtud de la cual éste se perfecciona por el mero consentimiento del oferente y del corredor, y desde entonces se generan derechos y deberes para ambos (91).

Según el criterio manifestado por este sector doctrinal (92), por lo tanto, el mediador no goza de libertad para desarrollar las gestiones encargadas por el oferente, sino que se halla ligado por el *vinculum iuris* emanado del contrato de corretaje. Las dos prestaciones tienen su causa inmediata en el contrato y nacen con éste, de tal forma que una constituye el contrapeso de la otra. Nos encontramos, pues, frente a una obligación sinalagmática, en la que cabe apreciar el nacimiento simultáneo de las prestaciones (sinalagma genético), así como su correspondencia en la fase ejecutiva del contrato (sinalagma funcional), ya que cuando el corredor exige su retribución, lo hace, justamen-

(91) Según expone VARELLI (*op. cit.*, pág. 16), no puede tratarse de un contrato unilateral: «Non può correttamente dirsi che l'obbligo esisterebbe per una parte sola, cioè per i contraenti di pagare la provvigione, e sarebbe condizionato alla conclusione dell'affare per opera del mediatore, altrimenti tutti i contratti bilaterali potrebbero configurarsi come una obbligazione unilaterale condizionata al fatto altrui: ti darò cento se farai questo o darai la tal cosa. Anche la locatio operis, anche la compravendita potrebbero configurarsi come contratti unilaterali condizionati. Ma ciò è evidentemente frutto di un'inesatta formulazione e non toglie che l'apparente condizione non sia altro che il rapporto di corresponsività tra due prestazioni». Así pues, según este autor, el corredor asume el deber de prestación de interponerse entre las partes del negocio pretendido, con la diligencia y el celo de un *bonus pater familias* (*op. cit.*, págs. 7 y 76). Vid., asimismo, AZZOLINA, *op. cit.*, pág. 85.

(92) Vid., entre otros, BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, 11.ª edic., a cargo de F. MARTÍNEZ SANZ, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, págs. 114 y 115 (no obstante, este autor expresa esta opinión en relación con los mediadores profesionales); QUINTANA CARLO, I., «La protección del consumidor como turista», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 2, septiembre de 1984, pág. 68 (al estudiar los contratos de mediación que pueden perfeccionarse entre los consumidores y las agencias de viaje); URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y ALONSO SOTO, R., *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, Estudio colectivo coord. por R. URÍA y A. MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid, 2001, págs. 165 y 166; NAVARRO VILARROCHA, P., «El corretaje de los bienes inmuebles», en *Revista General de Derecho*, Sección práctica, julio-agosto de 1981, págs. 878 y 879 (es un contrato «bilateral», «con derechos y obligaciones recíprocas»); LETE DEL RÍO, J. M. y LETE ACHIRICA, J., *Derecho de Obligaciones*, vol. II, 1.ª edic., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 610 y 612 («El corredor o mediador está obligado a realizar su prestación de acuerdo con lo estipulado en el contrato, y según los usos y la buena fe»); GARCÍA CANTERO (*op. cit.*, pág. 37), en relación con la mediación matrimonial. Asimismo, esta tesis ha sido defendida en numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo: vid., v.gr., SSTs de 3 de junio de 1950, 27 de diciembre de 1962 y 2 de mayo de 1963, donde, si bien la cuestión litigiosa no se centra en esta materia, se indica que el contrato de mediación es bilateral, e «impone a las partes derechos y obligaciones recíprocas»; vid., asimismo, otras más recientes, como las SSTs de 6 de octubre de 1990, 22 de diciembre de 1992, 4 de noviembre de 1994 y 28 de junio de 1996. Esta es, por otra parte, la tendencia preponderante en el seno de las Audiencias Provinciales.

te, porque constituye la contraprestación de sus exitosas gestiones de intermediación (93).

Naturalmente, el mediador no se compromete al éxito de sus actividades, pues tal resultado depende en mayor medida de la voluntad del oferente y de un eventual tercero (94), que de la diligencia mostrada por él en su proceder. No obstante, a diferencia de quienes defienden la unilateralidad de este peculiar vínculo contractual, los autores que le confieren carácter bilateral estiman que la consabida incertidumbre en la percepción de su retribución no tiene como contrapartida la libertad de actuación del corredor (95).

Dentro de esta línea argumental, podemos encontrar algunos autores que construyen una teoría que podríamos denominar *eclectica*, ya que estiman que el contrato de corretaje puede ser perfeccionado por las partes como bilateral, o bien como unilateral. El máximo exponente de esta corriente es ENNECERUS, quien, pese a sostener que la mediación —en principio— no implica ninguna obligación de prestación para el corredor, reconoce a los contratantes la posibilidad de pactar el deber de actuación de aquél. Por consiguiente, la unilateralidad no constituye una nota definitoria del contrato de corretaje, puesto que puede resultar eludida por las partes en el mismo (96).

(93) Vid. VARELLI, *op. cit.*, págs. 49 y 50.

(94) No nos encontramos frente a un «contrato a cargo de tercero», en el que una parte, en nombre propio, promete a otra la prestación de un tercero, que queda obligado a llevarla a cabo. El mediador no hace una «promesa del hecho de un tercero», ya que la conclusión del contrato no depende de él; si prometiera dicho resultado, y el contrato no llegara a perfeccionarse, el corredor respondería, pero «è evidente che non saremmo più in tema di mediazione» (vid. VARELLI, *op. cit.*, págs. 46 y 47; DUTILLEUL, F. C. y DELEBECQUE, P., *Contrats civils et commerciaux*, 7.^a edic., Ed. Dalloz, Paris, 2004, págs. 575 y 579). Obviamente, tampoco se trata de un «contrato por persona a designar» (o con facultad de subrogación), pues el mediador no concluye con el oferente el contrato por éste anhelado, con la manifestación de que no lo hace para sí, sino en nombre de un representado «oculto» que posteriormente será designado.

(95) En opinión de GÁZQUEZ (*Notas...*, cit., pág. 874), «el mediador en su actuación siempre se obligará, en mayor o menor grado, a realizar una prestación según los servicios que le son solicitados, y que no se limitan a los de mera conexión entre las partes, de manera que los mediadores tienen que estar sometidos a un régimen de responsabilidades. Es decir, aunque el mediador no se pueda comprometer a un resultado, ello no excluye su obligación de poner en el mercado el bien encomendado y realizar las actuaciones necesarias al negocio jurídico pretendido (se obliga a una actividad, y el buen fin de su actividad determinará su retribución), de informar a las partes (cargas, impuestos, formalización), de aconsejar cambios de decisiones, de actuar con discreción, de ser imparcial, es decir, desarrollar todas aquellas actuaciones que pueda llevar aparejada la mediación». En Francia, DUTILLEUL y DELEBECQUE (*op. cit.*, pág. 574) indican que el corredor «met en rapport, donne son aide, ses conseils, son organisation pour qu'un accord soit trouvé».

(96) ENNECERUS, *op. cit.*, págs. 560 y 561. No obstante, este autor distingue: *contrato unilateral de corretaje o puro*, en el que el mediador no se obliga a la actividad, y su prestación es únicamente una condición de su derecho a recibir la comisión; y *contrato bilateral de corretaje*, en el que el mediador asume una obligación dirigida a indicar la ocasión para contratar o a mediar en un contrato, y que «cae ciertamente dentro del

En nuestro país, al abordar esta materia, SANPONS se adhiere a la tesis intermedia, si bien toma como punto de partida la construcción unilateral del contrato de mediación, cuando afirma: «Más razón tiene BONET CORREA, aunque no plena, al decir que se trata de un contrato unilateral y no bilateral, arguyendo que el corredor no se obliga a nada y es sólo el oferente quien se compromete a pagar un premio si la gestión ofrecida se realiza». No obstante esta afirmación, SANPONS introduce dos importantes matizaciones (97):

- a) En primer lugar, a su modo de ver, no existe ningún obstáculo que impida a las partes negociales acordar la presencia de determinadas obligaciones a cargo del corredor. Así pues, concede un amplio margen de libertad a los contratantes, sin que, por este motivo, resulte vulnerada la naturaleza y esencia del contrato de mediación.
- b) En segundo término, afirma que tal unilateralidad es predicable del contrato de corretaje cuando el mediador no es profesional, y que sus obligaciones se reducen a las dispuestas en el artículo 1.258 del Código Civil (que resulta aplicable a todos los contratos; incluso, a los unilaterales). En cambio, si el corredor tiene la condición de «profesional», la cuestión se plantea de diferentes términos, dado que éste se encuentra obligado a actuar diligentemente (98).

A su juicio, el corredor profesional se halla sujeto a ciertas obligaciones, de cuya existencia no cabe dudar, a pesar de que su prueba resulte ciertamente ardua: ha de obrar diligentemente, en aras de propiciar la conclusión del negocio pretendido por el oferente. En su opinión, el mediador responde «por su comportamiento, que, según se desprende de nuestro Código Civil, debe ser el de un buen padre de familia, en su lealtad, corrección y buena fe exigibles». Por consiguiente, resulta incomprensible sostener que, en el caso de ser profesional el corredor, el oferente no puede reclamarle el resarcimiento

concepto del contrato de corretaje, pero es a la vez un contrato de servicios, ya que se promete a título oneroso una actividad (...), constituyendo, por tanto, una clase especial del contrato de servicios». En esta última hipótesis resultarán de aplicación, en primer término, las disposiciones sobre el contrato de corretaje, si bien, en tanto que de éstas y de la esencia del contrato de corretaje no resulte una especialidad, se aplicarán también las normas relativas al contrato de servicios. En parecidos términos, vid., PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en las anotaciones a la *op. cit.* de ENNECCERUS, págs. 565 y 566; CASTÁN, *op. cit.*, págs. 570 y 571.

(97) SANPONS, *op. cit.*, págs. 45 y 129 a 131.

(98) SANPONS (*op. cit.*, pág. 45) señala que el mediador profesional, «en su actuación, debe comunicar a las partes las circunstancias conocidas por él relativas a la valoración y a la seguridad del negocio y que puedan influir sobre la conclusión del mismo». En la doctrina francesa, DUTILLEUL y DELEBECQUE (*op. cit.*, pág. 576) afirman que «en tant que professionnel, il répond de ses fautes et de ses négligences que les tribunaux doivent apprécier avec rigueur».

de los daños y perjuicios irrogados por la falta de cumplimiento de sus más elementales obligaciones» (99).

En nuestra jurisprudencia, la tesis intermedia ha sido acogida en la STS de 1 de diciembre de 1986, donde se manifiesta que el contrato de mediación puede ser configurado por las partes como «bilateral, o simplemente unilateral, por surgir sólo una obligación —la del que hace el encargo— de pagar al mediador si su actividad resulta eficaz y se celebra el contrato objeto de la mediación».

Según nuestro criterio, la solución más adecuada radica en sostener una tesis intermedia, esto es, en admitir la posibilidad de la existencia de contratos de corretaje en los que el mediador *se obliga* a desplegar las gestiones propias de la labor que le ha sido conferida, así como de encargos de mediación donde el corredor no ha asumido deber de conducta alguno. En relación con esta materia, en nuestra opinión, cabe distinguir las siguientes hipótesis:

A) *Mediador profesional*

Del mismo modo que SANPONS, estimamos que cuando el corredor se dedica profesionalmente a esta labor, el contrato de mediación es siempre bilateral, dada la condición de «profesional» del mismo. Si el oferente ha acudido al mediador para intentar concluir un determinado negocio, ha sido por las legítimas expectativas que le genera la experiencia y dedicación de éste: dichas expectativas no pueden verse defraudadas. Según nuestro criterio, tales circunstancias imponen al mediador profesional ciertos deberes de actuación, entre los cuales hemos de destacar la necesidad de actuar diligentemente en el intento de lograr el fin perseguido por el oferente (100).

(99) Según indica SANPONS (*op. cit.*, págs. 130 y 131), el mediador deberá, «en primer lugar, poner en el conocimiento de las personas a las que posiblemente interese el negocio la oportunidad de concluir éste y, si así se ha obligado, también deberá anunciar por los medios acordados (por ejemplo: por los periódicos) el ofrecimiento de dicha oportunidad». Asimismo, este autor considera inconcebible «que el corredor profesional al que se le encarga su intervención, por ejemplo, en la venta de un coche, negase, después de haberla aceptado, tal hecho, o se negase sin causa justificada a dar la información que se le pidiese sobre el particular a las personas interesadas en la adquisición, o bien se ausentase por tiempo, sin dejar sustituto ni ponerlo en conocimiento de su oferente para que tome las medidas convenientes, del lugar en el que lógicamente exista la posibilidad de concluirse el negocio y sea el de su residencia en el momento de aceptar el corretaje...».

(100) BROSETA, *op. cit.*, pág. 115: «No podemos admitir, pues, que el corredor no se obliga a prestar su diligente actividad de búsqueda o captación de potenciales interesados, porque en el efectivo despliegue de esta actividad confía el cliente, dado que el corredor es un profesional cuya actividad y diligencia aquél espera. Cuando el corredor acepta el encargo crea una apariencia y esperanza de gestión, que deben ser correspondidas con la

Nos parecen plenamente acertadas las precisiones introducidas por CATAUDELLA (101), cuando afirma que la profesionalidad del mediador y la necesidad —en virtud de la legislación italiana— de dirigirse a sujetos inscritos en el pertinente registro harían, por otra parte, poco plausible el reconocimiento al corredor profesional de la libertad de iniciar y desarrollar gestiones tendentes a la conclusión del negocio pretendido por el oferente. Un comportamiento absolutamente pasivo contrastaría, al menos, con el principio de ejecución del contrato según el criterio de la buena fe (art. 1.375 del *Codice*), dadas las expectativas que, ciertamente, han acompañado al otorgamiento del encargo por parte del oferente.

En el ámbito del ordenamiento jurídico español, entendemos que, dada la atipicidad legal de esta clase de contratos (salvo ciertas normas reglamentarias de carácter sectorial), el fundamento normativo de este deber de prestación del corredor podemos ubicarlo en los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil y, en último término, en el artículo 1.258 del mismo cuerpo legal.

Tradicionalmente, se ha dicho que el mediador goza de libertad en el seno de su intervención. Sin embargo, a nuestro modo de ver, en el caso de los mediadores profesionales, su libertad de actuación se identifica con la facultad para elegir los medios más adecuados en orden a la realización de sus gestiones de intermediación, siempre que lo haga diligentemente (102).

obligación de desplegar una diligente actividad. Si su gestión llega o no a buen fin y, por ende, si percibirá o no su retribución, es cuestión distinta que forma parte del riesgo inherente a la actividad de su empresa. En consecuencia, no se comparte el pretendido carácter unilateral del contrato de corretaje». En este mismo sentido, vid. GARCÍA GIL, F. J. y GARCÍA NICOLÁS, L. A., *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria*, 2006, pág. 20.

(101) CATAUDELLA, *op. cit.*, pág. 7, en contra de la opinión dominante en la doctrina italiana.

(102) Vid., por ejemplo, STS de 4 de julio de 1994, sobre la improcedencia del derecho a percibir la retribución por parte de un mediador profesional, como consecuencia del incumplimiento del deber profesional de averiguar y hacer saber a las partes la verdadera situación jurídica y registral de los inmuebles objeto del contrato perfeccionado con su intervención. Cfr., asimismo, STS de 2 de octubre de 1999, en la que el Alto Tribunal reconoce la procedencia de una reclamación de daños y perjuicios contra un agente de la propiedad inmobiliaria, ya que «el corredor, para cumplir los encargos encomendados debe mantener informado al cliente en todos los detalles que pudieran influir sobre la valoración y consecuencia del negocio, obligación esta propia de los contratos de comisión y de mandato y perfectamente asumible dentro del contenido del contrato de corretaje». Sin embargo, en la STS de 10 de octubre de 2001 se mitiga esta exigencia de diligencia en torno a la actuación del mediador. En este caso, una vez recibido el encargo verbal del oferente de averiguar si una determinada vivienda se hallaba a la venta, el agente de la propiedad inmobiliaria se limitó a poner en contacto al comprador y al vendedor, y a llevar a cabo ciertas gestiones en entidades de crédito y en la Notaría. El comprador procedió judicialmente contra el mediador, como consecuencia de la existencia de numerosas cargas que pesaban sobre el inmueble, y que fueron silenciadas en el momento de perfeccionarse la compraventa. Ante tal petición del adquirente perjudicado, el Alto Tribunal considera que, dada la condición de mediador del demandado, resulta irrelevante

En cambio, tal «libertad» no faculta para decidir, a su arbitrio, si actúa o no (103).

El problema estriba en determinar las consecuencias de la inactividad del mediador: ¿puede exigir, en este caso, el oferente la resolución del contrato de corretaje, ex artículo 1.124 del Código Civil, por incumplimiento del mediador? En una primera aproximación al tema, hemos de poner de relieve que cuando el mediador presta sus servicios como «profesional», nos hallamos frente a un contrato de carácter *bilateral*, y, por consiguiente, será de aplicación el aludido precepto del Código Civil. En tanto no se perfeccione con alguna persona interesada el contrato deseado por quien llevó a cabo el encargo al corredor, la única relación jurídica verdaderamente existente es, precisamente, la que media entre estos dos últimos sujetos, en virtud de la cual el mediador ha asumido un «deber de prestación». El cliente, por su parte, ha confiado en la diligencia y en el carácter profesional del corredor, quien habrá de satisfacer dicha confianza mediante el correcto desarrollo de sus gestiones de intermediación (104), aunque su intervención resulte finalmente infructuosa. Esta es la situación del mediador, cuya inseguridad es inherente a su actividad profesional.

Si el corredor profesional no desplegara actividad alguna dirigida a la búsqueda de sujetos eventualmente interesados en concluir el negocio anhelado por el cliente, éste podría acudir a lo preceptuado, con carácter general,

que éste se acercara a menudo a la Notaría, así como que efectuara habitualmente negocios de idéntica índole y que presentase la documentación de la compraventa y la nota simple que no recogía todas las cargas. En este sentido, en esta sentencia se llama la atención sobre el carácter público del Registro de la Propiedad y la posible mutación de la situación registral de la finca: «Al no constar que se encargase específicamente al mediador demandado la constancia registral a efectos de la consignación en el contrato, y ello se acredita en la presencia de una nota informativa con el valor expresado, porque resulta inconcebible en una normal cautela y prudencia en un adquirente de un inmueble y más aún de una casa vivienda, el no examinar el Registro o pedir una certificación de la situación de la finca en el mismo»; así pues, el Tribunal Supremo, en esta decisión, traslada la actuación negligente al propio oferente (comprador). Para finalizar, en esta sentencia se alude a la vía que se considera adecuada para la reclamación del comprador: la responsabilidad del vendedor ex artículo 1.483 del Código Civil.

(103) En contra de nuestra opinión, BLANCO CARRASCO (*op. cit.*, pág. 19) señala que, si bien en la aceptación del corredor profesional «está implícita la necesidad de observar una determinada conducta, sin embargo, no podemos dejar de apuntar que esto no significa que se pueda exigir una responsabilidad por no hacerlo».

(104) Según QUINTANA (*op. cit.*, pág. 68), «dado que de acuerdo con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y con la doctrina que se ha ocupado del tema, el contrato de mediación impone sobre el mediador una obligación de diligencia tendente a que el cliente concluya el negocio interesado, podrá predicarse la responsabilidad de la agencia de viajes no sólo en los casos de actuación dolosa, sino también en los supuestos de culpa (art. 1.726 del Código Civil) o, como establece el Código de Comercio para el contrato de comisión, «en los casos de malicia o abandono» (art. 256), precepto aplicable a la mediación de acuerdo con la Jurisprudencia».

en el artículo 1.124 del Código Civil, y exigir el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato de mediación, junto con la correspondiente indemnización en cualquiera de los dos casos. Determinar que nos hallamos frente a un verdadero «incumplimiento contractual» resulta sencillo en los casos en los que, pese a su carácter «profesional», el mediador no ha llevado a cabo ninguna gestión (105). Sin embargo, cuando éste ha desarrollado algún tipo de actuación, la cuestión se complica notablemente, y ha de ser el Juzgador quien decida si dicha actividad puede considerarse diligente; se trata de una cuestión de hecho, cuya prueba resulta ciertamente ardua. Con el fin de arrojar algo de luz sobre esta materia, a nuestro modo de ver, lo más correcto será acudir a la *praxis* habitual del concreto sector profesional en el que se encuentra incluido el corredor.

El Juzgador habrá de determinar, asimismo, la cuantía de la indemnización por los daños y perjuicios irrogados al oferente derivados del incumplimiento contractual del corredor. Parece razonable sostener que gozará de gran relevancia el hecho de que la mediación se haya encargado «en exclusiva» o no (106). En este sentido, entendemos que el importe de la indemnización habrá de ser superior en el caso de existir exclusividad por parte del corredor, pues el cliente ha renunciado a la facultad de celebrar otros contratos de corretaje con diversos mediadores, para la consecución del mismo negocio (107). Por lo tanto, el perjuicio sufrido será mayor, ya que le había

(105) Al tratarse de una «obligación de hacer», cabe cuestionarse si resulta de aplicación lo preceptuado en el primer párrafo del artículo 1.098 del Código Civil. En nuestra opinión, ha de ofrecerse una contestación afirmativa, ya que la actividad del corredor puede ser realizada por otro sujeto de su misma profesión, si bien, en la práctica, tal situación constituye una hipótesis meramente académica.

(106) Aunque sostiene la bilateralidad del contrato de mediación con carácter general, RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A. (*Manual de Derecho Mercantil*, 2.^a edic., Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, pág. 737) defiende tal nota caracterizadora, especialmente, cuando existe exclusividad por parte del mediador. Por su parte, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*op. cit.*, págs. 216 y 217) admite tímidamente la bilateralidad de esta suerte de contratos, ya que entiende que ello no implica desnaturalizar el contrato de mediación, si bien se está refiriendo expresamente a las hipótesis en las que «se pacta la exclusividad del API en la intermediación de una concreta operación inmobiliaria». No obstante, más tarde, este mismo autor (*op. cit.*, pág. 220) se muestra más tajante, al aseverar que «nos encontramos siempre, haya o no exclusiva, ante un contrato bilateral, en el que el API, en cuanto que *profesional* que es, se compromete y obliga a desplegar su actividad profesional...».

(107) Aunque el cliente perfeccione un contrato de mediación en exclusiva con un concreto corredor, no renuncia a la facultad de llevar a cabo el negocio pretendido con un sujeto que no haya sido señalado por dicho mediador, sino encontrado por él mismo; en este supuesto, naturalmente, el mediador no tendrá derecho a retribución alguna, dado que el negocio se ha celebrado con un sujeto con el que ha contactado directamente el cliente, y no con uno indicado por aquél. En realidad, a lo que se renuncia con la «exclusividad» es a la posibilidad de celebrar otros contratos de mediación con el mismo objeto.

resultado vedada la posibilidad de efectuar el mismo encargo a otros corredores (108).

B) *Mediador no profesional*

Cuando el corredor no se dedica de manera profesional a dicha actividad, la cuestión se nos presenta menos palmaria:

- a) Con carácter general, parece *de justicia* sostener que no existe deber de prestación en la hipótesis del *mediatore-amico* —según la terminología empleada por BALOSSINI—, a la que nos referimos con anterioridad. Al igual que hemos afirmado que en este supuesto los usos determinan que el corredor desempeña la labor de mediación a título gratuito, es decir, por una mera *relación de cortesía* (109), hemos de indicar que los mismos usos otorgan a aquél la potestad de decidir la dimensión de su actuación, e, incluso, la libertad de no desarrollar gestión alguna. Por consiguiente, tales usos no confieren al oferente, en estas circunstancias, un derecho a compeler al mediador al cumplimiento de la actividad de mediación.
- b) En el caso de que el ejercicio de la labor mediadora sea llevado a cabo por parte de un mero particular no vinculado por lazos de parentesco o amistad con la persona que pretende contratar (recordemos aquí el ejemplo del portero de un bien inmueble, al que hicimos alusión en el epígrafe anterior), ya expusimos que, pese a no dedicarse profesionalmente al corretaje, los usos suscitan el carácter oneroso de su gestión. Pero, ¿cabe calificar como «debida» su labor de intermediación, al tratarse de una actividad retribuida? Es decir, ¿puede exigirle al oferente el desempeño de tal cometido? Antes de desarrollar cualquier disquisición de tipo teórico, hemos de llamar la atención sobre lo que acontece en el tráfico jurídico: a pesar de que los mediadores «ocasionales» gozan del derecho a ser retribuidos por sus gestiones —siempre que el oferente contrate con la persona indicada por él—, no cabe exigirles el desarrollo de dichas actividades de intermediación.

(108) Señala RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*op. cit.*, págs. 219 y 220) que, en estos casos de exclusiva, la prueba de los daños y perjuicios será más fácil, «pues en él el cliente se ha visto privado de la posibilidad de contratar a otro mediador».

(109) Según observan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (*op. cit.*, pág. 566), «el hecho de solicitar la mediación de un corredor profesional ha de interpretarse en el sentido de intención de contraer un vínculo jurídico (con todas las consecuencias inherentes, la principal de ellas la obligación de pagar la comisión, llegado el caso), intención que en otros casos podría resultar dudosa (por ejemplo, si se confía a un amigo una actividad de mediación, sin ninguna alusión a la obligación de abonar una comisión)».

Quizá pueda establecerse cierto paralelismo entre estas hipótesis y una promesa pública de recompensa, en su vertiente de concurso: por ejemplo, cuando un sujeto ofrece a otras personas la posibilidad de participar en el sorteo de una determinada cuantía de dinero, siempre y cuando, previamente, lleven a cabo una concreta conducta. En el caso, por ejemplo, del corretaje «ocasional» propuesto al portero de una finca, quien realiza el encargo de la mediación le ofrecerá el pago de una retribución si aquél lo pone en contacto con un eventual comprador interesado en adquirir su inmueble, y, finalmente, se verifica dicha compraventa. En este último supuesto, el oferente «invita» al destinatario de su propuesta a llevar a cabo una determinada conducta, si bien no se le asegura una remuneración, ya que depende de un hecho posterior.

Aunque existen notorias diferencias entre estas dos hipótesis, en ambas existe un *aleas* del que depende la eficacia de la prestación del oferente. Asimismo, en ninguno de los dos casos cabe compeler a quien recibe la propuesta a desempeñar actividad alguna, ya que su conducta activa obedecerá, únicamente, a su intención de gozar de la posibilidad de obtener el beneficio prometido. Así pues, la conducta del destinatario de la propuesta es plenamente voluntaria, de tal modo que si pretende alcanzar el premio prometido, habrá de observar la conducta exigida por el proponente (110). No obstante, como ya hemos explicado, la observancia de la misma no asegura el surgimiento del derecho a percibir el mencionado premio, pues tal circunstancia pende de un acontecimiento posterior.

En ocasiones, la actividad de intermediación desplegada no responde al esquema hasta ahora expuesto, ya que no existe un encargo previo al corredor por parte de quien, por ejemplo, pretende enajenar un

(110) En el supuesto del mediador «ocasional», quizá cabría sostener que el corredor, al comenzar a ejecutar la labor de intermediación, perfecciona el contrato de corretaje, de tal modo que nos hallaríamos frente a una hipótesis de «perfección del contrato mediante ejecución», como acontece en el artículo 1.327 del *Codice* italiano («*Qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione...*»). Con anterioridad a dicho momento, no habría contrato de mediación, sino sólo la propuesta contractual del oferente. No obstante, esta construcción topa con una notable dificultad, pues únicamente da una respuesta satisfactoria a los supuestos en los que, una vez recibida la propuesta de contrato de mediación, su destinatario, sin emitir declaración de voluntad alguna, lleva a cabo la actividad de mediación; sin embargo, el destinatario de la oferta puede haber manifestado explícitamente su aceptación de otro modo, y, a pesar de ello, no llevar a cabo las gestiones correspondientes. Es en estos casos donde se plantean las dificultades conceptuales que ahora abordamos, y cuya respuesta hallamos en los usos y costumbres, que también son fuente del Derecho.

bien inmueble. En este caso, a pesar de no haberse requerido sus servicios como mediador, cuando, v.gr., el portero de la finca pone en contacto a quien desea vender su piso con una persona interesada en adquirirlo, tiene derecho a ser remunerado por su actividad mediadora, siempre y cuando el contrato de compraventa llegue a perfeccionarse como consecuencia de sus gestiones. En nuestra opinión, ha de entenderse que la oferta contractual ha sido manifestada por el portero, y aceptada por las partes (o sólo por alguna de ellas) en virtud de *facta concludentia*, al ponerse en contacto y comenzar a negociar en relación con la compraventa del mencionado inmueble (111).

Para considerar que el mediador tiene derecho a percibir una retribución por la labor desempeñada, no es imprescindible la existencia de un pacto específico que señale su carácter oneroso y la cuantía de la remuneración. Tales extremos pueden resultar, asimismo, determinados por los usos aplicables a esta materia, como acontece en los ejemplos planteados. Por otra parte, a pesar de no hallarse vinculado a llevar a cabo la labor de intermediación, el corredor «ocasional» debe actuar diligentemente, de acuerdo con los dictados de la buena fe, pues, aunque no puede ser compelido a llevar a cabo gestión alguna, entendemos aplicable lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil.

Para finalizar esta exposición, hemos de hacer referencia a la opinión de cierto sector doctrinal —principalmente italiano—, que ha defendido la naturaleza *plurilateral* del contrato de corretaje como negocio jurídico. No obstante, debemos aclarar que estos autores no se refieren a la cuestión hasta este momento abordada, relativa a los deberes de prestación emanados del *vin-*

(111) Vid., v.gr., la STS de 30 de marzo de 2007: «La peculiar naturaleza del contrato de mediación permite, en efecto, su constitución de modo tácito, en aplicación de las normas del mandato (STS de 2 de junio de 1981, 13 de julio de 1987, 1 de marzo de 1988 y 24 de noviembre de 2004, 18 de diciembre de 2006 y 29 de diciembre de 2006), e incluso exige tomar en consideración que no siempre se acepta el carácter contractual de la fuente de la mediación, pues a veces el mediador, sin encargo previo, indica a la parte la oportunidad de concluir un negocio con otro, y éstos lo concluyen aprovechándose de la actividad desplegada por el mediador. La doctrina entiende que la efectiva celebración del contrato definitivo implica en estos supuestos la aceptación de la oferta de mediación hecha por el corredor...»; en estos mismos términos se había expresado el Alto Tribunal en la sentencia de 21 de marzo de 2007. Sin embargo, en contra de la referida configuración doctrinal y jurisprudencial, en la SAP de La Rioja, de 30 de junio de 2006, se señala: «no puede entenderse que la entidad actora llevase a cabo labor de mediación encargada por la demandada respecto de la venta de la finca [...], con independencia de que sí se llevase a cabo la perfección de la compraventa de dicha finca, pues no se ha determinado que la actora hiciese labor de mediación a petición de la parte demandada...».

culum iuris constituido por el contrato de mediación. Al aludir al carácter «trilateral» o «plurilateral» de tal contrato, los mencionados juristas no se ocupan del problema de la libertad o exigibilidad de la actuación del mediador, sino del número de partes necesarias para considerar que aquél se ha perfeccionado.

Son varios los autores que consideran que el contrato de mediación se perfecciona en el momento en el que el corredor encuentra a algún sujeto interesado en contratar con el oferente, y comienza las gestiones de conciliación entre ellos (112). En opinión de FINOCCHIO (113), cuando únicamente existe acuerdo entre el mediador y uno de los contrayentes, no nos hallamos frente a una promesa unilateral, sino ante un contrato preliminar, un negocio jurídico que, cuando se obtenga la declaración de voluntad de la otra parte, llegará a ser un elemento del negocio jurídico final: la mediación (que es un «atto complessivo»). En nuestra doctrina, como expusimos con anterioridad, GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX sostiene que en la fase anterior al hallazgo del tercero interesado en el negocio anhelado por el oferente, en realidad, no se puede hablar de «contrato de mediación», sino de otro tipo de relación (de mandato o arrendamiento de servicios) entre oferente y mediador, en virtud de la cual éste desarrolla su actividad de búsqueda de aquel tercero (114). Así

(112) FINOCCHIO, *op. cit.*, págs. 62 a 65; BOLAFFIO, *op. cit.*, págs. 28 y 29; en la doctrina española, vid. GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, *op. cit.*, pág. 47. En Italia, VARELLI (*op. cit.*, págs. 17 a 24) ofrece una construcción similar, si bien con ciertos matices. Según este autor, para que se entienda perfeccionado el contrato de corretaje, el mediador debe haber encontrado a un tercero interesado en el negocio pretendido por el oferente. Sin embargo, no habla de contrato trilateral o plurilateral, sino de «contrato bilateral», pues entiende que las personas puestas en contacto por el corredor constituyen un único centro de intereses, y que, por lo tanto, han de ser considerados como una sola parte, mientras que el mediador será la otra parte en el contrato de corretaje. En su opinión, si uno de los contrayentes no consiente la mediación, no hay posibilidad de obra mediadora, pues no cabe hablar de contrato de corretaje cuando el mismo es aceptado sólo por uno de ellos. Cuando el encargo lo ha efectuado uno de los contratantes, y el mediador encuentra a la persona interesada en el negocio, se entiende que el contrato de mediación se ha perfeccionado, y que el corredor, a su vez, ha cumplido su prestación. Aunque muy próximos en el tiempo, se deben siempre distinguir ambos momentos: la formación del contrato de mediación debe preceder lógicamente y temporalmente a la prestación del corredor. Especial resulta la construcción de CARRARO (*op. cit.*, págs. 93, 94, 113 a 115), en cuya opinión la mediación surge como consecuencia de la actividad del mediador, pero tal actividad no constituye el objeto del contrato de corretaje; a su modo de ver, no hay un contrato de mediación previo al negocio facilitado por el corredor.

(113) FINOCCHIO, *op. cit.*, pág. 65.

(114) GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, *op. cit.*, págs. 47 y 48. Esta construcción doctrinal se apoya en la defensa de una particular formación progresiva del contrato de corretaje. El mencionado autor sostiene que, en un primer término, hay un mandato o arrendamiento de servicios, en virtud del cual el mediador se obliga a buscar al interesado en contratar, mientras que el oferente se compromete a la ulterior mediación, así como a proporcionar al corredor los elementos precisos para dar publicidad de las intenciones sobre el objeto a mediar, y a abonar los gastos y retribución en los términos pactados. En una segunda

pues, en su opinión, el tercero interesado en el negocio no sólo no puede ser marginado en la delimitación conceptual del contrato de mediación, sino que «es la clave en la configuración» de éste.

Como puede observarse, GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX excluye del objeto del contrato de mediación, propiamente dicho, la labor de búsqueda de las personas eventualmente interesadas en contratar con el oferente. Según su criterio, esta tarea ha de ser contemplada como objeto de un mandato o de un arrendamiento de servicios cuya existencia, en puridad, es previa al contrato de corretaje. A nuestro juicio, pese a resultar muy útil para ofrecer una descripción del fenómeno mediador, la concepción del mencionado autor colisiona frontalmente con la configuración que del contrato de mediación llevan a cabo, de manera mayoritaria, tanto la doctrina como la jurisprudencia actuales, así como los legisladores extranjeros. Según explicamos en el primer epígrafe de este trabajo, la práctica totalidad de la doctrina y de la jurisprudencia señala que el objeto principal de esta suerte de contratos es, precisamente, la búsqueda de sujetos interesados en contratar con el oferente, y la indicación a éste de la ocasión de contratar con aquéllos (lo que algunos autores han denominado «mediación de indicación»).

En este mismo sentido, hemos de recordar que, según el legislador italiano, el mediador «*mette in relazione*» a dos o más partes para la conclusión de un negocio. Tal puesta en contacto constituye lo que CARRARO consideraba el contenido más frecuente de la actividad del mediador, mas no el único, de tal modo que, como afirmaba CATAUDELLA, el artículo 1.754 del *Codice* supone una «norma de mínimos».

A nuestro modo de ver, parece más razonable la configuración ofrecida por quienes consideran que el contrato de corretaje existe desde el momento en el que el oferente efectúa el encargo de mediación al corredor, y éste lo acepta. Como atinadamente señala AZZOLINA, el hecho de que el vínculo jurídico brotado como consecuencia del contrato de mediación pueda extinguirse sin haber producido alguno de sus efectos más interesantes y llamativos («come lo svolgimento delle trattative col mediatario, la conclusione dell'affare desiderato ed il sorgere del debito-credito della provvigione»), no significa que no haya existido una relación contractual, y tampoco que ésta no deba, de igual modo que cualquier otra, producir sus efectos (115). Esta opinión ha sido expresamente compartida por STOLFI, quien pone de relieve que, ciertamente, resulta imprescindible el concurso de un segundo contratante, en aras de que las gestiones del mediador alcancen su propósito; esto es, la conclusión del negocio deseado por el oferente. Sin embargo, tal cir-

fase, con el ingreso del tercero en la relación jurídica, nace el contrato de mediación y el corredor se hallará «obligado a mediar, limar las diferencias existentes, informar, actuar imparcial y discrecionalmente, etc.».

(115) AZZOLINA, *op. cit.*, págs. 32 y 33.

cunstancia no excluye la existencia previa de una relación jurídica entre el primer contrayente y el corredor, «ed è quello appunto che concreta il rapporto di mediazione, indipendentemente dalla partecipazione o meno del secondo contraente» (116).

Según nuestra opinión, dentro de la prestación a la que se compromete el mediador con el oferente, no sólo se incluye la interposición imparcial del mismo para facilitar la conclusión de un negocio (117), sino también la búsqueda de eventuales interesados en llevar a cabo dicho negocio con el mencionado proponente. Incluso, las gestiones del corredor pueden limitarse a la búsqueda e indicación de personas interesadas en el negocio planteado por quien efectúa el encargo, pues el propósito de la mediación puede consistir, precisamente, en ponerlos en contacto (118). Como consecuencia de ello, a diferencia del sector doctrinal que defiende el carácter plurilateral del contrato de corretaje, ubicamos su perfección en un momento anterior al hallazgo de tal interesado: cuando el oferente encarga al mediador la indicación de la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero, y aquél acepta desempeñar esta labor.

No obstante, hemos de reconocer que, dadas las diversas modalidades de mediación que se presentan en el moderno tráfico jurídico, cabe admitir su configuración como plurilateral en algunas hipótesis. Por ejemplo, en los casos en los que las partes ya se conocen y están interesadas en contratar, y encargan, de mutuo acuerdo, a un mediador que lleve a cabo la labor de «interposición». En este supuesto, como puede observarse, la función del corredor nada tendrá que ver con la indicación al oferente de la oportunidad

(116) STOLFI, *op. cit.*, pág. 13. En apoyo de su tesis, este autor afirma: «Tanto ciò è vero, che a preparare la conclusione del contratto principale possono essere necessari due contratti di mediazione distinti ed autonomi: il che si verifica ad es. quando colui al quale il mediatore rivolge le sue proposte gli presenti un altro mediatore».

(117) VARELLI (*op. cit.*, pág. 50) entiende que la «causa del contratto in esame, intesa non come l'ultima rappresentazione dei soggetti, bensì oggettivamente come la sua funzione economico-sociale, si può ricavare agevolmente dalla definizione innanzi proposta e consiste nell'interposizione imparziale al fine d'agevolare la conclusione di un affare».

(118) Vid., v.gr., STS de 16 de abril de 2003. De hecho, en la STS de 21 de mayo de 1992 se afirma: «El agente, salvo apoderamiento y representación expresa, no interviene directamente en la conclusión de la compraventa final, aunque esté autorizado a recibir cantidades a cuenta, si bien coadyuva eficazmente a la misma y su propia función es predominantemente pregestoria, al hacer posible contratar, cesando una vez que pone en relación a las partes, que son las que han de celebrar el futuro convenio final» (en similares términos, vid. STS de 26 de marzo de 1992; asimismo, vid. SAP de Córdoba, de 18 de enero de 2001; SAP de Gerona, de 17 de abril de 2001; SAP de Valencia, de 5 de febrero de 2003; SAP de La Rioja, de 28 de febrero de 2003, y SAP de Madrid, de 28 de septiembre de 2005, donde se señala que «se puede afirmar paladinamente que en el contrato de mediación o corretaje el mediador ha de limitarse, en principio, como ya se ha dicho, a poner en relación a los futuros comprador y vendedor de un objeto determinado»).

de concluir un negocio, pues quienes pretenden contratar ya se conocen y han tomado contacto. En suma, su labor consistirá en interponerse para facilitar la conclusión del negocio. Ahora bien, si el encargo ha sido realizado únicamente por uno de los futuros contrayentes, y en él se incluye la búsqueda de personas interesadas en contratar con él, el contrato de mediación existe desde el momento en el que el corredor acepta desempeñar tal función, y se trata de un contrato bilateral en su formación.

5. ALEATORIEDAD

En opinión de MESSINEO, el resultado de la actividad del mediador, dirigida a proporcionar la futura parte contratante, «è *necessariamente aleatorio*». A su modo de ver, esto explica por qué rara vez el mediador promete dicho resultado (119). Aunque el corredor no acostumbra a garantizar el éxito de sus gestiones, se compromete a desempeñar diligentemente la labor mediadora, que suele comenzar con la búsqueda de personas eventualmente interesadas en contratar con el oferente, y a indicar a éste la oportunidad de concluir dicho negocio en caso de encontrarla.

Sin embargo, con el término *aleatoriedad*, la doctrina se refiere, asimismo, a la incertidumbre que afecta a la retribución del mediador (porque depende de la conclusión del negocio proyectado por el oferente), y no sólo al resultado de la actividad de búsqueda del corredor propiamente dicha (120).

Con el empleo de la locución *aleatoriedad*, muchos autores pretenden hacer notar la falta de seguridad en torno a la remuneración del mediador (121). Éste únicamente podrá exigir tal contraprestación si, gracias a sus gestiones, el oferente concluye con un tercero el anhelado contrato que provocó la realización del encargo al mediador (122). En caso contrario, aunque el mediador haya llevado a cabo con plena diligencia todas las actividades tendentes a poner en contacto a ambas partes, no habrá surgido su derecho al cobro. Su remuneración depende, pues, de algo ajeno por completo a su ámbito: que el oferente

(119) MESSINEO, *op. cit.*, pág. 73.

(120) El propio MESSINEO (*op. cit.*, pág. 78) señala que la remuneración se encuentra *doppiamente subordinata* a la efectiva conclusión del negocio, y al hecho de que tal conclusión se encuentre en relación de *effetto a causa* (*nesso di causalità*) con la intervención del mediador.

(121) Vid., entre otros, SANPONS, *op. cit.*, pág. 35; RODRÍGUEZ VALCÁRCE, *op. cit.*, pág. 956.

(122) En la STS de 21 de marzo de 2007, se señala que el contrato de mediación es «aleatorio, puesto que su resultado es incierto y la obligación de retribuir al mediador nace, salvo estipulación en contrario, de la perfección del contrato mediado» (vid., asimismo, SSTs de 21 de mayo de 1992, 21 de octubre de 2000, 5 de noviembre de 2004 y 13 de junio de 2006).

te y el tercero lleguen a concluir el contrato. A juicio de BONET CORREA (123), la nota más sobresaliente del contrato de mediación es «su aleatoriedad, tanto en la búsqueda del tercero que quiera contratar como en la necesidad del perfeccionamiento y consumación (parcial o total) del negocio una vez hallado aquél» (124). En definitiva, una de las características más destacadas de esta clase de contratos radica en la inseguridad que afecta al nacimiento del derecho a percibir la retribución por parte del mediador.

En contra de quienes sostienen el carácter sinalagmático de esta clase de contratos, CARRARO señala que tal naturaleza ha de ser excluida, porque una de las prestaciones —el pago de la retribución al mediador— depende de un evento futuro e incierto, como es la conclusión del negocio entre el oferente y el tercero señalado por el corredor (125). Sin embargo, a nuestro juicio, la

(123) BONET CORREA, *El contrato de corretaje...*, cit., pág. 1621.

(124) Salvo que el oferente y el mediador hayan pactado algo distinto, el derecho de éste a cobrar su remuneración surge en el momento en el que, debido a sus gestiones, se perfecciona el contrato deseado por aquél, y no cuando tenga lugar la efectiva consumación del mismo. Sobre este particular, podemos hacer alusión, por ejemplo, a la STS de 10 de enero de 1922; en relación con este tema, señala la STS de 1 de diciembre de 1986: «mas cuando se otorga o perfecciona por el concurso de la oferta y la aceptación el contrato a que tiende la mediación cabe hablar de que ésta —la mediación— se ha consumado, lo que no debe confundirse con la consumación del contrato celebrado como consecuencia de dicha mediación, pues este resultado ya es independiente de la voluntad del mediador, a no ser que se le haya responsabilizado expresamente de obtenerlo; lo normal, pues, es que el corredor tenga derecho a la retribución en el caso de que llegue a tener realidad el negocio jurídico, objeto de la mediación, como consecuencia de la actividad por él desplegada, pero sin que se obligue a responder del buen fin de la operación, cosa que requeriría un pacto especial de garantía, expreso o determinado por el uso, cual se prevé en el artículo 272 del Código de Comercio para la comisión (...)» (esta misma doctrina es acogida en la STS de 22 de diciembre de 1992). En este mismo sentido, en la STS de 30 de marzo de 2007 se indica que «el contrato de mediación quedó consumado desde el momento en que llegó a otorgarse o perfeccionarse por el concurso de la oferta y la aceptación el contrato a que la mediación tendía (...). Si llegó o no a consumarse este otro contrato, el celebrado como consecuencia de la mediación, es algo ya independiente de la voluntad del mediador, y no puede depender de ello el pago de la remuneración pactada a no ser que se le haya responsabilizado expresamente de obtener dicho resultado...». Vid., en parecidos términos, SSTs de 10 de octubre de 2002 y 20 de mayo de 2004. En las SSTs de 7 de noviembre de 2004 y 13 de junio de 2006 se desarrolla este argumento en mayor medida: salvo pacto expreso, entre las obligaciones del mediador no se encuentra la de garantizar la consumación del contrato, cualquiera que sea la causa que pueda haber producido el incumplimiento por parte del vendedor, siempre que no le sea imputable al corredor. Vid., también, GIL RODRÍGUEZ, J., «Arrendamientos urbanos y contrato de corretaje», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1584, 15 de diciembre de 1990, págs. 115 y 116. Este mismo criterio es sostenido dentro de la doctrina francesa, entre otros, por DUTILLEUL y DELEBECQUE, *op. cit.*, pág. 576.

(125) CARRARO, *op. cit.*, pág. 95. En contra de esta visión, MESSINEO (*op. cit.*, pág. 74) considera que «ove la mediazione assuma il profilo del contratto, essa sia da considerare come contratto (definitivo) a prestazioni corrispettive [...], laddove il suo cliente (futura parte nel contratto principale) si vincola —per il caso che il mediatore lo metta in relazione

aleatoriedad no excluye el carácter sinalagmático del contrato de corretaje, pues en él se prevén las prestaciones debidas por ambas partes negociales, si bien una de ellas —la retribución— se halla afectada por la inseguridad que supone depender de un hecho incierto. Aunque la eficacia de ésta se encuentra supeditada al éxito final de las gestiones de intermediación, ambas prestaciones existen y son válidas desde un primer momento. Por otra parte, hemos de observar que lo aleatorio se contrapone a lo conmutativo, no a lo sinalagmático. Por este motivo, entendemos que ha de defenderse el carácter sinalagmático del contrato de mediación, de modo análogo a la hipótesis de la compraventa de cosa futura admitida al amparo del primer párrafo del artículo 1.271 del Código Civil (126).

Como expusimos al comienzo de este apartado, aunque el mediador desarrolle diligentemente el encargo efectuado por el oferente, si el negocio pretendido por éste finalmente no se concluye, no llega a nacer el derecho de aquél a percibir su retribución. Este riesgo es consustancial a la propia naturaleza del contrato de mediación, y, como tal, es asumido por el corredor al aceptar su posición en esta relación negocial. Cuando se perfecciona el contrato de mediación, que goza de carácter instrumental o preparatorio (no accesorio) en relación con el negocio que desea concluir el oferente (127), el corredor es consciente de la fragilidad de su posición, pues el cobro de sus honorarios no pende únicamente de su conducta, sino también de otras circunstancias que escapan a su control: en concreto, de la ulterior perfección del negocio por quien realizó el encargo, como consecuencia de la actuación

con un altro soggetto, col quale riesca a concludere il contratto principale— a corrispondergli la *provvigione*».

(126) La compraventa de cosa futura se puede concebir de dos modos diferentes: *emptio rei speratae*, donde el comprador pagará el precio si la cosa objeto de la compraventa llega a tener real existencia; *emptio spei*, en la que dicho adquirente satisfará su prestación aunque la cosa vendida no llegue a existir. La primera modalidad constituye un supuesto de compraventa conmutativa, mientras que en la segunda nos hallamos frente a una compraventa aleatoria, pues, si bien el contrato de compraventa es perfecto desde su nacimiento, la eficacia de la prestación que concierne al vendedor depende de un evento condicionante. En este sentido, si la cosa objeto del contrato no llega a existir, el vendedor no podrá cumplir su prestación, pero, hasta ese momento, tiene unos deberes contractuales (entre otros, no impedir el futuro nacimiento de la cosa), de tal forma que si los incumple, puede el comprador actuar contra él por incumplimiento contractual. Es con esta segunda variante con la que, a nuestro juicio, guarda la mediación mayores similitudes.

(127) STOLFI (*op. cit.*, pág. 20) señala que el contrato de corretaje «può inoltre qualificarsi come un contratto preparatorio del contratto principale, che eventualmente stringano i due clienti del mediatore. Non ci sembra esatto parlare di contratto accessorio, perchè il contratto di mediazione esiste, e produce effetti, anche se il cosiddetto contratto principale non si conclude». En parecidos términos, MESSINEO (*op. cit.*, pág. 72) afirma que poner en relación a las partes «è un *atto strumentale*, al fine della conclusione di un *affare*». Aunque se trata de un contrato «principal» desde un punto de vista jurídico, BONET CORREA (*El contrato...*, cit., pág. 1622) explica que «no es principal, en un sentido económico».

del mediador (128). De ahí, que de este contrato se predique su *aleatoriedad*, ya que su «mecánica» es perfectamente subsumible en el artículo 1.790 del

(128) Si las partes pactan que para que surja el derecho a la remuneración del mediador resulta suficiente el desarrollo de la actividad de búsqueda de personas eventualmente interesadas en contratar con el oferente, o bien la realización de una propuesta por aquél a éste de un negocio que satisfaga las características previamente convenidas, con independencia de que dicho negocio finalmente se concluya, no nos hallaremos frente a un contrato de mediación propiamente dicho. Mientras que en el primer supuesto la doctrina alemana habla de *Mäklerdienstvertrag* (referido a «arrendamiento de servicios»), el segundo es calificado como *Mäklerwerkvertrag* (alude a «obra»); sin embargo, el contrato de mediación es denominado, simplemente, *Mäklervertrag*. En opinión de PERFETTI (*op. cit.*, pág. 113), estas figuras especiales, ajenas al esquema de la mediación típica, serán reconducibles, al menos de manera residual, a la órbita de figuras funcionalmente afines, entre las cuales, sin lugar a dudas, se encontrarían la *locatio operis* o la *locatio operarum*. Según se deduce de las palabras de MARINI (*op. cit.*, pág. 92), en Italia no es admisible un contrato de mediación en el que la remuneración del corredor no dependa de la efectiva conclusión del negocio por el oferente, ya que el artículo 1.755 del *Codice* «costituisce una norma che, in quanto delimitativa della mediazione quale schema tipico, non può essere derogata dall'autonomia privata senza con ciò snaturare il tipo stesso che la norma provvede ad individuare». En la SAP de Valencia, de 15 de septiembre de 2003, se señala que la jurisprudencia del Tribunal Supremo «distingue dos formas del contrato de mediación: la que podría llamarse simple actividad de mediación, que consiste en poner en relación a dos partes interesadas en la celebración de un contrato, de modo que el agente percibiría sus honorarios con independencia de que el contrato se llegue a perfeccionar o no, y el complejo que añade a la simple actividad de mediación una intervención posterior del corredor que conduzca al resultado pretendido por el *dominus negotii*, en el que se condiciona la percepción de honorarios a que el contrato se realice, se perfeccione por la actuación del corredor, de modo que no se trata de una obligación de medios sino de resultado o fin determinado a alcanzar». Sin embargo, tal apreciación no resulta plenamente ajustada a la realidad, pues son pocas las decisiones del Alto Tribunal en las que se afirma que nos encontremos frente a un contrato de mediación cuando la retribución no dependa del éxito de las gestiones del corredor; de varias de las sentencias enumeradas por la Audiencia cabe inferir tal posibilidad, si bien no se afirma expresamente, y, por otra parte, debemos hacer notar que en los casos en ellas resueltos la percepción de los honorarios se encuentra condicionada a la conclusión del negocio por el oferente (vid., v.gr., SSTs de 26 de marzo de 1991, 23 de septiembre de 1991, 21 de mayo de 1992; no alcanzamos a comprender el motivo que lleva a la antedicha Audiencia a mencionar la STS de 12 de marzo de 1986, donde nada se indica en torno a las modalidades de la mediación, y se juzga un supuesto de mandato; o la STS de 30 de noviembre de 1993, en la que ni siquiera se hace mención a la posibilidad de establecer los pactos anteriormente mencionados; o la STS de 25 de junio de 1994, donde se aborda un supuesto de mandato, y se escinde éste del corretaje, si bien nada se apunta sobre la cuestión aquí analizada). No obstante, hemos de reconocer que la postura defendida en esta decisión de la Audiencia podemos encontrarla también en las SSTs de 1 de diciembre de 1986 y 5 de febrero de 1996. Sin embargo, en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 55 de Madrid, de 3 de octubre de 1997 (en juicio declarativo ordinario de menor cuantía núm. 78-T/97), confirmada expresamente por la STS de 21 de marzo de 2007, se ofrece, definitivamente, una visión correcta sobre el particular, pues en ella se señala que «una cosa es que el corredor no se obligue, en principio, a obtener ese resultado, y otra distinta es que tenga derecho al premio sólo por ejecutar su actividad mediadora. Cabe que esto se convenga, en cuyo caso la mediación se identificará con el propio arrendamiento de servicios».

Código Civil, en el que se dispone: «*Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado*».

Por cuanto a los gastos soportados por el mediador se refiere, parece lógico pensar que, en principio, habrán de ser reembolsados por el oferente, aunque las gestiones de aquél hayan resultado infructuosas, siempre y cuando los desembolsos hayan sido razonables y respondan a una actuación diligente por su parte. Los Jueces y Tribunales gozarán de un amplio arbitrio en esta materia, si bien entendemos que habrán de proceder con gran rigor en la apreciación de la prueba de tales gastos. A nuestro juicio, esta es la solución más probable en nuestro Derecho, dados los términos en los que se ha expresado el legislador en relación con otros contratos de colaboración (129). En sede de corretaje, esta cuestión ha sido expresamente abordada por el legislador italiano, quien, en el artículo 1.756 del *Codice*, ha dispuesto que, salvo cuando existen pactos o usos en contra, el corredor tiene derecho al reembolso de los gastos por parte del oferente, incluso, aunque el negocio pretendido por éste no se haya perfeccionado (130).

En contra de esta posición, RUIZ DE VELASCO considera que cuando el corredor no tiene éxito en sus funciones, «todo su trabajo e incluso los gastos en que haya podido incurrir quedan sin remuneración, lo que constituye el riesgo de su empresa» (131). Según nuestra opinión, el riesgo del mediador ha de localizarse en la ya mencionada falta de seguridad en torno a la percepción de su remuneración (como consecuencia de la *aleatoriedad* del con-

(129) Artículo 1.728 del Código Civil: «*El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiera anticipado, debe reembolsarlas el mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario. El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo la anticipación*». Artículo 278 del Código de Comercio: «*El comitente estará asimismo obligado a satisfacer al contado, al comisionista, mediante cuenta justificada, el importe de todos sus gastos y desembolsos, con el interés legal desde el día en que los hubiere hecho hasta su total reintegro*».

(130) Artículo 1.756 del *Codice*: «*Salvo patti o usi contrari, il mediatore ha diritto al rimborso delle spese nei confronti della persona per incarico della quale sono state eseguite anche se l'affare non è stato concluso*». Sin embargo, otros legisladores se han mostrado menos favorables a los intereses del mediador. Por ejemplo, en el § 652.2 BGB se dispone: «*Aufwendungen sind dem Makler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag nicht zustande kommt*» (El corredor puede pretender el reembolso de los gastos en que ha incurrido cuando así se haya pactado. Esto se aplica también cuando el contrato no se haya concluido). En esta materia, el legislador suizo ha establecido, en el artículo 413.3 del Código de las Obligaciones: «*Il mediatore può pretendere il rimborso delle spese anche se il contratto non si conchiuda, in quanto ciò fosse convenuto*».

(131) RUIZ DE VELASCO, *op. cit.*, pág. 738.

trato de corretaje), mas no en la eventual asunción de los gastos originados en el ejercicio diligente de sus gestiones. Naturalmente, la respuesta será distinta cuando las partes hayan pactado expresamente que los gastos emanados de la labor de mediación han de ser soportados por el corredor, o bien cuando así lo determinen los usos y costumbres aplicables al contrato.

6. RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA GESTIÓN DEL MEDIADOR Y LA CONCLUSIÓN DEL NEGOCIO

La percepción de la retribución por parte del mediador no depende, únicamente, del desarrollo de la actividad de intermediación. En realidad, dichas gestiones constituyen la prestación debida por el corredor, cuyo cumplimiento representa el primero de los presupuestos requeridos para devengar su remuneración, pero no el único. Así pues, la eficacia de la prestación del oferente no sólo depende de la efectiva realización de la contraprestación del mediador (como en cualquier otro contrato sinalagmático), sino también de la concurrencia de otra circunstancia adicional: que, como consecuencia directa de la actividad del mediador, el oferente haya concluido el negocio pretendido.

En definitiva, el pago de los honorarios del mediador se halla íntimamente ligado a la obtención de un resultado positivo por parte del oferente. No obstante, para poder exigir tal retribución, resulta imprescindible que la perfección del negocio sea debida, precisamente, a la diligente actuación del corredor. Por lo tanto, debe existir un nexo de causalidad entre la actividad del mediador y la conclusión del negocio por el oferente. Este requisito se halla previsto en la frase inicial del primer párrafo del § 652 del BGB, en el artículo 413 del Código de las Obligaciones suizo (132), así como en el primer párrafo del artículo 1.755 del *Codice* italiano. Esta solución es adoptada, asimismo, por nuestra jurisprudencia mayoritaria (133).

(132) Artículo 413 del Código de las Obligaciones suizo: «*La mercede è dovuta tosto che il contratto sia concluso a seguito dell'indicazione o della interposizione del mediatore*». Esta parece ser, asimismo, la intención del legislador brasileño, pues en el artículo 725 de su Código Civil dispone: «*A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação...*».

(133) Cfr., v.gr., SSTs de 26 de marzo de 1991, 23 de septiembre de 1991, 30 de noviembre de 1993, 15 de diciembre de 1994. En la SAP de Barcelona, de 28 de julio de 1999, a nuestro modo de ver, se comete un error en la configuración del contrato de mediación, pues en ella se indica que «la [obligación] de éste [se refiere al oferente] es el pago de la remuneración o comisión pactada cuando la gestión ha obtenido un resultado positivo, es decir, cuando el mediador pone en relación a las partes que han de celebrar el futuro contrato determinado (...) aunque se frustre el indicado contrato porque no es necesario que el mismo se perfeccione o que se consume, puesto que ello depende exclusivamente de la voluntad de los contratantes, salvo que tal frustración lo sea por causa imputable al mismo mediador. Sin embargo, aunque es obvio que el mediador adquiere el

En Italia, aunque antes de la promulgación del *Codice Civile* de 1942 no se exigía explícitamente que la conclusión del negocio tuviera lugar *per effetto* de la gestión del corredor (134), la doctrina y jurisprudencia dominantes entendían que, para que surgiera el derecho del mediador a la retribución, resultaba necesaria la existencia de un nexo etiológico entre las gestiones de éste y la conclusión del negocio pretendido por el oferente (135). El propósito inspirador de la vigente norma italiana debe ubicarse en la voluntad de evitar que cualquier intromisión en los negocios ajenos, que resulte inútil o incluso perjudicial a los fines de la conclusión del negocio, pueda legitimar el derecho a la retribución, en abierta contradicción con la función de la institución estudiada, que siempre ha sido concebida como un instrumento para la promoción del tráfico y para el desarrollo económico de la sociedad (136). Una vez introducido este requisito en el artículo 1.755 del *Codice*, la discusión se centra en señalar cuándo podemos entender que existe el susodicho nexo causal.

Mientras algún sector de la doctrina italiana considera que la actividad del mediador ha de ser no sólo necesaria, sino también suficiente para propiciar el acuerdo, o de tal entidad que normalmente debería conducir a la conclusión del negocio (*id quod plerumque accidit*), CARRARO ofrece una solución más laxa, ya que estima que únicamente es preciso que el corredor haya desarrollado una «opera utile» en aras del acuerdo de las partes. A su modo de ver, precisamente en la *relación de utilidad*, y no en la de *causalidad*, entre la intervención del mediador y la conclusión del negocio debe localizarse el elemento idóneo que justifique la atribución de su derecho a la remuneración. En su opinión, la actividad mediadora ha de considerarse *útil* cuando logre hacer superar a las partes uno o más obstáculos que dificultan

derecho a percibir la comisión desde el mismo momento en que ponga en relación al posible comprador con el cliente, la libertad contractual consagrada en el artículo 1.255 del Código Civil permite a las partes hacer depender el nacimiento de ese derecho de otro hecho, como puede ser la perfección del contrato o incluso su consumación». En realidad, el escenario, como se desprende de la jurisprudencia anteriormente aludida, es justamente el opuesto: el derecho a la retribución surge cuando el oferente concluye el negocio como consecuencia de la actuación del mediador. El principio de autonomía de la voluntad, efectivamente, permite a las partes pactar que dicha remuneración no dependa del éxito de sus gestiones, si bien, en estas hipótesis, no nos hallaríamos frente a un contrato de mediación.

(134) En el artículo 32 del *Codice di Commercio* se simplemente disponía: «*Al mediatore non compete il diritto di mediazione se l'affare non è stato concluso*».

(135) Vid., por todos, FINOCCHIO (*op. cit.*, pág. 202), quien, tras señalar que entre la actividad de intermediación y la conclusión del negocio debe existir una relación de causa-efecto, recomienda concebir dicho principio con discreción, «non potendosi pretendere una prova rigorosa da parte del mediatore». En relación con esta cuestión, el antedicho autor pone de relieve que se trata de una materia de apreciación judicial, en torno a la cual únicamente puede ofrecerse un «criterio di massima»: existe dicho nexo cuando el negocio no se habría concluido sin la intervención del mediador.

(136) CARRARO, *op. cit.*, pág. 287; MARINI, *op. cit.*, pág. 100.

la conclusión del negocio (137). En particular, CARRARO entiende que la *utilidad* se halla presente, *in re ipsa*, cuando la intervención del corredor consiste en la indicación a las partes de la concreta posibilidad de concluir un contrato, siempre y cuando tal señalamiento goce del «carácter de la novedad»; es decir, siempre que las partes no hubieran entablado ya las negociaciones relativas al contrato deseado (138).

La mayor parte de la doctrina italiana (139), sin embargo, ha relativizado la relevancia de la dicotomía *relación de causalidad-relación de utilidad*, ya que ha considerado que se trata, únicamente, de una cuestión terminológica, que da lugar a disquisiciones de orden teórico, si bien carece de trascendencia práctica. Como atinadamente expone este sector doctrinal, con independencia de la locución empleada, se obtienen resultados sustancialmente iguales, tanto desde un punto de vista práctico como desde una perspectiva conceptual.

En realidad, como viene sosteniendo la jurisprudencia italiana mayoritaria, para evitar los inconvenientes de la tesis de la *relación de causalidad*, debe atribuirse a la misma una relevancia más atenuada, de tal modo que se tome en consideración el concepto de *causalidad adecuada o eficiente* (140). De conformidad con este criterio, el derecho del mediador a recibir su remuneración surge cuando sus gestiones puedan ser incluidas en el seno del conjunto de factores a los que quepa conectar la positiva conclusión de las negociaciones, aunque a la perfección del negocio hayan coadyuvado, asimismo, otras causas o factores (141). De hecho, en esta misma jurisprudencia se

(137) CARRARO, *op. cit.*, págs. 292 y 293. Seguidamente, este autor (*op. cit.*, págs. 293 y 294) expone la diferencia entre la relación de causalidad y la de utilidad: «Mentre l'utilità, di cui si parla, deve valutarsi dunque in ordine ad una o più delle singole fasi, attraverso le quali si svolgono le trattative per giungere alla conclusione, la causalità, cui si riferisce la dottrina dominante, non potrebbe valutarsi —se intesa in senso proprio— che in ordine alla fase finale, cioè all'accordo delle parti, poichè solo di questo si può parlare come di effetto causato dall'attività intermediatrice: ma allora sembra dubbio che il nesso causale sussista fino a quando il mediatore non abbia eliminato tutti gli ostacoli che si frappongono alla conclusione». En cambio, AZZOLINA (*op. cit.*, pág. 157) considera que el criterio de CARRARO es ilusorio y peligroso, ya que mientras la indagación sobre el nexo de causalidad puede limitarse a la constatación de la existencia de una relación casi «física-mecánica» entre la actuación del mediador y la conclusión del negocio, el juicio sobre la utilidad ofrece un alarmante campo de apreciación subjetiva, en virtud del cual se podría estimar inútil una actividad que haya desplegado un efecto causal sobre la conclusión de aquél, y, en cambio, permitiría considerar útil una actividad no comprendida en la cadena de factores causales de la perfección del mismo.

(138) CARRARO, *op. cit.*, pág. 294.

(139) Vid., entre otros, MARINI, *op. cit.*, págs. 100 a 103; PERFETTI, *op. cit.*, págs. 151 y 152.

(140) Vid. IANNELLI, *op. cit.*, págs. 723 y 724 (y las sentencias a las que hace mención).

(141) MARINI (*op. cit.*, pág. 103) señala que «è utile qualsiasi intervento mediatizio che costituisca causa o concausa della conclusione dell'affare; sicché, i due concetti di utilità e causalità, pur operando su piani diversi, risultano espressione di una stessa realtà concettuale».

aclara que, para admitir el devengo de los honorarios del corredor, no se reputa necesaria su intervención en todas las fases de los tratos preliminares, sino que bastaría con poder enlazar sus gestiones con la conclusión del negocio. Por consiguiente, la mera actividad de hallazgo e indicación (al oferente) del otro contratante legitima al mediador para reclamar su remuneración, siempre y cuando el negocio llegue a concluirse.

Como expresa VARELLI (142), para determinar si existe tal nexo de causalidad, es preciso que de la cadena de hechos que han conducido al evento de la conclusión del negocio se extraiga la actividad del corredor: si la cadena se quiebra, porque el eslabón consistente en la actividad mediadora es necesario, la perfección del negocio puede juzgarse ocasionada por el mediador, aunque sólo sea en parte, con independencia de la duración e intensidad de su actuación. En cambio, si se comprueba que sus gestiones no han resultado indispensables, y que sin ellas el susodicho negocio se habría concluido de igual forma, deberá entenderse que aquéllas no han influido en el nexo de causalidad (143). No obstante, VARELLI pone de relieve que el análisis de esta cadena fáctica debe centrarse en las causas próximas y directas que dieron lugar al negocio anhelado por el oferente (144). En este punto entra en juego la libre apreciación judicial de las circunstancias de cada caso, y debe acudirse al ya aludido concepto de *causalidad adecuada o eficiente*.

Al afrontar la cuestión del nexo de causalidad, AZZOLINA, además de poner de manifiesto que la actividad del mediador debe formar parte de las causas próximas e inmediatas de la conclusión del negocio, sostiene que resulta necesario que la actividad mediadora haya sido desplegada consciente y voluntariamente por el corredor. Es decir, que haya sido prestada con el *animus adimplendi contractus*, «per modo che l'effetto di causazione non si produca solo fortuitamente» (145). En este ámbito resultan reveladoras las palabras de TUMEDEI, quien asevera que la actividad del mediador ha de ser «opera cosciente», llevada a cabo expresamente con el propósito de hacer concluir el contrato deseado por el oferente. Por este motivo, el corredor no tendría derecho a percibir retribución alguna si llegara a ocasionar su conclusión *preterintencionalmente*.

(142) VARELLI, *op. cit.*, pág. 86.

(143) Como expusimos con anterioridad, este era el criterio ofrecido, en 1915, por FINOCCHIO, *op. cit.*, pág. 202. Vid., asimismo, HEYMANN (*op. cit.*, § 97, pág. 422), si bien introduce un matiz, ya que señala que la actuación del mediador debe haber sido objetivamente considerable para la decisión de los contratantes: «Die Maklertätigkeit muß also conditio sine qua non für den Abschluß sein, und zwar muß diese Verursachung eine adäquate sein, d. h. die durch die Tätigkeit des Maklers gesetzte Bedingung, darf für den Entschluß der Parteien nach der Verkehrserfahrung nicht (objektiv) unerheblich gewesen sein».

(144) VARELLI, *op. cit.*, pág. 87.

(145) AZZOLINA, *op. cit.*, págs. 157 a 160.

A su modo de ver, esta solución confirma un «principio generalissimo»: que el Derecho toma en consideración, por lo general, los actos volitivos, y no los meramente instintivos o involuntarios («E qui appunto può bene invocarsi l'analogia richiamata dal REICHEL col diritto penale, dove non si ha riguardo alla causalità, pura e semplice, bensì anche alla imputabilità») (146). De este modo, a nuestro juicio, se evitarían pretensiones abusivas por parte de quien, mediante una actuación absolutamente accidental e involuntaria, ha contribuido a la conclusión del negocio.

7. «OBLIGACIÓN DE MEDIOS» DEL CORREDOR

La anteriormente referida *aleatoriedad* ha provocado que algunos autores (147) y cierta jurisprudencia (148) consideren que el contrato de me-

(146) TUMEDEI, *op. cit.*, págs. 128 y 129. Este autor propone, en apoyo de su afirmación, un ejemplo tomado de la práctica: «ad esempio per aver —il caso è tolto dalla pratica— una sera cianciato ad alta voce in istato di ubbriachezza in un restaurant di tutto e di tutti e anche, in particolare, dell'incarico conferitogli da una certa persona di procurargli la conclusione di un certo affare, dando così modo a B. suo vicino di tavolo e sollecito ad approfittare della non chiesta indicazione, di porsi in contatto con chi aveva dato l'incarico e di concludere il contratto». Según el mencionado autor (*op. cit.*, págs. 129 y 130), en esta hipótesis faltaría la característica de la «inmediatez en el nexo causal», ya que de ningún modo cabría sostener que este comportamiento del mediador habría debido, normalmente, lograr el objetivo por el que fue conferido el encargo. Según AZZOLINA (*op. cit.*, págs. 159 y 160), en este caso, si bien es irrefutable la presencia de una relación de causalidad, es evidente que se trata de una causalidad involuntaria, debida a los «fumi di Bacco», y no al propósito de cumplir y dar vida a un contrato de mediación. En contra de esta concepción, HEYMANN (*op. cit.*, § 97, pág. 423) considera que lo realmente importante es el resultado práctico objetivamente alcanzado gracias a la actuación del mediador, y no sus motivaciones subjetivas: «Damit scheint mir aber der Vorschlag Reichels abzulehnen, die Kausalität im Maklerrecht durch den Begriff der «Verdienstlichkeit» zu ersetzen, so daß die Provision verdient ist, «wenn der Makler das Zustandekommen des abgeschlossenen Geschäftes durch eine im Sinne des Maklervertrages liegende Tätigkeit in subjektiv-verdienstlicher Weise gefördert hat». Auch praktisch interessiert ja die Parteien nicht die subjektive Verdienstlichkeit des Maklers, sondern der objektive Nutzen, den er stiftet».

(147) Vid., por todos, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, *op. cit.*, pág. 283; BLANCO CARRASCO, *op. cit.*, págs. 19 y 20. En Italia, MESSINEO (*op. cit.*, pág. 72) indica que la prestación del mediador consiste en un *opus*, esto es, en un resultado; no obstante, a diferencia de otros autores, el resultado al que se está refiriendo MESSINEO no es la conclusión del negocio por el oferente —cosa que no depende del mediador—, sino la «messa in relazione» de las partes, que es «un *atto strumentale*, al fine della conclusione di un affare».

(148) Cfr., entre otras, las ya mencionadas SSTs de 26 de marzo de 1991, 23 de septiembre de 1991, así como la STS de 24 de junio de 1992. Vid., asimismo, las SSAP de Baleares, de 4 de febrero de 1998, 17 de enero de 2000, 8 de enero de 2003 y 8 de mayo de 2003, en las que se asevera que el contrato de corretaje «tiene como característica principal el ser una relación jurídica de resultado, en el sentido de que la obligación de pagar la gestión por parte del comitente al mediador sólo se produce en el supuesto de que llegue a perfeccionarse el contrato objeto del corretaje...». Vid. la anteriormente transcrita

diación es un «contrato de resultado». En contra de esta opinión, a nuestro juicio, en este tipo de contratos no cabe entender que el mediador ha asumido una obligación de resultado, pues, como expusimos con anterioridad (149), no asegura el resultado fructífero de sus gestiones, ya que el éxito de sus actividades depende en gran medida de circunstancias ajenas a su actuación (cfr. STS de 6 de octubre de 1990). En realidad, el corredor únicamente se compromete a una obligación de medios, si bien las especiales características de este contrato propician que el cumplimiento diligente de su prestación no genere, por sí solo, su derecho a percibir sus honorarios.

En torno a esta cuestión, algún autor (150) ha establecido cierto paralelismo entre la actividad del mediador y la del médico, pues éste no promete la curación del enfermo, sino exclusivamente ofrecer los medios terapéuticos adecuados para su recuperación. Se trata, por consiguiente, de una obligación de medios, dado que la ausencia de mejoría del enfermo, pese a la diligente actuación del médico, no constituye un incumplimiento contractual por parte de éste, ya que el restablecimiento de aquél depende notablemente de circunstancias extrañas al proceder del galeno. Por cuanto al contrato de corretaje se refiere, el mediador, una vez efectuadas sus gestiones de intermediación, ha alcanzado el propósito prefijado en dicho contrato, y no puede ni debe llevar a cabo ninguna actividad ulterior. Por lo tanto, su prestación ha de considerarse ya satisfecha, aunque la conclusión del negocio pretendido por el oferente no llegue a tener lugar.

El corredor no se ha comprometido a alcanzar la perfección del negocio previsto por el oferente, sino a desempeñar una labor de intermediación para facilitar que tal objetivo se cumpla. Por todo ello, no cabe sostener que el mediador no ha ejecutado su prestación, cuando, a pesar de haber desarrollado diligentemente sus gestiones, el oferente y el tercero señalado por aquél no logran llegar a un acuerdo para la conclusión del negocio. En esta hipótesis, a diferencia de lo que acontece en el aludido ejemplo del médico, el corredor ha satisfecho su deber de prestación, mas ello no le confiere el derecho a recibir su remuneración, pues su percepción se encuentra supeditada a la perfección del contrato deseado por el oferente (151).

El contrato de mediación constituye un negocio jurídico tendente a la obtención de aquel resultado, pero no alberga el deber de alcanzarlo, ni para

SAP de Valencia, de 15 de septiembre de 2003 (cuando habla del contrato de mediación que denomina *complejo*).

(149) Cfr., *supra*, apartado III.4 de este trabajo.

(150) VARELLI, *op. cit.*, págs. 46 y 47.

(151) Como atinadamente afirma VARELLI (*op. cit.*, pág. 7), la conclusión del negocio por el oferente, gracias a la actividad de intermediación del corredor, constituye «sólo una condicio iuris aggiunta ad uno schema di contratto a prestazioni corrispettive», y no desnaturaliza «l'obbligo alla provvigione al punto da non potersi più considerare il corrispettivo dell'opera intermediatrice».

el corredor ni para el oferente. Una vez aceptado el encargo de éste, comienza la producción de efectos del contrato de corretaje, ya que el mediador ha de desarrollar las gestiones de intermediación.

8. LA MEDIACIÓN NO ES UN CONTRATO CONDICIONAL

Son varias las sentencias en las que se señala expresamente que el contrato de mediación «se halla sometido a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido y además a que el contrato tenga lugar «como consecuencia» de la actuación del corredor» (152). En similares términos se expresa, por ejemplo, BONET CORREA, cuando alude al carácter «condicional» del contrato de corretaje, y manifiesta que la actividad del mediador es inoperante, se esfuma y queda improductiva si el negocio principal no llega a perfeccionarse, pues aquél no puede recabar compensación alguna (153).

En contra de la mencionada jurisprudencia y de la opinión de cierto sector de la doctrina (154), debe entenderse que no es la propia existencia del contrato de corretaje la que se encuentra «condicionada», sino el deber del oferente de remunerar al mediador. Como expusimos con anterioridad, el contrato de mediación existe desde el momento en el que el corredor acepta el encargo efectuado por el oferente, y desde ese instante puede exigírsele el desarrollo de la actividad mediadora en la que consiste su prestación (155).

Una vez ejecutada su actividad de intermediación, la contraprestación del oferente todavía no es exigible, ya que depende de un evento objetivamente incierto: la conclusión del negocio con el tercero indicado por el mediador (156). Este acontecimiento funciona como *conditio iuris* para que goce de eficacia el deber contractual de retribuirle por sus servicios. Tal deber de prestación existe y es válido desde el momento en el que se perfecciona el

(152) Vid., v.gr., SSTs de 26 de marzo de 1991, 10 de marzo de 1992, 19 de octubre de 1993, 30 de noviembre de 1993, 5 de febrero de 1996, 21 de octubre de 2000 y 13 de junio de 2006.

(153) BONET CORREA, *El contrato...*, cit., págs. 1622 y 1623; por su parte, LARENZ (*op. cit.*, pág. 332) afirma: «El único obligado es el comitente, y su obligación consiste en pagar el corretaje o comisión pactados, cuando el contrato deseado por dicho comitente “se lleve a cabo a consecuencia de la indicación o de la mediación del corredor” (§ 652, pág. I). Por lo tanto, su obligación se halla sometida a la *condición suspensiva* de la celebración del contrato pretendido y, además, a que aquel contrato tenga lugar “como consecuencia” de la actuación del corredor».

(154) V.gr., VARELLI (*op. cit.*, pág. 74) estima que en el artículo 1.755 del *Codice* se contiene un «principio che pone una condicio iuris non alla sola prestazione dei contraenti, bensì (...) all'efficacia dell'intero contratto».

(155) Siempre y cuando se trate de un mediador profesional (vid., *supra*, el apartado III.4 de este trabajo).

(156) PERFETTI, *op. cit.*, pág. 115.

contrato de corretaje, aunque sus efectos y su cuantía se hallen pendientes de la verificación de un ulterior acontecimiento, que resulta exigido por la propia naturaleza del contrato, y no por disposición de las partes (157).

En este ámbito, según nuestra opinión, gozarán de especial relevancia las conductas contrarias a Derecho por parte del oferente (158) y del tercero se-

(157) En contra de nuestra tesis, MARINI (*op. cit.*, pág. 44) manifiesta que, como consecuencia de su postura favorable a la unilateralidad del contrato de corretaje, «l'obbligo di pagare la provvigione deve ritenersi (...) un effetto costante del contratto e non già un effetto conseguente al verificarsi di una c.d. *condicio iuris* rappresentata, appunto, dalla conclusione dell'affare per effetto dell'attività intermediatrice». AZZOLINA (*op. cit.*, págs. 81 y 82) entiende que la conclusión del negocio como consecuencia de la actuación del mediador no puede constituir una condición suspensiva: ello supondría considerar como cumplimiento de una condición suspensiva el evento que supone, en cambio, la ejecución de la contraprestación. En este sentido, según su opinión, si se aceptara el aludido carácter condicional suspensivo, todos los contratos bilaterales serían reconducibles a este esquema condicional: v.gr., te vendo una cosa determinada si me pagas su precio. Si así fuera, se estaría confundiendo el momento de la estipulación de la obligación y el de su cumplimiento, hasta el punto de hacer depender el nacimiento de dicha obligación de la verificación del cumplimiento. En nuestra doctrina, se ha manifestado en términos semejantes GARRIGUES, *op. cit.*, pág. 584: «Esto no significa que estemos ante un contrato sometido a condición suspensiva. La conclusión del contrato previsto no es un hecho que condiciona la prestación, sino que es una contraprestación (*conditio iuris*)». En este mismo sentido, en la STS de 22 de diciembre de 1992 se afirma que «parece evidente (...) que el derecho del agente o corredor al cobro de sus honorarios ha de nacer desde el momento en que quede cumplida o agotada su actividad mediadora (única a la que se había obligado), o sea, desde que, por su mediación, haya quedado perfeccionado el contrato de compraventa cuya gestión se le había encomendado...». A nuestro juicio, la opinión manifestada por estos autores y por el Tribunal Supremo en esta decisión no resulta completamente exacta, pues, en realidad, toman como punto de partida la idea de que la prestación del mediador consiste, precisamente, en obtener el resultado de la perfección del contrato entre el oferente y un tercero, gracias a sus gestiones. Como ya hemos señalado en repetidas ocasiones, la prestación del corredor no incluye la obtención de un resultado ajeno a su voluntad, y que depende de otras circunstancias que escapan a su ámbito. Sin embargo, según los autores anteriormente mencionados, la conclusión del negocio por el oferente no puede representar una condición, dado que es la prestación que debe satisfacer el mediador. Según nuestra opinión, éste únicamente asume una obligación de medios, y, una vez cumplidas diligentemente sus gestiones, los efectos de la contraprestación (la remuneración) dependen de que se verifique una *conditio iuris*, aunque no lo hayan previsto expresamente las partes. Así pues, a nuestro modo de ver, lo que estos autores consideran «prestación» del mediador constituye un evento condicionante de parte de la eficacia del contrato de corretaje, y que resulta en gran medida ajeno a la actuación de aquél.

(158) Por ejemplo, en la STS de 28 de abril de 1953 se considera aplicable el artículo 1.119 del Código Civil («Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiere voluntariamente su cumplimiento»), cuando el negocio pretendido por el oferente no llega a consumarse, como consecuencia de causas que obedecen, única y exclusivamente, a su libérrima voluntad y conveniencia. En estos supuestos, AZZOLINA (*op. cit.*, pág. 162) considera que no cabe entender que los honorarios del mediador son debidos, si bien, cuando las circunstancias lo permitan, podrá eventualmente entenderse que el oferente debe responder por culpa o dolo frente al mediador, como consecuencia de haber faltado al deber de diligencia y de buena fe que le incumbe; por consiguiente, será admi-

ñalado por el mediador. Como ya hemos expuesto, aunque el intermediario haya desarrollado diligentemente su labor, la persona que efectuó el encargo de mediación no se encuentra constreñida, salvo pacto en contrario, a contratar con la persona señalada por aquél (159). A pesar de ello, entendemos que el mediador no debe verse perjudicado por el rechazo arbitrario de su trabajo. En este sentido, si bien el oferente goza de plena libertad para rehusar la celebración del contrato con la persona señalada por el corredor, en determinadas hipótesis podría hallarse obligado a satisfacer a éste una indemnización, cuando el Juzgador aprecie que su negativa a contratar constituye un supuesto de abuso de derecho. Naturalmente, no cabe llevar a cabo un juicio apriorístico sobre este particular, sino que la decisión de los Jueces y Tribunales dependerá de las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

En el tráfico jurídico, como acertadamente ponen de relieve las sentencias de las Audiencias Provinciales de Gran Canaria, de 9 de enero de 2004, y de Huelva, de 18 de marzo de 2005, la «nota característica del contrato de agencia inmobiliaria (consistente en retribuir al agente o corredor sólo en el caso de que se llegue a perfeccionar el contrato encargado) provoca, con relativa frecuencia, que el oferente trate de burlar o defraudar los derechos del corredor, ultimando la operación, que éste ha gestionado y promovido, a sus espaldas y aprovechándose de la actividad desarrollada. En cuyos supuestos suele o bien revocar el encargo aparentando un desinterés sobrevenido por el negocio, después de que el mediador le ha puesto en contacto con interesados en contratar, o bien utilizando en los tratos preliminares a una persona que luego no interviene como parte en el contrato final».

En estas hipótesis, la jurisprudencia ha decidido que los honorarios del corredor han de ser satisfechos, aunque el encargo conferido a éste haya sido extinguido o revocado, siempre y cuando resulte acreditado que la ulterior conclusión del negocio por el oferente fue posible gracias a la actuación desplegada por el mediador cuando el encargo se hallaba todavía vigente (cfr., v.gr., STS de 3 de junio de 1950). En definitiva, las gestiones llevadas a cabo por el mediador han de ser remuneradas, ineludiblemente, tanto si el

sible el ejercicio de una acción de daños por parte del mediador, con el fin de obtener el reembolso de los gastos soportados, así como una indemnización que compense la actividad prestada vanamente (pero no sus honorarios, pues no se ha concluido el negocio). Como afirma IANNELLI (*op. cit.*, pág. 703), aunque el oferente no debe los honorarios del mediador si no concluye el negocio, no puede negarse que quien efectúa el encargo de la mediación debe comportarse según la buena fe.

(159) Si quien realizó el encargo pudiera verse compelido a contratar con la persona indicada por el corredor, supondría un obstáculo en la práctica comercial, y la mediación no constituiría un instrumento auxiliar adecuado. Según RIERA (*op. cit.*, pág. 815), «si el corredor está facultado para desplegar o no su actividad, no hay razón alguna para que la otra parte quede obligada necesariamente al contrato que se le ofrece, aunque éste reúna las condiciones pactadas, salvo siempre el acuerdo en contra que puede derivarse de la convención expresa o deducirse de la índole de la operación».

negocio proyectado se concluye como consecuencia inmediata de su actuación, como si el oferente aprovecha tal actividad del corredor para proceder directamente a su celebración (160).

Según se pone de relieve en la SAP de Cantabria, de 2 de noviembre de 2000, el pacto de venta en exclusiva acordado con un agente de la propiedad inmobiliaria no impide al propietario del inmueble realizar la venta por su propia cuenta. No obstante, si dicho contrato de compraventa lo celebra, durante ese plazo de exclusiva o en un período razonablemente próximo a la finalización del mismo, con alguna persona «captada» por el agente mediador, éste habrá de ser remunerado. En relación con esta cuestión, la susodicha decisión judicial indica que la perfección de este contrato de compraventa se ha alcanzado merced a la determinante gestión del corredor, y que dicha actividad constituye el objeto del contrato de mediación (y no el éxito de la operación). La admisión de la solución contraria permitiría al oferente quebrantar la reciprocidad prestacional, ya que podría observar una conducta pasiva durante el plazo pactado con el mediador, y, una vez agotado éste, celebrar la compraventa con el sujeto indicado por aquél, para, de este modo, eludir el pago de sus honorarios (en contra de lo dispuesto en el art. 1.256 del Código Civil).

Así pues, la jurisprudencia, cuando se presentan estas circunstancias, aprecia una conducta fraudulenta por parte del comitente, y le obliga al pago del premio del mediador, a pesar de que, aparentemente, la actividad de éste no haya provocado la conclusión del contrato deseado. Tal solución se halla absolutamente justificada, ya que quien realizó el encargo inicial al mediador ha aprovechado plenamente la actuación diligente de éste, y no resultaría justo omitir su retribución (161).

(160) Como apuntó —en los albores del siglo XX— REZZARA (*op. cit.*, págs. 211 y 212), resulta evidente que, con la simulación del abandono de las negociaciones, las partes cometen un fraude con perjuicio para el mediador, a quien habrán de resarcir el daño originado, «che si compenetra nel diritto di mediazione che, in questo caso, gli è dovuto in solido dalle parti alle quali è imputabile l'atto doloso». En estos casos, según explica AZZOLINA (*op. cit.*, pág. 163), puede resultar ardua la prueba de la subsistencia del nexo de causalidad entre la actuación del mediador y la conclusión del negocio por el oferente, pero ello no excluye que la labor de intermediación forme parte de la «catena dei fattori causali». En nuestra doctrina, BLANCO CARRASCO (*op. cit.*, pág. 26) pone de manifiesto que, una vez probado el fraude cometido por el oferente, «el corredor tendrá derecho no sólo al premio, sino también a una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por dolo, negligencia o morosidad (art. 1.101 del C.c.)». La SAP de Barcelona, de 28 de julio de 1999, además de aludir al artículo 1.101 del Código Civil, hace referencia al artículo 1.106 del mismo cuerpo legal en relación con la cuantía de la indemnización, que comprenderá tanto el daño emergente como el lucro cesante.

(161) Esta es la línea seguida, por ejemplo, en el artículo 727 del Código Civil brasileño (Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002): «*Se, por não haver prazo determinado, o dono do negócio dispensar o corretor, e o negócio se realizar posteriormente, como fruto da sua mediação, a corretagem lhe será devida; igual solução se adotará se o negócio se realizar após a decorrência do prazo contratual, mas por efeito dos trabalhos do corretor*».

Esta misma respuesta se ofrece cuando el verdadero interesado en las gestiones del mediador recurre a una persona de su confianza, para que ésta realice el encargo de mediación, mientras él permanece oculto. En este caso, muy habitual en la práctica, el «aparente» oferente, después de haberse puesto en contacto con la persona interesada en la contratación indicada por el mediador, finge negociar y no poder convenir con ésta, pero posibilita que, posteriormente, el verdadero y «oculto» oferente se beneficie de las actuaciones del mediador, y contrate con la persona por éste señalada, sin pagar retribución alguna (162).

IV. CONCLUSIÓN TÁCITA DEL CONTRATO DE MEDIACIÓN Y PAGO DE LOS HONORARIOS DEL MEDIADOR

Dado el carácter espiritualista de nuestro ordenamiento jurídico desde que se plasmó la influencia canónica en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, el contrato de corretaje no exige forma alguna para su celebración. De hecho, en la práctica resulta muy habitual, por ejemplo, la *ausencia de un documento escrito* en el que dicho contrato haya sido formalizado.

Tal circunstancia carece de relevancia en relación con la validez del contrato verbalmente pactado, dado el principio general de libertad de forma o espiritualista recogido en el artículo 1.278 de nuestro Código Civil. Asimismo, este criterio es mantenido por el principio del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, a tenor del cual *solus consensus obligat*. En este punto, el problema estriba, esencialmente, en la posibilidad de probar la existencia del contrato de mediación. A tal efecto, gozarán de especial importancia las comunicaciones producidas entre las partes a través de fax, correo postal, correo electrónico, etc., los posibles testimonios que puedan recabarse, así como la prueba de las gestiones realizadas por el mediador para poner en contacto a quienes, finalmente, contratan entre sí (163).

(162) La Audiencia Provincial de Cantabria señala: «La burda maniobra ejecutada por los demandados de contratar definitivamente con el entonces novio de la persona que acudió a la agencia y a la que se le mostró el piso en dos ocasiones —relación de noviazgo, por cierto, que terminó al día siguiente del otorgamiento del contrato de compraventa, al contraer matrimonio ese día el nuevo comprador con la persona que visitó dos veces el piso a través de la agencia—, para tratar de evitar de ese modo el abono al agente de la comisión pactada sobre el precio, no puede ser amparada jurídicamente». Como se indica en la ya mencionada SAP de Barcelona, de 28 de julio de 1999, «el hecho de que el propietario no pierda su derecho de disposición sobre el inmueble no significa que no adquiera obligaciones para con la persona a la que efectuó el encargo de mediación inmobiliaria, puesto que en dicho contrato nace su obligación de pagar la comisión pactada o, como sucede en el presente caso, su obligación indemnizatoria por incumplimiento».

(163) Vid., v.gr., la STS de 21 de marzo de 2007: «La participación de la actora, dentro de su actividad usual de mediación, en la venta de los buques, efectivamente

Dicha conclusión no puede resultar desmentida por el hecho de que la regulación reglamentaria de algún determinado sector profesional (v.gr., agentes de la propiedad inmobiliaria) exija la elaboración de una «hoja de pedido» o la formalización del contrato por escrito. En este sentido, la no observancia de dichas formalidades tendrá las consecuencias reglamentariamente establecidas, pero en ningún caso determinará la nulidad o inexistencia del contrato de corretaje, aunque así lo establecieran tales reglamentos, ya que una norma que no alcanza el rango de ley tiene vedada la derogación del principio general de libertad de forma contenido en el Código Civil (164). El consentimiento negocial puede entenderse prestado de manera tácita, por ejemplo, cuando se acude a un mediador profesional con el propósito de enajenar, adquirir o arrendar un bien inmueble, aunque no se hayan establecido expresamente las estipulaciones contractuales (165).

En relación con esta materia, se plantea frecuentemente el problema de determinar si existe contrato de mediación entre el tercero que contrata con el oferente (que encargó el corretaje) y el propio mediador. Ciertamente el sector doctrinal —principalmente en Italia— sostiene que el contrato de mediación

llevada a cabo; la percepción de comisiones por la venta coetánea de otros buques, y las comunicaciones intercambiadas entre aquella y los representantes de la demandada para la realización de las gestiones correspondientes a las ventas, no sólo aparecen como racionalmente adecuadas, en unión de otros indicios, según las reglas del criterio humano, para entender existente un encargo de venta (...), sino que constituyen por sí mismos (según las peculiares características de los contratos de mediación) actos concluyentes suficientes para entender producida la ratificación del encargo conferido para la venta de los buques por aplicación analógica de las normas correspondientes al mandato tácito». Asimismo, en la STS de 30 de marzo de 2007 se confirma la sentencia de Primera Instancia, en la que se afirma: «A falta de un documento contractual que defina el contenido concreto de las obligaciones que ambas partes asumieron, debe analizarse la documentación aportada con la demanda en cuanto demostrativa de la existencia de la indicada relación contractual de corretaje o mediación» (se está refiriendo a tres cartas suscritas por la parte demandada). Como se afirma en la SAP de Guipúzcoa, de 14 de febrero de 2005, el «contrato de mediación es un contrato consensual sujeto al principio de libertad de forma previsto en el artículo 1.278 del Código Civil, por lo que el consentimiento contractual puede manifestarse de manera expresa, ya escrita, ya verbal, e incluso tácita por medio de actos inequívocos y concluyentes. En consecuencia, la inexistencia de un documento en el que plasmara la realidad de la relación contractual demandante/demandado es inoponible a los presentes efectos».

(164) Como se afirma en la STS de 6 de octubre de 1990, «la existencia de una reglamentación administrativa no altera la naturaleza jurídica de contrato de Derecho Civil que tiene la mediación o corretaje en todas sus variedades, sometidas o no a reglamentación administrativa, puesto que esta última no señala en ningún caso la nulidad de los contratos realizados en contravención a la misma (...), y las formalidades que en aquella reglamentación se señalan evidentemente no afectan tampoco a la obligatoriedad y existencia de los contratos, sino que representan únicamente como da a entender la sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1968, garantías jurídicas de las transacciones, siempre sin perjuicio de las sanciones de carácter administrativo que en su caso sean aplicables».

(165) GÁZQUEZ, *Notas...*, cit., pág. 884.

se perfecciona en el momento en el que el corredor encuentra a un sujeto interesado en contratar con el oferente, y que dicho contrato vincula al mediador con ambos contrayentes. En su opinión, tales contratantes constituyen un único centro de intereses, de tal forma que operarían como una sola parte en el contrato de mediación; cuando el encargo de la mediación ha sido efectuado por uno de ellos, se entiende que el segundo contratante consiente el corretaje inmediatamente antes de ser puesto en contacto con el primero. Por consiguiente, en su opinión, siempre habrá contrato de corretaje entre el mediador y todas las partes contrayentes (166).

En contra de esta configuración, en la doctrina y jurisprudencia españolas resulta predominante la opinión de quienes consideran que el contrato de mediación puede perfeccionarse con uno solo de los futuros contratantes. Es en estos supuestos donde surge el problema de decidir si debe considerarse que existe otro contrato de mediación entre el corredor y el tercero que contrata con quien efectuó el originario encargo de la mediación, y, como consecuencia, si aquel tercero puede ser compelido a satisfacer parte de la remuneración del corredor.

En una primera aproximación, la respuesta lógica parece ser la negativa, pues el tercero que contrata con el oferente no ha perfeccionado contrato alguno de mediación. Únicamente ha concluido un negocio jurídico con el oferente, que es, precisamente, el contrato cuya perfección pretendía éste propiciar al llevar a cabo el encargo de la mediación. El contacto del tercero con el corredor ha de encuadrarse en el ámbito de la ejecución del contrato de mediación que éste ha concluido con el oferente: el mediador encuentra al tercero interesado en contratar con el proponente, y los pone en relación.

Según la tesis dominante en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia, por el mero hecho de poner en contacto al oferente con el tercero con quien finalmente contrata, el corredor no puede pretender la existencia de otro contrato de mediación con dicho tercero, ni cabe, por consiguiente, reclamar a éste el pago de parte de sus honorarios. No ha sido el tercero quien ha promovido la actuación del corredor, ni ha aprovechado sus gestiones más allá de la puesta en contacto con el oferente (167). El hecho de poner en

(166) Vid., por todos, VARELLI, *op. cit.*, págs. 20 a 28. En opinión de este autor, si el segundo contrayente no consiente la mediación, no habrá contrato de corretaje, aunque aproveche las gestiones de la persona que intentó ser mediador; en ese caso, los contrayentes no satisfarán los honorarios del mediador, si bien habrán de pagárselos en concepto de indemnización por enriquecimiento.

(167) Sobre esta cuestión, vid. GIL RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 120 a 122. Cfr., v.gr., la STS de 20 de noviembre de 1984, donde se señala: «...si bien es cierto que la entidad «Tudela Lafarge, S. A.», mediante carta que obra en autos, solicitó los servicios del actor, en su calidad de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, para la venta de una finca de su propiedad, venta que se consumó con el demandado señor C., no consta, en cambio, que éste requiriera los servicios del Agente de la Propiedad Inmobiliaria, ni tuviese otra re-

relación al oferente con un tercero interesado en contratar con él constituye, desde un punto de vista conceptual, el estricto cumplimiento de la prestación del mediador inherente al contrato de corretaje previamente existente con el oferente, y no presupone la presencia de otro contrato del mismo tipo con el mencionado tercero. En estos casos, resulta de oportuna aplicación el *principio de relatividad de los contratos* inferido de los artículos 1.091 y 1.257 de nuestro Código Civil, de tal forma que de un determinado contrato no pueden brotar deberes de prestación para un tercero completamente extraño al mismo.

La cuestión varía sustancialmente cuando no se ha producido la simple aceptación de la propuesta del oferente por parte de aquel tercero, sino que éste se ha beneficiado de diversas actuaciones del mediador. En estas hipótesis, que se presentan frecuentemente en la práctica negocial, dado el carácter no formal de esta suerte de contratos, cabría sostener la perfección de manera tácita de un contrato de corretaje entre el mediador y el tercero. De este modo, el mismo corredor habrá perfeccionado dos contratos de mediación: el primero con el oferente, de manera expresa, y el último con el citado tercero, de forma tácita.

En relación con este tema, tiene dicho el Tribunal Supremo que, aunque la mediación haya sido expresamente encargada por una sola de las partes del negocio, cuando la otra parte negocial no se limita a aceptar la propuesta contractual de aquél, sino que el mediador ha prestado efectivamente sus servicios en interés de los dos contratantes, se hallan ambos obligados a pagar sus honorarios. A este respecto, el Alto Tribunal no requiere la existencia de un expreso contrato de mediación con todos los contratantes, para que éstos se vean constreñidos a satisfacer el premio al que tiene derecho el mediador por el desarrollo de su actividad profesional.

De manera muy frecuente, aunque el encargo inicial de mediación es realizado por alguien que pretende, por ejemplo, adquirir o enajenar un determinado bien, finalmente el mediador presta sus servicios a las dos partes contratantes. Cuando estas actuaciones exceden de las propias del primitivo contrato de corretaje (puesta en contacto con un potencial contratante o indicación de una oportunidad de contratar, además de las gestiones típicas de su función destinadas a alcanzar el éxito de la operación), de tal forma que quien contrata con el sujeto que encargó dicha mediación se ha beneficiado de la actuación del corredor, cabe apreciar la existencia de un segundo contrato de corretaje. Así pues, cuando la relación entre el mediador y el tercero

lación con él, que la simple de celebrar un contrato de compraventa con alguien que, en su día, había requerido sus servicios, por lo que en modo alguno puede reputarse parte el repetido señor C. en el contrato de mediación concertado entre la sociedad vendedora y el actor señor M. B., por lo que al no ser parte en el mismo no procede ser obligado a su tenor al abono de la mitad de los honorarios devengados por el vendedor».

supera la mera aceptación de la propuesta contractual de quien encargó la primigenia mediación, y el corredor ha prestado efectivamente sus servicios en interés de los dos contratantes, dicho tercero habrá de abonar también sus honorarios (168). En estos supuestos, cabe apreciar la presencia de un encargo bilateral *ex post* manifestado por *facta concludentia*, al aceptar el tercero la actuación del mediador en su favor (169).

En estas hipótesis, ¿nos hallaríamos frente a un verdadero contrato de corretaje entre el mediador y el tercero a quien presta efectivamente sus servicios? Si entendiéramos que el contenido del contrato de mediación consiste, simplemente, en poner en relación al oferente con algún sujeto interesado en contratar con él, no existiría tal contrato entre el tercero y el corredor. Probablemente, resultaría más oportuno configurar su relación como un mandato tácito, dado que, como consecuencia de la diligente ejecución del primitivo contrato de mediación perfeccionado entre el corredor y el oferente, los contratantes ya se conocen.

Sin embargo, en este punto hemos de tomar en consideración la existencia de diversas modalidades de corretaje. Si bien es cierto que su variante más relevante consiste en la puesta en relación de las partes contractuales, aquél puede tener por objeto la mera interposición en la negociación desarrollada entre personas que previamente han tomado contacto. Como expusimos en la introducción de nuestro estudio, tal circunstancia ha propiciado que cierto sector doctrinal haga referencia a la dicotomía *mediación de indicación-mediación de negociación* (170). Por consiguiente, si, una vez puestas en contacto ambas partes negociales, el corredor desarrollara sus gestiones en favor de los dos contratantes, y el tercero no se limitara a aceptar la propuesta contractual que le ha sido comunicada, podría defenderse la presencia de una relación de corretaje entre éste y el mediador.

Desde un punto de vista jurisprudencial, son varias las ocasiones en las que nuestro Tribunal Supremo acoge de manera palmaria esta doctrina, y

(168) GARCÍA GIL y GARCÍA NICOLÁS, *op. cit.*, pág. 38. No obstante, estos autores manifiestan una opinión eminentemente moderada, pues afirman que esta hipótesis «puede plantear, razonablemente, la cuestión de si el agente mediador, que presta sus servicios en beneficio de ambos contratantes, puede, o no, percibir de los dos los honorarios correspondientes».

(169) En estos casos, como afirma MESSINEO (*op. cit.*, pág. 79), nos hallamos frente a dos (o más) obligaciones, que, si bien gozan de idéntico contenido, se encuentran fundadas sobre dos (o más) títulos autónomos; por consiguiente, constituyen obligaciones separadas entre sí, sin que el mediador pueda invocar la solidaridad pasiva cuando uno de los dos (o más) contratantes no satisfaga la retribución adeudada. Según expresa AZZOLINA (*op. cit.*, pág. 170), la división del crédito del corredor es una consecuencia natural y necesaria, pues la relación de mediación da normalmente lugar a dos contratos distintos, que son estipulados por cada uno de los contratantes con el mediador. Vid., sobre esta materia, la exposición de IANNELLI, *op. cit.*, págs. 710 y 711.

(170) Vid., *supra*, apartado I de este trabajo.

compele a todas las partes negociales a satisfacer los honorarios del corredor (171). Especialmente ilustrativa resulta la STS de 27 de febrero de 1997, donde se pone de relieve que, en la hipótesis juzgada, el mediador «despliega su actividad, abstracción hecha de cuál fuese la parte que le contratara o le transmitiera el encargo, en favor de las partes compradora y vendedora [...] y, por tanto, la referida actividad comportó, por así decirlo, una doble relación jurídico material, que tuvo, como destinatarios respectivos a las partes compradora y vendedora, y de aquí, que, con abstracción, asimismo, de pacto expreso, los honorarios resultantes del mediador tuviesen que repartirse entre ambas partes».

Así pues, el Alto Tribunal considera que cuando el corredor desempeña su labor en beneficio o interés de ambas partes negociales, pueden distinguirse dos relaciones de mediación, sin importar que el encargo del corretaje fuera inicialmente llevado a cabo por una sola de aquéllas de modo unilateral.

Esta misma solución ha resultado continuamente adoptada en nuestra jurisprudencia menor, donde se ha manifestado que la «obligación de pago recae no solamente sobre quien encarga la mediación, sino también en aquel que se aprovecha de las mismas, si no consta su desautorización y se justifica que se hallaba en conexión con éste, no siendo un *extraneus* o, siéndolo, si *ex post facto* lo ratifica a través de actos concluyentes» (172).

(171) Vid., v.gr., STS de 11 de febrero de 1991: «la descripción que de la actuación, utiliter, del demandante y conducta del vendedor que, paralelamente, se aprovecha de sus resultados, como se describe en la instancia, no permite desconocer la obligación, en que el recurrente demandado está, de abonar los servicios prestados a quien, profesionalmente las llevó a cabo, sin que, a la reclamación en tal sentido, sea oponible la limitación de los efectos de los contratos y su fuerza obligatoria, a los que los suscribieron y sus herederos, con cita de los artículos 1.091 y 1.257 del Código Civil, preceptos que no son del caso, puesto que aquí se está ante la realidad de un trabajo profesional de intermediación, instada por el comprador, pero aceptado, desde su inicio, por el vendedor, cuyos honorarios corresponde satisfacer, según el correspondiente Reglamento del Colegio de Valencia de 1952 [...] por mitad entre comprador y vendedor, según un uso y costumbre [...] por unos servicios de intermediación, se insiste, eficazmente prestados en interés de todos los contratantes». En esta decisión jurisprudencial se introduce un matiz de gran relevancia, pues escinde la hipótesis que analizamos de la mera aceptación de la oferta por parte del tercero: la prestación de servicios en beneficio de ambos contratantes configura una «situación bien alejada [...] de la que contempla la sentencia de 5 de mayo de 1973 [...], ya que, allí, el comprador que no había celebrado con el actor el contrato de mediación o corretaje, «limitó su actuación a aceptar la oferta que el vendedor le brindaba», conducta simple que si, como la de mera audiencia prestada a las conversaciones que, sobre el particular, se susciten por el agente, ciertamente no puede vincular, sin más, a la parte que no contrató con éste».

(172) En estos términos —o similares— se manifiestan las Audiencias Provinciales en numerosas ocasiones: vid., v.gr., SSAP de Córdoba, de 2 de octubre y 7 de diciembre de 2000; SSAP de Jaén, de 10 de julio de 2002 y 27 de junio de 2005; SAP de Ciudad Real, de 16 de diciembre de 2003; SSAP de Gran Canaria, de 9 de enero de 2004 [Rec. Ap. núm. 582/2003] y 9 de enero de 2004 [Rec. Ap. núm. 110/2003]; SAP de Barcelona, de 30 de abril de 2004; SAP de Lérida, de 17 de noviembre de 2004. En opinión de

A nuestro juicio, esta solución parece la más adecuada a Derecho, ya que no permite que el tercero se enriquezca injustamente y se beneficie de manera gratuita de la labor del mediador; principalmente, cuando éste se dedica profesionalmente a la actividad del corretaje (173). Siempre y cuando el tercero haya aceptado las actuaciones del mediador llevadas a cabo a su favor, nos hallaremos frente a un nuevo contrato de mediación tácitamente perfeccionado (174). A nuestro modo de ver, esta construcción jurisprudencial viene confirmada por la desconfianza con la que el legislador, a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico, contempla las liberalidades (175).

Sin embargo, esta tesis plantea dos cuestiones problemáticas:

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*op. cit.*, pág. 449), cuando el tercero se aprovecha de la actuación del corredor, la conoce y no la desautoriza, no se obliga a retribuir a éste, ya que faltaría una relación contractual con él; sin embargo, este mismo autor manifiesta que «en todo caso habría que acudir a una acción de enriquecimiento injusto».

(173) En el primer párrafo del artículo 1.755 del *Codice* italiano se concede al mediador el derecho a reclamar a las dos partes negociales sus honorarios, sin hacer alusión a su actuación en provecho del tercero. No obstante, la jurisprudencia italiana afirma que el deber de pagar los honorarios del corredor incumbe a las dos partes contractuales, aunque la mediación haya surgido por el encargo unilateral de una de ellas, siempre que el mediador, con la aquiescencia del tercero, haya llevado las negociaciones hasta un punto en el que debería derivarse de ellas un resultado útil para las partes (*vid.* la exposición de IANNELLI, *op. cit.*, págs. 706 y 707). En relación con este tema, hemos de recordar, asimismo, que un importante sector de la doctrina italiana entiende que dicho tercero puede rechazar la intervención del mediador. *Vid.* STOLFI (*op. cit.*, págs. 14 y 15), quien manifiesta: «Può darsi che il secondo contraente accetti i servizi del mediatore, conferendogli così espressamente o tacitamente l'incarico ed in questa ipotesi si discute se vi sia un solo contratto di mediazione o ve ne siano due. Questa seconda tesi ci sembra esatta. Essa fa leva soprattutto sulla considerazione che il mediatore riceve successivamente l'incarico da entrambi i futuri contraenti, sicché si tratta di atti non contestuali, che ordinariamente hanno anche un contenuto diverso. Il secondo contraente rimane invece estraneo al contratto di mediazione, se manifesta espressamente di non voler conferire alcun incarico al mediatore, oppure se può dimostrare di avere trattato con il mediatore non come tale, ma in quanto l'aveva ritenuto un mandatario o un *nuncius* o un altro ausiliario qualunque del primo contraente». Por su parte, REZZARA (*op. cit.*, págs. 203 y 204) indica que, en caso de duda, debe considerarse que ha actuado como mediador, «se corrisponde all'esercizio della sua professione e alla qualità con cui fu adito nell'affare».

(174) Las consecuencias de esta situación no difieren de las que se derivarían de la existencia, desde un primer momento, de dos encargos de mediación al mismo corredor: uno, por ejemplo, para comprar una finca con unas determinadas características, y otro para enajenar un fundo con esas mismas condiciones. La única divergencia radica en el hecho de que, en la hipótesis que analizamos en este epígrafe, uno de los contratos de mediación se perfecciona de modo tácito *ex post*.

(175) *Vid.*, entre otros, los artículos 632 y 633 (sobre la forma *ad substantiam* de las donaciones) y 1.289 del Código Civil (en relación con la interpretación de los contratos gratuitos).

A) ¿CUÁNDO SE HA BENEFICIADO EL TERCERO DE LA ACTUACIÓN DEL MEDIADOR?

En esta materia el arbitrio judicial resulta muy amplio. No obstante, en nuestra opinión, el envío de información por parte del mediador a ese tercero, la realización de gestiones de tipo registral (v.gr., solicitud y remisión de nota simple registral, en beneficio exclusivo del tercero interesado en contratar) o notarial, etc., nos llevarían a sostener la existencia de unas gestiones del mediador efectuadas en provecho del tercero. Tales actuaciones sobrepasan, de manera ostensible, los deberes del mediador emanados del contrato de corretaje previamente concluido con el oferente, pues, lejos de constituir gestiones efectuadas en su beneficio, se hallan dirigidas a satisfacer el interés del tercero que pretende contratar con él.

Como consecuencia de ello, la aprobación por este tercero de dichas actividades del mediador, verificadas única y exclusivamente en beneficio de aquél, supone la aceptación tácita de un contrato de mediación. Por consiguiente, si el contrato anhelado por quien realizó el primer encargo de corretaje se celebra con dicho tercero, se hallarán ambos obligados a satisfacer sus honorarios al mediador (en palabras de STRACCA: «*Salarium proxenetæ, quando ministerium suum ad utriusque commodum accomodaverit, ab utraque parte persolvendum puto*») (176).

Según se pone de relieve en la SAP de Almería, de 22 de noviembre de 2002, «a falta de pacto expreso, para acudir a la aplicación por usos de la regla distributiva de la remuneración entre ambos contratantes debe apreciarse al menos un nexo derivado del corretaje extensible a ambas partes, no pudiendo imponerse en estos supuestos obligación de pagar la mediación a quien no sólo no la pactó, sino que tampoco se ha vinculado en momento ni en modo alguno a ella, limitándose a admitir su intervención por exclusiva cuenta del otro contratante». Las apreciaciones efectuadas en la mencionada decisión judicial resultan plenamente certeras, si bien hemos de advertir que en el supuesto de hecho en ella juzgado se niega la existencia del referido «nexo derivado del corretaje extensible a ambas partes».

En el caso analizado en esta sentencia, un determinado sujeto concertó los servicios profesionales del mediador, en aras de lograr la adquisición de una vivienda. El corredor, en cumplimiento de la prestación asumida en virtud de este contrato de mediación, se puso en contacto con una persona que había ubicado un letrero en una zona visible del exterior de su vivienda, donde anunciaba su propósito de enajenarla. En la aludida decisión judicial se explica que el mediador «llamó al demandado [vendedor] y le propuso la compra de la vivienda, aceptando éste venderla», y, una vez suscrito el con-

(176) STRACCA, *Tractatus de proxenetis atque proxeneticis*, pars ultima, 16 (cit. por SANPONS, *op. cit.*, pág. 184).

trato de compraventa, «sin que antes se hubiera planteado vínculo ni obligación alguna entre mediador y vendedor, aquél planteó el tema de la remuneración, declinando el vendedor tener obligación alguna al respecto...». En realidad, el corredor no llevó a cabo sus gestiones en beneficio de las dos partes contractuales, sino que cumplió estrictamente el deber de prestación brotado del contrato de mediación concluido con quien finalmente adquirió la vivienda. El vendedor, por su parte, se limitó a prestar su anuencia a la propuesta de compraventa sobre la misma, sin que el mediador efectuara gestión alguna en su favor. Como consecuencia de ello, la Audiencia acierta al excluir la presencia en dicha hipótesis de un deber de remuneración al corredor a cargo del vendedor de la vivienda.

En cambio, en otro supuesto diferente, pero a través de un razonamiento conectado con el anterior, la SAP de Murcia, de 7 de julio de 2004, concede al corredor el derecho a cobrar sus honorarios a los dos contratantes. En este litigio fue el vendedor de la vivienda quien perfeccionó un contrato de mediación con una agencia inmobiliaria, con el propósito de que ésta lo pusiera en contacto con sujetos eventualmente interesados en la adquisición de dicho inmueble. El demandado —comprador— acudió a la mencionada agencia, donde tuvo acceso a un cartel en el que se ofrecía la venta de una determinada vivienda; «al interesarse por ella», se señala en la sentencia, «una empleada de la inmobiliaria le acompañó al lugar donde se encontraba con la finalidad de enseñársela, aunque [...] no pudo ver la vivienda porque el vendedor les dijo [...] que no podía enseñársela porque estaba esperando a otra persona con la que había hablado para la venta de la vivienda». Posteriormente, una vez conocido el emplazamiento exacto de la antedicha vivienda como consecuencia de las previas gestiones de la agencia inmobiliaria, el comprador se puso en contacto directamente con el vendedor, y celebraron la compraventa.

Ante dicha situación, la agencia mediadora interpuso una demanda contra la parte compradora, en la que le reclamó el pago de sus honorarios (177). La sentencia del Juzgado de Primera Instancia fue estimatoria de las pretensiones del mediador, y, más tarde, resultó confirmada por la decisión de la Audiencia Provincial que ahora analizamos. En ésta, la Audiencia asevera que «la actividad de mediación realizada por la actora aprovechó al hoy demandado, en cuanto que le permitió conocer que esa vivienda estaba en venta, así como la localización de la misma, por lo que es claro que el demandado ha de abonar la cantidad reclamada, en concepto de honorarios por la actividad mediadora realizada». En términos abstractos, se indica que

(177) Aunque nada se menciona en la sentencia analizada, suponemos que el vendedor accedió voluntariamente al pago de la remuneración pactada con la agencia inmobiliaria, pues, en otro caso, habría sido también demandada por ésta.

«cuando la celebración del contrato se consigue aprovechándose de la labor del mediador es obligado pagar el corretaje, pues si la mediación efectuada ha resultado eficaz, por haber propiciado la celebración del negocio, debe ser remunerada mediante la correspondiente comisión».

A pesar de mostrarnos conformes con el razonamiento general de la Audiencia transcrito en último lugar, consideramos excesiva su aplicación al caso juzgado. A nuestro modo de ver, por el mero hecho de informar a un sujeto sobre la oferta de venta de una determinada vivienda y sobre su ubicación, no cabe concluir que, una vez perfeccionada la compraventa de ésta, el comprador se ha «aprovechado» de la labor del mediador. En caso contrario, el mediador tendría en todos los supuestos derecho a cobrar a todas las partes negociales su retribución, ya que aquél siempre transmite al tercero información relativa al concreto negocio pretendido por quien realizó el encargo de la mediación, aunque dicho tercero se limite, posteriormente, a aceptar la propuesta contractual del oferente. Si asumimos la doctrina expuesta en la sentencia estudiada, el tercero invariablemente «aprovecha» el trabajo del corredor.

Sin embargo, comunicar a un sujeto interesado en adquirir una vivienda la existencia de un inmueble cuyo propietario le ha encomendado la búsqueda de eventuales compradores, en nuestra opinión, constituye el mero cumplimiento del deber de prestación asumido por la agencia inmobiliaria en el seno del contrato de mediación concluido con el vendedor. No supondría, por lo tanto, la perfección, por su parte, de un nuevo contrato de mediación con el comprador.

En esta hipótesis, el corredor no habrá llevado a cabo gestiones en beneficio del tercero; tampoco en el caso de haberle exhibido la referida vivienda. Tales actividades de la agencia inmobiliaria han de incardinarse, necesariamente, en el ámbito del cumplimiento del contrato de corretaje celebrado con el vendedor, pues permiten a éste inhibirse de la compleja búsqueda de personas interesadas en comprar su vivienda y de la fatigosa labor de mostrársela a cada una de ellas. Como puede comprobarse, estas actuaciones benefician directamente al oferente. Pero, ¿cabría plantear que, a su vez, son realizadas en provecho del comprador? De la sentencia que ahora escrutamos parece inferirse que la respuesta a este interrogante ha de ser afirmativa.

Sin embargo, según nuestro criterio, el comprador únicamente obtiene del mediador la información sobre la vivienda, y, finalmente, acepta la propuesta que se le traslada. Dicha información la obtiene en la sede física de la agencia inmobiliaria, porque, precisamente, es uno de los lugares donde habitualmente se muestra la publicidad referida a las ofertas de venta de inmuebles. Esta situación no difiere substancialmente, en relación con el tercero, de la que se verifica cuando consulta los anuncios de un diario o de una «página web» donde se ofrece la venta de viviendas. Proporcionar dicha información

no constituye otra cosa que el cumplimiento del contrato de mediación que vincula a la agencia inmobiliaria con el vendedor, de tal forma que lo «pone en contacto» con el comprador. Si ambas partes concluyen el contrato de compraventa, el vendedor habrá de satisfacer los honorarios pactados con la agencia, pues ha sido ésta quien, al dar noticia directa de la oferta de enajenación de su vivienda al adquirente, ha propiciado tal negocio; no obstante, el comprador no podrá ser compelido a pagar remuneración alguna, salvo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil, haya acordado lo contrario con el mediador presentado por el vendedor (178).

No obstante todo lo expuesto, hemos de advertir que cuando parte de las gestiones del mediador realmente han sido efectuadas en provecho e interés del tercero, y no solamente en cumplimiento del contrato de mediación previamente concertado con el oferente, aquél tiene derecho a cobrar su remuneración a ambos contratantes finales. A pesar de ello, podemos hallar alguna decisión —si bien excepcional— en la que el Juzgador se aparta de la doctrina jurisprudencial consolidada a la que hemos hecho alusión.

A modo de ejemplo, podemos mencionar la SAP de La Rioja, de 30 de junio de 2006, en la que se niega la existencia del deber de remunerar al mediador a cargo del comprador (tercero), en un caso en el que el corretaje había sido inicialmente encargado por la parte vendedora. La mencionada Audiencia llega a tal conclusión, aunque reconoce que el mediador envió «documentación sobre la finca indicada» al comprador, incluso «con remisión de datos registrales de la finca», así como de un «borrador de escritura de compraventa». Por otra parte, se admite la existencia de un «aviso» del corredor al comprador, «que se hacía para que recogiese la escritura de compraventa de la finca [...], e incluso que la notaría les iba a enviar a la demandante [el mediador] dichas escrituras por mensajero, con referencia al importe de la escritura». Asimismo, la citada sentencia hace referencia a un documento enviado por la parte compradora al mediador en el que informa de su decisión de «compensarle por las comisiones no devengadas, en la compra efectuada [...], ofreciendo excepcionalmente, y sólo por esa vez, al tratarse de un caso especial, una comisión del 4 por 100» sobre la venta de otra finca de la que eran propietarios los compradores del primer fundo, «aunque en lo sucesivo toda comisión sería del 2 por 100» para cualquier operación de enajenación de fincas.

(178) En nuestra opinión, si se concediera en todo caso a la agencia inmobiliaria derecho a exigir sus honorarios tanto al vendedor como al comprador, por el mero hecho de haber comunicado a éste la existencia de una oferta de venta de una determinada vivienda, se estarían alentando las conductas fraudulentas tendentes a la evitación del pago de dicha cantidad por el adquirente (v.gr., mediante el envío a la agencia inmobiliaria de una persona de confianza de quien verdaderamente se halla interesado en comprar una vivienda con el propósito de obtener información sobre los concretos inmuebles que pretenden venderse).

En este supuesto, parece claro que el corredor ha desarrollado actuaciones también en beneficio del tercero, pues no sólo le envió información sobre la finca objeto de la compraventa, sino que llevó a cabo gestiones de carácter notarial para elevar a escritura pública dicho contrato, así como de tipo registral, pues le remitió los datos registrales del aludido fundo. A nuestro modo de ver, todas estas actividades redundan en provecho del comprador, y no pueden ser consideradas como manifestación del cumplimiento del primitivo contrato de corretaje concluido con la parte vendedora. Parece evidente que la parte interesada en la elevación del contrato de compraventa a escritura pública es, precisamente, la compradora, y en ningún caso la vendedora. Por otra parte, sin ningún género de duda, es al comprador a quien beneficia el envío de los datos registrales de la finca que pretende adquirir, ya que, de este modo, podrá conocer si recaen cargas sobre el inmueble objeto de la compraventa. En ningún caso cabría sostener que el envío de tales documentos se efectúa en beneficio de la parte vendedora, puesto que, incluso, podría llegar a menoscabar sus intereses. Naturalmente, es el comprador quien directamente aprovecha esta gestión del mediador.

Pese a todas estas circunstancias, la Audiencia Provincial de La Rioja se separa claramente de la doctrina jurisprudencial mayoritaria, y concluye que «no puede entenderse que sea determinado en autos la existencia de una relación contractual entre actora y demandada [...], ni por supuesto que la demandante hubiese efectuado labor de intermediación a petición de la demandada...». Como consecuencia de ello, niega la presencia de un deber de remunerar al corredor por parte del comprador. En último término, la referida sentencia parece obviar que la conclusión del contrato de corretaje puede verificarse tácitamente (ex art. 1.710 del Código Civil, por analogía), y que, frecuentemente, la actividad de mediación comienza por iniciativa del propio corredor, ya que no es imprescindible la existencia de un encargo previo por parte del interesado, siempre y cuando éste asuma posteriormente las gestiones ya realizadas.

B) ¿CUÁL ES LA CUANTÍA DE LOS HONORARIOS DEL MEDIADOR QUE DEBERÁ SATISFACER EL TERCERO?

Como expusimos con anterioridad (179), cuando los servicios de mediación son prestados por un profesional dedicado a esta actividad, se presume la existencia de una remuneración, salvo pacto expreso en contra (como acontece en el caso del mandato conferido a un «profesional», y en el de la comisión mercantil). Para que dicho contrato tenga carácter oneroso, no es

(179) Vid., *supra*, el apartado III.3 de este trabajo.

indispensable haber acordado expresamente la cantidad de los honorarios del mediador, siempre y cuando sea determinable sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes contractuales (cfr. art. 1.273 del Código Civil).

En este caso, la retribución del corredor se podrá calcular mediante la aplicación de los aranceles o tarifas profesionales que correspondan. Por lo tanto, cabe fijar sus honorarios acudiendo a las tarifas de los Colegios o Asociaciones Profesionales del sector económico y de la localidad en la que desarrolle su actividad, o bien aplicando la costumbre o el uso frecuente en el lugar o plaza donde los servicios se han prestado (ex arts. 1.258 y 1.287 del Código Civil) (180). En relación con este tema, hemos de advertir, a título de ejemplo, que las asociaciones inmobiliarias y los colegios de agentes de la propiedad inmobiliaria mayoritariamente hacen alusión a un uso remunerativo en las compraventas de bienes inmuebles, en virtud del cual tanto el comprador como el vendedor han de satisfacer al mediador una retribución, que se calculará mediante la aplicación de un determinado porcentaje sobre el importe total de la operación. Dicho porcentaje varía en función de la región o de la «plaza» en la que nos hallemos.

De cualquier forma, ni el legislador ni el Tribunal Supremo establecen que sea un requisito esencial la fijación explícita en el contrato de la cuantía del premio por la mediación.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «Las mutuas influencias entre la Legislación y la jurisprudencia», en *Libro-homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre*, vol. I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, págs. 825 a 841.

(180) En contra de una importante doctrina jurisprudencial, la STS de 11 de julio de 2007 estima que las tarifas de los Colegios o Asociaciones Profesionales no constituyen uso remunerativo alguno. En un supuesto donde, después de haber puesto el mediador en contacto a las partes contractuales, éstas prescinden de sus servicios, el Alto Tribunal considera que aquél debe percibir su remuneración, aunque confirma la decisión de la sentencia de instancia, ya que otorga al corredor una retribución notablemente inferior a la indicada en las tarifas del Colegio Profesional correspondiente: «El recurrente pretende que se utilice esta regla con finalidad integradora del contrato y a falta de regulación en relación a la cuantía del precio y es entonces cuando se pretende que se apliquen las reglas del mencionado artículo 1.287 del Código civil como integradoras de una voluntad que resulta desconocida, al tratarse de un contrato verbal (sentencias de 2 diciembre 1994 y 13 noviembre 2000). A pesar de ello, no puede denunciarse la interpretación realizada por la Sala sentenciadora, al aplicar una regla de equidad para determinar la cantidad a que tiene derecho el mediador, puesto que no ha demostrado que la interpretación efectuada por la Sala sea contraria a la voluntad de las partes, porque no ha podido ser probada más que en lo relativo a la conclusión del propio contrato, y las tarifas colegiales deben considerarse como pautas orientadoras y no se ha probado que constituyen el uso a que se alude en el artículo 1.287 del Código Civil».

- AZZOLINA, U.: *La mediazione*, 2.^a edic., UTET, Torino, 1955.
- BALOSSINI, C. E.: *Usi e tariffe della mediazione in Italia*, Giuffrè Editore, Milano, 1959.
- BARASSI, L.: *Il contratto di lavoro nel Diritto positivo italiano*, vol I, 2.^a edic., Società Editrice Libreria, Milano, 1915, cap. 154.
- BÉNABENT, A.: *Droit Civil*, Les contrats spéciaux, 2.^a edic., Ed. Montchrestien, Paris, 1995.
- BLANCO CARRASCO, M.: «El contrato de corretaje», en *RDP*, marzo-abril de 2005, págs. 3 a 36.
- BOLAFFIO, L.: «Dei mediatori. Delle obbligazioni commerciali in generale», en *Il Codice di Commercio commentato*, vol. II, 5.^a edic., coord. por L. BOLAFFIO y C. VIVANTE, UTET, Torino, 1923.
- BONET CORREA, J.: «El contrato de corretaje o mediación, comentario a la STS de 3 de junio de 1950», en *ADC*, T. IV, fasc. IV, octubre-diciembre, 1951, págs. 1617 a 1628.
- «El corretaje o mediación (Conclusiones críticas a la obra de AZZOLINA)», en *RDN*, abril-junio de 1956, págs. 305 a 336.
- BONET RAMÓN, F.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de junio de 1940», en *RDP*, enero de 1944, núm. 322, págs. 800 y 801.
- BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, 11.^a edic., a cargo de F. MARTÍNEZ SANZ, Ed. Tecnos, Madrid, 2004.
- BRUTTI, M.: voz *Mediazione (storia)*, Enc. del Dir., T. XXVI, Giuffrè Editore, Milano, 1976, págs. 12 a 33.
- CARRARO, L.: *La mediazione*, 2.^a edic., Ed. Cedam, Padova, 1960.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, 15.^a edic., revisada y puesta al día por J. FERRANDIS VILELLA, Ed. Reus, Madrid, 1993.
- CASTRO LUCINI, F.: «Los negocios jurídicos atípicos», en *RDN*, julio-diciembre de 1974, págs. 7 a 34.
- CATAUDELLA, A.: voz *mediazione*, Enc. Giur. Treccani, vol. XIX, Roma, 1990.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1971, reimpr. 2002.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.^a edic., Ed. Tecnos, Madrid, 2001, reimpr. 2005.
- DUALDE GÓMEZ, J.: «La materia contractual única», en *Libro-homenaje al Profesor don Felipe Clemente de Diego*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1940, págs. 27 a 40.
- DUTILLEUL, F. C. y DELEBECQUE, P.: *Contrats civils et commerciaux*, 7.^a edic., Ed. Dalloz, Paris, 2004.
- ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil*, T. II, Derecho de Obligaciones, vol. 2.º, Primera Parte, 15.^a revisión por H. LEHMANN, trad. esp. con anotaciones de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, 3.^a edic., Ed. Bosch, Barcelona, 1966.
- FERRI, G.: *Manuale di Diritto Commerciale*, 12.^a edic., a cura di C. ANGELICI e G. B. FERRI, UTET, Torino, 2006.
- FINOCCHIO, P. C.: *La mediazione nel Diritto italiano*, S.A.I.G.A. Fratelli Armanino, Génova, 1915.

- GALGANO, F.: *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, t. II, 3.^a edic., Cedam, Padova, 1999.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Notas sobre la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho español», en *ADC*, 1963, T. XVI, fasc. I, págs. 33 a 57.
- GARCÍA GIL, F. J. y GARCÍA NICOLÁS, L. A., *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria*, 2006.
- GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F. J.: *La Mediación Inmobiliaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1988.
- GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho Mercantil*, T. III, vol. 1.º, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963.
- GÁZQUEZ SERRANO, L.: «Notas para el estudio del contrato de mediación», en *Estudios de Derecho de Obligaciones*, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez, T. I, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 861 a 894.
- *El contrato de mediación o corretaje*, Ed. La Ley, Madrid, 2007.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: «Arrendamientos urbanos y contrato de corretaje», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1584, 15 de diciembre de 1990, págs. 113 a 125.
- GIRÓN TENA, J.: *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil (Estudios)*, 1.^a edic., Ed. Civitas, Madrid, 1986.
- HEYMANN, E.: «Der Handelsmakler», en *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, T. V, vol. 1, herausgegeben von Dr. Victor Ehrenberg, O. R. Reisland, Leipzig, 1926.
- IANNELLI, D.: *Il contratto di agenzia. La mediazione*, 2.^a edic., T. II, obra colectiva con G. GIORDANO y G. SANTORO, colecc. «Giurisprudenza sistematica di Diritto Civile e Commerciale» (fondada da W. Bigiavi), UTET, Torino, 1993.
- JORDANO BAREA, J. B.: «Los contratos atípicos», en *RGLJ*, segunda época, T. XXVII, 1953, págs. 51 a 95.
- JÖRS, P.: *Derecho Privado Romano*, edición totalmente refundida por W. KUNKEL, trad. esp. de la 2.^a edic. alemana por L. PRIETO CASTRO, Ed. Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1937.
- LARENZ, K.: *Derecho de Obligaciones*, T. II, trad. esp. y notas por J. SANTOS BRIZ, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- LETE DEL RÍO, J. M. y LETE ACHIRICA, J.: *Derecho de Obligaciones*, vol. II, 1.^a edic., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- LUMINOSO, A.: «La mediazione», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, vol. XXXI, T. 3, Giuffrè Editore, Milano, 1993.
- MARINI, A.: «La mediazione», comentario a los artículos 1.754-1.765, en *Il Codice Civile. Commentario*, dir. por P. SCHLESINGER, Giuffrè Editore, Milano, 1992.
- MARTÍNEZ VAL, J. M.º: *El contrato de corretaje*, colección «Economía y Comercio», 1, Publicaciones de la Escuela de Comercio, Ciudad Real, 1955.
- MESSINEO, F.: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (codici e norme complementarie)*, vol. 5.º, 9.^a edic., Giuffrè Editore, Milano, 1958.
- NAVARRO VILARROCHA, P.: «El corretaje de los bienes inmuebles», en *Revista General de Derecho, Sección práctica*, julio-agosto de 1981, págs. 877 a 883.

- ORTEGA PARDO, G.: «Cuasi-contratos atípicos», Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, en *ADC*, Madrid, 1948; o bien en *ADC*, T. I, fasc. II, págs. 493 a 517.
- PERFETTI, U.: *La mediazione. Profili sistematici ed applicativi*, Giuffrè Editore, Milano, 1996.
- POZZI, M.: voz «mediazione», en *Nuovo Dig. It.*, T. VIII, Torino, 1940, págs. 391 a 402.
- PUIG BRUTAU, J.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho (interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1951.
- *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. II, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1956.
- *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. I, 2.^a edic. ampliada y puesta al día, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1978.
- QUINTANA CARLO, I.: «La protección del consumidor como turista», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 2, septiembre de 1984, págs. 65 a 86.
- REZZARA, J.: *Dei mediatori e del contratto di mediazione. Studio di Diritto Commerciale*, Ed. Fratelli Bocca, Torino, 1903.
- RIERA AÍSA, L.: voz *Corretaje*, Nueva Enciclopedia Jurídica, T. V, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1953, págs. 812 a 817.
- RODRÍGUEZ VALCÁRCE, F.: «Proceso de cognición-reclamación de cantidad en concepto de prima pactada en contrato de corretaje», en *Revista de Derecho Procesal*, 1958, núm. 1, págs. 949 a 958.
- RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A.: *Manual de Derecho Mercantil*, 2.^a edic., Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: «El Código de Comercio y los contratos mercantiles», en *Centenario del Código de Comercio*, Ministerio de Justicia-Centro de Publicaciones, Madrid, 1986, págs. 213 a 260.
- SANPONS SALGADO, M.: *El contrato de corretaje*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1965.
- STOLFI, M.: «Della mediazione», en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA, libro IV, Delle obbligazioni, arts. 1.754-1.860, Nicola Zanichelli Editore-Soc. Ed. del «Foro Italiano», Bologna-Roma, 1954.
- TROISI, B.: *La mediazione*, Giuffrè, Milano, 1995.
- TUMEDEI, C.: «Del contratto di mediazione», en *Riv. Dir. Comm.*, vol. XXI, 1923, Parte Prima, págs. 113 a 142.
- URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y ALONSO SOTO, R.: *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, Estudio colectivo coord. por R. URÍA y A. MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- VARELLI, C.: *La mediazione*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1953.
- VIVANTE, C.: *Comentario a App. Milano, 28 giugno 1894*, *Giurispr. Ital.*, 1894, Parte I, Sez. 2, págs. 567 y 568.
- VV.AA.: *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungs-gesetz*, T. II, vol. 2, 4.^a edic., herausgegeben von Dr. E. STROHAL, Ed. Walter de Gruyter & Co., Berlin-Leipzig, 1928.

RESUMEN

MEDIACIÓN

En el seno del actual tráfico jurídico y, de manera destacada, en el ámbito de la actividad mercantil, puede apreciarse un auge de las figuras contractuales de «colaboración». Dentro de ellas, goza de una gran relevancia el denominado «contrato de mediación o corretaje», donde el mediador facilita la celebración del contrato entre el oferente y un tercero, mas no contrata él mismo con dicho tercero en interés del oferente. En la práctica se plantean muchas cuestiones interesantes en torno a este tipo contractual, que se halla escasamente regulado y, por lo tanto, ha sido configurado jurisprudencialmente. Nuestros Tribunales, de manera constante, lo han descrito como «un contrato innominado facio ut des, principal, consensual y bilateral, por el que una de las partes (el corredor) se compromete a indicar a la otra (la comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle para ello de intermediario a cambio de una retribución». En el presente trabajo se analizan estas y otras notas características del contrato de mediación, así como sus repercusiones prácticas.

ABSTRACT

MEDIATION

An upsurge in contracts concerning «collaboration» in various formats may be observed today in legal business and particularly in commercial business. One of the foremost of such contracts is termed the «mediation or brokerage contract», where the mediator facilitates the forging of a contract between an offerer and a third party yet does not himself contract with said third party on the offerer's behalf. In practice many interesting questions are raised concerning this type of contract, which is only sketchily regulated and therefore has been configured through case law. Our courts have steadily described it as «an innominate, facio ut des, principal, consensual, bilateral contract whereby one of the parties (the broker) undertakes to indicate to the other (the principal) the opportunity to conclude a legal act with a third party or to serve the principal as an intermediary for that purpose in exchange for a consideration». This article analyses this and other features characteristic of the mediation contract, as well as their practical repercussions.

(Trabajo recibido el 02-10-07 y aceptado para su publicación el 10-10-07)