



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

COMPRAVENTA A TRAVÉS DE AGENTE
INMOBILIARIO
COMPRAVENDA A TRAVÉS DE AXENTE
INMOBILIARIO
PURCHASE VIA REAL ESTATE AGENT

AUTOR: Natalia Carracedo Villares
TUTOR: Alfonso Ballesteros Soriano

ÍNDICE

I. SUPUESTO

II. CUESTIÓN 1

1. Introducción	5
2. El contrato de mediación o corretaje	5
2.1. Concepto	5
2.2. Características.....	6
2.3. Diferencias con otros contratos afines.....	8
2.4. Regulación.....	9
2.5. Derechos y obligaciones de las partes.....	10
2.6. La exclusiva.....	17
3. El contrato de compraventa.....	18
3.1. Concepto	18
3.2. Características.....	18
3.3. Regulación.....	19
3.4. Derechos y obligaciones de las partes.....	19

III. CUESTIÓN 2

1. Hechos	25
2. Fundamentos de derecho	25
2.1. En relación a las obligaciones contractuales de Alfa Hogar S.L.....	25
2.2. En relación a las obligaciones contractuales de Mario Santos y la eventual vulneración de las mismas	26
3. Conclusión.....	31

IV. CUESTIÓN 3

1. Ámbito civil	33
1.1. Contestación a la demanda.....	33
1.2. Reconvención.....	36
2. Ámbito penal	41
2.1. Denuncia penal	41

V. CONCLUSIONES

VI. BIBLIOGRAFÍA, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

1. Bibliografía.....	50
2. Normativa.....	51
3. Jurisprudencia.....	51

I. Supuesto

En el mes de mayo de 2014, Mario Santos, con residencia actual en Madrid, quiere poner a la venta un piso que tiene en propiedad situado en la ciudad de A Coruña, calle Compostela nº 5. Tras unos meses ofertando su vivienda en anuncios de periódicos locales, a finales de agosto del mismo año, Mario consulta con varias agencias inmobiliarias de la zona ofertas similares a la suya y la evolución en los últimos meses de las ventas realizadas en la zona.

El 7 de septiembre de ese mismo año acude a una oficina de la entidad Alfa Hogar S.L. en A Coruña y una agente profesional de la empresa, Bárbara Novoa, le informa de los programas de análisis del mercado y de los sistemas de negociación y captación de clientes con los que trabajan y le asegura que se adaptan muy bien al modelo de su vivienda. Mario, ilusionado por los servicios que presta Alfa Hogar S.L. (reportaje fotográfico, servicio de apoyo en visitas, decoración, entre otros) decide poner la venta de la vivienda en manos de esta entidad. El 10 de septiembre de 2014 Bárbara Novoa, en representación de Alfa Hogar S.L. (en su calidad de administradora única de la sociedad), y Mario deciden formalizar el acuerdo y suscriben un contrato de colaboración de venta en exclusiva durante 12 meses y precio mínimo de venta 450.000 euros.

A los siete días Mario recibe una llamada de Bárbara y le comunica que los días 22 y 23 ha programado dos visitas a la vivienda, a las que finalmente acuden las tres partes (Mario, Bárbara y los interesados). En la primera visita se reúnen con Jaime, un potencial comprador, al que el precio de partida le ha parecido elevado; y en la segunda se reúnen con Ángel Gómez, propietario del estudio de arquitectura Vientos S.L, al que le ha gustado mucho la disposición de la vivienda. Bárbara le hace ver a Mario que ninguna de las visitas estaba realmente interesada en llegar a un acuerdo y no se molesta en negociar con las partes ni en formular documento justificativo alguno de las visitas. Ella misma explica a Mario que como profesional quiere encontrar la mejor oportunidad de venta para él. Para continuar prestándole el servicio acordado Bárbara le indica que tiene que abonar 1000 euros por medio de una transferencia a una cuenta bancaria cuyo titular es Alfa Hogar S.L., siendo Bárbara Novoa la persona autorizada para disponer de los fondos. Mario ingresa al día siguiente la cantidad requerida.

Mario regresa a Madrid sin volver a recibir noticias de la inmobiliaria. Un año después, el 4 de octubre de 2015, Mario vuelve a A Coruña y realiza una visita a Bárbara para comprobar qué avances ha conseguido en todo este tiempo en relación a la venta de su piso. Ángel Gómez había vuelto a interesarse en varias ocasiones por la vivienda pero Bárbara le decía que la casa ya no estaba en venta y le aconsejaba buscar otras ofertas. Mario nunca tuvo constancia de este contacto entre Ángel y Bárbara.

Mario aprovecha para comunicarle que va a estar unos días en A Coruña y que ha decidido poner por su cuenta un cartel de “se vende” en las ventanas de la vivienda con su número de teléfono particular. Bárbara le insiste que es importante que le abone 2000 euros más para poder gestionar la celebración del contrato de compraventa esperado.

El 10 de octubre Mario recibe una llamada de teléfono de Islandia Inmobiliaria S.L. interesándose por su vivienda y ofreciéndole un servicio de gestión de venta; no formalizan ningún acuerdo por escrito, pero sí firman pacto de pago de comisión sometido a la formalización de la compraventa futura. Islandia Inmobiliaria S.L. pone en contacto

al vendedor del inmueble con Ángel, el propietario del estudio de arquitectura Vientos S.L, que vuelve a interesarse por la venta del piso. Tras un proceso de negociación ambas partes llegan a un acuerdo y el 14 de octubre de 2015 Mario y Ángel firman contrato de compraventa de la propiedad sita en la calle Compostela nº 5 de la ciudad coruñesa, por importe de 430.000 euros.

Al enterarse de que ha tenido lugar la firma de contrato de compraventa con Ángel, Alfa Hogar S.L. se dispone a reclamar la remuneración pertinente por los servicios de gestión de compra prestados a Mario, pues considera que le son debidos porque ellos mismos le habían facilitado el cliente con el que finalmente contrató. Mario, por su parte, no ha vuelto a saber nada de Bárbara y ha pagado a Islandia Inmobiliaria S.L. el importe referido a la comisión en virtud de la firma de acuerdo de pago por su intervención en el contrato final de compraventa.

II. Identifique los diferentes negocios jurídicos presentes en el caso, indicando los derechos y obligaciones de las partes

1. Introducción

En el presente caso podemos distinguir tres negocios jurídicos: los dos primeros son contratos de mediación inmobiliaria y el tercero es un contrato de compraventa.

Con respecto al primero, el contrato de mediación inmobiliaria, este se realiza el 10 de septiembre de 2014 entre Mario Santos, propietario del inmueble situado en la Calle Compostela, y la agencia inmobiliaria Alfa Hogar S.L. (a través de su representante y administradora única, Bárbara Novoa). Se trata de un contrato de mediación inmobiliaria con un pacto de venta en exclusiva de 12 meses de duración y un precio mínimo de venta de 450.000 euros. Posteriormente, en el marco de este negocio jurídico, Alfa Hogar S.L. le indica a Mario Santos que para continuar prestándole sus servicios tiene que abonar primero 1.000 euros y, más adelante, 2.000 euros.

Con respecto al segundo de los negocios, otro contrato de mediación inmobiliaria, se produce el 10 de octubre de 2015 entre Mario Santos, propietario del inmueble mencionado y la agencia Islandia Inmobiliaria S.L. Aunque se trata igualmente de un contrato de mediación inmobiliaria, a diferencia del anterior, en este caso no se formaliza ningún acuerdo por escrito, aunque se firma un pacto de pago de comisión sometido a la formalización de la compraventa futura. Ambos negocios jurídicos, por tanto, tienen como finalidad la búsqueda de un comprador para el piso sito en la calle Compostela, nº5 de A Coruña.

El tercero y último de los negocios jurídicos que se origina es el contrato de compraventa de la propiedad citada por importe de 430.000 euros el 14 de octubre de 2015. El vendedor es Mario Santos y el comprador es Ángel Gómez. Este negocio se realiza gracias a la mediación de Islandia Inmobiliaria S.L.

Como pone de manifiesto lo anterior, el objeto de este trabajo es principalmente el contrato de mediación o corretaje —en particular, la mediación inmobiliaria—, por lo que centraremos en el mismo la mayor parte de la atención, desarrollando en menor medida el contrato de compraventa.

2. El contrato de mediación o corretaje

2.1. Concepto

La relación contractual entre el propietario y el agente inmobiliario para que el segundo promueva la celebración de la compraventa de la propiedad inmobiliaria del primero se califica como contrato de mediación o corretaje inmobiliario. Dicho contrato carece de una definición legal en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que para delimitar su concepto, partiremos de la jurisprudencia, en particular de una sentencia que arroja luz sobre este concepto:

“Por el contrato de corretaje o intermediación inmobiliaria, según aclara nuestro Tribunal Supremo (Sentencias 28 de febrero de 1957; 27 de diciembre de 1962; 6 de marzo de 1967; 5 de junio de 1978 y 1 de diciembre de 1986, entre otras), una persona

se obliga a pagar una remuneración a otra para que ésta realice una actividad encaminada a ponerle en relación con un tercero a fin de concertar un contrato determinado en el que el mediador no tendrá participación alguna” (vid. Audiencia Provincial de Alicante de 21 de abril de 2008).

Con algo más de precisión nos podemos referir al contrato de mediación inmobiliaria como aquel por el cual una de las partes (comitente u oferente), interesado en celebrar un negocio jurídico que tenga por objeto un inmueble de su propiedad, solicita los servicios de otra parte (mediador o corredor), que se compromete, a cambio de una retribución económica, a realizar las gestiones necesarias a fin de poner en contacto a quien ha contratado sus servicios con un tercero que puede estar interesado en aquel negocio jurídico con el oferente. Como se ve, el núcleo esencial de la mediación inmobiliaria es facilitar la aproximación entre compradores y vendedores, aunque finalmente, no se produzca la venta del inmueble. Esto es así, porque ello depende de voluntades diferentes a la del propio corredor. No obstante, como indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de febrero de 1991, el mediador no se obliga a conseguir el resultado, es decir, a la conclusión del contrato principal, pero *“una cosa es que no se obligue en principio a obtener el resultado y otra distinta es que tenga derecho al premio sólo por ejecutar su actividad mediadora”*. Así, parece fundamental el condicionante del resultado en el contrato de corretaje¹.

En el primero de los negocios, por lo tanto, se produce una mediación inmobiliaria a través de Alfa Hogar S.L., que pone en contacto a Mario Santos con Ángel Gómez. Ahora bien, Mario Santos no concluye la compraventa a través de Alfa Hogar S.L., sino a través de la mediación de Islandia Inmobiliaria S.L.

2.2. Características

Con respecto a las características, es reiterada la doctrina que lo considera *“un contrato innominado, atípico o “sui generis”, “facio ut des” pero de carácter principal, consensual y bilateral”* (vid. Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de octubre de 2002)².

En primer lugar, este contrato se caracteriza por ser “innominado y atípico”. Es decir, carece de regulación propia y específica en nuestro ordenamiento jurídico, lo que obliga a acudir a reglas de otros contratos con los que guarda relación, aunque ello no obsta a que se trate de un contrato dotado de propio contenido sustantivo.

Esta atipicidad del contrato no impide que se apliquen las normas generales en materia de contratos. Así, se indica: *“Este contrato que por otra parte es de resultado y no de medios [...], se concierta entre corredor y cliente, tratándose normalmente de un contrato atípico cuya normativa aplicable vendrá constituida, aparte de lo expresamente convenido por las partes, por las normas generales de los contratos contenidas en los artículos 1254 y ss. CC y por la aplicación analógica de ciertas normas especiales de los tipos contractuales afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios y la comisión mercantil, de lo que se desprende que el agente tiene derecho a la retribución, tanto si el*

¹ Cremades García, P. (2009). *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria*. Madrid. Dykinson, p. 67.

² Véase, en la misma línea: STS 30 de junio de 1950, STS 27 diciembre de 1962, STS 3 de marzo de 1967 y STS de 4 de julio de 1994.

negocio proyectado se realiza con su intervención inmediata, como cuando el comitente se aprovecha de su gestión para celebrarlo directamente [...]” (vid. Audiencia Provincial de Alicante de 21 de abril de 2008). Según esto, debe regirse por las normas generales de los contratos contenidas en los artículos 1254 y siguientes del Código Civil. Por lo tanto, debe existir consentimiento de los contratantes, objeto cierto y causa de la obligación, pues se trata de requisitos necesarios para todo tipo de contratos.

En segundo lugar, se trata de un contrato “principal”. Es decir, el que la retribución del mediador dependa del perfeccionamiento de otro contrato —el de compraventa en este caso—, ha llevado a entender que, desde una perspectiva económica, el contrato de mediación o corretaje es un contrato accesorio de aquellos otros, que serían el contrato principal. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, no puede ponerse en duda la sustantividad propia de la mediación, calificada por algunos autores como un “previo contrato” y por la jurisprudencia como contrato preliminar o preparatorio³, distinto del contrato definitivo, y plenamente válido y eficaz “*ab initio*”⁴.

Por lo tanto, podríamos decir, que el contrato de mediación es un contrato “principal”, pues tiene su causa propia, que es la realización de las actividades tendentes a conseguir el contrato pretendido por el cliente. No existe accesoriedad de uno para con el otro. Esto es así, ya que nos encontramos ante un contrato de resultado, que no de medios, que impide al mediador el cobro de su retribución si no se llega al resultado útil de la actividad desplegada, que sería la conclusión del negocio que la mediación trata de lograr.

En tercer lugar, se caracteriza por ser “consensual”. Esta característica, común a todos los contratos, se realiza en nuestro caso cuando el comitente y el mediador prestan su consentimiento, el cual viene determinado por la concurrencia de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (vid. art. 1262 C.C.). El consentimiento se puede prestar expresa o tácitamente, debiendo ser en todo caso, un consentimiento patente, claro, terminante e inequívoco. Por lo anterior se puede decir que el contrato de mediación no está sujeto a forma alguna (vid. art. 1278 C.C.).

En cuarto lugar, se trata de un contrato “bilateral”. Esto es así, ya que del contrato de mediación o corretaje se derivan obligaciones y derechos para el mediador y para el cliente. Como bien se ha señalado⁵, en la actualidad no puede sostenerse que el mediador a nada se obliga y no puede sostenerse que “*a nadie se le ocurre demandarle si no lleva a cabo la gestión ofrecida o si la realiza a medias o incluso sin la diligencia necesaria*”, o que “*nada puede exigirle su oferente o mediado*”, pues no se concibe que hoy, en el ejercicio de una actividad profesional, no se contraiga ningún tipo de obligación, ni se responda de los perjuicios derivados de una mala actuación de aquél, lo que supondría dejar en la más completa indefensión al cliente.

³ Dicho carácter preparatorio es recogido, por ejemplo, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1992 al indicar que “*el agente, salvo apoderamiento y representación expresa, no interviene directamente en la conclusión de la compraventa final, aunque está autorizado a recibir cantidades a cuenta, si bien coadyuva eficazmente a la misma y su propia gestión es predominantemente pregestoria [...]”*.

⁴ García Gil, F. J., & García Nicolás, L. Á. (2006). *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria: contrato de mediación inmobiliaria (derechos y obligaciones de las partes, cobro de comisiones, etc.)*. Pamplona. Editado por los autores, pp. 21-22.

⁵ García-Valdecasas y Alex, F. J. (1998). *La mediación inmobiliaria: la mediación, agentes de propiedad inmobiliaria: terminología, señas de identidad, contrato de mediación, protección inmobiliaria, su problemática y la de la mediación en general*. Pamplona. Aranzadi, pp. 56-57.

Por último, hemos de añadir que se caracteriza por ser “oneroso”. Es esencial la existencia del precio cierto: si no hay precio el contrato es inexistente al faltarle la causa, elemento necesario de todo negocio jurídico. La ausencia de precio, o su difícil determinación o la imposibilidad de satisfacer dicho precio, supone la ausencia de uno de los requisitos esenciales que para la validez de los contratos que establece el artículo 1261 C.C. y, por tanto, será un contrato nulo.

2.3. Diferencias con otros contratos afines

En primer lugar hay que referirse al mandato. Se trata de la figura jurídica típica que más proximidad guarda con el corretaje, aunque no hay identidad entre ambas. El mandato supone que la celebración del contrato con el tercero es llevada a cabo por el mandatario, actuando en nombre del mandante o en nombre propio. Por el contrario, en rigor, el corredor o mediador se limita a poner en contacto a su principal o cliente con otra persona interesada en el acto o contrato de que se trate.

Sobre este aspecto, el Tribunal Supremo⁶ ha declarado que *“la esencia de la mediación radica en que la función del mediador está dirigida a poner en conexión a los que “pueden ser contratantes”, “sin intervención del mediador en el contrato”, ni actuar como mandatario; se halla sometido a la condición suspensiva de la celebración del contrato, no por sí mismo, sino por los interesados”* (vid. STS de 19 de octubre de 1993).

En segundo lugar, hay que referirse al contrato de servicios. Tampoco cabe asimilar el corretaje al contrato de servicios, pues el corredor asume una obligación de resultado y, por muchas gestiones o actuaciones que lleve a cabo, carece de derecho a retribución alguna si no se llega a celebrar efectivamente el contrato de referencia (vid. STS de 19 de octubre de 1993). Por lo que son dos las principales diferencias que separan ambas figuras: en primer lugar el carácter de gestión del arrendamiento de servicios frente al contrato de corretaje en el que a la gestión hay que añadirle la dependencia o vinculación del contrato que se pretende concluir y, en segundo lugar, se afirma que mientras en el arrendamiento de servicios hay una dependencia, en el corretaje la independencia del corredor es manifiesta.

En tercer lugar cabe mencionar el contrato de obra. El corretaje se encuentra alejado de la función y estructura propia del contrato de obra. El corredor no se obliga a la conclusión del contrato de interés para el principal, ni garantiza su eventual perfección, pues difícilmente puede asumir como “obra propia” la existencia de un tercero que preste su consentimiento al contrato buscado por el principal. Así, la jurisprudencia entiende que es consustancial al contrato de mediación o corretaje que la comisión se devengue con la concertación o celebración de los oportunos contratos, sin que deba verse afectada por las posibles contingencias posteriores de tales contratos a las que es ajeno el agente, salvo que se pacte expresamente lo contrario (vid. STS de 30 de julio de 2014 y STS de 12 de mayo de 2016).

En cuarto lugar es necesario referirse a la comisión mercantil. Esta la encontramos regulada en los artículos 244 a 302 del Código de Comercio y se considera aquello que

⁶ Basándose en las STS de 13 de marzo y la STS de 22 de diciembre de 1992.

tiene por objeto un acto u operación de comercio, sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista (*vid.* art. 244 C.Com.).

La comisión no es más que la versión mercantil del mandato, por lo que las diferencias señaladas entre la mediación y el mandato sirven también, con carácter general, para distinguir el corretaje de la comisión mercantil, pudiendo añadirse que, en la comisión la retribución del comisionista depende de la ejecución de la comisión, en cuanto conclusión y consumación del contrato previsto, mientras que, en la mediación, basta a estos efectos con que el contrato proyectado se haya perfeccionado, aunque no se haya consumado, perfección que se entiende producida, desde que el vendedor y el comprador, mediante el correspondiente contrato, se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.

Por último es preciso referirse al contrato de agencia. La diferencia entre ambos tipos de contratos se pone de manifiesto que el Tribunal Supremo ha declarado de forma reiterada⁷ que la mediación o el corretaje inmobiliario no se encuentra sometido a la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia. La razón es que, el contrato de agencia que dicha ley regula requiere que la relación entre agente y empresario se caracterice por su continuidad o estabilidad frente a supuestos de encargos aislados, aunque sean relativamente duraderos en el tiempo. Así, el corretaje entraría dentro de esta última categoría y fuera del alcance de dicha ley.

2.4. Regulación

Como se adelantaba, el contrato de mediación o corretaje inmobiliario es un contrato atípico en el Derecho español ya que el tráfico jurídico inmobiliario carece de una regulación específica y esto plantea el problema de su regulación y de la aplicación analógica de la normativa de contratos afines.

El corretaje tiene un contenido civil sustantivo más allá de la normativa de carácter administrativo como el Reglamento de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria del Ministerio de Vivienda (aprobado por el Decreto de 4 de diciembre de 1969, n° 3248/69), cuyo contenido, siendo único en esta materia, sirve en ocasiones para el estudio del contenido del contrato.

El Reglamento es útil todavía a pesar de que, recientemente, el 3 de octubre de 2007, fueron publicados en el BOE los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y su Consejo General (aprobado por el Real Decreto de 28 de septiembre de 2007, n° 1294/2007) y esta disposición deroga el Reglamento de 1969 recién citado, con la excepción de su artículo 1 que se refiere a las funciones de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria. La razón es que los nuevos Estatutos, a diferencia del antiguo Reglamento, carecen de alusión alguna al contenido del contrato de corretaje, por lo que la remisión para el estudio de este contrato al referido Reglamento de 1969 es constante.

A pesar de la escasez de regulación su empleo habitual en la práctica comercial y la importancia que ha adquirido en el campo inmobiliario hace preciso que se fijen las normas por las que se ha de regir. Y así lo ha hecho el Tribunal Supremo, según el cual

⁷ *Vid.* STS 30 de julio de 2014, STS 9 de noviembre de 2011 y STS 10 de enero de 2011.

habrá que recurrir a lo pactado por las partes, a tenor de la facultad otorgada por los artículos 1091 y 1255 del Código Civil; después, a las normas generales de las obligaciones y los contratos comprendidos en los Títulos I y II del Libro Cuarto del Código Civil, y en cuanto sean aplicables al caso concreto, a los preceptos positivos que disciplinan figuras contractuales con las que guarda íntima afinidad o especial relación de semejanza, singularmente el mandato, pues este sigue ostentando la condición de contrato matriz; más tarde se ha de acudir a los usos comerciales y normas complementarias, así como a la jurisprudencia pacífica y consolidada establecida por las sentencias del Tribunal Supremo, sin olvidar, en su caso, la doctrina científica y el derecho comparado, recogidos en dicha jurisprudencia⁸.

2.5. Derechos y obligaciones de las partes

En la mediación intervienen, normalmente, dos partes: el mediado u oferente que encarga el servicio de mediación y el mediador o corredor que presta el servicio solicitado. También podemos mencionar al mediario, que aunque no es parte del contrato de corretaje, sí lo es del contrato intermediado. Todos requieren capacidad para contratar según las reglas generales del Código Civil y una voluntad de obligarse en virtud del contrato.

2.5.1. El oferente o comitente

El oferente es aquella parte en la relación contractual del corretaje que realiza el encargo al corredor de localizar a otra persona con la que poder concluir un negocio determinado. Son varios los términos que se utilizan para referirse a esta parte: “oferente”, “comitente”, “cliente”, “mediado”, “mandante” o “encargante”.

La persona física o jurídica, con capacidad general para contratar que se convierte en oferente puede serlo como comprador, vendedor, arrendador o arrendatario del contrato perseguido. Es indiferente la posición que vaya a ocupar en el mismo. En nuestro caso nos encontramos con que el oferente ocupa la posición de vendedor. Esta parte en el contrato ofrece la conclusión de un negocio, y dicha oferta se transmite al corredor, para que sea este quien a su vez la traslade a aquella persona que pudiera estar interesada en la misma.

Obligaciones

La primera y principal de las obligaciones es “el abono de la retribución o comisión”⁹. La actividad mediadora abarca pluralidad de actos encaminados a la celebración del negocio jurídico generado por el oferente, tales como contratos con terceros, entrevista con posibles contratantes, información sobre la ocasión de concluir el negocio, anuncios en prensa, tratados preliminares para allanar diferencias o actos de gestión. Al perfeccionarse el contrato final, el corretaje concluye.

⁸ Vid. las sentencias 18 de diciembre de 1986, 3 de enero de 1989, 11 de febrero de 1991, 23 de septiembre de 1991, todas ellas del Tribunal Supremo.

⁹ García Gil, F. J., & García Nicolás, L. Á. (2006). *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria: contrato de mediación inmobiliaria (derechos y obligaciones de las partes, cobro de comisiones, etc.)* cit., pp. 31-42.

La remuneración del agente mediador está condicionada a la obtención del resultado final pretendido por el cliente, surgiendo la obligación de remunerarle si el negocio prometido que interesa al oferente se celebra como resultado de la actividad mediadora de aquél (*vid.* STS 10 de marzo de 1992 y STS 26 de marzo de 1991). Por tanto, no basta que se alcance la perfección del negocio que interesa al oferente para el devengo de honorarios por el mediador, sino que es preciso, además, que aquél se haya celebrado gracias a la actividad mediadora de este.

Entre la intervención del mediador y la celebración del negocio ha de mediar una relación de causa a efecto; la labor del corredor debe operar como causa próxima y determinante de la conclusión del contrato, debiendo ser satisfecho el corretaje aun después de extinguido o revocado el encargo conferido al mediador, siempre que se acredite que la celebración del contrato encargado fue posible a merced de la actividad que durante su vigencia desarrolló el corredor (*Vid.* STS 3 de junio de 1950 y STS 7 de enero de 1957). En este mismo sentido, la jurisprudencia declara que la retribución de los corredores o mediadores solo se devenga en el caso de que el negocio final se realice por la intervención de aquellos o de si sus gestiones de mediación se aprovechó quien lo concluye (*vid.* STS de 23 septiembre de 1991).

En segundo lugar, el oferente también debe tener una “actitud de colaboración” (*vid.* SAP Madrid de 15 de diciembre de 2001), para que el mediador o corredor pueda desarrollar su actividad de manera fructífera. Aquí podemos incluir la “obligación de proporcionar al agente toda la información necesaria sobre el inmueble” (*cit.*) para que este pueda realizar su gestión. Además, ha de “reembolsar los gastos ocasionados al gestor” (*cit.*), cuando proceda y en concepto de indemnización.

En relación con el deber de información, el oferente no debe ocultar datos al corredor referidos al negocio que pretende concluir, siempre que el impedimento o carga que afecta al bien resulte difícilmente apreciable, salvo por el profesional del ramo y resulte de tal naturaleza que no podrían haber sido apreciados por el profesional corredor.

En tercer lugar, hay que referirse al “deber general de buena fe”¹⁰. En cualquier caso debe actuar de buena fe a fin de no truncar las expectativas del corredor en cuanto al devengo de la comisión correspondiente. Derivado de la buena fe se incluye el no aprovechar la actividad llevada a cabo por el corredor tendente a la localización de la otra parte con la que concluir el negocio principal, para después de forma unilateral y, por tanto, apartando al corredor concluir el correspondiente contrato sin el abono al mismo de su comisión y con la consiguiente situación de enriquecimiento injusto que con ello se produciría¹¹.

Por último, en cuarto lugar, si se concluyera el negocio sin la intervención del mediador ha de hacérselo saber al corredor de manera que este conozca que su encargo ha concluido, con la consiguiente responsabilidad para el primero en el caso de que la

¹⁰ Cremades García, P. (2009). *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria* cit., p. 121.

¹¹ En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Girona de 4 de febrero de 1997 que manifiesta ser “*contrario a la “fides”, el actuar unilateralmente aprovechando un servicio iniciado por el corredor (API), ya que es obvio que el que resultó ser comprador de la vivienda se puso en contacto con la demandada, porque conocía ya las características del inmueble, y del precio aproximado que se solicitaba por el mismo*”.

referida comunicación no se lleve a cabo, imponiéndole la obligación de indemnizar para el caso de su conculcación culposa.

Derechos

En primer lugar el oferente goza del “derecho a ser informado”¹². El oferente tiene el derecho a que el corredor lo informe sobre la marcha y desarrollo de su actividad de gestión. Esta información ha de ser clara y veraz. Además el oferente tiene derecho a que el mediador le dé a conocer la situación registral de la finca que este ha averiguado y comprobado previamente.

En segundo lugar, la consideración de que “no tiene obligación de concluir el negocio pretendido” que el corredor le indica según su encargo previo. Ante la negativa del oferente a suscribir el contrato propuesto por el corredor, aun siendo coincidente en todos sus términos con la propuesta inicial efectuada por el primero, nada recibirá el agente inmobiliario; cuestión distinta sería si el oferente hubiera faltado con su actuación a alguno de sus deberes derivados del vínculo contractual del corretaje, en ese caso, las gestiones con éxito del corredor serían indemnizables. La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 18 de marzo de 2002 afirma que para poder reclamar daños y perjuicios, el oferente debe haber actuado de forma maliciosa, con dolo o negligencia.

En tercer lugar, el oferente tiene la “facultad de desistimiento”¹³ y ninguna obligación se viola con dicho desistimiento pues ninguna obligación ha surgido antes de concluirse el negocio que se encargó. Como se ha señalado, según el criterio jurisprudencial mayoritario, la condición para que se produzca el devengo de la misma es la perfección del contrato principal. Y para que se produzca el oferente debe prestar su consentimiento a dicho contrato principal, por lo que si finalmente no lo hace, no se ha cumplido la condición y por tanto no ha nacido el derecho a la comisión del corredor.

En un caso particular, cuando se ha reconocido al corredor un plazo de exclusiva, el derecho de desistir tiene una clara limitación. El desistimiento no puede significar en este caso que el oferente quede en libertad para poder encargar la mediación a otro corredor ya que esto iría contra el principio de buena fe en la contratación. La solución es la renuncia del oferente a la utilización de los servicios de otros mediadores durante el resto del plazo.

2.4.2. El mediador o corredor

El mediador es la persona que pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio sin estar ligado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, dependencia o representación (*vid.* STS 27 de diciembre de 1962).

¹² Gomis Masqué M. A. (2007). *La intermediación inmobiliaria*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, pp. 248-249.

¹³ Cremades García, P. (2009). *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria* cit., pp. 108-110.

Obligaciones

En primer lugar hay que referirse a la “obligación de actividad”¹⁴. La actividad fundamental y principal del corredor es desarrollar la misma, pues el contrato de mediación obliga básicamente al mediador o corredor a desarrollar una determinada actividad de gestión en orden a procurar la celebración del negocio jurídico que persigue el oferente.

La STS de 21 de octubre de 2000 precisa que, en este contrato *“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”*.

Abunda en este criterio, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1986, que declara que en el contrato de corretaje el mediador o corredor asume una prestación de actividad en la que no se compromete a la obtención de un resultado concreto y en la que la retribución normalmente solo tiene lugar en el caso de que llegue a tener realidad el negocio jurídico objeto de la mediación como consecuencia de la actividad desplegada por el mediador. Por su parte, la sentencia del mismo tribunal de 21 de mayo de 1992 señala que en el contrato de agencia inmobiliaria predomina la función de gestión mediadora, por lo que reviste naturaleza de pacto de encargo, cesando el mediador cuando pone en relación a las partes, que son las que han de celebrar un futuro convenio.

De la doctrina jurisprudencial se puede extraer como nota característica del contrato de mediación o corretaje que el corredor solo se compromete a desplegar la actividad necesaria para promover la conclusión del contrato, pero no se obliga a obtener el resultado deseado, pues no depende de su voluntad. Sin embargo, paradójicamente, no basta que el mediador cumpla su obligación principal (su obligación de actividad) para obtener la retribución pactada, sino que es necesario, además, que se perfeccione el contrato que promovió.

Lo que es necesario determinar es si el corredor está obligado a una actividad positiva o si tal actividad (cuando produzca el resultado previsto) juega solo como condición para la efectividad de su derecho a percibir comisión. En caso de considerar de forma absoluta que la actividad del corredor, más que una obligación del mismo, supone simplemente la condición para el cobro de la comisión, llegamos a la conclusión de que en caso de inactividad no se deriva responsabilidad alguna y sí se deriva para el supuesto de que se incumplan algunas de las obligaciones accesorias o dependientes de la actividad profesional del corredor.

Lo que ocurre es que desde el momento en que se acepta el encargo por parte del corredor nace al mismo tiempo el deber de desarrollar la actividad tendente a la conclusión del negocio principal y, a su vez, en la mayoría de decisiones judiciales se

¹⁴ Cremades García, P. (2009). *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria* cit., pp.179-181.

reconoce que, precisamente esto constituye la condición para el cobro de la comisión. Es obligación y condición para percibir sus honorarios. En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 17 de marzo de 2003 que afirma que el momento en que nace el derecho del Agente de la Propiedad Inmobiliaria al cobro de su comisión es aquél en el que “*cumplió los inexcusables deberes profesionales que le incumbían, siempre que de ello se sugiera la perfección del contrato*”.

Partiendo de la existencia de esta obligación cabe concluir que el corredor incurrirá en responsabilidad si actúa con un comportamiento doloso o negligente y también por su falta de actividad, por cuanto la pasividad del corredor burla la confianza depositada en él por el oferente. Dicha responsabilidad podrá dar lugar a la resolución del contrato de corretaje concertado.

En segundo lugar, el corredor tiene el “deber de informar”¹⁵. El corredor está obligado a informar sobre la marcha y desarrollo de la actividad gestora. Esta obligación implica que el corredor debe poner en conocimiento del oferente cada ocasión en que sea factible la conclusión del negocio intermediado. La información debe ser veraz y clara debiéndose abstener el corredor de facilitar datos falsos o inexactos que puedan inducir a error a los futuros contratantes pudiendo incurrir en responsabilidad, incluso penal, por los daños y perjuicios que pudiera causar. A *sensu contrario* esta obligación no supone que el mediador se encuentre sometido a las directrices del oferente con el que no guarda una relación de dependencia.

Este deber de información se ve reforzado en el ámbito de protección de consumidores por la normativa aplicable en la que el derecho a recibir una información veraz, clara y completa aparece recogido como un derecho básico del consumidor. El incumplimiento de esta obligación, además de la eventual responsabilidad del Agente de la Propiedad Inmobiliaria, puede originar con respecto al contrato intermediado, un vicio del consentimiento y, por consiguiente, acarrear la nulidad de dicho contrato.

También se incluye aquí la obligación de averiguar y comprobar la situación registral de la finca¹⁶. Esta obligación aparece contemplada por la STS de 4 de julio de 1994 que impone al Agente de la Propiedad Inmobiliaria, dentro de su labor activa de promoción del contrato intervenido, la obligación de averiguar y dar a conocer a las partes, respondiendo de su exactitud, los datos registrales y la situación jurídica de la finca que deben servir de base para la realización de la operación de que se trate y que conformarán el consentimiento que se preste a dicha operación, pudiendo determinar su nulidad en caso de vicio del mismo por inexactitud, amén de la responsabilidad del corredor al cual le es exigible, tanto en la averiguación como en la transmisión de dichos datos, una diligencia de carácter profesional.

Se deduce de todo esto que con respecto al deber de información, el corredor tiene una actividad positiva, no solo cumple con la transmisión de los datos facilitados por el oferente, sino que debe acudir al Registro de la Propiedad para comprobarlos.

¹⁵ Gomis Masqué M. A. (2007). *La intermediación inmobiliaria* cit., pp. 248-249.

¹⁶ Por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 19 de diciembre de 1997 alude al deber profesional de averiguar y conocer la verdadera situación jurídica y registral del inmueble que se trata de vender, de ponerlo en conocimiento de las dos partes y de responder de la exactitud de los datos que les facilite.

En tercer lugar, cabe mencionar el “deber de eficacia, honorabilidad, reserva y legalidad”¹⁷. El Reglamento de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de 1969 en el artículo 28.1º que los mediadores deben realizar las operaciones con toda eficacia, honorabilidad, reserva y legalidad. Los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria aprobados por RD 1294/2007 de 28 de septiembre recogen en su artículo 9 que los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria deben realizar sus actuaciones con eficacia, ética y deontología profesionales, reserva legalidad y observando la adecuada diligencia en el ejercicio de la profesión. Coinciden, por lo tanto, los deberes de actuación con eficacia, reserva y legalidad. La honorabilidad a la que alude el Reglamento de 1969 estaría así más próxima al ejercicio de la profesión con ética y conforme a la deontología.

El deber de eficacia supondrá que la actividad del corredor debe ser tendente a la conclusión del negocio principal. En cuanto a la actuación con honor debe referirse a algo próximo a la profesionalidad, a ser un buen profesional, actuar conforme a la *lex artis* y, en último término, actuar con buena fe. El deber de legalidad se podría referir a guardar la legalidad vigente¹⁸. Y precisamente, si deben velar por la aplicación de determinadas normas y leyes, es lógico que se requiera, para el desempeño de sus funciones, determinada cualificación profesional.

Por su parte, el deber de reserva puede referirse al negocio en sí considerado o a la propia identidad de alguna de las partes. En cuanto a la identidad o capacidad responderá si conociendo cualquier incidencia la oculte. En realidad, se trata la reserva de una actuación discreta, referida a la información que el cliente le haya proporcionado sobre el negocio, y cuya publicidad pueda resultar perjudicial o desventajosa¹⁹ para el mismo, lo que no debe impedir, por un lado la necesaria publicidad, en cuanto a ofertar el bien, que el agente necesariamente deberá realizar para conseguir la conclusión del negocio deseado.

Por último, hay que referirse a la “obligación de proceder de buena fe”. El artículo 1258 del C.C. expresamente lo reconoce, es decir, que con independencia de los pactos que las partes hayan concertado, la buena fe debe estar presente.

Derechos

En primer lugar, el “derecho del mediador a la retribución”²⁰. Como señala la jurisprudencia, parece evidente, conforme a la normativa general de las obligaciones y contratos, que el derecho del agente o corredor al cobro de sus honorarios ha de nacer

¹⁷ Cremades García, P. (2009). *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria* cit. pp. 181-184.

¹⁸ Los Estatutos Generales del 2007 lo resumen diciendo en el art. 9 b) que los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria colegiados deben “respetar y velar por el íntegro cumplimiento del ordenamiento jurídico que afecte a sus funciones profesionales, velando especialmente por la aplicación de la normativa reguladora de las garantías legalmente establecidas para la percepción de cantidades a cuenta para viviendas en construcción”.

¹⁹ Rodríguez Ruiz de Villa, D. (2005). *El contrato de corretaje inmobiliario: los agentes de la propiedad inmobiliaria*. Pamplona. Editorial Aranzadi, p. 422. Aquí se cita el ejemplo del deber de secreto respecto de las instrucciones dadas por un cliente acerca de la intención de rebajar el precio de la cosa en un futuro si pronto no encuentra a un tercero contratante.

²⁰ García Gil, F. J., & García Nicolás, L. Á. (2006). *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria: contrato de mediación inmobiliaria (derechos y obligaciones de las partes, cobro de comisiones, etc.)* cit., pp. 31-42.

desde el momento en que quede cumplido, o agotada su actividad mediadora. Es decir, desde que, por su mediación, haya quedado perfeccionado el contrato (por ejemplo, en nuestro caso el contrato de compraventa) cuya gestión se le había encomendado.

Esta perfección se entiende producida desde que el vendedor y el comprador, mediante el correspondiente contrato, se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado (*vid.* art. 1450 C.C.). Y ello a no ser que en el respectivo contrato de corretaje se haya estipulado expresamente que el corredor solamente cobrará sus honorarios cuando la compraventa haya quedado consumada, o sea, cuando el vendedor haya cobrado íntegramente el precio de la venta (*vid.* STS 22 de diciembre de 1992). En general, la obligación de remuneración que tiene el oferente en el contrato de corretaje viene condicionada por dos circunstancias: la primera, que se lleve a cabo el contrato propuesto con el corretaje y la segunda, que la conclusión sea el resultado de la actividad mediadora del corredor.

En segundo lugar, tiene derecho a “recibir información necesaria sobre el inmueble por parte del oferente”²¹. Es decir, tiene derecho a ser informado por parte del oferente de aquellos datos que afecten al negocio que pretende concluir, siempre que resulten de tal naturaleza que no debieran haber sido apreciados por el profesional corredor.

Por último, el “reembolso de gastos de gestión”²² cuando proceda según lo que se ha explicado en las páginas precedentes.

2.5.2. El mediario

Es la tercera persona, aquella que es ajena al contrato de corretaje (salvo que, a su vez, concierte otro contrato de corretaje con el mismo mediador), a quien el corredor pone en contacto con el oferente con el fin de que se perfeccione el contrato para cuya celebración se le ha solicitado su mediación. Así, el mediario, aunque no es parte del contrato de corretaje, sí lo es del contrato intermediado.

Podemos encontrarnos con dos situaciones, la del oferente que encarga al corredor una determinada gestión entorno a un bien, y la de doble encargo en el sentido de que ambas partes en el contrato principal hayan sido clientes del agente inmobiliario. De manera que esas dos personas recurran al corredor para que el mismo medie en el negocio que pretenden, de modo que ayude a superar las diferencias que entre las dos partes del negocio principal existen; en este caso estaríamos ante un único contrato de corretaje. En la mayoría de las sentencias²³ no se reconoce la existencia de relación contractual entre el corredor y la otra parte del contrato del contrato principal, fundándose en que esta última sólo ha mantenido una actitud receptiva, pasiva en último término.

Lo habitual será que, recibida la propuesta por el oferente, el corredor acuda a su propia cartera de clientes para intentar encontrar a la otra parte del contrato principal, y si ello no le es posible, intentará darle la máxima difusión a dicho encargo, de manera que aquel

²¹ Cremades García, P. (2009). *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria* cit., pp. 108-110.

²² García Gil, F. J., & García Nicolás, L. Á. (2006). *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria: contrato de mediación inmobiliaria (derechos y obligaciones de las partes, cobro de comisiones, etc.)* cit., p. 42.

²³ *Vid.* STS de 20 de noviembre de 1984 y STS de 5 de mayo de 1973.

que pueda resultar interesado, acuda a dicho agente inmobiliario. En ambos casos, tanto si el corredor busca dentro de su propia cartera de clientes, como si oferta al público en general, el vínculo contractual lo tiene con el oferente, que es su cliente.

Solo en el excepcional caso de que sea el propio corredor quien acuda a la otra parte para ofrecerle el contenido de la gestión encomendada podemos excluir el nexo contractual entre el corredor y el oferente y, ello no teniendo en cuenta el beneficio o las ventajas obtenidas por la misma. Pero en último término se tratará de una cuestión de prueba, ciertamente difícil.

2.6. La exclusiva

En el contrato de mediación llevado a cabo entre Alfa Hogar S.L. y Mario Santos hay que mencionar que contiene una pequeña peculiaridad, no incluida en el contrato que Mario Santos mantiene posteriormente con Islandia Inmobiliaria S.L., que se trata del pacto de exclusiva.

Se puede decir, que en general, el contrato de mediación no impide al vendedor negociar por sí mismo directamente la venta o encomendar la mediación a otros agentes, de manera que, en definitiva, solo tendrá derecho a los honorarios o comisión aquel mediador que efectivamente haya intervenido con su gestión en la venta, de manera que, constituye doctrina jurisprudencial que el agente no tiene derecho a retribución alguna cuando el contrato se perfecciona a través de otro agente o del propietario sin aprovechamiento alguno de la actividad de aquel. Ahora bien, al contrato de mediación puede añadirse un pacto de exclusiva por el que se establezca que el agente es el único autorizado para intervenir en la compraventa del inmueble.

Según indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1965, “*la exclusiva que se haya dado al mediador no significa más que la obligación de no dar a otro mediador el mismo encargo, pero no limita por sí misma el derecho del oferente de revocar el encargo*”, por lo que sí se puede revocar. Además, nada impediría, en principio, que si no ha intervenido el corredor a cuyo favor se encuentra la exclusiva, no deba percibir cantidad alguna en concepto de comisión.

Existe otro elemento que se conjuga muchas veces con la intervención directa del propietario existiendo pacto de exclusiva, y es la pasividad del corredor. Efectivamente, si no desarrolla actividad alguna tendente a la conclusión del negocio, no tiene sentido después pretender el pago de la comisión alegando la exclusividad del encargo.

Y es que la existencia de un pacto de exclusiva no cambia la naturaleza del contrato de corretaje. Solo tendrá derecho el mediador a percibir su retribución cuando el negocio se realice o se aproveche el oferente de las gestiones de aquél para ultimar la operación, y el carácter de exclusiva que pueda tener la nota de encargo no limita la facultad del dueño para concertar personalmente el negocio. Es más, si el negocio se ha concluido gracias a las gestiones de otro corredor diferente, ante la pasividad del primero, ninguna comisión a su favor se habría devengado. En este caso solo procedería la correspondiente indemnización para este último como consecuencia del incumplimiento del referido pacto de exclusiva, pero no la comisión, y ello además siempre que pudiera probar algún tipo

de actividad del mismo tendente a la realización del negocio encomendado y, por tanto, que se la ha irrogado algún perjuicio²⁴.

La exclusividad se debe pactar por un plazo determinado y será el tiempo en el que el oferente no podrá acudir a otro profesional inmobiliario con el mismo encargo. No hay inconveniente en que el tiempo pactado de duración de la exclusiva se prorrogue, incluso someter dicha prórroga a determinadas condiciones.

3. El contrato de compraventa

3.1. Concepto

La compraventa se define en el artículo 1445 del Código Civil como aquel contrato en virtud del cual “*uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente*”. Se configura así como un típico contrato obligacional cuyo efecto jurídico esencial es el de que los que lo celebran quedan recíprocamente obligados a lo siguiente: el comprador a pagar el precio convenido y el vendedor a entregar la cosa. Así, es muy relevante señalar que no basta por sí solo el contrato para transmitir la propiedad, siendo precisa, además, su entrega o tradición por parte del que se la vendió, conforme a la teoría del título y el modo imperante en nuestro sistema jurídico, en cuya virtud, y como dice el art. 609 del Código Civil, la transmisión de la propiedad de los bienes se produce por consecuencia de ciertos contratos (como es este de compraventa) mediante la tradición (entrega de la cosa), de manera que el comprador no se convierte en propietario por el solo hecho de celebrar el contrato sino en el momento en que la recibe.

De acuerdo con el art. 1450 del Código Civil, “*la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto de contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado*”. Son objeto de la compraventa, por tanto, la cosa y el precio. Respecto a la primera, la regulación del Código Civil se limita a la exigencia de que se trate de una cosa determinada (*vid.* art. 1445 C.C.), y al régimen de la pérdida de la cosa antes de la celebración del contrato (*vid.* art. 1460 C.C.). Hay que precisar que el término “cosa” debe ser interpretado en sentido amplio. Incluye, por tanto, bienes muebles e inmuebles, cosas materiales e inmateriales y también derechos. En cuanto al precio, el artículo 1445 del Código Civil exige que el mismo sea cierto y que esté expresado en dinero o signo que lo represente. Por lo tanto, la ausencia de precio determinará la nulidad de la compraventa²⁵.

3.2. Características

En primer lugar este contrato se caracteriza por ser “consensual”, ya que se perfecciona por el mero acuerdo de las partes sobre la cosa y el precio, sin que sea precisa forma alguna, ni tampoco la entrega de la cosa o del precio (*vid.* art. 1450 C.C.). Además, se trata de un contrato “bilateral o sinalagmático” porque nacen obligaciones recíprocas para ambos contratantes (respectivamente, entregar la cosa y pagar el precio). Por otra parte, es “oneroso” porque la prestación que realiza cada uno de los contratantes se corresponde con la contraprestación realizada por el otro. Es “conmutativo”, ya que al perfeccionarse

²⁴ Blanco Carrasco, M. (2005). “El contrato de corretaje”. *Revista de Derecho Privado*, pp. 3-36.

²⁵ Entre otras, *vid.* SSTS 20 mayo 1959, 6 febrero 1990 y 13 marzo 1997.

el contrato, tanto la cosa vendida como su precio están determinados o son determinables. Se trata también de un contrato “obligatorio”, pues, provoca únicamente el nacimiento de obligaciones para los contratantes, sin que sea suficiente por sí solo para transmitir la propiedad de la cosa. Por último, se afirma también que la compraventa es un contrato “típico y nominado”.

3.3. Regulación

El contrato de compraventa encuentra su regulación genérica en los artículos 1445 a 1537 C.C. Junto a ello, hay que mencionar las previsiones contenidas en el Código de Comercio respecto a la llamada compraventa mercantil (*vid.* art. 325 a 345 C.Com.); en segundo lugar, las previsiones contenidas en algunas leyes especiales relativas a ciertas compraventas en particular; por último, algunas normativas de alcance más amplio pero que inciden directamente sobre el contrato de compraventa, sobre todo cuando una de las partes es un consumidor.

Especial interés reviste la distinción entre compraventas civiles y compraventas mercantiles, sometidas estas últimas a las reglas contenidas en el Código de Comercio, y solo supletoriamente a las de Código Civil. Será mercantil la compraventa cuando su objeto sea una cosa mueble y el comprador la adquiera con ánimo de revenderla para lucrarse con la reventa (*vid.* art. 325 C.Com.). Será civil la compraventa en todos los demás casos. Esta distinción es fundamental porque según se trate de una u otra, quedará sometida a las normas del Derecho civil o mercantil, razón por la cual solo nos ocuparemos de la compraventa civil, ya que la compraventa de inmuebles es siempre civil y se encuentra regulada en el Código Civil.

3.4. Derechos y obligaciones de las partes

En este contrato intervienen necesariamente dos partes: una compradora y otra vendedora. Estas no tienen que ser personas físicas, pudiendo intervenir también en concepto de tal las personas jurídicas (*vid.* art. 38 C.C.), siendo igualmente factible que alguna de las partes esté constituida por más de una persona física (o jurídica), de manera que, respetándose la dualidad de partes, una de ellas (o ambas) sea pluripersonal.

El Código Civil contiene únicamente algunas reglas relativas a la capacidad para comprar y vender (que no alteran las reglas generales sobre la capacidad de obrar), y un conjunto de prohibiciones que tienen mayor relevancia. Con respecto a la capacidad de obrar exigida para celebrar el contrato de compraventa esta es la general para contratar (*vid.* art. 1457 C.C.). Por su parte, el artículo 1459 del Código Civil establece un conjunto de prohibiciones de comprar, “*aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna interpuesta*”.

De acuerdo con el citado precepto no pueden adquirir por compra los que desempeñen algún cargo tutelar, los bienes de la persona o personas que estén bajo su guardia o protección; los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados; los albaceas, los bienes confiados a su cargo; los funcionarios públicos, los bienes de cuya administración estuviesen encargados; y los funcionarios judiciales, los bienes o derechos que estuvieran en litigio ante el tribunal en cuya jurisdicción o territorio ejerzan sus funciones, incluida la adquisición por cesión. Esta prohibición también abarca a abogados y procuradores que fueran objeto de un litigio en el que intervinieran por su

profesión. Estas prohibiciones adquieren todo su peso al señalar que el Tribunal Supremo considera nulas las compraventas que incurren a ellas²⁶.

3.4.1. El vendedor

Obligaciones

Con respecto a las obligaciones del vendedor, el art. 1461 del Código Civil señala que “*el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta*”. Junto a estas obligaciones de entrega y saneamiento hay que mencionar la obligación de conservar la cosa, derivada del art. 1094 del Código Civil y, en la misma línea que la obligación de saneamiento, algunas obligaciones relativas a la conformidad y garantía de la cosa vendida impuestas recientemente en leyes especiales. A continuación nos referiremos a las obligaciones esenciales del vendedor.

En primer lugar el vendedor tiene la “obligación de conservar la cosa”. Cuando entre la celebración del contrato y la entrega de la cosa media un lapso de tiempo, el vendedor está obligado a conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia (*vid.* art. 1094 C.C.). Las consecuencias de la pérdida de la cosa debida se encuentran reguladas en el artículo 1452 del Código Civil. El precepto establece en su párrafo primero un régimen al que quedan sometidas la compraventa de cosas específicas o determinadas, la compraventa de cosas genéricas (“fungibles”, dice el precepto) hecha aisladamente y por un solo precio (es decir, consideradas contractualmente como si fueran específicas: *vid.* art. 1452.2 C.C.), y la compraventa de cosas genéricas hecha por un precio fijado en relación al peso, número o medida, cuando el comprador ha incurrido en mora, o la especificación se ha producido (es decir, las cosas se han pesado, contado y medido: *vid.* art. 1452.3 C.C.). De acuerdo con ese artículo 1452.1 del Código Civil, “*el daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1096 y 1182*”. De estos preceptos cabe deducir las reglas que se recogen a continuación.

El vendedor responde de la pérdida de la cosa debida, en primer lugar, si ha incurrido en retraso en la entrega (*vid.* arts. 1096.3, 1101 y 1182 C.C.), aunque la pérdida se haya producido por caso fortuito. El vendedor responde, en segundo lugar, si se ha comprometido a entregar la misma cosa a dos personas distintas (*vid.* art. 1096.3 C.C.). En tercer lugar, el vendedor responde por la pérdida de la cosa si esta se ha perdido por dolo o culpa que le sea imputable (*vid.* art. 1182 C.C.), en cuyo caso ha habido incumplimiento de la obligación de conservar la cosa diligentemente. En estos tres supuestos el comprador puede elegir entre la indemnización (que incluirá el equivalente pecuniario de la cosa perdida) o la resolución del contrato.

La obligación del vendedor se extingue, y, por tanto no responde por la pérdida de la cosa, si esta se pierde o destruye sin su culpa, antes de haberse constituido en mora (*vid.* art. 1182 C.C.), siempre que no esté obligado a entregarla a dos personas distintas (*vid.* art. 1096.3 C.C.). De modo que cabe plantearse si cuando la obligación del vendedor se ha extinguido de este modo, ¿subsiste la obligación del comprador de pagar el precio, o queda exento de ella?

²⁶ Véanse, por ejemplo, SSTS 27 de mayo 1959, 11 de junio 1966, 7 de octubre 1987 y 6 abril 2006.

La doctrina mayoritaria (Lacruz, Alonso Pérez, con matices, Albaladejo) y la jurisprudencia²⁷ entiende que el riesgo pesa sobre el comprador, quien está obligado a pagar el precio pese a haberse perdido la cosa por caso fortuito (a menos que el vendedor deba responder por el caso fortuito). En el caso particular de que el objeto de la compraventa sean cosas fungibles, que son consideradas en el contrato como tales, el riesgo no se imputará al comprador hasta que se hayan especificado, a no ser que el comprador haya incurrido en *mora accipiendi* (*vid.* art. 1452.3 C.C.).

En segundo lugar, el vendedor se obliga a “entregar la cosa vendida”. La obligación principal del vendedor es esta (*vid.* art. 1461 C.C.). Por traspaso posesorio o tradición se entiende la entrega y recepción de un objeto con el ánimo de transmitir y adquirir, respectivamente, su propiedad. La finalidad propia del contrato de compraventa se cumple solo después de la tradición, pues únicamente tras ella se entiende transmitida la propiedad al comprador.

La entrega habrá de realizarse en el momento pactado o en el que resulte de las circunstancias de la obligación. Si no se ha pactado nada el vendedor está obligado a realizarla desde que el comprador pague el precio, a menos que se haya señalado en el contrato un plazo para el pago, en cuyo caso la obligación de entregar surge inmediatamente (*vid.* art. 1466 C.C.). Aun en los casos en que se ha señalado plazo para el pago, el vendedor no está obligado a entregar si después de celebrado el contrato se descubre que el comprador es insolvente, a menos que se asegure el pago del precio (*vid.* art. 1467.2 C.C.), de forma satisfactoria para el vendedor, o aceptada por el juez.

Con respecto a las formas de entrega, estas son diversas. El artículo 1462.1 C.C. se refiere, como primera de ellas, a la tradición real o material, que equivale a la puesta del objeto de la venta en poder y posesión del comprador. La tradición no ha de entenderse siempre como traslado físico y material de la cosa, también se admiten las formas espiritualizadas de la entrega en las que no existe traspaso de la tenencia material de la cosa vendida. En todo caso, la cosa vendida deberá ser entregada en el estado en que se encontraba al perfeccionarse el contrato, con los frutos producidos desde esa misma fecha (*vid.* art. 1468 C.C.), así como con todo lo que exprese el contrato (*vid.* art. 1469.1 C.C.), y todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados en el contrato (*vid.* art. 1097 C.C.).

Con respecto al lugar de cumplimiento de la obligación de entrega, este ha de ser el pactado, expresa o tácitamente. A falta de pacto se producirá la entrega en el lugar donde se encontraba la cosa en el momento de constituirse la obligación. De tratarse de venta de cosa futura, a falta de pacto, la entrega habrá de llevarse a cabo en el domicilio del deudor (*vid.* art. 1171 C.C.).

Con respecto al tiempo de la entrega se puede afirmar que la obligación de entregar la cosa existe desde el momento de perfección del contrato, salvo que se hubiese fijado una condición o término. En cuanto a los gastos de entrega, el artículo 1465 C.C. establece una tajante diferencia entre los gastos específicos de entrega y los de transporte. Los gastos de entrega de la cosa vendida serán de cuenta del vendedor y los de su transporte de cargo del comprador. En cambio, si se había fijado un concreto lugar de entrega los gastos ocasionados por el traslado de la cosa a ese lugar son por cuenta del vendedor en

²⁷ Véanse, por ejemplo, SSTS 6 de octubre 1965, 16 noviembre 1979 y 21 de marzo 1991.

cuanto obligado a la entrega de la cosa conforme a lo pactado. El precepto citado es norma dispositiva, de modo que se admite el pacto en contrario.

En tercer lugar, el vendedor tiene la “obligación de saneamiento”²⁸. Conforme al artículo 1474 del Código Civil, el vendedor debe responder frente al comprador de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida (lo que da lugar a saneamiento por evicción), y de los vicios o defectos ocultos que tuviera (saneamiento por vicios ocultos).

El saneamiento por evicción supone que el vendedor responde frente al comprador en el caso de que se produzca la evicción de este. La evicción tendrá lugar “*cuando se prive al comprador por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada*” (vid. art. 1475.1 C.C.). La responsabilidad del vendedor por evicción existe aunque nada se haya expresado en el contrato (vid. art. 1475.2 C.C.), y con independencia de la buena o mala fe del vendedor. Sin embargo, las partes podrán aumentar, disminuir o suprimir tal obligación (vid. art. 1475.3 C.C.). El pacto de exención al vendedor de la responsabilidad por evicción es nulo cuando hubiese mediado mala fe, es decir, si el vendedor conocía la causa capaz de hacer surgir la evicción y la ocultó pese a ello al comprador (vid. art. 1476 C.C. en relación con el art. 1102 C.C.).

Con respecto al saneamiento por vicios ocultos, este supone que “*el vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella*” (vid. art. 1484 C.C.). La obligación de saneamiento por vicios ocultos es de origen legal, e independiente de la buena fe del vendedor, quien responde aunque ignore la existencia de los mismos (vid. art. 1485.1 C.C.). Mediante pacto cabe la exclusión total o parcial de esta obligación, pero la exclusión total exige que el vendedor ignore la existencia de los vicios (vid. art. 1485.2 C.C.).

Por último, junto a las obligaciones principales del vendedor existen otras. Entre ellas se encuentra la obligación de pagar los gastos de otorgamiento de la escritura, salvo pacto en contrario (vid. art. 1455 C.C.). El incumplimiento del vendedor de abonar los gastos causados por este concepto supone el nacimiento de una pretensión de indemnización a favor del comprador que los abone, sin que ese incumplimiento dé lugar a una resolución del contrato, dado que se trata de una obligación meramente complementaria.

Derechos

En primer lugar nos encontramos con el derecho del vendedor a “recibir el precio” y, en segundo lugar, con el derecho a la “resolución de la compraventa de bienes inmuebles”. El cuanto al primero de los derechos no es necesario referirse al mismo, ya que no tiene mayor complejidad, por lo que pasaremos a desarrollar el segundo. Dicha resolución tendrá lugar en determinados supuestos. Primero, la resolución por riesgo de pérdida de la cosa y el precio. De acuerdo con el artículo 1503.1 del Código Civil, “*si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta. Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1124*”.

²⁸ Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2016). *Curso de Derecho Civil (II). Contratos y Responsabilidad Civil*. Madrid. Edisofer, pp. 45-52.

En segundo lugar, la resolución de la compraventa de inmuebles por incumplimiento del comprador. Dispone el artículo 1504 del Código Civil que “*en la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el termino, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término*”. Este artículo se aplica a todas las compraventas inmobiliarias, tanto si se ha pactado la resolución de la compraventa por incumplimiento del vendedor, como si no existe tal pacto.

3.4.2. El comprador

Obligaciones

La principal obligación del comprador es el “pago del precio”²⁹, que resulta además ser esencial a la compraventa. Su inexistencia o sustitución por otra prestación impide la calificación del contrato como compraventa. Esta obligación se regula en los artículos 1445 y 1500 C.C. Es la contraprestación correspondiente a la entrega de la cosa. El precio se entregará en el momento y lugar pactados. A falta de pacto, el pago se hará en el tiempo y lugar en que se haga la entrega como consecuencia de la simultaneidad e identidad del tiempo y lugar en las prestaciones derivadas de la compraventa.

La norma de simultaneidad en la realización de las prestaciones rige exclusivamente para los supuestos de precio no aplazado. No rige en los supuestos de precio aplazado, en los que el vendedor, pese a no recibir el precio, está obligado a la entrega de la cosa (*vid.* art. 1466 C.C.).

En segundo lugar, el artículo 1501 C.C. recoge determinados supuestos en los que el comprador está obligado al “abono de intereses”³⁰ por mediar un lapso de tiempo entre la entrega de la cosa y el pago del precio. Estos intereses tendrán lugar siempre que así se haya convenido, si la cosa vendida produce frutos o rentas o si se constituye en mora, con arreglo al artículo 1100 C.C.

Para terminar, también existen otras obligaciones del comprador. El comprador deberá “recibir la cosa vendida” como deber de colaboración al cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor. Si falta a ese deber incurrirá en la llamada *mora accipiendi*, que puede dar lugar a la consignación judicial de la cosa, y que en cualquier caso hace recaer sobre el comprador el riesgo de la compraventa (de pérdida de la cosa vendida).

Por otra parte, los “gastos de primera copia de escritura, y demás posteriores a la venta” serán de cuenta del comprador (por ejemplo, el impuesto que grava las transmisiones patrimoniales), salvo pacto en contrario (*vid.* artículo 1455 C.C.). La trascendencia de esa libertad de pacto queda restringida en sus efectos a las relaciones entre las partes. Según el artículo 1465 C.C., los “*gastos de transporte de la cosa*” corren por cuenta del comprador salvo que otra cosa se hubiere pactado. Y de acuerdo con el artículo 1468.2 C.C. corresponden al comprador los “*gastos de producción y conservación de los frutos*”

²⁹ Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2016). *Curso de Derecho Civil (II). Contratos y Responsabilidad Civil* cit., pp. 57-58.

³⁰ Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2016). *Manual de Derecho Civil. Contratos*. Madrid. Bercal, p.98.

desde la perfección del contrato hasta la entrega de la cosa". Es una consecuencia del derecho del comprador a los frutos (*vid.* art. 356 C.C.).

Derechos

En primer lugar, hay que referirse al derecho a "recibir la cosa"³¹. Perfeccionado el contrato de compraventa el comprador tiene derecho a la cosa. Además, tiene derecho a que "la cosa este en el estado en que se encontraba al perfeccionarse el contrato"³². En segundo lugar, el comprador tiene derecho a los "frutos" producidos desde el perfeccionamiento del contrato (*vid.* art. 1468 C.C.), así como a todo "lo que exprese el contrato" (*vid.* art. 1469.1 C.C.), y todos sus "accesorios", aunque no hayan sido mencionados en el contrato (*vid.* art. 1097 C.C.). En tercer lugar, el comprador tiene derecho a "suspender el pago del precio": "*Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso o se haya estipulado que, no obstante cualquiera contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago*" (*vid.* art. 1502 C.C.).

Los requisitos para el ejercicio de este derecho de la suspensión del precio aplazado son: que el comprador sufra actualmente una perturbación o tema sufrirla en el futuro como consecuencia del ejercicio posible de una acción reivindicatoria o hipotecaria; que el temor o perturbación sea fundado sin bastar el temor de un comprador desconfiado; el comprador notificará al vendedor en debida forma y con carácter previo su decisión de suspender el pago del precio a fin de que el vendedor pueda afianzar su devolución y el comprador se hallará en la posesión de la cosa vendida.

La suspensión no puede ser indefinida ni subsistir cuando el vendedor afiance o preste las suficientes garantías para la devolución del precio o cuando cese la perturbación o el peligro que funda el temor del comprador. El comprador no tiene derecho a dicha suspensión si se hubiera estipulado que, no obstante cualquier contingencia, estaría obligado a pagar.

³¹ Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2016). *Curso de Derecho Civil (II). Contratos y Responsabilidad Civil* cit., pp. 42-45.

³² Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2016). *Curso de Derecho Civil (II). Contratos y Responsabilidad Civil* cit., pp. 42-45.

III. Asesore a Alfa Hogar S.L. sobre la posibilidad de dirigirse a Mario Santos para reclamarle una remuneración por la venta del piso a Ángel o bien por incumplimiento de contrato

1. Hechos

El fundamento de la agencia Alfa Hogar S.L. para dirigirse contra Mario Santos con objeto de reclamarle una remuneración por la venta del piso o por incumplimiento de contrato se basa en el contrato de mediación o corretaje en exclusiva de 12 meses de duración y precio mínimo de venta del inmueble de 450.000 euros que formalizó con él el día 10 de septiembre de 2014.

En cumplimiento del mencionado contrato Alfa Hogar S.L. emprende su actividad mediadora encaminada a la conclusión del negocio jurídico propuesto por el oferente. De este modo, analiza los mercados, contacta con posibles compradores, programa visitas a la vivienda, realiza las actividades encaminadas que cabe esperar para la venta de un inmueble. Es evidente, por tanto, que la Agencia cumple adecuadamente con la obligación que asumió, la de realizar su actividad de gestión en orden a procurar la celebración del negocio jurídico que persigue el oferente.

La actividad mediadora es fundamentalmente la que desempeña Bárbara Novoa, empleada de la Agencia. Esta procedió a enseñar el piso a dos personas los días 22 y 23 de septiembre de 2014. El día 22, al primero de ellos, Jaime, el cual consideraba que el precio de partida era muy elevado; y el día 23 a Ángel Gómez, propietario del estudio de arquitectura Vientos S.L., al que le gustó mucho la disposición de la vivienda.

Posteriormente, sin la intervención y conocimiento de la agencia Alfa Hogar S.L., Mario Santos, el cliente, vendió el piso a uno de los interesados (Ángel Gómez) a través de otra agencia inmobiliaria (Islandia Inmobiliaria S.L.), por un importe de 430.000 euros, precio menor al establecido al inicio. Esto se llevó a cabo mediante un contrato de compraventa celebrado el día 14 de octubre de 2015, pagando la comisión a la segunda de las inmobiliarias, ya que había firmado un pacto de pago de comisión con la misma sometido a la formalización de la eventual compraventa, que efectivamente se produjo.

2. Fundamentos de derecho

En relación con las posibles acciones que puede emprender Alfa Hogar S.L. es necesario recordar a qué se obligó la agencia ante Mario Santos y si cumplió con dichas obligaciones. Del mismo modo, a continuación hay que indicar en qué medida Mario Santos no cumplió sus obligaciones, razón por la cual Alfa Hogar S.L. podrá reclamar contra él.

2.1. En relación a las obligaciones contractuales de Alfa Hogar S.L.

En relación con la autonomía del comitente para llevar a cabo o no el contrato (en este caso, la compraventa del inmueble) que le ofrece el corredor, la Jurisprudencia ha señalado que *“este contrato [el contrato de corretaje], aunque carece de una regulación específica, es admitido de conformidad el principio de la autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1255 del Código Civil, así [...] es doctrina consolidada de esta Sala*

[...] la de que el contrato de mediación o corretaje, [...] es 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” (vid. SAP de Sevilla de 11 de julio de 2003).

Por lo tanto, la función del mediador consiste esencialmente en poner en contacto a las partes para que surja “la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero”, tal y como se indica en la sentencia recién citada. En tales circunstancias (y si el contrato es perfeccionado) surgirá el derecho del corredor al cobro de sus honorarios, es decir, no es necesaria la consumación del contrato con el tercero por parte del comitente. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que, “*el mediador tiene derecho a la remuneración convenida aun cuando el contrato celebrado por su mediación no llegare a consumarse, o como dispone la sentencia de 28 de noviembre de 1956 al declarar que del concepto de contrato de mediación se deduce que las gestiones del mediador no van más allá de la perfección del contrato, pues con ella termina la misión que le ha sido confiada, ya que la consumación depende de la voluntad de los contratantes*” (vid. STS de 4 de noviembre de 1994).

A través de lo expuesto, y del mencionado contrato de mediación, se establece que fruto de esa mediación surgen unas obligaciones para el mediador (Alfa Hogar S.L.), entre las que incluimos la tendente a realizar su actividad dirigida a procurar la celebración del negocio jurídico que persigue el oferente, así como proporcionar información, desempeñar la actividad eficazmente y de buena fe, etc. De manera que, siempre que el mismo se perfeccione³³, surgirá el derecho a una remuneración.

Como se puede comprobar, Alfa Hogar S.L. cumple efectivamente con sus funciones inherentes al contrato. Esto es así ya que él mismo contactó con posibles compradores, les mostró el piso objeto del contrato, analizó los mercados, etc. Y si no intervino en un momento posterior en la conclusión del contrato no fue por causa que le sea imputable.

2.2. En relación a las obligaciones contractuales de Mario Santos y la eventual vulneración de las mismas

En primer lugar, hay que hacer referencia al pacto que realiza Mario Santos con el segundo de los mediadores, Islandia Inmobiliaria S.L. Con este pacto se compromete al pago de una comisión a la misma si finalmente se formaliza la venta (como de hecho ocurre). No obstante, Mario Santos había contraído unas obligaciones con Alfa Hogar S.L. con anterioridad, entre las cuales se incluía el pago de una comisión si se producía la venta, por lo que habrá que comprobar si estas son vulneradas. Las obligaciones que se analizan a continuación son, las derivadas del pacto de exclusiva, la falta de comunicación de la compraventa a la primera agencia una vez realizada, la obligación de no aprovecharse de la actividad del primer corredor, así como la conclusión de la compraventa en unas condiciones distintas a las pactadas con la primera agencia.

2.2.1. En relación al pacto de exclusiva y la posible responsabilidad derivada del mismo

³³ Perfección que se entiende producida desde que el vendedor y el comprador, mediante el correspondiente contrato, se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.

En primer lugar tenemos que referirnos a la existencia de un pacto de exclusiva entre el oferente, Mario Santos, y el mediador, Alfa Hogar S.L. Como se ha señalado anteriormente, el pacto de exclusiva se establece con el fin de que el agente elegido sea el único autorizado para intervenir en la compraventa del inmueble. Por lo tanto, la facultad del dueño queda limitada para concertar la venta de su vivienda con el auxilio de otros mediadores, pero no le impide actuar por cuenta propia. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo al señalar que “*lo que caracteriza la exclusividad del encargo de mediación es que la facultad del dueño queda limitada para concertar la venta de su vivienda con el auxilio de otros mediadores, pero no [impide] que el principal actúe por su propia cuenta, en el sentido de establecer contactos personales, sin clandestinidad ni intento de burlar los derechos del agente*” (vid. STS de 2 de octubre de 1999). Esta doctrina es seguida de forma coherente por las Audiencias Provinciales³⁴.

Si nos atenemos a los hechos del caso, en el mismo no se incumple el pacto de exclusiva al pactar con otra agencia para promover la venta de su piso porque en el momento del pacto con la segunda agencia ya ha finalizado el pacto de exclusiva con la primera. Así, el pacto de pago de comisión sometido a la formalización de compraventa futura que Mario Santos firma con Islandia Inmobiliaria S.L. el 10 de octubre de 2015 se produce una vez finalizado el periodo pactado de exclusiva que había concluido un mes antes: el 10 de septiembre de 2015.

2.2.2. En relación a la falta de comunicación de la compraventa a dicha Agencia una vez realizada

Lo anterior excluye la responsabilidad de Mario Santos con respecto al pacto de exclusiva con Alfa Hogar S.L., pues el contrato de mediación sin el pacto mencionado no impide encomendar la mediación a otros agentes. Ahora bien, el oferente puede haber incumplido otras obligaciones. Entre las conductas que debe evitar el oferente se incluye, en primer lugar, el no aprovecharse de la actividad llevada a cabo por el corredor tendente a la localización de la otra parte con la que concluir el negocio principal. Así, constituye doctrina jurisprudencial que el agente no tiene derecho a retribución alguna cuando el contrato se perfecciona a través de otro agente o del propietario sin aprovechamiento alguno de la actividad de aquel³⁵. Esta condición “sin aprovechamiento alguno de la actividad de aquel”, es la que es necesario comprobar en el subepígrafe siguiente (2.2.3).

De la misma manera, en segundo lugar, y a fin de evitar un perjuicio al corredor, el oferente debe comunicar al corredor que el negocio pretendido se ha perfeccionado sin su intervención si ocurre así, de forma que pueda conocer que su encargo ha concluido. Esto genera la consiguiente responsabilidad para el primero en el caso de que la referida comunicación no se lleve a cabo³⁶. De modo que, a continuación tendremos que comprobar si estas obligaciones se cumplen en este caso.

Comenzaremos por tratar de discernir si no se cumplió con esa obligación de comunicación una vez concluida la compraventa. Parece claro el incumplimiento por el tenor literal del caso, pues se señala que “*el oferente concluyó el negocio a través de*

³⁴ Vid., por ejemplo, SAP Girona de 17 abril de 2001.

³⁵ Rebolledo Varela, Á. L. (2006). “Compraventa a través de agente inmobiliario”. *Aranzadi civil: revista quincenal*, 3, pp. 2497-2529.

³⁶ Cremades García, P. (2009). *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria* cit., pp. 109.

Islandia Inmobiliaria S.L., sin informar de esa conclusión a Alfa Hogar S.L.". En consecuencia, Alfa Hogar S.L. ha seguido desarrollando su actividad hasta el momento en que descubre por sus propios medios que la compraventa se ha producido. Aquí se puede apreciar la existencia de falta de diligencia por parte de Mario Santos al no informar al mediador de que la conclusión del negocio se realizó a través de otra agencia, lo que motivó que la primera siguiera su actividad y realizara gestiones de forma inútil. Ahora bien, el problema vendrá para justificar y determinar los perjuicios que este incumplimiento han supuesto para Alfa Hogar S.L.

En este supuesto resultaría justificada la indemnización en la cuantía de gastos³⁷ en virtud de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil³⁸, al menos de aquellos gastos ocasionados a partir de la conclusión de la compraventa efectuada por Mario Santos, que haya realizado Alfa Hogar S.L. que pensaba que continuaba vigente el contrato de corretaje. La cuantía de gastos se refiere al valor de la pérdida que haya sufrido el perjudicado, consecuencia de un daño real y efectivo. Es decir, el perjuicio sufrido en el patrimonio del perjudicado, los daños efectivos.

En este caso los gastos se deberían considerar los normales o típicos de la propia actividad (publicidad en prensa, llamadas telefónicas, preparación de documentos, desplazamientos, etc.). Como vemos, estos gastos resultan sencillos de cifrar, pues son evidentes y pueden ser comprobados, aunque más complicado parece justificar un posible lucro cesante³⁹. De modo que no sería difícil determinar el "*quantum*" por la actividad de trabajo prestada en vano, aunque por la misma el mediador haya dejado de realizar otra actividad que sí podría haberle reportado beneficio económico, beneficio más difícil de probar como se verá a continuación.

La indemnización compensadora o lucro cesante aparece regulada también en el artículo 1106 C.C. No obstante, como ha indicado la Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de junio de 2008, entre otras⁴⁰, la exigencia del lucro cesante no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del artículo 1106 C.C., sino que es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes.

El Tribunal Supremo ha comentado dicho artículo y especificado qué ha de entenderse por lucro cesante, lucro que se basa en una presunción. El Tribunal señala que "*a diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso; y añade esta sentencia [STS de 30 de octubre de 2007] que el fundamento de la indemnización de lucro cesante ha de verse en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se*

³⁷ García Gil, F. J., & García Nicolás, L. Á. (2006). *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria: contrato de mediación inmobiliaria (derechos y obligaciones de las partes, cobro de comisiones, etc.)* cit., p. 42. García Gil establece que "*es también obligación del cliente o comitente la de reembolsar los gastos al gestor*" (vid. SAP de Madrid de 15 de diciembre de 2001).

³⁸ "*La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes*".

³⁹ Cremades García, P. (2009). *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria* cit., p. 109.

⁴⁰ Vid. SSTs de 17 de noviembre de 1954, de 6 de mayo de 1960 y la de 30 de diciembre de 1977, a las que remite la STS de 30 de octubre de 2007.

hubiera producido, lo que exige, como dice el art. 1106, que se le indemnice también la ganancia dejada de obtener" (vid. STS de 14 de julio de 2003)⁴¹. Otra sentencia significativa del Tribunal Supremo completa lo anterior y exige que dicha presunción acerca de las ganancias dejadas de obtener hubiera sido "muy probable" de no ser afectada por la actividad perjudicial de un tercero. Así, señala que "las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en que concurre similitud suficiente para ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación o su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida del provecho económico" (vid. STS 8 de julio de 1996).

En este mismo sentido, restrictivo del reconocimiento del lucro cesante y de la dificultad probatoria de su determinación y límites, se pronuncia otra sentencia del Tribunal Supremo. Es doctrina de la Sala que *"el lucro cesante o ganancias frustradas ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los concepto imaginarios, y para tratar de resolverlas el derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, y nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente criterio restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas"* (vid. STS de 30 de noviembre de 1993).

En resumen, las sentencias mencionadas establecen que el lucro cesante abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia, perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual. La Jurisprudencia se ha orientado, por lo tanto, por un prudente criterio restrictivo, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas. Por lo que para exigir dicho lucro cesante, debemos tener unas pruebas claras y concretas, que son difíciles de apreciar, debido a las peculiaridades que presenta el mismo, como el carácter aleatorio del contrato de corretaje, en el sentido de que dicho contrato depende de la perfección del mismo, cuestión que es ajena al mediador, puesto que depende de voluntades distintas a la suya, que lo hacen difícil de justificar⁴².

Sin embargo, a *sensu contrario*, el carácter restrictivo y exigente del reconocimiento del lucro cesante no excluye que haya sentencias en las que se reconoce la concesión del lucro cesante, como hace la Audiencia Provincial de Palencia, en la que condena al oferente a remunerar los gastos y el lucro cesante dejado de obtener por el mediador consecuencia de la revocación unilateral del encargo por parte del oferente. En la sentencia se hace referencia a que el Agente de la Propiedad Inmobiliaria *"ha puesto en juego sus medios materiales y humanos en busca de un comprador, medios por los que indudablemente satisface un coste, ha mantenido reiteradas conversaciones telefónicas interprovinciales con la oferente, remitido varios burofax, redactado un contrato de*

⁴¹ Doctrina reiterada en la STS de 30 de octubre de 2007, citada anteriormente.

⁴² Vid. STS de 30 de noviembre de 1993, en la que el Tribunal estima que *"el lucro cesante o ganancias frustradas ofrece muchas dificultades para su determinación"*.

compromiso de venta, encargó la confección notarial de la escritura de compraventa, etc., gestiones y gastos cuya realidad es patente” (vid. SAP de Palencia de 15 de marzo de 2001).

Por todo esto entendemos, que al no comunicar la compraventa al primer mediador, el mismo sufre unos gastos que han de ser resarcidos, ya que el mismo continuó realizando su actuación mediadora de buena fe, así como el lucro cesante dejado de obtener al seguir realizando la misma.

2.2.3. En relación a si hubo aprovechamiento por parte de Mario Santos de la actividad de Alfa Hogar S.L. para el logro de la perfección de la compraventa

Ya nos hemos referido a las posibles consecuencias de no informar al mediador de la conclusión de la venta. En segundo lugar, nos referiremos al hecho de que el que resultó ser comprador contactó con el oferente, Mario Santos, a través las gestiones de Alfa Hogar S.L., que fue quien le mostró el piso y los puso en contacto, por lo que consideramos que existe un “aprovechamiento de la actividad” de Alfa Hogar S.L.

Es central tomar en cuenta que, si el contrato principal se ha realizado una vez expirado el plazo por el que se pactó la exclusiva, pero lo ha sido con la parte que propuso el primer corredor, se adeudará la comisión igualmente. Si no fuese así, sólo habría que esperar a que el plazo de exclusiva expirase, y contratar después con la persona captada por el corredor, y de esta manera evitar abonar los honorarios al agente⁴³.

De esta forma lo entiende la Audiencia Provincial de Asturias al establecer que “*la apelante incurre en un error cuando sostiene que una vez extinguido el contrato quedaba en plena libertad para vender la vivienda a quien quisiera sin tener que abonar comisión al agente. Ello sería cierto, aun mediando pacto de exclusiva que aquí no consta, si la Agencia no le hubiera encontrado comprador alguno, pero si vendía el inmueble a alguna de las personas que lo habían visitado por indicación y compañía del Agente o sus dependientes, la actividad de éste resultó eficaz y debe ser remunerada mediante la comisión correspondiente” (vid. SAP Asturias de 29 de enero de 2002).*

En este sentido también se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, a la que ya nos hemos referido, que manifiesta ser “*contrario a la “fides”, el actuar unilateralmente aprovechando un servicio iniciado por el corredor (API), ya que es obvio que el que resultó ser comprador de la vivienda se puso en contacto con la demandada, porque conocía ya las características del inmueble, y el precio aproximado que se solicitaba por el mismo” (vid. SAP de Girona de 4 de febrero de 1997).*

En este caso la buena fe y el respeto a ese tercero de cuyos servicios se habían servido exigían que el demandado hubiese continuado las negociaciones a través de dicha agencia, ya que el “*contrato de mediación, al igual que cualquier otro, no sólo se rige por lo expresamente pactado, sino también ha de integrarse, por imperativo del artículo 1.258 del Código Civil, por todas aquellas exigencias derivadas de la buena fe, los usos y la ley*”⁴⁴.

⁴³ Cremades García, P. (2009). *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria* cit., pp. 239-240.

⁴⁴ Vid. SAP de Murcia de 13 de mayo de 2002.

Por todo esto, buena parte de la Jurisprudencia⁴⁵ ha establecido que los servicios del mediador han de ser retribuidos, tanto si el negocio proyectado se realiza con su intervención inmediata, como cuando el comitente se aprovecha de su gestión para celebrarlo directamente⁴⁶. Esta doctrina ha sido fijada por el Tribunal Supremo al establecer que *“el mediador encargado de la venta de una vivienda tiene derecho a la retribución íntegra de la comisión pactada cuando su gestión resulte decisiva o determinante para el “buen fin” o “éxito” del encargo realizado, con independencia de que la venta se lleve a cabo por el oferente sin su conocimiento y del precio final que resulte de la misma”* (vid. STS de 21 de mayo de 2014).

Por lo tanto, aunque el mediador no interviniera en las negociaciones finales, dirigidas a ponerse de acuerdo en el precio de la venta, pues se materializaron a sus espaldas, lo cierto es que de su actividad se beneficiaron directamente quienes luego concluyeron la venta. Gracias a él comprador y vendedor se conocieron, este último examinó la vivienda, se discutieron los extremos propios de este tipo de contratos, y, si no intervino en un momento posterior, no fue por causa imputable a él, por lo que le correspondería una remuneración por su actividad⁴⁷.

2.2.4. En relación a la conclusión de la compraventa en unas condiciones distintas

Por último hay que resaltar el hecho de que el contrato de mediación, al terminar el periodo de exclusiva y ser otro mediador quien posteriormente pone en contacto a las mismas partes, *“se realice en unas condiciones distintas”*, como ha ocurrido en este caso en el que la compraventa se produjo 13 meses después de la intervención de Alfa Hogar S.L. y por un precio inferior al inicialmente exigido por el vendedor.

Así, se podría llegar a entender que, si el vendedor hubiera estado dispuesto a bajar el precio desde un principio, como finalmente hizo, seguramente podría haberse concluido el contrato con la mediación de Alfa Hogar S.L. mucho antes, ya que por los hechos mencionados con anterioridad, se entiende que la intervención del mismo fue determinante para la conclusión del contrato al poner las partes en contacto, cuando solo quedaría por salvar la inicial falta de acuerdo acerca del precio.

3. Conclusión

De acuerdo con lo que ha quedado expuesto, se cumplen los requisitos para la viabilidad de una demanda por incumplimiento contractual sometida a lo dispuesto en los

⁴⁵ Vid. STS de 18 de septiembre de 1986, STS de 3 enero de 1989 y STS de 11 de febrero de 1991.

⁴⁶ Esto es así, porque como afirman las Sentencias de 22 de diciembre de 1992 y 19 de octubre 1993, la esencia de la mediación radica en que la función del mediador está dirigida a poner en contacto a los que *“pueden ser contratantes [...] sin intervención del mediador en el contrato”*, ni actuar como mandatario. En consecuencia el derecho del agente a percibir sus honorarios dimana de la perfección del contrato, perfección ésta que se entiende producida, obviamente, desde que el vendedor y el comprador, mediante el correspondiente contrato se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio.

⁴⁷ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de julio de 1999 afirma que *“la obligación básica asumida por el mediador es la de desarrollar una determinada actividad de gestión, [...] para procurar la celebración del negocio que persigue el cliente, mientras que la de éste es el pago de la remuneración o comisión pactada cuando la gestión ha obtenido un resultado positivo[...] aunque se frustrase el indicado contrato por que no es necesario que el mismo se perfeccione o consuma [...] Por todo esto, es obvio que el mediador adquiere el derecho a percibir la comisión desde el mismo momento en que ponga en relación al posible comprador con el cliente”*.

artículos 1101, 1104 y concordantes del Código Civil, ya que el corretaje, como cualquier contrato y de conformidad con lo que dispone el art. 1258 del mismo Código, obliga a quienes sean partes contratantes del mismo al cumplimiento de lo expresamente pactado y a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, obligaciones que no se han visto cumplidas.

Consecuentemente, debido a la inobservancia de las mismas por parte del oferente, es patente que será admisible una acción de daños por parte del corredor para recuperar los gastos realizados, así como una indemnización compensadora por su actividad laboral prestada en vano (lucro cesante), aunque este último concepto, como hemos dicho, requiere una prueba concreta y bien acreditada, sin incluir los hipotéticos beneficios. Por último se exigirá la correspondiente comisión fruto del contrato y resultante del aprovechamiento del esfuerzo profesional del agente.

Por ello, si Mario Santos requirió o aceptó la actuación de otro mediador (Islandia Inmobiliaria S.L.) y efectivamente le ha pagado, ello constituye un acto unilateral contrario a la buena fe que no puede perjudicar a Alfa Hogar S.L., quien había hecho todo lo que estaba a su alcance en el cumplimiento de sus obligaciones, por lo que se entiende que es merecido acreedor de los conceptos que hemos establecido y que se originaron a consecuencia de la mediación.

IV. Imagine que Alfa Hogar S.L. interpone una demanda contra Mario Santos en reclamación de una remuneración y una indemnización por incumplimiento contractual. Asesore a Mario, desde el punto de vista sustantivo y procesal, sobre la posibilidad de interponer una demanda reconvenzional o, en su caso, de considerarlo adecuado, una denuncia penal

1. Ámbito civil

1.1. Contestación a la demanda

En primer lugar, antes de valorar la posibilidad de interponer una demanda reconvenzional tendremos que comenzar contestando a la demanda interpuesta por Alfa Hogar S.L., partiendo de las respuestas a las preguntas anteriores que van a servir de presupuestos de lo que viene a continuación.

La contestación a la demanda es el acto procesal de parte en que el demandado opone expresamente resistencia y por medio del cual pide que no se dicte contra él sentencia condenatoria. El contenido de la contestación es la resistencia y esta es una declaración petitoria de no condena⁴⁸. El artículo 405 LEC dispone la contestación a la demanda como el lugar en que se alega y ha de alegarse todo aquello que permita al demandado defenderse frente a la pretensión del actor, tanto desde el punto de vista procesal como material.

1.1.1. En respuesta a la supuesta “actuación de mala fe del oferente”

Por lo tanto, empezaremos oponiéndonos a la demanda y negando los hechos alegados por la otra parte, que consideramos que deberían ser desestimados. El primero de ellos, alegado por la agencia, se refiere a la “actuación de mala fe del oferente” al no comunicar la conclusión del negocio al mediador, lo que generó unos gastos al mismo además del lucro cesante por la actividad dejada de realizar por seguir desempeñando la mediación.

Frente a esta pretendida mala fe cabe argumentar que no la ha habido. Conviene recordar, en primer lugar, que el mediador recibió comisiones durante su gestión para los gastos por sus actuaciones (la primera, de 1000 euros, efectivamente recibida, y solicitó una segunda de 2000 euros al demandado). Además, el propietario había comunicado a la agencia que iba a colgar un cartel para tratar de vender el piso por su cuenta, por lo que la agencia estaba informada de que podría concluir la venta si encontraba un comprador por sí mismo. Además, había finalizado el periodo de exclusiva, por lo que no solo podía buscar compradores él mismo, sino que podía ponerse en contacto con otras agencias, como efectivamente hizo.

En esta misma línea, y para recalcar lo anterior, hay que recordar que, tal y como nos indica la jurisprudencia, en el contrato de mediación o corretaje los gastos que se devengan como consecuencia del desempeño del contrato son a cargo y por cuenta del

⁴⁸ Montero Aroca, J. (2016). *El Proceso Civil. Los Procesos Ordinario de Declaración y Ejecución*. Valencia. Tirant Lo Blanch, pp. 299-300.

corredor salvo pacto en contrario⁴⁹. Así, si el contrato principal llega a perfeccionarse se podrá reclamar el importe de la comisión pero ninguna cantidad añadida, y ello es así no solo por el carácter eminentemente aleatorio del contrato, con una dependencia clara y directa del contrato principal, pues solo si este llega a perfeccionarse habrá derecho a comisión, y el perfeccionamiento del mismo depende de voluntades ajenas a la del mediador, sino porque el profesional corredor, actúa por cuenta propia, con sus medios⁵⁰.

Con respecto a la distinción entre los medios del agente y el resultado alcanzado, el Tribunal Supremo ha señalado que “*la aportación de medios a cargo del agente no justifica la remuneración por integrarse en su actividad gestora, y sí [justifica la remuneración] el resultado alcanzado*” (vid. STS de 30 de abril de 1998). Los medios, por lo tanto, los aporta el corredor, y la remuneración o comisión deviene, con independencia de los mismos, pues la remuneración se refiere exclusivamente al resultado alcanzado a partir de los medios empleados por el mediador pero sin remunerar en particular el importe de dichos medios. De forma que no encontramos mala fe en la actuación de Mario Santos, sino un cumplimiento fiel de sus obligaciones contractuales.

1.1.2. En respuesta al supuesto “aprovechamiento de la actividad de la agencia”

El segundo de los hechos alegados por la agencia Alfa Hogar S.L. sería el presunto “aprovechamiento de actividad de la agencia”, al considerarlo determinante para la conclusión del contrato. Consideramos que el hecho mencionado no es cierto ya que la única actividad que dicha agencia realizó durante los trece meses que duró el contrato (de los cuales 12 fueron en exclusiva) fue la tendente a enseñar el inmueble, al que posteriormente resultaría ser el comprador, y como indicamos a continuación, la mayoría de la jurisprudencia establece que esta actividad no es motivo suficiente como para que corresponda el pago de una comisión ya que los tratos decisivos fueron a cargo de un segundo mediador que si desarrolló su actividad con la diligencia exigible a un agente de la propiedad inmobiliaria⁵¹.

En el ámbito inmobiliario la doctrina considera que no basta con que el mediador presente al mediado o comitente posibles interesados en la operación inmobiliaria para que se entienda cumplida la mediación y tener el corredor derecho a percibir la remuneración convenida, sino que es necesario, además, que la gestión mediadora abra la posibilidad real de que el contrato se perfeccione, poniendo a las partes de acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque ni la una ni lo otro se hayan entregado. Excepcionalmente, puede ser de otro modo pero no en este caso. Esta excepción opera si en el respectivo contrato de corretaje se ha estipulado expresamente que el corredor solo cobrará sus honorarios cuando el contrato definitivo haya quedado consumado⁵².

⁴⁹ Vid. SAP Palencia de 30 de septiembre de 1996.

⁵⁰ Vid. STS de 7 de enero de 1957.

⁵¹ Solo tendrá derecho el mediador a percibir su retribución cuando el negocio se realice o se aproveche el oferente de las gestiones de aquel para ultimar la operación, y el carácter de exclusiva que pueda tener no limita la facultad del dueño para concertar personalmente el negocio. Es más, si el negocio se ha concluido gracias a las gestiones de otro mediador diferente, ante la pasividad del primero, ninguna comisión a su favor se habría devengado. En este caso solo procedería la correspondiente indemnización para este último como consecuencia del incumplimiento del referido pacto de exclusiva, pero no la comisión, y ello además siempre que se pudiera probar algún tipo de actividad del mismo tendente a la realización del negocio encomendado, y por tanto que se la ha irrogado algún perjuicio.

⁵² Gomis Masqué M. A. (2007). *La intermediación inmobiliaria* cit., pp. 215.

Esto se regula de este modo debido a las dificultades que se producen cuando se trata de concretar efectivamente qué agente ha conseguido la venta o si en la realizada directamente por el propietario se ha beneficiado o no de la previa o coetánea gestión del agente, por lo que mayoritariamente parece exigirse una efectiva gestión de intermediación que vaya más allá de una simple puesta en contacto entre quien pretende vender y quien desea comprar. No se considera suficiente enseñar el piso sin aportar datos al comprador sobre su situación, características, precio, condiciones y todo lo imprescindible para la efectiva perfección de la compra, e informar al vendedor acerca del comprador, precio ofrecido y los datos que aquel requiera de este para la venta. De manera que cuando el comprador formaliza el contrato sin tal actividad no se puede decir que se perfeccionó por mediación del agente (*vid.* SAP Madrid de 10 noviembre de 2004). Como se puede ver, en nuestro caso sabemos que no se lleva a cabo tal actividad, ya que el mediador únicamente se limita a enseñar el inmueble a posibles compradores, sin realizar ninguna gestión con posterioridad.

Con respecto al requisito de “poner en relación” hay una sentencia que desarrolla el significado de este término con precisión, por ello se cita por extenso: *“el requisito de “poner en relación” a las partes, vendedora y compradora, en un contrato de intermediación inmobiliaria, no puede estimarse colmado por el simple dato de “enseñar” o visitar la vivienda en cuestión con una supuesta compradora, aunque sea en presencia de la propietaria, aunque después sea ésta quien, en definitiva, adquiera el inmueble. Mediar supone un “plus” de actividad que no se ha producido en el presente caso. Enseñar un piso o una vivienda a un posible cliente comprador, aunque se tenga encargo de venta y desentenderse posteriormente de un seguimiento de la operación, sin informar del resultado de la visita, ni ofrecer al visitante como posible comprador, ni detallar sus circunstancias personales conocidas, ni la posible cantidad que sobre el precio inicial de salida del producto se encuentra dispuesto a pagar y en qué condiciones, no es, desde luego, labor acabada de mediación, ni puede sostenerse que se haya cumplido la obligación de poner en relación a las futuras partes contratantes”* (*vid.* SAP de Baleares de 13 de octubre de 2004)⁵³.

Por todo lo indicado, consideramos que no existe aprovechamiento de la actividad de la primera agencia, ya que la misma es casi nula, pues se limita al hecho de mostrar el piso a los posibles compradores, sin realizar gestión alguna.

1.1.3. En respuesta al hecho de que “la venta se realizó en unas condiciones distintas y, por tanto, debe abonarse la correspondiente comisión”

El tercero de los hechos alegados por la agencia es que “la venta se realizó en unas condiciones distintas”. Este hecho es incontestable. No lo es, en cambio, lo que la agencia deduce a partir de este hecho. La agencia arguye, o podría argüir, que de haberse reducido con anterioridad el precio pactado por el propietario, dicha reducción habría permitido la

⁵³ En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Barcelona de 5 abril 2006, la SAP de Madrid de 11 mayo 2004, en que la agencia se limitó a enseñar el piso sin llegar a ningún acuerdo, interviniendo después otra agencia, doctrina que confirma la misma en sentencia de 12 abril de 2006. Igualmente la SAP Málaga de 14 noviembre de 2003, al decir que no es suficiente con acompañar a un posible cliente a ver una vivienda, sino que tal proceder debe ir seguido de una puesta en relación entre ambas partes y un posterior acuerdo respecto del precio, la retribución y las condiciones acordadas, circunstancias que, en definitiva, dan lugar a la operación de compraventa. Más matizadamente la SAP Zaragoza de 30 junio 2006, en que la escasa actividad desplegada por el agente (mera visita al piso) le hace concluir un cumplimiento parcial de su obligación, y reducción del porcentaje de la comisión pactada.

venta a la agencia que es parte actora, de modo que, el oferente debe abonar la comisión. Frente a lo anterior hay que recordar que, en los supuestos en que el contrato de mediación no se contrata en exclusiva, o esta ha expirado como es nuestro caso, y es otro mediador quien, posteriormente, pone en contacto a las mismas partes se exige al primer mediador que su intervención haya sido determinante. Así, si las partes contratan más adelante en condiciones distintas de las inicialmente proyectadas, y por un precio notablemente inferior al inicialmente exigido por el vendedor, el derecho a la percepción de la comisión por el primero de los mediadores exigirá acreditar que, en todo caso, su intervención fue determinante para la compraventa como adelantábamos, y esto es algo que no consideramos que aquí quede acreditado. No basta con afirmar que, si el vendedor hubiera estado dispuesto a bajar el precio podría haberse concluido el contrato con su mediación, pues es cierto que el vendedor contrató por un precio inferior y que tal rebaja podía haberla ofrecido la demandante al comprador si hubiera persistido en su labor de mediación⁵⁴, pero no se trata más que de una suposición que en ningún modo queda probada y menos aún puede dar lugar al pago de la comisión.

De acuerdo con lo anterior entendemos que las pretensiones de Alfa Hogar S.L. deberían ser desestimadas al no cumplir las condiciones fácticas y jurídicas inherentes a su condición de mediador que se exigían, esto es así, ya que como hemos dicho Mario Santos no actuó de mala fe, ni se aprovechó de la actividad de Alfa Hogar S.L., y si acudió a una agencia posteriormente y vendió el piso por un precio inferior fue a consecuencia de la actividad de la segunda de las agencias, no de la primera, por lo que no queda acreditado el cumplimiento de los requisitos necesarios para que surgiera a favor de la parte el derecho al cobro de la comisión o remuneración convenida, e igualmente no existe incumplimiento contractual por parte de Mario Santos, por lo que consideramos que no hay lugar al abono de comisión por su labor mediadora, ni a indemnización alguna ni en concepto de gastos, ni de lucro cesante por su actuación.

1.2. Reconvención

Tras la contestación a la demanda, nos referiremos a continuación a los motivos que nos llevan a realizar la reconvención. La reconvención hace referencia a la interposición por el demandado de una pretensión contra la persona que le hizo comparecer en juicio, entablada ante el mismo juez y en el marco del mismo procedimiento en que la pretensión del actor se tramita, de modo que esta sea resuelta en la misma sentencia, que habrá de contener dos pronunciamientos. Según lo anterior, la reconvención supone salir del objeto del proceso fijado en la demanda y de las pretensiones del demandado frente a la misma, para fijar un nuevo objeto procesal, esto es, una nueva pretensión y, consiguientemente, un nuevo proceso⁵⁵.

El artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que “*al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvención, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante. Sólo se admitirá la reconvención si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal*”. Así, en nuestro caso procede la reconvención ya que las pretensiones de la demanda y las de la reconvención están conectadas en la medida en que el objeto es el mismo en ambas, el contrato de mediación. Si nos centramos en el ámbito material,

⁵⁴ Vid. STS 30 de julio de 2014.

⁵⁵ Montero Aroca, J. (2016) *El Proceso Civil. Los Procesos Ordinario de Declaración y Ejecución* cit., pp. 887-890.

como hemos reiterado, la mediación inmobiliaria es un contrato bilateral⁵⁶, por lo que del mismo se derivan obligaciones y derechos para el mediador y para el cliente.

El carácter bilateral, por tanto, comporta la existencia de obligaciones a cargo de cada una de las partes, obligaciones causalmente conectadas e interrelacionadas entre sí. Si no se cumplen las obligaciones se puede incurrir en incumplimiento contractual con el solicitante del servicio en el ámbito que recogen las reglas generales de las obligaciones (*vid.* artículos 1124 y 1101 C.C.). En particular, el incumplimiento del mediador⁵⁷, que es el que aquí nos interesa, puede ser total (dejación absoluta de dar salida al mercado al inmueble sin notificarlo al solicitante de los servicios), o parcial (mala gestión del asunto, falta de información adecuada o a la formalización contractual mal planteada), causando un perjuicio a la otra parte, que quedaría facultada para exigirle el cumplimiento del contrato o su resolución más la eventual indemnización de daños y perjuicios sufridos si procede.

No obstante, como reconoce la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 16 de diciembre de 2003, “*el contrato de corretaje o mediación es una figura negocial integrada en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos*”. En estos contratos, por la relación de confianza que los caracteriza ante una conducta generadora de responsabilidad parece más propio acudir a la indemnización restauradora que al cumplimiento en forma específica (*vid.* art. 1098 C.C.), sobre todo cuando la elección de la persona, en este caso el mediador, se hace en consideración a sus cualidades y capacidad personal (*vid.* art. 1161 C.C.).

Esto último se trata de un elemento fundamental en muchas profesiones liberales. Así, si confío un asunto a un abogado por mi confianza en su buena profesionalidad y con la convicción del buen resultado del litigio, ante la ulterior negligencia de este no puedo ser resarcido con que se obligue al abogado a la prestación del servicio pues la pérdida de confianza es inevitable. Tampoco podré ser resarcido con que desarrolle el servicio solicitado un abogado "cualquiera" a costa del primer obligado. Lo lógico sería evaluar el daño si es que se ha producido, indemnizar, y luego ya decidir si seguir con el asunto adelante o no y, optando por lo primero, decidir quién será el que lo lleve a término.

Algo análogo a lo expuesto sirve para reflexionar acerca de la mediación. El mediador no podría eludir su responsabilidad aduciendo que el asunto se ponga en manos de otra persona pues el daño ya está hecho. El daño se indemnizará y el asunto se pondrá o no en manos de otro mediador. Ahora bien, para que proceda el resarcimiento por los daños y perjuicios causados se deben dar una serie de requisitos: debe haber un auténtico dolo (intención y conciencia en dañar) o una culpa lata (con cierta malicia o rayana en el dolo) para poder exigir dicha responsabilidad⁵⁸.

⁵⁶ La bilateralidad oferente-mediador como doctrina tradicional, que es la que sigue nuestro Tribunal Supremo.

⁵⁷ Un ejemplo en el que se establece lo que sería un mal cumplimiento por parte del mediador sería la STS de 4 de julio de 1994. En ella el mediador no facilitó los datos registrales de gran trascendencia al comprador, que no se correspondían con la realidad, lo que provocó indebidamente el consentimiento del comprador.

⁵⁸ García-Valdecasas y Alex, F. J. (1998). *La mediación inmobiliaria: la mediación, agentes de propiedad inmobiliaria: terminología, señas de identidad, contrato de mediación, protección inmobiliaria, su problemática y la de la mediación en general* cit., pp. 161-163.

Centrándonos en nuestro caso, entre las obligaciones que surgen para el mediador destacaremos en primer lugar, la referente al “desarrollo de su actividad mediadora”. Esta es una de las principales obligaciones del corredor, que le viene encomendada en orden a procurar la celebración del negocio que se propone concluir el oferente. La actividad del mediador como “promoción de la celebración de contratos” engloba una compleja actividad material de prospección del mercado, de acercamiento a los clientes, de difusión de los productos o servicios y de negociación que antecede y prepara la conclusión de contratos⁵⁹. Por todo esto, desde el momento en que se acepta el encargo por parte del corredor nace para el mismo el deber de desarrollar esa actividad tendente a la conclusión del negocio principal, y esto es lo que la mayoría de decisiones judiciales reconoce como condición para el cobro de la comisión, por lo que cuando el corredor no desarrolla actividad alguna, no tiene sentido después pretender el pago de la comisión.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 17 de marzo de 2003 que afirma que el momento en que nace el derecho del Agente de la Propiedad Inmobiliaria al cobro de su comisión es aquél en el que “*cumplió los inexcusables deberes profesionales que le incumbían, siempre que de ello se sugiera la perfección del contrato*”. La ausencia de prestación del servicio de mediación generalmente no es determinante de responsabilidad del mediador. A pesar de que se estima la bilateralidad del contrato de mediación en la práctica no encontramos sentencia alguna que condene a un mediador por omisión total de actuación.

Así, conforme a lo anterior, se puede afirmar que la ausencia de eficacia a la que se refiere la normativa profesional no genera responsabilidad por daños, si acaso impide el cobro de honorarios pues son muchas las sentencias que exigen al mediador no solo poner en contacto las partes sino también contribuir eficazmente a la conclusión del negocio. En este sentido la SAP Madrid de 5 de abril de 2006, remitiendo a la de Salamanca de 7 de septiembre de 2000 y afirmando la unanimidad de la Jurisprudencia en este sentido, dispone que para considerar generado el derecho de retribución por parte del mediador es exigible: “A) *Que esté debidamente documentado tanto la realidad del encargo o contrato de mediación, como las condiciones del mismo, al menos en lo referido a la duración del encargo, la posible exclusividad y la retribución; B) Que el mediador acredite de forma fehaciente que su gestión ha sido decisiva para que la gestión se lleve a cabo...*”; doctrina que ha provocado en muchas ocasiones que las partes una vez contactadas por el intermediario sin lograr el acuerdo hayan reanudado más tarde la negociación al margen de aquel para evitar el pago⁶⁰.

No obstante, en nuestro caso, para hablar de esta obligación tenemos que mencionar que las partes realizaron un pacto de exclusiva, que aunque hubiera expirado en el momento de perfección del contrato, sí afecta a las actuaciones anteriores. Esto es así, ya que dicho pacto impide al vendedor acudir a otros corredores con la misma pretensión, por lo que la inactividad del mismo durante el tiempo que dure la exclusiva puede causarle un perjuicio ya que únicamente el agente acreditado podría buscar compradores, por lo que la no realización de su actividad podría ser motivo de indemnización para el cliente, que ha confiado en ese único corredor⁶¹.

⁵⁹ Gomis Masqué M. A. (2007). *La intermediación inmobiliaria* cit., p. 78.

⁶⁰ García-Valdecasas y Alex, F. J. (2016). “Precontractualidad inmobiliaria, actividad de intermediación y seguridad jurídica”, pp. 64.

⁶¹ En relación con la inactividad, Marta Blanco Carrasco, considera que cuando existe pacto de exclusiva, debe presumirse que durante el tiempo que dure el mismo, el corredor desarrollará la esperada actividad de

Cabe concluir haciendo referencia a que Alfa Hogar S.L. incumple su actividad de dar salida al bien al mercado, ya que solo hay constancia de la vista que realizaron al inmueble con la administradora de la agencia Bárbara Novoa dos personas los días 22 y 23 de septiembre de 2014⁶², de las cuales la misma agencia le informa a Mario Santos de que no están interesados en adquirir el piso, por lo que no negocia con las partes ni formula documento justificativo alguno de las visitas. Y aunque la ausencia de prestación de este servicio normalmente no es reconocida como responsabilidad del mediador, sí que da lugar a que no se ocasione ningún derecho al cobro por parte del mediador, por lo que se solicitará que se devuelvan las prestaciones recibidas por el mismo para el desarrollo de su gestión. Sin perjuicio de que Mario Santos pueda solicitar responsabilidad por daños y perjuicios por mediar un pacto de exclusiva durante 12, de los 13 meses que duró el contrato convenido, tal y como se ha señalado con anterioridad.

Ya se ha hecho referencia al deber de desarrollar la actividad del mediador. A continuación nos referiremos al “deber de información”⁶³ que tiene el mismo, que comporta a su vez, un deber de rendición de cuentas sobre todo cuando la actividad del corredor implique la entrega, para gestión o atenciones, de cantidades por parte del principal⁶⁴, como es nuestro caso. Como ya se ha mencionado, es deber del mediador facilitar al oferente la información relativa a aquellas ocasiones propicias para la celebración del contrato. El corredor está obligado a informar sobre la marcha y desarrollo de la actividad gestora. Esta obligación implica que el corredor debe poner en conocimiento del oferente cada ocasión que sea factible para la conclusión del negocio intermediado. La información además debe ser veraz y clara y el corredor debe abstenerse de facilitar datos falsos o inconexos que puedan inducir a error a los futuros contratantes pudiendo incurrir en responsabilidad, incluso penal, por los daños y perjuicios que pudiera causar.

En estrecha relación con este deber hay que mencionar la “obligación de proceder de buena fe”. El artículo 1258 del Código Civil hace referencia a que, con independencia de los pactos que las partes hayan concertado, la buena fe debe estar presente en cualquier contrato⁶⁵. Esta obligación de actuar de buena fe, también se recoge en el Real Decreto 1294/2007 de 20 de septiembre, que indica que el Agente de la Propiedad Inmobiliaria ha de actuar con honorabilidad, principio base de su intervención, que implica tanto la

mediación, pues el compromiso es no acudir a ningún otro corredor para la consecución de acuerdo proyectado, de tal manera que se justifica la obligatoriedad de desarrollar la actividad por parte del corredor.⁶² Actividad que como ya se ha indicado, no es suficiente, ya que no basta con que el mediador presente al mediado o comitente posibles interesados en la operación inmobiliaria para que se entienda cumplida la mediación (*vid.* SAP Madrid de 10 noviembre de 2004).

⁶³ La STS de 2 de octubre de 1999 señala que no puede caber duda 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. En el caso resuelto, le hace responsable contractual de las sanciones impuestas al vendedor por vender una vivienda protegida por precio superior al legalmente permitido.

⁶⁴ Gomis Masqué M. A. (2007). *La intermediación inmobiliaria* cit., pp. 84-85.

⁶⁵ Según la jurisprudencia, la buena fe a que se refiere el art. 1258 C.C. se proyecta sobre lealtades y fidelidades recíprocas, siendo su elemento fundamental la protección de la confianza (SSTS 7 de diciembre de 2009 y 29 de febrero del 2000) y exigiendo el cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida (SSTS 30 de enero del 2003, 20 de febrero del 2000, 21 de septiembre de 1987 y 26 de enero de 1980).

transparencia en su actuación como la absoluta indemnidad de los clientes en las transacciones en que intervenga; y ello, con la debida corrección en el plano ético y jurídico y con total ausencia de actos imputables al Agente en vía penal o administrativa.

En consecuencia, en relación con la buena fe, no cabe duda de que la información suministrada por el mediador no solo debe ser veraz, sino que, como es lógico, para serlo debe existir, de manera que la omisión o la no proporción de información puede ser calificada como de dolo omisivo. De esta forma, al contrario que la prestación de actividad, que dijimos que no solía ser reconocida como causante de responsabilidad para el mediador, sí se origina responsabilidad por daños y perjuicios en los supuestos en los que se facilita a las partes información no veraz con trascendencia en el consentimiento y cuando se oculta a las partes, con intención o sin ella (ignorancia inexcusable), información con trascendencia en el consentimiento de aquellas⁶⁶.

Por todo esto, el mediador no sólo incumple una de las principales obligaciones del contrato de corretaje, la tendente a desarrollar su actividad sino que, además, oculta información al oferente, ya que hay constancia de que existía un cliente muy interesado en el inmueble, tanto es así que resultó ser el comprador pero a través de las gestiones de otra Agencia (Islandia Inmobiliaria S.L.). Sin embargo, de este Mario no recibió ninguna noticia, a pesar de que el interesado (Ángel Gómez) preguntó por el piso en varias ocasiones. La agencia le decía a Ángel que el inmueble ya estaba vendido, cuando no era así, por lo que además hay una intención de engañar al propietario, que seguía confiando en las gestiones de Alfa Hogar S.L., mientras seguía sin vender el inmueble y sin recibir la información.

Esto supone que el principio de buena fe tampoco es respetado al actuar de forma dolosa, de mala fe, con deslealtad al entorpecer de forma deliberada la consumación de los contratos en los que había intermediado, al omitir informar a su mediado acerca de los datos que le interesaban para conseguir la conclusión del negocio, y de esta forma seguir percibiendo comisiones del mismo (como vemos, Mario ya pagó una comisión de 1000 euros, y Alfa Hogar le pide una segunda de 2000 euros más).

La conducta del mediador, tendente a ocultar información a su cliente, impidiendo así el perfeccionamiento del mismo, solo puede calificarse de manifiestamente contraria a la buena fe (*vid.* art. 1258 C.C.), más aún cuando había percibido comisiones por ello. De lo anterior se puede extraer que lo sucedido ha sido un grave incumplimiento contractual del mediador, en cuanto a las consecuencias del contrato conformes a la buena fe, incompatibles con la lealtad contractual que quedó gravemente quebrantada al engañar a los compradores sobre la situación del inmueble, al indicarles que ya estaba vendido, perjudicando así a su cliente, del que había recibido comisiones.

Por todo esto, se pueden considerar infringidos los artículos 1101 y 1106 del Código Civil⁶⁷. Dichos preceptos regulan la responsabilidad del deudor por haber cometido una infracción obligacional, que se traduce, a su vez, en una obligación de indemnizar de contenido pecuniario como compensatoria de los daños y perjuicios causados. Pero, ahora bien, para que surja dicha responsabilidad de indemnizar es preciso que haya incurrido en dolo o en negligencia y que en todo caso contravenga el tenor de la obligación.

⁶⁶ García-Valdecasas y Alex, F. J. (2016). “Precontractualidad inmobiliaria, actividad de intermediación y seguridad jurídica”, p. 129.

⁶⁷ Dichos artículos se refieren a la responsabilidad contractual.

El Código no formula una noción especial del dolo al referirse al incumplimiento de las obligaciones, dándola por supuesta. Puede decirse que se incumple una obligación dolosamente cuando el mediador actúa de forma deliberada, sabiendo que al no realizar la prestación debida, lleva a cabo un acto contrario al derecho y lesivo para el oferente. Se trata de una conducta intencionada en cuanto al incumplimiento, aunque no lo sea en cuanto a los resultados perjudiciales para el acreedor.

En cuanto a las consecuencias perjudiciales que el incumplimiento doloso supone desde el punto de vista subjetivo una mayor gravedad que la culpa, puesto que en esta no existe la intencionalidad, ni la mala fe que caracterizan el dolo, el legislador les atribuye consecuencias distintas en orden a los daños y perjuicios que han de ser indemnizados en uno y otro caso. Según el artículo 1107.2 del Código Civil, cuando se trata de un deudor que ha incumplido dolosamente, de mala fe, su responsabilidad alcanza a todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento, sin distinguirse en que pudieran ser o no previsibles al constituirse la obligación. Se ha querido, por el legislador, señalar una mayor extensión a la cadena causal en el supuesto del dolo, cuando al referirse a los daños indemnizables alude a todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento, bastando que los daños sean consecuencia conocida.

En conclusión, dada su actitud perjudicial para el cliente, claramente intencionada al ocultarle datos esenciales para lograr los negocios intervenidos, el agente en cuestión incurrió en un dolo inexcusable del que se deben derivar responsabilidades contractuales, con las características y circunstancias ya antedichas. Como consecuencia ineludible de la estimación de este motivo será preciso que sea declarada la responsabilidad contractual de parte, con base a los artículos 1101, 1106, 1107, 1124, 1258 y concordantes del Código Civil, y habrá que fijar el «quantum» indemnizatorio y que sirva de resarcimiento al daño y perjuicio, que con su dolo ha causado el corredor al cliente.

Por todo lo expuesto cabe señalar, para finalizar, que se debería estimar íntegramente una reconvencción en la que se incluyan estos presupuestos. Al no poderse perfeccionar el contrato durante los 13 meses que duró la mediación debido a la falta de actuación de Alfa Hogar S.L. lo que conllevará a que no sólo no tenga derecho a la comisión pactada, sino a que se reclamen las ya percibidas para el desarrollo de sus gestiones. Además la falta de información, como hemos indicado, al ser contraria a la buena fe (*vid.* art. 1258 C.C.) por actuar de forma intencionada (con dolo), deberá traducirse en una indemnización de daños y perjuicios a favor del Mario Santos en base a todo lo mencionado.

2. Ámbito penal

2.1. Denuncia penal

La denuncia es un acto procesal por el que una persona emite una declaración de conocimiento, que proporciona al titular del órgano jurisdiccional la noticia de un hecho que reviste los caracteres del delito. Es, por tanto, la manera idónea según la ley de transmitir la *noticia criminis*. Su regulación se encuentra, fundamentalmente, en los artículos 259 a 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como aquí se indica, la denuncia puede ser escrita u oral, e incluso, aunque no es frecuente, por medio de mandatario (arts. 265, 266 y 267 LECRIM). La misma se formula por un sujeto frente a

un destinatario. Esto es importante, puesto que la persecución de determinados delitos se vincula al requisito previo de la denuncia. El destinatario de la denuncia puede ser un órgano judicial o un órgano distinto, dado que las denuncias se pueden presentar ante el Juez, ante el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial.

La denuncia, en tanto en cuanto es un acto procesal, produce determinados efectos, que afectan tanto al denunciante como al proceso penal o, por decirlo con mayor precisión, al órgano jurisdiccional. Respecto al denunciante, una vez formulada la denuncia ha cumplido su deber y no queda obligado, en consecuencia, a sostener la acción penal, es decir, a presentarse como parte en el proceso querellándose contra el autor, ni a probar los hechos denunciados (*vid.* art. 264 LECRIM). La ley protege, además, especialmente, porque a pesar de que denunciar un hecho criminal sea un deber, con la denuncia se puede incurrir en riesgo personal (*vid.* art. 464 C.P.). No obstante, si la denuncia hubiera sido realizada con dolo, el denunciante queda sometido a responsabilidad. Respecto al órgano jurisdiccional, este tiene la obligación de investigar el hecho denunciado, y también el órgano administrativo que la hubiera recibido, además de comunicar la misma al Ministerio Fiscal y a los sujetos denunciados en su caso, lo que les convierte en investigados (*vid.* art. 118 LECRIM). Solo si los hechos no revisten carácter de delito o la denuncia resulta manifiestamente falsa, se archivará (*vid.* art. 269 LECRIM)⁶⁸.

Dentro del orden penal, la jurisprudencia ha apreciado en diferentes ocasiones responsabilidad en la actuación de los corredores inmobiliarios debiendo distinguirse varios supuestos en función de los tipos penales apreciados. Así, en primer término, con base en la normativa anterior a la entrada en vigor del Real Decreto 4/2000 de 23 de junio de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, no eran infrecuentes las resoluciones penales que condenaban por delito de intrusismo a aquellas personas que desarrollaban una actividad profesional careciendo de la habilitación legal necesaria para ello y sin estar en posesión del título oficial (*vid.* SAP Huelva de 19 de mayo de 1999, SAP de Cáceres de 2 de marzo de 2001).

En segundo lugar, cabe destacar por su relevancia práctica y su frecuencia, las resoluciones penales que condenan a los mediadores inmobiliarios como autores de apropiación indebida por retención de cantidades (arras o señal) recibidas bajo un título jurídico de los que origina obligación de entregar o devolver lo recibido (en este sentido, *vid.* SSTS de 30 de abril de 2001 y STS de 10 de febrero de 2005). En tercer lugar destacan las resoluciones que condenan a los mediadores como autores del delito de estafa en aquellos supuestos en que, mediante engaño, consiguen determinar la voluntad de su oferente para realizar un acto de disposición patrimonial que finalmente acabe redundando en beneficio propio del intermediario o de un tercero en connivencia con este. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2001 y 10 de diciembre de 2004, o la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 20 de julio y Castellón de 31 de diciembre de 2002. Por último, en ocasiones se ha castigado al agente inmobiliario como cooperador necesario en delitos contra la Hacienda Pública⁶⁹.

Entre todos los mencionados, nuestro caso podría quedar integrado dentro del tercero de los supuestos, en que se condena a los mediadores por delito de estafa. El concepto de

⁶⁸ Montero Aroca, J.(2016). *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal 24ª Edición*. Valencia. Tirant lo Blanch, pp. 113-116.

⁶⁹ Gomis Masqué M. A. (2007). *La intermediación inmobiliaria* cit., pp. 256-257.

estafa se desprende del tenor literal del artículo 248.1 del Código Penal que señala: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno” (vid. SSTs 24 de marzo de 1988, de 16 de julio de 1990, de 30 de noviembre de 2004 y de 17 julio de 2006).

El concepto de estafa exige un nexo entre los componentes del mismo (engaño, ánimo de lucro, error y acto de disposición patrimonial en perjuicio de otro), es decir, una relación de causalidad. Así lo reconocen unánimemente doctrina y jurisprudencia. Por lo tanto el engaño ha de motivar un error que induzca a realizar un acto de disposición que suponga un perjuicio. Los elementos integrantes del concepto de estafa, por lo tanto, son el engaño, el error, el acto de disposición, el perjuicio y el ánimo de lucro⁷⁰.

El engaño es el primero y el más significativo de los elementos definatorios de la estafa. Así lo ha declarado el TS en multitud de resoluciones (vid. STS 16 de febrero 2007)⁷¹.

Engañar es hacer creer a una persona algo que no es verdad. No obstante, el Código Penal especifica que no vale un engaño cualquiera para colmar las exigencias de la estafa, sino que debe tratarse de un “*engaño bastante para inducir a error*”. Para determinar si el engaño es típico ha de valorarse su idoneidad objetiva para producir el error e inducir al acto de disposición patrimonial, teniendo en cuenta además que no habrá engaño bastante si la víctima podría haberlo descubierto si hubiese mostrado un cierto nivel de diligencia. Para ello, desde un punto de vista imparcial y objetivo habrá que atender a las circunstancias del hecho, incluidas la disposición y conocimiento de la víctima, y los conocimientos que tuviera el autor sobre todo ello.

En este sentido, la jurisprudencia reconoce cada vez con mayor claridad que la víctima tiene deberes de autoprotección frente al engaño. Así, en primer lugar, el Tribunal Supremo señala que debe realizarse un doble juicio, abstracto y concreto: el engaño debe tener entidad para crear una apariencia de realidad y seriedad en el mundo entre personas de mediana perspicacia e inteligencia y, además, considerada en concreto, ha de valorarse la persona a la que se dirige el engaño, examinando si, en esas concretas circunstancias, el engaño es suficiente para mover su voluntad⁷². Dicho esto, el Tribunal Supremo añade que aun siendo un engaño creíble por la mayoría de personas, no se apreciará estafa si va dirigido a profesionales de la materia, plenamente conocedores del asunto (vid. STS de 21 de enero de 2002), especialmente en lo que concierne a negocios especulativos de alto riesgo (vid. SSTs de 25 de abril de 2005 y 28 de junio de 2008).

Una cuestión discutida es si cabe el engaño por omisión. A este efecto, se pueden distinguir dos supuestos. En primer lugar, los casos en que una omisión, básicamente el silencio con respecto a ciertos datos posee un significado inequívoco en el contexto de una afirmación determinada, de modo que en realidad se produce una acción concluyente engañosa. En estos supuestos, sí podría hablarse de estafa. Por otro lado, los casos en que todo el engaño está constituido por una omisión, es decir, cuando la conducta consiste en no sacar del error a la víctima. En este supuesto, dado que el error precede al engaño, no podrá apreciarse estafa.

⁷⁰ González Cussac, J. L. (2016). *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. pp. 350-359.

⁷¹ González Cussac, J. L. (2016). *Derecho Penal Parte Especial* cit., pp. 351-355.

⁷² Vid. SSTs de 13 de marzo de 1999; 14 de junio de 2005; 16 de julio de 2008; entre otras muchas.

Ha de determinarse, pues, si el error es imputable al engaño o la confluencia de otros factores, como la negligencia de la víctima. Se admite la existencia de error aunque existan dudas en la víctima, es decir, aunque ésta haya tenido alguna sospecha de la falta de veracidad de lo manifestado por el autor. En todo caso, debe excluirse el error en casos de negligencia extrema de la víctima.

El acto de disposición consiste en cualquier acción u omisión que implique un desplazamiento patrimonial, y puede llevarse a cabo mediante la entrega, cesión o prestación de una cosa, un derecho o un servicio. Como el acto de disposición ha de ser consecuencia del error causado ha de realizarse precisamente por este sujeto que ha sido engañado. Sin embargo, este sujeto no tiene por qué ser quien sufra el perjuicio patrimonial (el sujeto pasivo del delito), ya que el Código penal establece que son típicos los actos de disposición realizados “*en perjuicio propio o ajeno*”.

El perjuicio típico en la estafa se producirá cuando el acto de disposición efectuado no obtiene el equivalente debido, es decir, cuando hay diferencia de valor entre lo que sale del patrimonio debido al acto de disposición, y lo que eventualmente se puede recibir como contraprestación. En todo caso, la estafa se consuma cuando se produce el resultado típico, que es el desplazamiento patrimonial y el consiguiente enriquecimiento. Eso sí, este enriquecimiento se logra ya con la disponibilidad sobre la cosa obtenida, sin que sea necesario para consumar el delito que se logre el lucro final que el autor pensaba conseguir, por ejemplo a través de la venta de la cosa.

Por lo tanto, tras lo anterior podemos ya referirnos a si se dan los requisitos en nuestro caso para el reconocimiento de una estafa. El sujeto activo (Alfa Hogar S.L.) idea un engaño bastante (ocultar que existe un comprador interesado, mientras simula realizar la actividad mediadora) para causar un error (hacer creer que no hay ninguna persona que quiera comprar el inmueble y que la agencia contratada está desarrollando su actividad adecuadamente) en la víctima (Mario Santos), un error que ha de inducir a la víctima a realizar un acto de disposición (entrega de comisiones para que Alfa Hogar S.L. siga desarrollando su actividad) que le cause un perjuicio patrimonial (pérdida del dinero que invirtió al pagar las comisiones a la agencia contratada, cuando esta no realizaba su trabajo).

El delito de estafa es castigado con prisión de 6 meses a 3 años. Para individualizar esta pena, el artículo 249 del Código Penal establece que se tendrán en cuenta determinados extremos como el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre perjudicado y defraudador (aquí debería entenderse que el Código se refiere a las relaciones entre defraudador y *engañado*, ya que éste no tiene por qué coincidir con el perjudicado), los medios empleados para cometer el fraude (por ejemplo, castigando más aquellos medios que dotan de mayor apariencia de veracidad a la conducta engañosa) y cualesquiera otras circunstancias que sirvan para valorar la gravedad del delito. En todo caso, si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, la estafa cometida será considerada delito leve y se castigará con pena de multa.

Además, el Código Penal recoge una larga serie de circunstancias agravantes de la estafa en el artículo 250. Entre las mismas podemos destacar la estafa cometida abusando de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aprovechando este

último su credibilidad empresarial o profesional (*vid.* art. 250.1.6° C.P.). El fundamento de este agravante se encuentra en la especial indefensión de la víctima de la estafa, porque entre ambos existen relaciones personales o porque el defraudador tiene reconocida una gran reputación y profesionalidad.

El aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional descansa en la mayor facilidad o desprotección del bien jurídico en el marco de estas relaciones. Se castiga pues el abuso de una apariencia alcanzada dentro del marco empresarial y profesional en sentido estricto, sin que para ello sea necesaria una relación personal previa. De modo que se trata de un abuso de la confianza profesional, que puede darse en cualquier clase de relación.

En nuestro caso se podría entender que el mediador engañó al perjudicado haciéndole creer que estaba desarrollando su actividad de forma activa, pero que no había encontrado ningún interesado en el inmueble. Aunque esto era falso puesto que, está acreditado que existía un comprador muy interesado en el inmueble, ya que en varias ocasiones preguntó por el mismo, por lo que estaba dispuesto a adquirirlo, tanto es así, que finalmente compró el mismo a través de la intermediación de otra inmobiliaria (Islandia Inmobiliaria S.L.).

A causa de dicho engaño, suficiente para inducir a error, puesto que el propietario creía poder confiar en la seriedad y honradez de quien profesionalmente se dedicaba a la intermediación en el mercado inmobiliario, Mario depositaba cantidades en la cuenta de la agencia que le eran requeridas por la misma para el desarrollo de las gestiones, que no se estaban llevando a cabo. De esta forma, se produjo el engaño que provocó en el propietario el error, que indujo a proporcionarle las cantidades, irrogándole un perjuicio no sólo por lo entregado sino, como se indica, por la venta del inmueble por un precio menor al requerido inicialmente. Por lo que se puede comprobar como si se podrían dar los requisitos para una estafa con el propósito de la agencia de obtener con la operación un lucro ilícito, que efectivamente consiguió, por lo que podríamos apreciar un tipo básico de la estafa (*vid.* art. 248.1 C.P.).

A lo que debe añadirse, que es discutible la apreciación de especial gravedad mencionada (*vid.* art. 250.1.6° C.P.), ya que como hemos dicho se trata de un contrato incluido en los de colaboración y gestión de intereses ajenos, en el que se confía en las cualidades del profesional al que se acude para poner su bien en el mercado. Por lo que se podría dar un aprovechamiento de su credibilidad empresarial para abusar del cliente que confiaba en sus gestiones.

Para concluir, nos referiremos al hecho de que para la existencia del delito de estafa se exigirán ciertas condiciones, como el uso de nombre o cualidades falsas; o el empleo de maniobras fraudulentas. Así pues, la línea divisoria entre el ámbito penal y el civil dependerá de la entidad del caso concreto o de la existencia o inexistencia del perjuicio logrado o intentado. Por lo que en definitiva, la conducta se guiará por la vía procesal elegida por el perjudicado.

V. Conclusiones

1. Con respecto a lo trabajado en la primera cuestión, hemos llegado a las conclusiones siguientes:

1.1. En el presente caso podemos distinguir tres negocios jurídicos: los dos primeros son contratos de mediación inmobiliaria y el tercero es un contrato de compraventa.

1.2. En primer lugar, por contrato de corretaje o intermediación inmobiliaria nos podemos referir a aquel por el cual una de las partes (oferente), interesado en celebrar un negocio jurídico que tenga por objeto un inmueble de su propiedad, solicita los servicios de otra parte (mediador), que se compromete, a cambio de una remuneración, a realizar las gestiones necesarias a fin de poner en contacto a quien ha contratado sus servicios con un tercero que puede estar interesado en aquel negocio jurídico con el oferente. Con respecto a las características, es reiterada la doctrina que lo considera un contrato innominado, atípico o “*sui generis*”, “*facio ut des*” pero de carácter principal, consensual y bilateral. Aunque también hay que añadir que se trata de un contrato oneroso.

1.3. El corretaje guarda relación con ciertos contratos (mandato, contrato de servicios, contrato de obra, comisión mercantil y contrato de agencia). No obstante, es necesario marcar las diferencias que lo separan de los mismos.

1.4. El contrato de mediación o corretaje inmobiliario es un contrato atípico en Derecho español. Tiene un contenido civil sustantivo más allá de la normativa de carácter administrativo. A pesar de la escasez de regulación, su empleo constante en la práctica inmobiliaria hace preciso que se fijen unas normas por las que se ha de regir y así lo ha hecho el Tribunal Supremo. Habrá que recurrir a lo pactado por las partes, después a las normas generales de las obligaciones y los contratos (Títulos I y II C.C.), y cuando sean aplicables al caso concreto, a las figuras afines. Junto a lo anterior, se ha de acudir a los usos comerciales y normas complementarias, así como a la jurisprudencia pacífica y consolidada del Tribunal Supremo, sin olvidar la doctrina científica y el derecho comparado.

1.5. En la mediación intervienen dos partes: el mediado u oferente que encarga el servicio de mediación y el mediador o corredor que presta el servicio solicitado. También se puede mencionar al mediatario que, aunque no es parte del contrato de corretaje, sí lo es del contrato intermediado. El oferente o comitente tiene una serie de obligaciones (abono de la retribución o comisión al mediador, tener una actitud de colaboración y el deber de actuar de buena fe) y de derechos (el derecho a ser informado, el derecho a no concluir el negocio mediado y la facultad de desistimiento. Por su parte, el mediador o corredor también tiene unas obligaciones (la obligación de actividad, el deber de informar, el deber de eficacia, honorabilidad, reserva y legalidad, así como la obligación de proceder de buena fe) y de derechos (derecho a su retribución, el derecho a recibir información necesaria sobre el inmueble por parte del oferente y por último el reembolso de los gastos de gestión, cuando proceda).

1.6. Hay que hacer una breve referencia al pacto de exclusiva que se puede concertar entre las partes de este contrato. Este impide al oferente acudir a otros mediadores durante el tiempo que dure el mismo.

1.7. La compraventa se define en el art. 1445 del Código Civil como aquel contrato en virtud del cual “*uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente*”. De acuerdo con el art. 1450 del Código Civil “*la venta se perfeccionará entre el comprador y vendedor y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto de contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado*”. Se caracteriza

por ser un contrato consensual, bilateral o sinalagmático, oneroso, conmutativo, obligatorio, típico y nominado.

1.8. Su regulación genérica se encuentra en los artículos 1445 a 1537 del C.C.

1.9. Con respecto a las obligaciones del vendedor se incluyen: la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta, la obligación de conservar la cosa y algunas obligaciones relativas a la conformidad y garantía de la cosa vendida. En cuanto a sus derechos hay que nombrar el derecho del vendedor a recibir el precio y el derecho a la resolución de la compraventa de bienes inmuebles. Por otra parte, las obligaciones del comprador son: el pago del precio, el abono de intereses, el deber de recibir la cosa y el pago de ciertos gastos. En cuanto a sus derechos, hay que destacar el derecho a recibir la cosa, el derecho a los frutos, lo que exprese el contrato y accesorios y el derecho a suspender el pago del precio.

2. Con respecto a lo trabajado en la segunda cuestión, hemos llegado a las conclusiones siguientes:

2.1. El fundamento de la agencia Alfa Hogar S.L. para dirigirse contra Mario Santos con objeto de reclamarle una remuneración por la venta del piso o por incumplimiento de contrato se basa en el contrato de mediación o corretaje en exclusiva de 12 meses de duración y precio mínimo de venta del inmueble de 450.000 euros que formalizó con el mismo el día 10 de septiembre de 2014.

2.2. En relación con las posibles acciones que puede emprender Alfa Hogar S.L., es necesario recordar a qué se obligó la agencia ante Mario Santos y si cumplió con dicha obligación. Del mismo modo, hay que indicar en qué medida Mario Santos no cumplió sus obligaciones, razón por la cual Alfa Hogar S.L. podrá reclamar contra él.

2.3. En relación al pacto de exclusiva, si nos atenemos a los hechos del caso, no se incumple el pacto de exclusiva al pactar con otra agencia porque en el momento del pacto con la segunda agencia ya ha finalizado el pacto de exclusiva con la primera. Lo anterior excluye la responsabilidad de Mario Santos con respecto al pacto de exclusiva con Alfa Hogar S.L., pues el contrato de mediación sin el pacto mencionado no impide encomendar la mediación a otros agentes.

2.4. Como respuesta a la falta de comunicación de la compraventa a la primera Agencia una vez realizada, se generan unos gastos y un posible lucro cesante al seguir desarrollando esta hasta que descubre por sus propios medios que se vendió el inmueble su actividad mediadora de forma inútil.

2.5. Por lo que respecta al aprovechamiento de la actividad de Alfa Hogar S.L., gracias a esta, comprador y vendedor se conocieron, por lo que le corresponderá una remuneración por su actividad.

2.6. Por último, el contrato se realiza en unas condiciones distintas, por lo que se podría llegar a entender, que si el vendedor hubiera estado dispuesto a bajar el precio desde un principio, como finalmente hizo, seguramente podría haberse concluido el contrato con la mediación de Alfa Hogar S.L., mucho antes.

2.7. En conclusión, se cumplen los requisitos para la viabilidad de una demanda por incumplimiento contractual (art. 1101, 1104 y concordantes), dado que la actuación de Mario Santos no fue acorde con la posición en la que se situaba, por lo que está claro que será admisible una acción de daños por parte del corredor para recuperar los gastos ocasionados, así como una indemnización compensadora por su actividad de trabajo prestada en vano (lucro cesante). Por último, se exigirá la correspondiente comisión fruto del contrato, resultante del aprovechamiento del esfuerzo profesional del agente.

3. Con respecto a lo trabajado en la tercera cuestión, hemos llegado a las conclusiones siguientes:

3.1. En primer lugar, se tendrá que contestar a la demanda, y negar los hechos alegados por Alfa Hogar S.L., ya que se considera que sus pretensiones han de ser desestimadas al no haber incumplimiento contractual ni derecho a comisión o indemnización.

3.2. No consideremos que haya actuación de mala fe, ya que se había comunicado a la agencia que el mismo propietario iba a colgar un cartel para intentar vender el piso por su cuenta, por lo que la agencia estaba informada de que podría concluir la venta si encontraba un comprador por sí mismo. Además, como nos indica la jurisprudencia, en el contrato de mediación o corretaje los gastos que se devengan como consecuencia del desempeño del contrato, son a cargo y por cuenta del corredor, salvo pacto en contrario.

3.3. Tampoco es cierto que exista un aprovechamiento de la actividad de la agencia, ya que la única actividad que dicha agencia realizó durante los trece meses que duró el contrato fue la tendente a enseñar el inmueble, al que posteriormente resultaría ser el comprador, y la mayoría de la jurisprudencia establece que no es motivo suficiente como para que corresponda el pago de una comisión.

3.4. En cuanto al tercer hecho alegado, consideramos que no basta con afirmar que, si el vendedor hubiera estado dispuesto a bajar el precio podría haberse concluido el contrato con su mediación.

3.5. Tras la contestación a la demanda, nos referiremos a los motivos que nos llevan a realizar la reconvención. La reconvención hace referencia a la interposición por el demandado de una pretensión contra la persona que le hizo comparecer en juicio, entablada ante el mismo juez y en el mismo procedimiento en que la pretensión del actor. Supone salir del objeto del proceso fijado en la demanda, y de las actitudes del demandado frente a la misma, para fijar un nuevo objeto procesal.

3.6. El primero de los motivos alegados en la misma es la ausencia de prestación del servicio de mediación, es decir, el no realizar la actividad mediadora. Generalmente la ausencia de actividad no es determinante para la responsabilidad del mediador por daños, aunque sí impide el cobro de honorarios pues son muchas las sentencias que exigen al mediador no solo poner en contacto a las partes sino también contribuir eficazmente a la conclusión del negocio.

3.7. Otras obligaciones propias del mediador que también son incumplidas son el deber de información y el deber de proceder de buena fe. Consecuencia del principio buena fe, no cabe duda de que la información suministrada por el mediador no solo debe ser veraz, sino que también debe existir, de manera que la omisión o no proporcionar la información puede abocar a una situación de dolo omisivo. En este caso el mediador oculta información al oferente, ya que hay constancia de que existía un cliente muy interesado en el inmueble, del que Mario no recibió ninguna noticia, a pesar de que el interesado (Ángel Gómez) preguntó por el piso en varias ocasiones.

3.8. En conclusión, dada su actitud perjudicial para el cliente, claramente intencionada, al ocultarle datos esenciales para lograr los negocios intervenidos, el agente en cuestión incurrió en un dolo inexcusable del que se deben derivar responsabilidades contractuales. En consecuencia, será preciso que sea declarada la responsabilidad contractual de parte, en base a los artículos 1101, 1106, 1107, 1124, 1258 y concordantes del Código Civil, y habrá que fijar el «*quantum*» indemnizatorio y que sirva de resarcimiento al daño y perjuicio que con su dolo ha causado el corredor al cliente. Por todo esto se debería estimar íntegramente una reconvención en la que se incluyan estos presupuestos, lo que conllevará a que no solo no tenga derecho a la comisión pactada, sino a que se reclamen

las ya percibidas para el desarrollo de sus gestiones. Además de una indemnización de daños y perjuicios a favor del Mario Santos en base a todo lo mencionado.

3.9. Dentro del ámbito penal nuestro caso podría quedar integrado dentro del delito de estafa. El artículo 248.1 del C.P. establece que “*cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno*”. El concepto de estafa exige un nexo entre los componentes del mismo. En nuestro caso, se podría entender que el mediador engañó a al perjudicado haciéndole creer que estaba desarrollando su actividad de forma activa, pero que no había encontrado ningún interesado en el inmueble. Aunque esto era falso puesto que, está acreditado que existía un comprador muy interesado en el inmueble, ya que en varias ocasiones preguntó por el mismo. Mediante dicho engaño, suficiente para inducir a error, puesto que el propietario creía poder confiar en la seriedad y honradez de quien profesionalmente se dedicaba a la intermediación en el mercado inmobiliario, Mario depositaba cantidades en la cuenta de la agencia que le eran requeridas por la misma para el desarrollo de las gestiones, que no se estaban llevando a cabo. De esta forma, se produjo el engaño que provocó en el propietario el error que indujo a proporcionarle las cantidades, irrogándole un perjuicio. Por lo que se puede comprobar, podrían darse los requisitos para una estafa con el propósito de la agencia de obtener con la operación un lucro ilícito, que efectivamente consiguió (*vid.* art. 248.1 C.P.).

VI. Bibliografía, normativa y jurisprudencia

1. Bibliografía

- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2016). *Manual de Derecho Civil. Contratos*. Madrid. Editorial Bercal S.A.
- Blanco Carrasco, M. (2005). “El contrato de corretaje”. *Revista de Derecho Privado*, p. 3-36.
- Cabezuelo Arenas, A. L. (2016). “Pacto de exclusividad en el contrato de mediación inmobiliaria. No inclusión burlada por cláusula abusiva incorporada unilateralmente por la agencia: Comentario a la SAP de Madrid núm. 152/2016, de 29 de marzo 2016 (JUR 2016/93329)”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10, 125-132.
- Carrasco Perera, A. (2016). *Derecho de Obligaciones y Contratos en general. Lecciones de derecho civil*. Madrid. Tecnos.
- Cortés, J. M. (2007). “Compraventa de inmueble y contrato de mediación o corretaje inmobiliario”. *Actualidad jurídica Aranzadi*, 732, 14-15.
- Cremades García, P. (2009). *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria*. Madrid. Dykinson.
- García Gil, F. J., & García Nicolás, L. Á. (2006). *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria: contrato de mediación inmobiliaria (derechos y obligaciones de las partes, cobro de comisiones, etc.)*. Pamplona. Editado por los autores.
- García-Valdecasas y Alex, F. J. (1998). *La mediación inmobiliaria: la mediación, agentes de propiedad inmobiliaria: terminología, señas de identidad, contrato de mediación, protección inmobiliaria, su problemática y la de la mediación en general*. Pamplona. Aranzadi.
- García-Valdecasas y Alex, F. J. (2016). “Precontractualidad inmobiliaria, actividad de intermediación y seguridad jurídica”. Universidad de Granada, tesis doctoral.
- Gomis Masqué M. A. (2007). *La intermediación inmobiliaria*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial.
- González Cussac, J. L. (2016). *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Lasarte Álvarez, C. (2016). *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. Madrid. Marcial Pons.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2016). *Curso de Derecho Civil (II). Volumen II. Contratos y Responsabilidad Civil*. Madrid. Edisofer.
- Montero Aroca, J. (2016). *El Proceso Civil. Los Procesos Ordinario de Declaración y Ejecución*. Valencia. Tirant lo Blanch.

Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L. y Barona Vilar, S. (2016). *Derecho Jurisdiccional (III). Proceso Penal*. Valencia. Tirant lo Blanch.

Paniza Fullana, A. (2012). “Contrato de agencia y/o contrato de mediación: perfección y derecho al cobro de la comisión pactada”. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2, 5, pp. 47-58.

Rebolledo Varela, Á. L. (2006). “Compraventa a través de agente inmobiliario”. *Aranzadi civil: revista quincenal*, 3, pp. 2497-2529.

Rodríguez Ruiz de Villa, D. (2005). *El contrato de corretaje inmobiliario: los agentes de la propiedad inmobiliaria*. Pamplona. Aranzadi.

Sánchez Calero, F. J. (2016). *Curso de derecho civil. II, Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. Valencia. Tirant lo Blanch.

2. Normativa

Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes.

Real Decreto 1294/2007, de 28 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Consejo General.

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 Central, regulando el ejercicio de la profesión (derogado, salvo artículo 1 referido a las funciones de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria).

3. Jurisprudencia

Tribunal Supremo

STS de 10 de enero de 1922; STS de 25 de mayo de 1945; STS de 3 de junio de 1950; STS de 30 de junio de 1950; STS de 17 de noviembre de 1954; STS de 16 de abril de 1956; STS de 28 de noviembre de 1956; STS de 7 de enero de 1957; STS de 28 de febrero de 1957; STS de 20 de mayo de 1959; STS de 27 de mayo de 1959; STS de 6 de mayo de 1960; STS de 22 de febrero de 1961; STS de 28 de febrero de 1961; STS de 2 de mayo de 1962; STS de 27 de diciembre de 1962; STS de 25 de octubre de 1963; STS de 6 de octubre 1965; STS de 9 de octubre de 1965; STS de 11 de junio de 1966; STS de 3 de marzo de 1967; STS de 6 de marzo de 1967; STS de 5 de mayo de 1973; STS de 30 de diciembre de 1977; STS de 5 de junio de 1978; STS de 19 de noviembre de 1979; STS de 1 de marzo de 1982; STS de 20 de noviembre de 1984; STS de 19 de diciembre de 1985; STS de 18 de septiembre de 1986; STS de 1 de diciembre de 1986; STS de 18 de diciembre de 1986; STS de 7 de octubre de 1987; STS de 24 de marzo de 1988; STS de 3 de enero de 1989; STS de 6 de febrero de 1990; STS de 16 de julio de 1990; STS de 6 octubre de 1990; STS de 13 de diciembre 1990; STS de 11 de febrero de 1991; STS de 21 de marzo de 1991; STS de 26 de marzo de 1991; STS de 13 de mayo de 1991; STS de 23 de septiembre de 1991; STS de 10 de marzo de 1992; STS de 13 de marzo de 1992; STS de 21 de mayo de 1992; STS de 22 de diciembre de 1992; STS de 16 de mayo de 1993; STS de 9 de julio de 1993; STS de 19 de octubre de 1993; STS de 30 de noviembre de 1993; STS de 18 de marzo de 1994; STS de 29 de marzo de 1994; STS de 23 de junio de 1994; STS de 4 de julio de 1994; STS de 4 de noviembre de 1994; STS de 15 de junio de 1995; STS de 6 de febrero de 1996; STS de 8 de julio de 1996; STS de 13 de marzo de 1997; STS de 30 de abril de 1998; STS de 23 de julio de 1998; STS de 31 de diciembre de 1998; STS de 2 de octubre de 1999; STS de 17 de febrero de 2000; STS de 21 de octubre de 2000; STS de 30 de abril de 2001; STS de 15 de junio de 2001; STS de 26 de septiembre de 2001; STS de 7 de mayo de 2003; STS de 11 de junio de 2003; STS de 12 de junio de 2003; STS de 14 de julio de 2003; STS de 30 de noviembre de 2004; STS de 10 de diciembre de 2004; STS de 21 de diciembre 2004; STS de 10 de febrero de 2005; STS de 4 de julio de 2005; STS de 6 de abril de 2006; STS de 17 de julio de 2006; STS de 19 de julio de 2006; STS de 16 de febrero de 2007; STS de 11 de julio de 2007; STS de 30 de octubre de 2007; STS de 10 de enero de 2011; STS de 9 de noviembre de 2011; STS de 21 de mayo de 2014; STS de 30 de julio de 2014; STS de 12 de mayo de 2016.

Audiencias Provinciales

SAP de Barcelona de 19 de febrero de 1991; SAP de Palencia de 30 de septiembre de 1996; SAP de Girona de 4 de febrero de 1997; SAP de Albacete de 19 de diciembre de 1997; SAP de Huelva de 19 de mayo de 1999; SAP de Barcelona de 28 de julio de 1999; SAP de Cáceres de 2 de marzo de 2001; SAP de Palencia de 15 de marzo de 2001; SAP de Girona de 17 de abril de 2001; SAP de Madrid de 15 de diciembre de 2001; SAP de Asturias de 29 de enero de 2002; SAP de Asturias de 18 de marzo de 2002; SAP de Murcia de 13 de mayo de 2002; SAP de Álava de 20 de julio de 2002; SAP de Barcelona de 18 de octubre de 2002; SAP de Castellón de 31 de diciembre de 2002; SAP de Badajoz de 17 de marzo de 2003; SAP de Sevilla de 11 de julio de 2003; SAP de Málaga de 14 de noviembre de 2003; SAP de Granada de 16 de diciembre de 2003; SAP de Madrid de 11 de mayo de 2004; SAP de Baleares de 13 de octubre de 2004; SAP de Madrid de 10 de noviembre de 2004; SAP de Barcelona de 5 de abril de 2006; SAP de Madrid de 12 de abril de 2006; SAP de Zaragoza de 30 de junio de 2006; SAP de Alicante de 21 de abril de 2008; SAP de Valencia de 22 de diciembre de 2009.