

Compraventa a través de agente inmobiliario

Trabajo de Fin de Grado en Derecho

Francisco Charlín Menéndez

Tutor: Prof. Dr. Fernando Peña López

Titulación: Doble Grado Derecho y ADE

Facultade de Dereito - UDC

A Coruña, febrero de 2017

Índice

Abreviaturas.....	2
Supuesto de hecho	3
CUESTIÓN I. Identifique los diferentes negocios jurídicos presentes en el caso, indicando los derechos y obligaciones de las partes.....	5
I.1. Contrato de colaboración de venta en exclusiva entre Alfa Hogar S.L. y Mario Santos	5
I.1.1 Obligaciones y derechos de Mario (oferente):.....	9
I.1.2. Obligaciones y derechos de Alfa Hogar S.L. (corredor):	12
I.2. Pacto de pago de comisión, sometido a la formalización de la compraventa futura, entre Islandia Inmobiliaria S.L. y Mario	16
I.3. Contrato de compraventa entre Mario y Ángel	17
I.3.1. Obligaciones y derechos del vendedor (Mario):.....	17
I.3.2. Obligaciones y derechos del comprador (Ángel):	20
CUESTIÓN II. 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.....	22
CUESTIÓN III. 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.	25
III.1. Posibilidad de interponer una demanda reconvenzional.....	25
III.1.1. Cuestiones procesales.....	25
III.1.2. La contestación a la demanda.....	26
III.1.3. La reconvección	28
III.2. Posibilidad de interponer una denuncia Penal	32
III.2.1. Cuestiones procesales.....	32
III.2.2. Posibles tipos delictivos aplicables al caso	33
Conclusiones finales	36
Bibliografía.....	37
Apéndice jurisprudencial.....	38

Abreviaturas

art.	Artículo
CC	Código Civil
CdC	Código de Comercio
CP	Código Penal
JUR	Código de las resoluciones de Aranzadi
LO	Ley Orgánica
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
RDL	Real Decreto Legislativo
RJ	Código del Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi
SL	Sociedad Limitada
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

Supuesto de hecho

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.

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

En el presente caso se pueden identificar tres negocios jurídicos, que serán calificados a continuación, haciendo asimismo referencia a los derechos y obligaciones que comportan para las partes involucradas en cada uno de ellos.

I.1. Contrato de colaboración de venta en exclusiva entre Alfa Hogar S.L. y Mario Santos

El primer negocio jurídico es el contrato de colaboración de venta en exclusiva durante 12 meses y precio mínimo de venta de 450.000 euros acordado el 10 de septiembre de 2014 por Mario Santos (propietario del piso) y la entidad Alfa Hogar, S.L., representada por Bárbara Novoa (administradora única de la sociedad).

En cuanto a su calificación jurídica se trata de un contrato de mediación o corretaje inmobiliario, ya que así se califica la relación jurídica existente entre los comúnmente denominados agentes de la propiedad inmobiliaria y sus clientes, consistente en la prestación de una actividad de intermediación inmobiliaria por parte de los primeros a cambio de una contraprestación dineraria (retribución que normalmente toma la forma de comisión) por parte de los segundos¹.

Siguiendo la STS de 22 diciembre 1992 (RJ 1992\10634) el contrato de mediación o corretaje es aquél “*contrato innominado, “facio ut des”, principal, consensual y bilateral, por el que una de las partes*”, el corredor o mediador (en nuestro caso Alfa Hogar S.L.), “*se compromete a indicar a la otra*”, el oferente o comitente (Mario Santos), “*la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle para ello de intermediario a cambio de una retribución*”.

La actividad desarrollada por el mediador inmobiliario no es una actividad comercial ni industrial, sino una actividad profesional de mediación inmobiliaria y, por ello, pese a la contradictoria doctrina, consideramos que el contrato de mediación o corretaje inmobiliario es civil², y no mercantil. También algunas sentencias como la STS de 17 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8219) afirman el carácter civil de este contrato³.

Este contrato se caracteriza por su atipicidad, ya que no existe ninguna norma legal que lo regule específicamente. Por ello, para determinar su régimen jurídico habrá que estar,

¹ GARCÍA GIL, F-J./ GARCÍA NICOLÁS, L-A., Manual práctico de la intermediación inmobiliaria, Navarra, 2006, p. 19.

² Se expresan sobre el carácter civil del contrato de mediación y corretaje GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F-J., *La mediación inmobiliaria*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p.172. y RAGEL SÁNCHEZ, L-F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 971. Además, DÍEZ PICAZO lo incluye entre los contratos civiles como contrato atípico, vid. DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tomo 2, 11ª Edición, Tecnos, 2015, pp. 187-188.

³ CREMADES GARCÍA, P., *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 41-46.

en primer lugar y de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad (arts. 1255 y 1091 CC), a las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público (STS de 2 de octubre de 1999 (RJ 1999\7007)). En su defecto, son de aplicación las reglas generales de las obligaciones y contratos contenidas en los Títulos I y II del Libro Cuarto del Código Civil; los usos y costumbres comerciales aplicables al caso (conforme a los arts. 1258 y 1287 CC); así como la regulación legal de figuras afines⁴ como el mandato, la comisión mercantil, el arrendamiento de servicios y el contrato de agencia (SSTS de 25 de mayo de 2009 (RJ 2009\3040) y de 6 de octubre de 1990 (RJ 1990\7478), entre otras muchas). Además, habrá que tener en cuenta la jurisprudencia pacífica y consolidada establecida por las Sentencias del Tribunal Supremo.

El artículo 1254 del Código Civil aporta una definición genérica de los contratos, la cual refleja la intención del legislador de admitir la existencia de otros contratos, además de los regulados especialmente, que son los denominados contratos atípicos. Así, según el citado precepto, se entiende que *“el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”*. Por otra parte, los contratos atípicos también son admisibles según el principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1255 CC, que permite a los contratantes establecer *“los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*.

Existe una doctrina jurisprudencial constante (vid. SSTS de 14 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6207), 26 de enero de 1994 (RJ 1994\445), 24 de febrero de 1995 (RJ 1995\2774), 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8122), 18 de febrero de 1997 (RJ 1997\1004), 15 de diciembre de 2005 (RJ 2006\61), 2 de marzo de 2007 (RJ 2007\1622), 3 noviembre de 2010 (RJ 2010\8019), entre otras muchas) que afirma que los contratos son lo que son, y no lo que las partes dicen que son. Por tanto, independientemente de la calificación que han hecho Mario y Bárbara del contrato, para determinar su naturaleza jurídica hay que tener en cuenta el contenido obligacional, es decir, lo realmente pactado por las partes. En este caso, al no encajar con un negocio típico se puede calificar por su contenido como el contrato atípico de mediación y corretaje inmobiliario.

Además de su carácter atípico, las notas que definen a este contrato, según la jurisprudencia (STS de 6 de octubre de 1990 (RJ 1990\7478), entre otras muchas), son su carácter consensual, ya que se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades, de acuerdo con el principio de libertad de forma (art. 1278 CC); su carácter bilateral o sinalagmático, ya que genera obligaciones y derechos para ambas partes⁵; oneroso, por ser la

⁴ LEDESMA IBÁÑEZ, M-P., en *La intermediación inmobiliaria* (GOMIS MASQUÉ, M-A., Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 241

⁵ Aunque una parte minoritaria de la doctrina lo considera unilateral, tanto la jurisprudencia como la mayoría de la doctrina lo consideran bilateral, ya que además de que no se sostiene el que el mediador no contraiga ninguna obligación, si esto fuera así se produciría una clara situación de indefensión para el oferente, al no poder reclamar nada en el caso de que el corredor no realizase la actividad mediadora con diligencia (GARCÍA GIL, F-J./ GARCÍA NICOLÁS, L-A., *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria*, Navarra, 2006, p. 20).

En efecto, la mayoría de la doctrina mercantil (Garrigues, Broseta y Uría) consideran que se trata de un contrato bilateral, porque origina obligaciones recíprocas para las partes. El corredor queda obligado, como mínimo, a desplegar una actividad y diligencia normal en el ejercicio de su mediación, ya que, cuando acepta el encargo del oferente, asume la confianza otorgada por éste para gestionar la venta, que ha de ser correspondida con el desarrollo de una actividad diligente de búsqueda y captación de contratantes.

remuneración o comisión del mediador un elemento esencial; y, también aleatorio, pues el devengo de la comisión se encuentra condicionado a la celebración del contrato pretendido por el oferente, siempre que el mismo tenga lugar como consecuencia de la actuación del mediador. Es decir, su resultado es incierto.

En este sentido se pronuncian las SSTS de 30 de marzo de 2007 (RJ 2007\2412) y de 25 mayo de 2009 (RJ 2009\3040), entre otras, indicando además que el contrato de mediación se integra en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir posteriormente en el contrato.

Además, como se ha dicho anteriormente, el contrato de mediación o corretaje se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil. Por ello, resulta conveniente delimitar las este contrato de las citadas figuras contractuales, para confirmar que la calificación se ha realizado de modo correcto y poder así determinar su régimen jurídico.

El contrato típico al que más se puede asimilar el de mediación o corretaje es el de **mandato**, el cual se encuentra regulado en el art. 1709 CC. De acuerdo con este precepto, por el contrato de mandato, una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra. Sin embargo, como dicen la STS de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992\2167), el de mediación o corretaje y el de mandato son contratos que no se deben confundir y cuyas diferencias hay que tener en cuenta para calificar un contrato como uno u otro.

La principal diferencia es que, en el contrato de mediación o corretaje, la función del corredor es la de poner en contacto a dos futuros contratantes (vendedor y comprador, en el caso de la compraventa), que perfeccionan el contrato sin la intervención del mediador en el mismo ni actuar propiamente como mandatario (SSTS de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992\2167) y 19 de octubre de 1993 (RJ 1993\7744)). En efecto, el corredor no puede contratar en nombre del oferente. Por el contrario, en el mandato, el mandante se obliga a la ejecución del contrato (lo cual constituye un requisito para cobrar su remuneración), participando en el mismo⁶.

Como dispone la STS de 17 de julio de 1995 (RJ 1995\5708), salvo pacto expreso, el contrato de mediación o corretaje no confiere un mandato al corredor o mediador para representar al oferente en el contrato objeto de la mediación, sino que su actividad se limita a promover el encuentro entre las partes para que firmen el contrato. Si existiera la representación expresa para poder contratar, ya no sería un contrato de corretaje sino que estaríamos ante un mandato representativo⁷.

Por otro lado, el mediador tiene libertad para desarrollar su obligación de actividad, utilizando los medios que considere convenientes, a diferencia del mandatario, que actúa

⁶ GÁZQUEZ SERRANO, L. El contrato de mediación o corretaje, La Ley, Madrid, 2007, pp. 116-119.

⁷ CREMADES GARCÍA, P., Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria, Dykinson, Madrid, 2009, p. 64.

de acuerdo a las órdenes e instrucciones del mandante, sin poder excederse de lo mandado por éste⁸.

En nuestro caso, por el contrato de 10 de septiembre de 2014, Alfa Hogar S.L no se obligó a ejecutar el contrato de compraventa del piso de Mario (no se obligó a actuar en nombre y por cuenta de Mario en la compraventa), sino tan solo a tratar de poner en contacto a Mario con un posible comprador, para que posteriormente ellos celebraran dicho contrato sin su intervención en el mismo. Por este motivo, no procede la calificación del contrato entre Mario y Alfa Hogar S.L como de mandato, sino como de mediación o corretaje inmobiliario.

El contrato de mediación y corretaje también debe ser delimitado de la **comisión mercantil**, regulada en los artículos 244 a 302 del Código de Comercio. La comisión es el contrato mercantil equivalente al contrato civil de mandato. Así se deduce del art. 244 CdC según el cual *“se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista”*.

En consecuencia, se pueden tener en cuenta las referidas diferencias entre el contrato mandato y el de corretaje para diferenciar a éste último de la comisión mercantil. A éstas hay que añadir que, en la comisión, la retribución del comisionista depende de la conclusión y consumación del contrato previsto, mientras que en el corretaje inmobiliario la remuneración se devenga cuando la compraventa se perfecciona, sin necesidad de su consumación.

En nuestro caso, como se dijo previamente, Alfa Hogar no se obligó a intervenir en la compraventa ni a ejecutarla como un mandatario, tan solo a poner en contacto a Mario con un posible vendedor, con lo cual tampoco estamos ante un contrato de comisión mercantil.

Resulta problemática la distinción entre el contrato de mediación o corretaje y el de **agencia**, sobre todo debido a que tanto coloquialmente como en la jurisprudencia en ocasiones se emplea de manera errónea el término agente para referirse al corredor o mediador inmobiliario.

El contrato mercantil de agencia está regulado en la Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre Contrato de Agencia, cuyo primer artículo lo define como el contrato por el cual *“una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”*.

Como se puede observar en la anterior definición, el contrato de mediación o corretaje y el de agencia son similares en cuanto a la actividad que tienen que prestar el agente y el corredor (procurar la celebración de otros negocios), sin embargo la principal diferencia radica en que la agencia implica una relación de tracto sucesivo (el agente se obliga *“de manera continuada y estable”*), mientras que el contrato de mediación o corretaje implica

⁸ GARCÍA GIL, F-J./ GARCÍA NICOLÁS, L-A., *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria*, Navarra, 2006, p. 23.

una relación de tracto instantáneo, que nace y se agota en virtud de un concreto encargo del oferente⁹.

Además, el agente actúa en representación de principal y normalmente puede contratar por cuenta de éste. Sin embargo, el corredor se limita a poner en contacto a los dos futuros contratantes y a facilitar la conclusión del contrato entre ellos, sin intervenir en el mismo. Por otra parte, como se explicará más adelante, el corredor solo tiene derecho a percibir la comisión una vez la compraventa se ha celebrado, aunque no es necesario que la misma se haya consumado (cobraría su remuneración cuando se firma el contrato de compraventa entre el oferente y el comprador gracias a su actividad mediadora, sin necesidad de que se produzca la entrega de la vivienda).

Otra diferencia es que el agente suele tener limitado el territorio en el que desarrolla su actividad, mientras que este límite no es común en los mediadores o corredores inmobiliarios.

Por último, hay que tener en cuenta que la STS de 30 de julio de 2014 (RJ 2014\4793), que declara como doctrina jurisprudencial que el derecho a percibir una retribución por parte de los corredores de la propiedad inmobiliaria por su labor de mediación no tiene su fundamento en la aplicación de la Ley reguladora del Contrato de Agencia, ya que esta Ley no resulta aplicable al contrato de mediación o corretaje.

El art. 1544 CC regula el **arrendamiento de servicios** y el de obra conjuntamente. El primero consiste obligarse a prestar un servicio y el segundo a ejecutar una obra, a cambio de un precio cierto.

La principal diferencia del contrato de mediación o corretaje con el arrendamiento de servicios es que en el arrendamiento la retribución se percibe por la actividad desarrollada, mientras que en el de corretaje inmobiliario la comisión está subordinada a la celebración del negocio perseguido (la compraventa) y, por tanto, no depende exclusivamente de la voluntad del mediador¹⁰. Además, el arrendador de servicios está ligado al principal por una relación de dependencia, cosa que no ocurre con el corredor respecto del oferente¹¹ (el corredor lleva a cabo su actividad con autonomía, organizando sus propios medios de acuerdo con su criterio¹²).

I.1.1 Obligaciones y derechos de Mario (oferente):

Mario Santos es el oferente (también denominado comitente, cliente o mediado) en el contrato de mediación o corretaje inmobiliario, de 10 de septiembre de 2014, en el cual encarga a la otra parte, la entidad corredora Alfa Hogar S.L., la búsqueda de un comprador para su vivienda.

⁹ MONTÉS PENADÉS, V-L., en *La intermediación inmobiliaria* (GOMIS MASQUÉ, M-A., Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 71.

¹⁰ GARCÍA GIL, F-J./ GARCÍA NICOLÁS, L-A., *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria*, Navarra, 2006, p. 24.

¹¹ CREMADES GARCÍA, P., *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 65-71.

¹² GÁZQUEZ SERRANO, L. *El contrato de mediación o corretaje*, La Ley, Madrid, 2007, p. 126.

a) Pago de la comisión:

En cuanto a las obligaciones que tiene Mario a raíz de la firma de ese acuerdo, la principal es la del pago de la comisión, condicionada a unos requisitos que veremos a continuación.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia, la obligación de remunerar al corredor está condicionada a la obtención del resultado final pretendido, devengándose la comisión únicamente cuando el negocio (en este caso la compraventa) que interesa al oferente se celebra como resultado de la intervención del corredor, es decir, debido a la eficacia de su actividad mediadora.

En este sentido, la STS de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10634) explica que *“conforme a la normativa general de las obligaciones y contratos, contenida en los Títulos primero y segundo de Libro cuarto de CC”*, aplicable al contrato de mediación y corretaje, *“el derecho del agente o corredor al cobro de sus honorarios ha de nacer desde el momento en que quede cumplida o agotada su actividad mediadora (única a la que se había obligado), o sea, desde que, por su mediación, haya quedado perfeccionado el contrato de compraventa cuya gestión se le había encomendado”*. La referida STS aclara también que la perfección de la compraventa 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 (art. 1450 del CC), 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 (comitente en el corretaje) haya cobrado íntegramente el precio de la venta”*.

En cuanto a la cuantía de la comisión, ésta consiste en un porcentaje del precio de la operación, aunque también es posible la remuneración mediante una cantidad a tanto alzado si así lo convienen libremente las partes. En el caso de no existir pacto expreso sobre los honorarios del corredor, como parece que ocurre en este primer contrato, se acudiría a las tarifas oficiales de los Colegios de agentes de la propiedad inmobiliaria, que son orientativas, o a los usos y costumbres del lugar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1287 CC¹³. En todo caso, la cuantía deberá ser determinada o bien determinable, ya que lo contrario contravendría lo establecido en el art. 1256 CC: *“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*.

En relación con el pacto de exclusiva, presente en el contrato entre Mario y Alfa Hogar, S.L. de 10 de septiembre de 2014 por un período de 12 meses, implica que durante ese tiempo no podría encomendar la gestión de la venta a ningún otro mediador, pero tampoco podría el oferente (Mario) vender la vivienda por su cuenta sin pagar la debida comisión al mediador con el que hubiera firmado el pacto de exclusiva.

Con respecto a esto, la SAP de Cantabria de 2 de noviembre del 2000 (AC 2001\1577) precisa que estos pactos de venta en exclusiva concedidos a los corredores lo son únicamente respecto de otras entidades gestoras, manteniendo el oferente (Mario) el derecho a realizar la venta por su propia cuenta. Ahora bien, si esa venta por cuenta propia se conviene con alguna persona captada por el mediador, dentro del plazo de exclusiva o en un plazo razonablemente próximo a la finalización del mismo, éste tendría derecho a

¹³ GARCÍA GIL, F-J./ GARCÍA NICOLÁS, L-A., *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria*, Navarra, 2006, p. 33

cobrar la comisión con el requisito de que su actividad resultara determinante para la conclusión de la compraventa.

Si la anterior limitación no existiera, el oferente podría dejar transcurrir el plazo de exclusiva pactado para concluir por su cuenta la compraventa y evitar así el pago de la remuneración al corredor, lo que iría en contra del artículo 1256 CC, al quedar el cumplimiento de esta obligación del contrato al arbitrio del oferente.

A este respecto las SSTS de 23 de septiembre de 1991 (RJ 1991\6843) y de 26 de marzo de 1991 (RJ\1991\2447) precisan que la comisión ha de ser satisfecha, aun después de extinguido o revocado el encargo, siempre que se acredite que la celebración de la compraventa fue posible gracias a la actividad del corredor llevada a cabo durante la vigencia del encargo. Es decir, existe la obligación de pago del corretaje tanto si la compraventa se celebra como resultado de la labor mediadora del corredor, como si el oferente se aprovecha su actividad para celebrarla directamente.

Por último, cabe añadir que es discutido si el oferente tiene la obligación de reembolsar los gastos en los que hubiese incurrido el corredor, además de la correspondiente remuneración. En este sentido, la SAP de Girona de 16 de febrero de 2005 (JUR 2005\101113) aclara que *“es posible que se pacte, independientemente de la comisión a percibir si se perfecciona el contrato de compraventa, que el mediador cobre los gastos que su mediación le haya ocasionado. Pero en todo caso deberá demostrarse que así se ha pactado, de tal forma que si no se demuestra, y tratándose de un contrato de mediación, es unánime entender que los honorarios se devengan una vez perfeccionado el contrato, independientemente de la actividad desplegada por el mediador o de los gastos realizados por éste”*.

Por tanto, en principio, no se puede concluir que exista dicha obligación de reembolsar los gastos al corredor, aunque exista jurisprudencia que sí la admite (vid. por ejemplo la SAP de Madrid de 15 de diciembre de 2001 (JUR 2002\58277)).

b) Buena fe:

En segundo lugar, Mario tiene la obligación como oferente de que su actuación esté guiada por la buena fe, prestándose a colaborar con el corredor para facilitarle su actividad de mediación. *A contrario sensu* no podría actuar de mala fe, por ejemplo aprovechándose de la actividad de mediación desarrollada por Alfa Hogar, S.L. para concluir por su cuenta la compraventa (el negocio principal) con el comprador localizado por la entidad corredora, sin comunicárselo a ésta, con el fin de evitar el pago de la comisión pactada en el contrato¹⁴.

La concurrencia o no de la buena fe en este contrato es especialmente relevante dado que para que surja el derecho del corredor a percibir la comisión, como se ha visto anteriormente, es necesario que el contrato de compraventa objeto de la mediación se concluya con éxito gracias a la actividad mediadora del corredor, y, para ello, se

¹⁴ CREMADES GARCÍA, P., *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 108

presupone necesaria una conducta del oferente basada en la colaboración y en la confianza con el corredor¹⁵.

Si la compraventa pretendida hubiere sido concluida sin la intervención del corredor, el oferente tendría el deber de **notificarle** inmediatamente esta circunstancia, ejerciendo su **facultad de desistimiento**¹⁶. Si no lo hiciera, surgiría la obligación de indemnizarle por los daños y perjuicios. Estos daños y perjuicios comprenderían, como mínimo, los gastos en los que hubiera incurrido el mediador desde la perfección de la compraventa directamente por el oferente, pensando de buena fe que continuaba vigente el contrato de mediación o corretaje. Ello debido al desconocimiento de que aquella compraventa ya se había producido sin su intervención a consecuencia de la falta de comunicación¹⁷.

No obstante, si existiera en el contrato un plazo de exclusiva para el corredor, como ocurre en el contrato firmado por Mario el 10 de septiembre de 2014 (en el cual se acuerda una exclusiva de 12 meses), durante dicho plazo el oferente no podría acudir a los servicios de otros corredores, ya que iría en contra del principio de la buena fe en la contratación¹⁸. De este modo, habiendo pacto de exclusiva, la antedicha facultad de desistimiento queda limitada, en el sentido de que no podría contratar a un nuevo mediador mientras dure el período de exclusiva.

De acuerdo con el deber de actuar de buena fe, el oferente también tiene la obligación de proporcionar información veraz al corredor y de no ocultar al corredor datos relevantes para el negocio principal, como por ejemplo limitaciones al precio de venta.

Cabe destacar que el oferente no tendría la obligación de concluir el negocio principal que el corredor indicase al oferente a raíz de su encargo previo. En este sentido, aunque el corredor encontrara un comprador que cumpliera con los requisitos indicados por el oferente, por ejemplo el precio mínimo de venta, éste no estaría obligado a llevar a cabo dicha compraventa, a pesar del evidente interés del corredor en que la misma se realice ya que de ello depende el cobro de su comisión.

I.1.2. Obligaciones y derechos de Alfa Hogar S.L. (corredor):

a) Obligación de actividad:

La principal obligación del corredor o mediador, en este caso la entidad Alfa Hogar S.L., es la de prestar una actividad de gestión y mediación dirigida a lograr la celebración del negocio en el que está interesado el oferente (la compraventa, en el caso de Mario).

De acuerdo con la STS de 21 de octubre del 2000 (RJ 2000\8811) en el contrato de mediación o corretaje la función del mediador se limita “a poner en relación a los futuros

¹⁵ CREMADES GARCÍA, P., *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 108-109

¹⁶ MARTINEZ VAL, J-M. *El contrato de corretaje*, Publicaciones de la Escuela de Comercio, Ciudad Real, 1955, pp. 36-37

¹⁷ CREMADES GARCÍA, P., *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 109

¹⁸ MARTINEZ VAL, J-M. *El contrato de corretaje*, Publicaciones de la Escuela de Comercio, Ciudad Real, 1955, pp. 36-37

comprador y vendedor de un objeto determinado”, añadiendo que “en todo caso, tal actividad ha de desplegarse en lograr el cumplimiento del contrato final”, ya que de acuerdo con la moderna doctrina “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”.

También la STS de 1 de diciembre de 1986 (RJ 1986\7190) se refiere a las obligaciones del corredor, indicando que la principal es la de desarrollar una actividad para aproximar a dos futuros contratantes. Añade además, que el mediador no responde del buen fin de la operación, es decir, no se compromete a la obtención de un resultado concreto, ya que éste es independiente de su voluntad. En consecuencia, la obligación del corredor se puede caracterizar como una obligación de medios, y no de resultado, de modo que el deber de prestación consiste en la realización por el deudor de una cierta actividad en si misma considerada, no necesariamente la consecución de un determinado efecto¹⁹.

Pese a que la caracterización de esta obligación como de medios no es unánime en la jurisprudencia (respecto a su carácter de obligación de resultado vid. SSTS de 26 de marzo de 1991 (RJ 1991\2447) y de 15 noviembre de 2010 (RJ 2010\8874)), la más reciente STS de 8 marzo de 2013 (RJ 2013\5523) realiza un profundo análisis al respecto llegando a la conclusión de que se trata de una obligación de medios. Por la caracterización del contrato, su derivación del contrato de mandato y escasa semejanza con el contrato de obra, no se puede calificar la obligación como de resultado. Y esto no resulta contradictorio con que el derecho a percibir la retribución esté condicionado a la celebración de la compraventa, pues no se exige la consumación de la misma. Por ejemplo, habiéndose celebrado la compraventa, aunque no se produzca la entrega de la vivienda y por tanto la consumación de la misma, el corredor tendría derecho a la remuneración, ya que la obligación es de medios y el corredor no responde del buen fin de la operación. También en este sentido se pronuncia la STS de 21 mayo de 2014 (RJ 2014\3330).

Para que fuera de otro modo, comprometiéndose a un resultado, tendría que existir un pacto especial de garantía, ya sea expreso o determinado por el uso, el cual se encuentra regulado en el artículo 272 del Código de Comercio para la comisión mercantil, que establece lo siguiente: *“Si el comisionista percibiere sobre una venta, además de la comisión ordinaria, otra, llamada de garantía, correrán de su cuenta los riesgos de la cobranza, quedando obligado a satisfacer al comitente el producto de la venta en los mismos plazos pactados por el comprador”.*

De acuerdo con lo anterior, el corredor solo se obliga a realizar la actividad de mediación para promover la conclusión del contrato pretendido (en este caso, la compraventa del piso), pero sin obligarse a obtener el resultado, esto es, la celebración de la compraventa. Sin embargo, como se ha indicado anteriormente, de acuerdo con la jurisprudencia solo tendrá derecho a percibir la comisión pactada si además la compraventa llega efectivamente a celebrarse. En este sentido, la SAP de Badajoz de 17 de marzo de 2003 (AC 2003\439) dice que el momento en el que nace el derecho del mediador al cobro de

¹⁹ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C./ DE PABLO CONTRERAS, P./ PÉREZ ÁLVAREZ, M-A./ PARRA LUCÁN, M-A., Curso de Derecho Civil, Volumen II, Derecho de Obligaciones, Colex, Madrid, 2014, pp. 77-78.

la comisión es aquél en el que “cumplió los inexcusables deberes profesionales que le incumbían, siempre que de ello se siguiera la perfección del contrato”.

A raíz de la obligación de realizar la actividad de gestión y mediación, el mediador incurriría en responsabilidad si se produce una falta de dicha actividad, además de si incurre en un comportamiento doloso o negligente, lo que podría dar lugar a la resolución del contrato de mediación o corretaje pactado²⁰.

b) Obligación de información:

La segunda obligación del corredor es la obligación de información, obligación que también existe en los contratos de comisión y de mandato. Así, está obligado a informar al oferente sobre la situación y desarrollo de la actividad intermediadora. De acuerdo con esto, debe comunicar al oferente todas las ocasiones exista la posibilidad de celebrar el contrato principal, por ejemplo cuando ha encontrado un posible comprador que reúne los requisitos indicados en el encargo. Esta información debe ser veraz y clara, pudiendo incurrir en responsabilidad por los daños y perjuicios causados si no cumple esta obligación de información o si la cumple indebidamente aportando datos falsos o inexactos que pudieran inducir a error al oferente o al posible comprador. Además, con respecto al contrato objeto de la mediación, podría provocar un vicio del consentimiento, lo cual derivaría en la nulidad del mismo²¹.

Por su parte, el artículo 9 del 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, al regular las obligaciones de los colegiados, indica en su apartado b) que los colegiados deben respetar y velar por el íntegro cumplimiento del ordenamiento jurídico que afecte a sus funciones profesionales. Además, en el apartado c) del mismo artículo, les obliga a observar las disposiciones legales sobre protección del consumidor en materia de compraventa y de arrendamientos inmobiliarios, en lo que incida en su actividad profesional. A raíz de lo establecido en el este precepto, hay que tener en cuenta todas las obligaciones de información contenidas en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RDL 1/2007, de 16 de noviembre), que son aplicables a los mediadores inmobiliarios.

Además, existen una serie de obligaciones accesorias del mediador, entre las que destacan las siguientes:

c) Obligación de lealtad:

El mediador debe actuar siempre en beneficio de su cliente, procurando que el negocio objeto de la mediación se celebre en las condiciones más beneficiosas posibles para el oferente²²²³. Sin embargo, esta obligación es cuestionada por parte de la doctrina, que cree que en realidad su actuación debe ser imparcial e independiente, a diferencia del

²⁰ LEDESMA IBÁÑEZ, M-P., en *La intermediación inmobiliaria* (GOMIS MASQUÉ, M-A., Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 248.

²¹ LEDESMA IBÁÑEZ, M-P., en *La intermediación inmobiliaria* (GOMIS MASQUÉ, M-A., Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 248-249

²² GARCÍA GIL, F-J./ GARCÍA NICOLÁS, L-A., *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria*, Navarra, 2006, p. 29.

²³ LEDESMA IBÁÑEZ, M-P., en *La intermediación inmobiliaria* (GOMIS MASQUÉ, M-A., Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 250.

carácter parcial de la actuación del agente en el contrato de agencia²⁴. No obstante, como indica QUINTÁNS EIRAS, como el oferente contrata al corredor para que le consiga las mejores condiciones, esto conlleva que tiene la obligación de actuar parcialmente a favor de este (no actúa parcialmente hacia el comprador de la compraventa intermediada) y por tanto esa obligación de imparcialidad no se da en este contrato, como así demuestra la realidad jurídica²⁵.

d) Obligación de discreción:

El corredor debe guardar secreto en lo que respecta a las instrucciones proporcionadas por el cliente²⁶. Esta obligación se encuentra regulada en el art. 95.3 del Código de Comercio para los Agentes colegiados, debiendo estos “*guardar secreto en todo lo que concierna a las negociaciones que hicieren, y no revelar los nombres de las personas que se las encarguen, a menos que exija lo contrario la Ley o la naturaleza de las operaciones, o que los interesados consientan en que sus nombres sean conocidos*”.

En relación con esta obligación hay que tener en cuenta asimismo las limitaciones contenidas en la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, especialmente las del art. 11, según el cual los datos de carácter personal “*solo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado*”; y las del art. 10 de la misma Ley, que establece que cualquiera que intervenga en el tratamiento de los datos está obligado “*al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos*”, subsistiendo estas obligaciones aun cuando las relaciones con el titular de los datos hubieran finalizado.

e) Obligación de rendición de cuentas²⁷:

Esta obligación es propia de los contratos de mandato (art. 1720 CC: “*Todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo*”) y de comisión mercantil (art. 263 Código de Comercio: “*El comisionista estará obligado a rendir, con relación a sus libros, cuenta especificada y justificada de las cantidades que percibió para la comisión, reintegrando al comitente, en el plazo y forma que éste le prescriba, del sobrante que resulte a su favor. En caso de morosidad abonará el interés legal. Serán de cargo del comitente el quebranto y extravío de fondos sobrantes, siempre que el comisionista hubiere observado las instrucciones de aquél respecto a la devolución*”), pero resulta aplicable al contrato de mediación o corretaje, como así se afirma en la SAP Madrid de 15 de diciembre de 2001 (JUR 2002\58277).

²⁴ QUINTÁNS EIRAS, M-R., *Delimitación de la Agencia Mercantil en los contratos de colaboración*, Edersa, Madrid, 2000, p. 326.

²⁵ QUINTÁNS EIRAS, M-R., *Delimitación de la Agencia Mercantil en los contratos de colaboración*, Edersa, Madrid, 2000, p. 327-329.

²⁶ GARCÍA GIL, F-J./ GARCÍA NICOLÁS, L-A., *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria*, Navarra, 2006, p. 29.

²⁷ GARCÍA GIL, F-J./ GARCÍA NICOLÁS, L-A., *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria*, Navarra, 2006, p. 29.

I.2. Pacto de pago de comisión, sometido a la formalización de la compraventa futura, entre Islandia Inmobiliaria S.L. y Mario

El pacto de pago de comisión, sometido a la formalización de la compraventa futura, firmado entre Mario Santos y la entidad Islandia Inmobiliaria, S.L. el 10 de octubre de 2015, constituye, al igual que el negocio jurídico descrito en el epígrafe anterior, un contrato de mediación o corretaje inmobiliario.

Por este motivo, resulta de aplicación todo lo expuesto anteriormente para el referido contrato, con las especialidades que se exponen a continuación.

En primer lugar, es irrelevante que no se haya firmado un contrato por escrito, ya que como se ha explicado, el contrato de mediación o corretaje se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades, de acuerdo con el principio de libertad de forma (art. 1278 CC), y de ahí su carácter consensual.

En segundo lugar, debido a la doctrina jurisprudencial que afirma que los contratos son lo que son y la calificación no depende de las denominaciones que les hayan dado los contratantes, sino de las obligaciones pactadas y del verdadero fin jurídico que los contratantes querían alcanzar con el contrato (STS de 14 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6207), entre otras muchas²⁸); el presente, al igual que el anterior, debe ser calificado como un contrato de mediación o corretaje inmobiliario. Aunque el nombre dado por las partes al contrato es distinto, se trata de la misma figura contractual atípica ya que su contenido muy similar.

En este contrato, a diferencia del firmado con Alfa Hogar, S.L., se pacta expresamente una comisión, con lo que ya no sería necesario acudir a las tarifas oficiales de los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria ni a los usos y costumbres de lugar para su determinación.

Sin embargo, la diferencia más relevante respecto al anterior contrato, es que en este segundo contrato Mario no acuerda con la entidad mediadora un pacto de exclusividad. En consecuencia, si otro mediador pusiera en contacto a las mismas partes, el derecho a la percepción de la comisión por el primero de los mediadores exigiría acreditar que su intervención fue determinante para la celebrar posteriormente la compraventa entre las partes que él había puesto en contacto. No bastaría con afirmar, por ejemplo, que si el vendedor hubiera estado dispuesto a bajar el precio podría haberse concluido el contrato con la intermediación de la primera entidad (STS de 30 julio de 2014 (RJ 2014\4793)).

Es necesario precisar que cuando Mario contrató al segundo corredor (Islandia Inmobiliaria, S.L.), el día 10 de octubre de 2015, ya habían pasado más de 12 meses desde la expiración del contrato de comisión o corretaje anterior (firmado entre Mario y Alfa Hogar, S.L.) y por tanto ya había acabado el período de exclusiva del mismo.

²⁸ SSTs de 26 de enero de 1994 (RJ 1994, 445), 24 de febrero de 1995 (RJ 1995\2774), 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8122), 18 de febrero de 1997 (RJ 1997\1004), 15 de diciembre de 2005 (RJ 2006\61), 2 de marzo de 2007 (RJ 2007\1622), 3 noviembre de 2010 (RJ 2010\8019), etc.

Por otro lado, tampoco existe en esta ocasión un precio mínimo de venta. De este modo, la entidad mediadora Islandia Inmobiliaria, S.L puso en contacto a Mario y Ángel y promovió libremente las negociaciones entre ellos, sin que el acuerdo finalmente alcanzado respecto al precio de la vivienda pudiera tener influencia alguna en su derecho a percibir la comisión. De hecho, aunque el piso fue vendido a Ángel por un precio de 430.000 euros, cifra inferior al mínimo de 450.000 euros exigido inicialmente por Mario a la anterior corredora, ello no impidió a Islandia Inmobiliaria, S.L. el cobro de su remuneración.

I.3. Contrato de compraventa entre Mario y Ángel

El artículo 1145 del Código Civil define a la compraventa del siguiente modo: *“Por el contrato de compra y venta 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 trata de un contrato consensual, ya que se perfecciona por el concurso de los consentimientos sobre la cosa y el precio, sin que sea necesaria una forma concreta, ni la entrega de la cosa o del precio (art. 1450 CC). Es bilateral o sinalagmático, porque nacen obligaciones recíprocas para las dos partes (entregar la cosa para el vendedor y pagar el precio para el comprador). Y también es oneroso, porque la prestación de cada parte se corresponde con la contraprestación de la otra²⁹.

El contrato de compraventa genera obligaciones para el comprador y para el vendedor, pero además, puede servir de título para adquirir la propiedad si le sigue la entrega o tradición de la cosa (que constituiría el modo)³⁰.

Teniendo en consideración los arts. 325 y 326 del Código de Comercio, que delimitan la compraventa mercantil, se puede deducir que las compraventas inmobiliarias son siempre civiles. En consecuencia, la compraventa de la vivienda de Mario por Ángel debe ser calificada como civil, por lo que se rige por las normas generales de la compraventa, contenidas en los artículos 1445 a 1537 del Código Civil.

I.3.1. Obligaciones y derechos del vendedor (Mario):

De acuerdo con el artículo 1461 del Código Civil, *“el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta”*. Además, también el vendedor también tiene la obligación de conservar la cosa, que se deduce de lo dispuesto en el 1094 CC (*“el*

²⁹ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C./ DE PABLO CONTRERAS, P./ PÉREZ ÁLVAREZ, M-A./ PARRA LUCÁN, M-A., *Curso de Derecho Civil, Volumen II, Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2014, pp. 518-519.

³⁰ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C./ DE PABLO CONTRERAS, P./ PÉREZ ÁLVAREZ, M-A./ PARRA LUCÁN, M-A., *Curso de Derecho Civil, Volumen II, Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2014, p. 518.

obligado a dar una cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia”, esto es, con la diligencia debida).

En consecuencia, de la regulación expuesta se derivan las tres principales obligaciones del vendedor:

a) Entregar la cosa vendida, en este caso la vivienda:

La obligación principal del vendedor (Mario) es la de entregar la vivienda. El momento de la entrega o tradición, producida a consecuencia del contrato de compraventa, es cuando el comprador (Ángel) adquiriría la propiedad de la misma (art. 609.2 CC).

El vendedor debe realizar la entrega en el momento acordado, pero, a falta de pacto, el art. 1466 CC indica que el vendedor no está obligado a entregarla hasta que el comprador pague el precio, salvo que se hubiera señalado en el contrato un plazo para el pago.

Sin embargo, el contrato de compraventa en sí no obliga a Mario (el vendedor) a transmitir la propiedad de la vivienda. Tan solo estaría obligado a entregar la cosa (art. 1461 CC), lo cual se cumple cuando la cosa es puesta en poder y posesión del comprador (art. 1462 CC). No obstante, de acuerdo con el segundo párrafo del art. 1462, si la venta se hubiese hecho mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldría a la entrega de la vivienda (tradición instrumental), con lo que se entendería transmitida la propiedad al haber título y modo³¹.

Mario tiene la obligación de entregar la vivienda en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato, con todos los frutos producidos desde entonces (art. 1468 CC). Asimismo, deberá poner en poder del comprador todo lo que exprese el contrato (art. 1469.1 CC) y todos los accesorios de la vivienda, aunque no hubieran sido mencionados en el mismo (art. 1097 CC).

b) Obligación de conservar la vivienda:

El vendedor tiene la obligación, derivada del art. 1094 del Código Civil, de conservar la cosa vendida con la diligencia debida, en el período comprendido entre la celebración del contrato de compraventa y la entrega.

De lo dispuesto en ese artículo junto con el art. 1452 y los arts. 1096 y 1182, se puede determinar el régimen de riesgos de la compraventa, es decir quién soportaría el riesgo de pérdida o deterioro de la vivienda una vez perfeccionado el contrato pero sin haberse producido la entrega:

- El vendedor soportaría el riesgo de la pérdida de la cosa debida si se hubiese retrasado en la entrega, aunque la pérdida se hubiera producido por caso fortuito (por ejemplo un incendio), o si se pierde por su dolo o culpa. El vendedor es el responsable en estos casos como penalización por el incumplimiento del plazo de entrega o de la obligación de conservar la cosa, respectivamente. De esta forma,

³¹ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C./ DE PABLO CONTRERAS, P./ PÉREZ ÁLVAREZ, M-A./ PARRA LUCÁN, M-A., *Curso de Derecho Civil, Volumen II, Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2014, pp. 527 y 530-531.

el comprador podría elegir entre reclamar una indemnización por el equivalente pecuniario a la cosa perdida o la resolución del contrato de compraventa³².

- El vendedor no respondería por la pérdida de la cosa si se hubiera perdido o destruido sin su culpa antes de haber incurrido en mora. En este caso la obligación del vendedor se extinguiría, pero el comprador mantendría su obligación de pagar el precio. La razón de que el comprador soporte el riesgo, aún en caso de pérdida por caso fortuito, es que se entiende que una vez perfeccionada la venta, la vivienda se encuentra a disposición del comprador y si se demora la entrega es porque éste no quiere retirarla. En efecto, existe una presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario, de que el vendedor actúa de buena fe y de que no es culpa suya la pérdida en ese período, y por ello mantiene su derecho a percibir el precio³³.

c) Obligación de saneamiento:

Como se ha indicado anteriormente, el artículo 1461 CC obliga al vendedor a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta. Pues bien, el artículo 1474 CC establece que el vendedor responde frente al comprador de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida (saneamiento por evicción) y de los vicios o defectos ocultos que tuviese (saneamiento por vicios ocultos).

La evicción tiene lugar cuando se priva de forma definitiva al comprador por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada (art. 1475.1 CC). La responsabilidad por evicción es una obligación legal del vendedor, ya que se genera aun que no se haya dicho nada en el contrato. Sin embargo, los contratantes pueden aumentarla, disminuirla o suprimirla (art. 1475.2 y 3 CC), a no ser que concurra mala fe por parte del vendedor, en cuyo caso el pacto que le exime de responder de la evicción sería nulo (art. 1476 CC).

Con respecto al saneamiento por vicios ocultos, el artículo 1484 CC establece 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; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos”*.

Esta obligación también es de origen legal, ya que de acuerdo con el art. 1485 CC el vendedor responde por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida aunque los ignorase, salvo que se hubiese estipulado lo contrario.

³² MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C./ DE PABLO CONTRERAS, P./ PÉREZ ÁLVAREZ, M-A./ PARRA LUCÁN, M-A., *Curso de Derecho Civil, Volumen II, Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2014, p. 528.

³³ GARCÍA GIL, F-J./ GARCÍA NICOLÁS, L-A., *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria*, Navarra, 2006, p. 143.

Para que pueda surgir esta responsabilidad el vicio tiene que ser oculto, es decir, no conocido ni fácilmente reconocible por el comprador, y tiene que ser anterior a la venta, aunque sus efectos se manifiesten después de la misma³⁴.

d) Otras obligaciones del vendedor:

El vendedor cuenta con otras obligaciones entre las que se encuentra la de entregar al comprador los títulos de pertenencia (arts. 1464, 1065 y 1066 CC) y la obligación de pagar determinados gastos.

Por lo que se refiere a la obligación de pagar los gastos, según el art. 1455 CC, *“los gastos de otorgamiento de escrituras serán de cuenta del vendedor, y los de la primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario”*. Los gastos de otorgamiento de escrituras al que alude el artículo se refiere los gastos de la escritura matriz. Sin embargo, los gastos de inscripción de la vivienda en el Registro de la Propiedad serían de cuenta del comprador, ya que se considera un gasto posterior a la venta.

I.3.2. Obligaciones y derechos del comprador (Ángel):

a) Obligación de pagar el precio:

La obligación principal del comprador (Ángel) es la de pagar el precio de la vivienda (430.000 euros), en el tiempo y lugar fijados por el contrato o, a falta de pacto, en el momento y lugar de la entrega (art. 1500 CC). El art. 1445 CC exige además, que el precio sea cierto y que esté expresado en dinero o signo que lo represente (la ausencia de precio es causa de nulidad de la compraventa).

Además, según el art. 1501 CC, el comprador deberá pagar intereses si media tiempo entre la entrega de la cosa y el pago del precio. Sin embargo, si el retraso en el pago del precio no es imputable al comprador, éste no deberá pagar esos intereses³⁵.

b) Facultad de suspender el pago del precio:

El art. 1502 del Código Civil dispone que *“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”*.

Este derecho trata de proteger al comprador cuando tema perder tanto la cosa como el precio. No obstante, tal y como precisa el precepto al final, el comprador solo tendría este

³⁴ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C./ DE PABLO CONTRERAS, P./ PÉREZ ÁLVAREZ, M-A./ PARRA LUCÁN, M-A., Curso de Derecho Civil, Volumen II, Derecho de Obligaciones, Colex, Madrid, 2014, p. 538.

³⁵ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C./ DE PABLO CONTRERAS, P./ PÉREZ ÁLVAREZ, M-A./ PARRA LUCÁN, M-A., Curso de Derecho Civil, Volumen II, Derecho de Obligaciones, Colex, Madrid, 2014, pp. 545-546.

derecho en caso de que no haya pactado expresamente lo contrario en el contrato. Además, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia suele interpretar de forma restrictiva este artículo³⁶.

c) Abonar los gastos necesarios y útiles hechos en la vivienda desde la perfección de la venta hasta su consumación:

Se entiende que estos gastos se realizan en beneficio del comprador y, por ello, deben ser pagados por él, lo cual se desprende de los artículos 356 (“*El que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación*”) y 1468 (“*El vendedor deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato. Todos los frutos pertenecerán al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato*”) del Código Civil³⁷.

³⁶ LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil III: Contratos*, 18ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 197-198.

³⁷ GARCÍA GIL, F-J./ GARCÍA NICOLÁS, L-A., *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria*, Navarra, 2006, p. 156.

CUESTIÓN II. 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.

De acuerdo con el contenido obligacional del contrato de mediación o corretaje inmobiliario expuesto anteriormente (vid. CUESTIÓN I), Alfa Hogar S.L. podría formular demanda contra Mario Santos en reclamación de una comisión por la venta del piso situado en la Calle Compostela nº5 de A Coruña, con fundamento en el cumplimiento del contrato de mediación o corretaje acordado 10 de septiembre de 2014; y subsidiariamente, en la pertinente indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, incluyendo también las ganancias dejadas de percibir, a consecuencia del presunto incumplimiento contractual imputable a Mario.

No obstante, a la luz de los hechos y por los motivos que se expondrán a continuación, esta actitud de Alfa Hogar, S.L., no parece la más adecuada a sus intereses, pues a esas pretensiones se podría oponer Mario (demandado), con bastantes perspectivas de éxito. Así, éste podría contestar alegando que la gestión definitiva de la venta se realizó a través de otro corredor, al que ya abonó la correspondiente comisión, y que la intermediación realizada por Alfa Hogar, S.L. no fue determinante para la celebración dicha compraventa, por lo que no ha surgido la obligación de remunerarle y, por tanto, no ha habido un incumplimiento contractual por su parte.

Para dilucidar si Alfa Hogar, S.L. tiene derecho a percibir la comisión hay que tener en cuenta los pronunciamientos de la jurisprudencia al respecto, la cual expresa reiteradamente que la percepción por el corredor de la comisión se halla sometida a la condición suspensiva de celebración del contrato pretendido y, además, al requisito de que el mismo haya tenido lugar como consecuencia de la actuación del corredor (SSTS de 23 de septiembre de 1991 (RJ 1991\6843) y 10 de marzo de 1992 (RJ 1992\2167)). Es precisamente este último requisito el que no parece haber sido satisfecho suficientemente por Alfa Hogar, S.L. y que, de este modo, cuestiona su derecho a percibir comisión alguna en relación con la venta del piso de Mario.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo, en la importante STS de 21 de mayo de 2014 (RJ 2014\3330), fija como doctrina jurisprudencial que *“el mediador encargado de la venta de una vivienda tiene derecho a la retribución íntegra de la comisión pactada cuando su gestión resulta decisiva o determinante para el buen fin o éxito del encargo realizado”*, esto es, la celebración de la compraventa, *“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”*.

En aplicación de esta doctrina, la reciente SAP de Madrid de 29 de marzo de 2016 (JUR 2016\93329), refiere que para que surja el derecho del corredor a percibir la comisión, debe haberse cumplido el encargo, lo cual se da cuando la gestión llevada a cabo por el mediador fue determinante y posibilitó la compraventa querida por el oferente. Es decir, tiene derecho a la comisión solo cuando el oferente se hubiera aprovechado de su actividad mediadora para celebrar la venta.

Esa situación no se da en el presente caso, ya que la intervención de Alfa Hogar, S.L. no fue determinante para llevar a cabo la venta finalmente materializada con Ángel. En

efecto, aunque Ángel visitó y conoció el piso por primera vez gracias a la intervención de Alfa Hogar, S.L., no fue sino un año más tarde y gracias a la labor intermediadora de otra entidad (Islandia Inmobiliaria, S.L.), cuando Ángel pudo contactar con Mario y celebrar el contrato de compraventa.

Por tanto, Mario no se aprovechó las gestiones de Alfa Hogar, S.L. Más bien al contrario, la deficiente actividad mediadora de Alfa Hogar, S.L., que comunicó incorrectamente a Ángel que la vivienda ya estaba vendida y que no puso empeño alguno en negociar las condiciones para que las partes llegaran a un acuerdo, impidió a Mario haber celebrado la venta del piso mucho antes. Por todo ello, no se puede afirmar que el éxito en la celebración del contrato de compraventa pretendido por Mario se debiera a la intermediación de la entidad administrada por Bárbara, sino más bien a su pesar. En definitiva, no habiendo tenido éxito la labor de intermediación realizada por la entidad Alfa Hogar, no tendría derecho alguno a percibir una remuneración.

Como dice la SAP de Guipúzcoa de 26 de octubre de 2016 (JUR 2016\270520), las intervenciones del corredor tales como la publicitación y primera visita al inmueble *“han de calificarse como básicas y comunes al quehacer profesional de cualquier agencia inmobiliaria, pero, por sí solas, no dan derecho a la percepción de la remuneración pretendida como comisión”* por la intermediación. Además, al haber pasado más de un año desde la visita en la que intervino Alfa Inmobiliaria, S.L. y la compraventa, no parece razonable considerar que se trató una gestión determinante y decisiva en la venta de la vivienda.

Profundizando con mayor claridad en la cuestión, el Tribunal Supremo, en su STS de 13 de octubre de 2011 (RJ 2011\7405), entre otras, niega expresamente el derecho a la remuneración del corredor en los siguientes supuestos:

- 1) *“Si el contrato encargado no llega a celebrarse (no se produce la perfección del mismo)”*.

En el caso que nos ocupa se llega a celebrar la compraventa, por lo que no resulta aplicable este supuesto en relación con la remuneración de Alfa Hogar, S.L. Aunque bien es cierto también que la venta se realiza por un precio de 430.000 euros, inferior al mínimo pactado en el contrato, por lo que no se cumple el contrato en las condiciones en que se había encargado.

- 2) *“Si se ha celebrado pero no por la actividad del mediador (falta el nexo causal)”*.

En el caso, se puede concluir que falta ese nexo causal, ya que la mediación de Alfa Hogar, S.L. no fue la que condujo a la celebración de la compraventa. Por tanto, según esta jurisprudencia, la mediadora perdería del derecho a percibir su remuneración.

- 3) *“Si se celebra una vez transcurrido el plazo pactado (es causa de extinción del contrato) a no ser que se pruebe que el contrato se celebró después, pero por razón de la actividad mediadora, con cuyo retraso las partes contratantes han querido evitar el pago al mediador”*.

Con respecto a este tercer motivo, hay que tener en cuenta que el primer contrato de mediación o corretaje inmobiliario, por el que Mario contrató los servicios de Alfa Hogar S.L. se firmó el 10 de septiembre de 2014 por un período de 12 meses en exclusiva y con

un precio mínimo de venta de 450.000 euros. El siguiente contrato de mediación, en este caso entre Mario e Islandia Inmobiliaria, S.L., surge el 10 de octubre de 2015, es decir, una vez transcurrido el plazo de exclusiva de un año pactado con Alfa Hogar, S.L. Finalmente, unos días más tarde (y más de un mes después de la expiración del primer contrato), el 14 de octubre de 2015 y gracias a la mediación de la segunda entidad corredora, se produce la compraventa del piso entre Mario y Ángel.

Teniendo en cuenta la cronología de estos hechos, el contrato de compraventa se celebró una vez extinguido el primer contrato (había transcurrido el plazo pactado) y aparentemente sin ánimo de las partes contratantes de retrasar deliberadamente la celebración del mismo para evitar el abono de la remuneración, actuación de mala fe de los contratantes que requeriría de prueba. En este punto, conviene recordar el continuo interés mostrado por Mario en vender el piso y que las dilaciones que se produjeron en la puesta en contacto del comprador con el vendedor son difícilmente imputables a él.

También resultaría difícil probar el que aunque la compraventa se celebrara una vez expirado el plazo del contrato, la misma tuvo causa en la actividad mediadora de Alfa Hogar, S.L.; por cuanto la única actividad que hizo ésta fue la concertación de la primera visita de Ángel al piso el 23 de septiembre de 2014, más de un año antes de la fecha de celebración de la compraventa (14 de octubre de 2015), mostrando posteriormente escaso interés en cumplir el encargo y haciendo incluso creer falsamente a Ángel que el piso ya no se encontraba en venta.

En lo que respecta a la cláusula de exclusividad del contrato, al haber transcurrido el plazo de los 12 meses pactado, no implica un incumplimiento contractual por parte de Mario el que éste contratara a la segunda entidad mediadora, pues el contrato de corretaje con Alfa Hogar, S.L. ya había expirado en ese momento.

Tampoco el que Mario no haya liquidado la comisión convenida a favor de Alfa Hogar, S.L., puede suponer un incumplimiento del contrato por parte de Mario, ya que de acuerdo con lo expuesto no ha surgido la obligación de remuneración, por lo que no procede que Alfa Hogar, S.L. interponga una demanda con una pretensión en este sentido.

Por todo ello, no se puede más que asesorar a la entidad Alfa Hogar, S.L., que no reclame nada judicialmente, ya que a nuestro parecer lo contrario constituiría una temeridad procesal, por cuanto las perspectivas de éxito en el posible litigio son escasas.

CUESTIÓN III. 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.

III.1. Posibilidad de interponer una demanda reconvenzional

III.1.1. Cuestiones procesales

Ante la demanda de Alfa Hogar, S.L. en reclamación de una remuneración y una indemnización por incumplimiento contractual, Mario debería oponer resistencia contestando a la demanda, procurando la desestimación de la misma. Además de esta oposición a las pretensiones de la actora, a Mario también se le recomienda formular reconvección en el propio escrito de contestación, pues existen nuevos motivos a su favor que podría alegar frente a Alfa Hogar, S.L. en la demanda reconvenzional.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 405 y 438.1 de la LEC, el acto de contestación a la demanda tiene que ser escrito y debe incluir tanto las defensas procesales como las de fondo. Deben ser planteadas conjuntamente y en acumulación eventual, de modo que si no prosperan las defensas procesales, el proceso prosiga con respecto a las defensas de fondo que se alegan³⁸.

La contestación a la demanda requiere que el demandado, en este caso Mario Santos, tenga capacidad de actuación procesal o, a falta de la misma, que la integre o complemente. Si actúa a través de un procurador, es necesario que esa capacidad la tenga al otorgarse la representación.

Si el procedimiento fuera ordinario, siempre es preceptiva la intervención de abogado y procurador y, por tanto, deberán ser mencionados y firmar el escrito de contestación (arts. 28.1, 399.2, 405.1 y 438.1 LEC). El plazo de presentación del mismo sería de veinte días desde el día siguiente al traslado de la demanda de Alfa Hogar, S.L. (art. 405.1 LEC).

Si el procedimiento fuera verbal por razón de la cuantía y ésta no es superior a 2.000 euros, de acuerdo con los arts. 23 y 31 de la LEC, no sería necesaria la intervención de abogado y procurador. En ese caso, el escrito podría ir firmado por Mario, a no ser que éste voluntariamente decida ser asistido por dichos profesionales, quienes entonces lo firmarían. En el procedimiento verbal el plazo de presentación es de 10 días desde el siguiente al traslado de la demanda (art. 438.1 LEC).

De acuerdo con el art. 264 y 265 de la LEC, con la contestación a la demanda Mario tendría que presentar tanto los documentos procesales (poder de representación del procurador y copias de la contestación y de los documentos para todos los demandantes,

³⁸ ORTELLS RAMOS, M. en *Derecho Procesal Civil* (ORTELLS RAMOS, M., Dir.), 15ª Edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 260-268.

que en nuestro caso parece que solo lo es Alfa Hogar, S.L.), como los documentos, escritos y objetos relativos al fondo del asunto necesarios para probar lo que pretende. Además, debe hacer valer en este momento todas sus pretensiones de fondo, incluso aunque sean contradictorias entre sí, alegándolas entonces en acumulación eventual³⁹.

En cuanto a la reconvencción, se trata de la interposición de una nueva pretensión por el demandado (Mario) contra la demandante (Alfa Hogar, S.L.), para que sea resuelta en la misma sentencia. Es decir, añade un nuevo objeto procesal del fijado por la demanda planteada por Alfa Hogar, S.L. A este respecto, el art. 406.1 LEC, exige como requisito que la pretensión de la reconvencción tenga conexión objetiva con la de la demanda principal.

La reconvencción tendría que hacerse en el propio escrito de contestación a la demanda, a continuación de la contestación (art.406 LEC). Según la LEC, para que sea admisible, el tribunal que conoce de la pretensión inicial, debe ser también competente (por razón de materia y cuantía, ya que la competencia territorial puede ser alterada) para conocer de la pretensión acumulada. Como excepción a esto, se puede admitir una reconvencción en un juicio ordinario, aunque a la nueva pretensión le correspondiera por cuantía el juicio verbal (es decir, el tribunal que por cuantía puede lo más puede lo menos, aunque no a la inversa)⁴⁰.

III.1.2. La contestación a la demanda

a) Mario no está obligado a pagar la remuneración:

En cuanto a los argumentos de fondo para contestar a la demanda, en primer lugar se debe alegar que la compraventa del piso situado en la calle Compostela nº5 de A Coruña no se celebró gracias a la actividad mediadora de la actora, y por ello el demandado no está obligado a pagar la remuneración solicitada.

Como se ha expuesto con anterioridad (vid. CUESTIÓN II), la percepción por el corredor de la comisión se halla sometida a la condición suspensiva de celebración del contrato pretendido y, además, a que éste tenga lugar como consecuencia de la actuación del corredor (vid. jurisprudencia citada, por todas las SSTs de 23 de septiembre de 1991 (RJ 1991\6843) y 10 de marzo de 1992 (RJ 1992\2167)).

A la luz de los hechos, la entidad demandante no cumplió el encargo encomendado por Mario, ya que no consiguió, durante el año de vigencia del contrato de mediación o corretaje pactado por ambos, la celebración de la compraventa de la vivienda propiedad de Mario por el precio mínimo encargado de 450.000 euros.

Aunque es cierto que la demandante realizó una primera visita al inmueble, que permitió al después comprador (Ángel Gómez) conocer la vivienda, posteriormente no llevó a cabo

³⁹ ORTELLS RAMOS, M. en *Derecho Procesal Civil* (ORTELLS RAMOS, M., Dir.), 15ª Edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 268-269.

⁴⁰ MONTERO AROCA, J./ GOMEZ COLOMER, J-L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M-P., *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, 24ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 348-352.

las actuaciones necesarias ni promovió ninguna negociación entre comprador y vendedor para procurar la venta de la misma.

Es por ello que la actividad mediadora de Alfa Hogar, S.L., reducida a una primera visita al piso, no puede calificarse como decisiva, determinante o directamente eficaz en la conclusión de la compraventa, por no existir una relación de causalidad directa y eficiente entre su escasa, e incluso negligente, intervención mediadora y la compraventa finalmente perfeccionada con Ángel. Además, esta compraventa se produjo tras el cese de la relación contractual con la demandante (una expirado el plazo de 12 meses exclusiva del contrato) y por un precio de 430.000 euros, inferior al precio mínimo de venta estipulado en el contrato de 450.000 euros.

Sin embargo, el antedicho nexo causal con la compraventa sí se produjo con respecto a la mediación realizada por la entidad corredora Islandia Inmobiliaria, S.L., a la que el demandado ya ha satisfecho la debida remuneración.

Por tanto, al no cumplirse el requisito jurisprudencial de que la venta tuviera lugar a consecuencia de la actuación de la entidad corredora demandante, Alfa Hogar, S.L., el demandado, Mario, no tiene obligación alguna de abonarle una comisión, pues no han concurrido todos los requisitos jurisprudenciales que determinan la perfección y consumación del contrato de mediación o corretaje inmobiliario.

b) Mario no ha incumplido sus obligaciones:

El segundo argumento de fondo de oposición a la demanda debe ser que no ha habido un incumplimiento contractual por parte de Mario y, por tanto, no ha lugar a ninguna indemnización por daños y perjuicios a la actora.

Recordemos que, según lo argumentado en el primer motivo de oposición a la demanda, no ha surgido ninguna obligación de remunerar a Alfa Hogar, S.L., por lo que no existiendo tal obligación no ha podido ser incumplida por el demandado. Además, Mario tampoco vulnera el pacto de exclusividad pactado en el contrato, ya que es una vez expirado éste cuando Mario decide contratar los servicios de la segunda mediadora.

Asimismo, cabe añadir que la actuación de Mario se ajustó en todo momento a los criterios de la buena fe. No consta que, durante los 12 meses de duración del contrato en exclusiva, Mario realizara impedimento alguno en las gestiones de la entidad de mediación inmobiliaria. Más bien al contrario, tras el requerimiento de pago de 1000 euros que realiza Bárbara tras las dos primeras visitas al inmueble los días 22 y 23 de septiembre de 2014, Mario abona diligentemente la referida cantidad al día siguiente mediante transferencia bancaria a la cuenta de la que es titular la entidad. Esto se alega aún a pesar de que la buena fe no precisa de prueba, recayendo esta carga en quien pretende alegar la mala fe, en este caso la entidad demandante.

Por todo ello, no habiendo incumplido el demandado ninguna de sus obligaciones derivadas del contrato firmado con Alfa Hogar, S.L., no cabe la indemnización por daños y perjuicios solicitada por la demandante, la cual se basa en un inexistente incumplimiento contractual.

III.1.3. La reconvencción

a) Responsabilidad contractual de Alfa Hogar, S.L. por incumplimiento:

En el propio escrito de contestación a la demanda, y a continuación de la oposición a las pretensiones de la demandada contra Mario Santos por los motivos expuestos, cabe que Mario formule nuevas pretensiones contra la actora. En efecto, tiene la posibilidad de solicitar al juez que se pronuncie, en la misma sentencia, acerca de un nuevo objeto procesal, alegando en la denominada reconvencción los motivos de fondo que se exponen en los párrafos siguientes.

Debido al carácter bilateral o sinalagmático del contrato de mediación o corretaje inmobiliario, existe la posibilidad de reclamar una indemnización por daños y perjuicios al mediador por su actividad negligente durante el año de duración de la exclusiva⁴¹. Sin embargo, no se considera necesario pedir la resolución del contrato, en virtud del artículo 1124 CC, pues el contrato ya no se encuentra en vigor, al haber expirado el plazo estipulado en el mismo.

En particular, es aplicable al caso que nos ocupa lo establecido en el art. 1091 CC, según el cual *“las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”*, al haber incumplido la demandante con sus obligaciones en virtud del contrato de mediación o corretaje inmobiliario. Refiriéndose a la obligación del contratante de cumplir con lo pactado, dice la STS de 26 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9603), que contiene dicho precepto *“una norma sancionadora del principio de autonomía de la voluntad y respeto y obediencia a los pactos, pues obliga a cumplir lo pactado, no lo que unilateralmente trate de imponer una de las partes”*.

Dicha obligación de correspondencia en el cumplimiento que tiene la demandante respecto a Mario Santos, por haber actuado éste conforme a lo estipulado, tiene su reflejo en el art. 1.256 CC, que establece que *“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*.

Entre las obligaciones de la entidad Alfa Hogar, S.L. a raíz del contrato de mediación o corretaje pactado con Mario Santos, se encontraba la de realizar una actividad de mediación (vid. obligaciones del corredor en la CUESTIÓN I). Dicha actividad, dirigida a la celebración del contrato de compraventa encargado por Mario, por lo general consiste en actuaciones tales como la prospección del mercado, la promoción y publicitación de la vivienda, la negociación con los clientes, la búsqueda del acercamiento de los contratantes, etc.

Como declara la SAP de Barcelona de 2 de marzo de 2010 (JUR 2010\177922), esta actividad, que antecede y prepara la conclusión de la compraventa, puede tener trascendencia en el orden jurídico, ya que determina la responsabilidad del corredor si éste incumple los deberes que la jurisprudencia incluye en el contenido de esta obligación, entre los que se encuentran el cumplimiento del deber de información, el necesario asesoramiento legal y la rendición de cuentas.

⁴¹ GÁZQUEZ SERRANO, L. *El contrato de mediación o corretaje*, La Ley, Madrid, 2007, p. 78

En consecuencia, la sociedad Alfa Inmobiliaria, S.L., está obligada a responder por haber incumplido el encargo conferido por Mario Santos, a causa únicamente de su actuación negligente, que provocó un retraso considerable en la venta. Así, debe responder frente a Mario de los daños y perjuicios causados, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1124 CC, que regula la resolución por incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas, y 1101 CC, que consagra la responsabilidad contractual.

Asimismo, debe responder por el incumplimiento del deber de información sobre la marcha y desarrollo de la actividad gestora, pues ante las solicitudes de información de Mario a la administradora de la entidad, ésta le ocultó los contactos con Ángel y el interés continuo mostrado por éste en la compra de la vivienda propiedad de Mario.

Además, la demandante también incumple el deber de información en su otra vertiente, es decir, respecto al posible comprador (Ángel Gómez); pues a pesar de que éste había mostrado interés por la vivienda en varias ocasiones, la administradora de la entidad le respondía falsamente que el piso ya no estaba en venta y le aconsejaba buscar otras ofertas. Este deber de información al comprador es parte esencial del encargo y competencia exclusiva del mediador y, por ello, Alfa Hogar S.L. es responsable de las consecuencias de su incumplimiento, no solo respecto al comprador, sino también respecto al oferente, en este caso el demandado Mario Santos.

Así, al haber incumplido el referido deber de información, Alfa Hogar, S.L. no solo perdería el derecho a percibir sus honorarios, si aún lo mantuviese, al constituir la omisión de información esencial una causa para alegar la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*); sino que, además, debe resarcir, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, los daños y perjuicios causados a Mario por su conducta negligente o poco profesional.

La acción de resarcimiento de los daños derivados del contrato, se encuentra regulada en el artículo 1101 del Código Civil, según el cual “*quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”. Esta acción de resarcimiento cuenta, según la doctrina, con los tres requisitos siguientes⁴²:

- Que exista incumplimiento del deudor. En este caso Alfa Hogar, S.L. ha contravenido el tenor de sus obligaciones, ya que ha realizado la prestación de forma defectuosa.
- Que el incumplimiento produzca un daño al patrimonio o los intereses del acreedor. Este requisito también se cumple, ya que el daño producido en el patrimonio de Mario es evidente, pues ha visto retrasada la posibilidad de vender su piso durante más de un año, circunstancia que le ha generado gastos durante ese tiempo (los daños patrimoniales causados por el retraso en la venta pueden haber sido mayores, pero en el caso no se dispone de dicha información).
- Que el daño sea objetiva y subjetivamente imputable al deudor, es decir, que sea previsible y que haya intervenido dolo o negligencia (culpa) por su parte. En relación con esto hay que tener en cuenta lo expresado en el art. 1104 CC que

⁴² MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C./ DE PABLO CONTRERAS, P./ PÉREZ ÁLVAREZ, M-A./ PARRA LUCÁN, M-A., *Curso de Derecho Civil, Volumen II, Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2014, pp. 200-201.

indica que “*la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*”. Teniendo en cuenta las irregularidades en la actuación de la corredora, en especial en relación con el incumplimiento de la obligación de información, puede deducirse que el daño es imputable a Alfa Hogar, S.L. y que ha intervenido negligencia por su parte.

Al cumplirse los tres requisitos anteriores, queda probado el daño efectivo a Mario Santos, necesario para que la reclamación de la indemnización pueda prosperar.

La indemnización al oferente o cliente, por los daños y perjuicios causados por una actuación negligente del corredor ha sido reconocida por la jurisprudencia. Por ejemplo la STS de 2 de octubre de 1999 (RJ 1999\7007), estimó que el mediador había incurrido en una “*negligencia inexcusable, de la que se pueden derivar responsabilidades contractuales*”. Según el TS, una vez declarada la responsabilidad contractual del corredor, se determinará el *quantum* indemnizatorio, que sirva de resarcimiento al daño y perjuicio causado por el corredor al oferente con su negligencia, fijando la extensión del daño resarcible.

Esta indemnización, de acuerdo con el artículo 1106 del Código Civil “*comprende, no solo el valor de la pérdida que haya sufrido*”, es decir, el daño emergente, “*sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor*”, que constituye el lucro cesante.

El daño emergente abarcaría los gastos realizados por razón del incumplimiento de obligación y las pérdidas o menoscabos producidos en los bienes de Mario a causa de la prestación defectuosa de Alfa Hogar, S.L. El lucro cesante englobaría, sin embargo, los beneficios o ventajas que Mario habría obtenido si Alfa Hogar, S.L. hubiese cumplido con sus obligaciones⁴³.

Sin embargo, la jurisprudencia, en cuanto al lucro cesante o ganancia dejada de obtener, sigue un criterio restrictivo en su estimación, señalando que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias o ventajas, sin que sea suficiente la mera sospecha, duda o esperanza (STS de 15 noviembre de 2010 (RJ 2010\8874)). También sería necesario probar la relación de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones por parte de Alfa Hogar, S.L. y el beneficio dejado de percibir. En definitiva, de acuerdo con este criterio, con los datos disponibles en el presente caso, no se pueden acreditar las ganancias que Mario hubiera obtenido de haberse vendido el piso con anterioridad, por lo que parece improbable la estimación del resarcimiento por lucro cesante. Por ello, no se le recomienda la petición de indemnización por este concepto, tan solo una indemnización para resarcirle los daños efectivamente producidos.

Es de aplicación, asimismo, el art. 1911 CC, que establece que “*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”, por lo que la entidad Alfa Hogar, S.L. tendría que responder con todo su patrimonio si prosperara la demanda reconvenzional de Mario.

⁴³ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C./ DE PABLO CONTRERAS, P./ PÉREZ ÁLVAREZ, M-A./ PARRA LUCÁN, M-A., *Curso de Derecho Civil, Volumen II, Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2014, pp. 203-204.

b) Enriquecimiento injusto:

Alfa Inmobiliaria S.L. debe responder también por la percepción irregular de cantidades. Tras las primeras visitas al inmueble, Bárbara requiere a Mario, el abono de 1000 euros para continuar prestándole el servicio acordado, a lo que Mario accede, ingresando al día siguiente dicha cantidad en cuenta bancaria de la sociedad, que puede constituir un enriquecimiento injusto.

En general, toda atribución patrimonial para que sea lícita debe fundarse en una causa o razón de ser que el ordenamiento jurídico considere como justa. En consecuencia, cuando no está fundada en una justa causa, existe la obligación restituir el valor del enriquecimiento. Para ello, el atribuyente cuenta con una acción para reclamar su restitución (SAP de Guipúzcoa, de 7 de marzo de 2013 (JUR 2014\162241).

La STS de 9 de febrero de 2009 (RJ 2009\269) ha manifestado que la figura del enriquecimiento sin causa tiene como requisitos para su aplicación los siguientes:

- a) *“La adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado con el correlativo empobrecimiento del actor;”*
- b) *“Conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento; y”*
- c) *“Falta de causa que justifique el enriquecimiento”.*

Por otra parte, la doctrina jurisprudencial ha declarado (entre otras las SSTS de 10 de febrero de 2009 (RJ 2009\270) y de 30 de julio de 2010 (RJ 2010\6948)) que, para que pueda ejercitarse la acción de repetición de lo indebido, son necesarios los siguientes requisitos:

- a) *“pago efectivo hecho con intención de extinguir la deuda (animus solvendi);”*
- b) *“inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y, por consiguiente, falta de causa en el pago, que puede ser indebido subjetivamente, cuando existiendo el vínculo jurídico relacione a personas distintas del que da y recibe el pago, u objetivamente, cuando falta la relación de obligación entre solvens y accipiens, bien porque jamás haya existido la obligación, porque aún no haya llegado a constituirse, porque habiendo existido la deuda esté pagada o extinguida, o porque se haya entregado mayor cantidad de la debida; y”*
- c) *“error por parte del que hizo el pago, sin que el artículo 1895 distinga entre el error de derecho y el error de hecho.”*

En este caso, a nuestro parecer se cumplen los anteriores requisitos, necesarios para ejercitar la acción de reclamación de los 1000 euros indebidamente cobrados por Alfa Hogar, S.L., puesto que:

- Se ha producido un enriquecimiento por parte de Alfa Hogar, S.L., en la cantidad de 1000 euros.
- Este aumento en el patrimonio se ha producido a costa del patrimonio de Mario Santos, que se ha visto reducido a consecuencia del desplazamiento ilegítimo de dicha cantidad, por lo que existe la conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento exigida por la jurisprudencia.
- El enriquecimiento es injustificado, puesto que no existe obligación alguna de remunerar al corredor, como se ha indicado a lo largo de este trabajo, hasta que no se produce el éxito de la mediación, esto es, la celebración de la compraventa

pretendida por el oferente. Por ello, aunque existe un contrato entre ellos, no justifica el pago de la cantidad que fue requerida por Bárbara.

- El pago fue realizado por Mario con la intención de cumplir con las exigencias de Bárbara, desconociendo que no estaba obligado a realizar dicho pago. Por ello se puede concluir que había un *animus solvendi*.
- No existía obligación alguna para Mario de pagar la cantidad de 1000 euros a Bárbara. Aunque es cierto que existía una relación jurídica entre ellos (el contrato de mediación o corretaje), nunca llegó a existir una obligación de pago, puesto que la retribución nunca se devengó, al no haberse celebrado la compraventa por razón de la actividad de la mediadora.
- Por último, hubo un error por parte de Mario, que realizó el pago de los 1000 euros creyendo que estaba obligado a ello para mantener la vigencia del contrato de mediación o corretaje inmobiliario.

En este sentido, el artículo 1895 CC establece que *“cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla”*.

En relación con el enriquecimiento injusto de Alfa Hogar, S.L. hay que tener en cuenta la omisión de la buena fe, que modula el contenido de la relación negocial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1258 CC. Según este artículo, *“los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*.

La entidad corredora incumplió las obligaciones propias de su función mediadora, por lo que, una vez acreditada la transferencia de la cantidad de 1000 euros por Mario Santos a la cuenta bancaria de Alfa Hogar, S.L., resulta de aplicación la teoría del enriquecimiento sin causa antes explicada (SAP de Valencia de 30 de enero de 2007 (JUR 2007\250636)). En consecuencia, Mario debe solicitar a la demandante la devolución cantidad de 1000 euros indebidamente retenida, pues se ha producido un incremento patrimonial de la entidad mediadora y un empobrecimiento de Mario Santos, sin que exista una causa que lo justifique; pues el contrato firmado entre ellos no daba derecho a la percepción de tales cantidades, especialmente tras haber incumplido sus obligaciones la demandante y haber actuado de mala fe.

En conclusión, no estando justificada la adquisición patrimonial de la entidad corredora Alfa Hogar, S.L. procede la devolución de la cantidad de 1000 euros indebidamente cobrada por ésta.

III.2. Posibilidad de interponer una denuncia Penal

III.2.1. Cuestiones procesales

Además de la responsabilidad civil previamente examinada, Mario tiene la posibilidad de exigir responsabilidad penal por la actuación de la mediadora. Para ello, si algunos de los hechos pudieran encajar en un tipo delictivo (cuestión que se determinará más adelante) Mario debería interponer una denuncia penal.

La denuncia penal es una declaración de conocimiento por la que se comunica a un órgano jurisdiccional penal, al Ministerio Fiscal o a la Policía, la existencia de un hecho constitutivo de delito⁴⁴. Por ello, la denuncia puede ser formalizada ante cualquiera de esos tres órganos. Si se formula ante un Juzgado, la LECrim no exige que éste sea el competente (no sería motivo de inadmisión de la denuncia), y en ese caso sería el propio Juzgado quien la remitiría al Juez competente.

Por lo que se refiera a la capacidad y legitimación, en los delitos perseguibles de oficio (así lo son los delitos contra el patrimonio), puede ser denunciante cualquier persona física, incluso aunque fuera incapaz (art. 260 LECrim). No solo eso, sino que además, existe la obligación de denunciar, de acuerdo con el artículo 259 de la LECrim, con determinadas excepciones⁴⁵.

En cuanto a los requisitos de forma, de acuerdo con el art. 265 de la LECrim, “*las denuncias podrán hacerse por escrito o de palabra, personalmente o por medio de mandatario con poder especial*”.

La identificación del denunciado no es necesaria en la denuncia, pero si se conoce existe la obligación de expresar sus datos de identificación en la denuncia. En este caso, la denuncia Mario la tendría que dirigir contra Bárbara, pues es la administradora única de la sociedad Alfa Hogar, S.L. y responsable de la presunta conducta delictiva.

El Código Penal también admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero, para que se pueda apreciar, tiene que estar expresamente prevista para el tipo delictivo concreto en el CP. En nuestro caso, de los posibles delitos que se examinarán, solo se prevé dicha responsabilidad para el delito de estafa (art. 251.bis. CP). No obstante, al ser posible la identificación de la administradora única de la sociedad y responsable, Bárbara Novoa, no se considera necesario denunciar a Alfa Hogar, S.L.

Una vez formulada la denuncia, Mario no quedaría obligado a presentarse como parte en el proceso formalizando querrela con el autor, ni a probar los hechos denunciados (art. 264 LECrim).

III.2.2. Posibles tipos delictivos aplicables al caso

La actuación de los mediadores inmobiliarios ha derivado en ocasiones en responsabilidad penal. Así, son comunes en la jurisprudencia resoluciones penales condenatorias por delitos como la apropiación indebida, por retener cantidades recibidas bajo un título que contenía la obligación de devolverlas o entregarlas (por ejemplo, arras o señal); y por el delito de estafa, cuando actuando con engaño consiguen que el oferente realice un acto de disposición patrimonial en beneficio del propio mediador o de un tercero⁴⁶.

⁴⁴ TOMÉ GARCÍA, J-A., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2016, pp. 177-178.

⁴⁵ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 216-217.

⁴⁶ LEDESMA IBÁÑEZ, M-P., en *La intermediación inmobiliaria* (GOMIS MASQUÉ, M-A., Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 256-257

Por ello, a continuación se van a analizar los requisitos de los referidos tipos delictivos, al objeto de examinar si los hechos del presente caso pudieran ser subsumibles en alguno de ellos. También se estudiará el delito de administración desleal, aunque al haber entrado en vigor recientemente en 2015 aún no existe jurisprudencia relevante que lo module.

a) Apropiación indebida:

De acuerdo con el artículo 252 del Código Penal, en su versión previa a la reforma de 2015 y, por tanto, vigente en el momento de los hechos, sanciona penalmente a *“los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido”*.

El tipo delictivo comprende acciones como la de apropiarse en perjuicio de otro de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que se hubieran recibido por cualquier título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negar haberlos recibido, siempre que el valor exceda de 400 euros (si fuera no superior a 400 euros, la conducta constituiría una falta de acuerdo con el art. 623.4 del CP vigente en 2014).

En la apropiación indebida no hay engaño aunque sí un abuso de confianza, que permite incorporar al patrimonio lo recibido previamente con obligación de entregar o devolver⁴⁷.

Resulta difícil encajar la conducta de Alfa Hogar, S.L., en relación con la percepción de la cantidad de 1000 euros de Mario, en el tipo delictivo de la apropiación indebida, pues el dinero no lo recibió en concepto de depósito, comisión, administración o por cualquier otro título que produjera obligación de entregarlos o devolverlos. El delito se habría producido claramente si, por ejemplo, hubiera retenido el piso propiedad de Mario.

En efecto, esa entrega no tenía una finalidad concreta. Posiblemente, el requerimiento de Bárbara, fue en concepto de remuneración a Alfa Hogar, S.L. por los gastos en que había incurrido hasta el momento en relación con la actividad de promoción del piso. Ello a pesar de que no tenía derecho a percibir tal remuneración, de acuerdo con el contenido del contrato de mediación o corretaje inmobiliario. En todo caso, la entrega de la cantidad no se produjo por un título que produjera obligación de devolverla, como pudieran ser unas arras o señal.

En consecuencia, parece más adecuado el considerar la percepción de esa cantidad como el ilícito civil de enriquecimiento injusto explicado previamente, que como un delito de apropiación indebida.

b) Estafa:

La diferencia de la estafa con la apropiación indebida está en que en la estafa la cosa se entrega como consecuencia del engaño, cosa que no ocurre en la apropiación indebida, en la que el autor ya disponía del bien objeto del delito con anterioridad⁴⁸.

⁴⁷ SERRANO GÓMEZ, A./ SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, 16ª edición, Dykinson, Madrid, 2011, p. 437.

⁴⁸ SERRANO GÓMEZ, A./ SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, 16ª Edición, Dykinson, Madrid, 2011, p. 414.

De acuerdo con el art. 248.1 del CP, *“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 dolo o intención de engañar es el primer elemento de la estafa, ya que tiene que existir ánimo de lucro, por lo que no cabría la estafa si la conducta fuera imprudente. Además, el engaño tiene que ser anterior o concurrente a la ejecución de los hechos. Es decir, la intención de engañar tiene que existir desde el principio y preceder a los demás elementos del delito⁴⁹. Este dolo *ab initio* no parece que se haya producido en el caso, ya que no existió en la conducta de Alfa Hogar, S.L. esa intención de engañar desde el principio, puesto que, durante los días posteriores a la firma del contrato, la corredora realiza gestiones que reflejan su intención de cumplir con su trabajo (por ejemplo, contacta con posibles compradores y concierne dos visitas a la vivienda). Por ello, al no darse este elemento esencial del tipo delictivo, no cabe la apreciación del delito de estafa en la conducta de Alfa Hogar, S.L.

c) Administración desleal:

Con la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, se ha añadido un nuevo delito de administración desleal en el art. 252 CP, pasando la apropiación indebida a regularse en el art. 253 CP. Este delito sanciona las extralimitaciones de las facultades de disposición y gestión del patrimonio de personas físicas o jurídicas, puesto bajo la administración de otro por decisión legal, contractual o de la autoridad⁵⁰.

Así, el Artículo 252.1 del CP tras la reforma en vigor desde el 1 de julio de 2015 establece que *“serán punibles (...), los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.*

Este delito, por el que podría ser responsable penalmente Bárbara, al ostentar ciertas facultades jurídicas de administración del patrimonio de Mario a raíz del contrato de mediación o corretaje; no resulta sin embargo aplicable al caso, puesto que los hechos datan de Septiembre de 2014 y, por tanto, son anteriores a la entrada en vigor de la reforma por la que se introduce este tipo delictivo (en vigor desde el 1 de julio de 2015).

⁴⁹ SERRANO GÓMEZ, A./ SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, 16ª Edición, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 415-416.

⁵⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L. (Coord.), *Derecho Penal Parte Especial*, 5ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 413.

Conclusiones finales

En el presente trabajo se han analizado las consecuencias de los diferentes negocios jurídicos en los que se ha visto involucrado Mario con la venta de su vivienda.

En primer lugar, se han estudiado los caracteres y obligaciones del contrato de mediación o corretaje inmobiliario, atípico en nuestro Derecho, y cuyo contenido ha sido definido por la jurisprudencia. Este contrato está presente en las relaciones de Mario Santos con las entidades Alfa Hogar, S.L. e Islandia Inmobiliaria, S.L., a las que contrata sus servicios de intermediación inmobiliaria para lograr la venta de su vivienda.

El primero de ellos, con Alfa Hogar, S.L., se pacta en exclusiva por un período de exclusiva de un año, transcurrido el cual no se ha producido la venta de la vivienda y, de este modo, no surge para Mario la obligación de abonar a la mediadora la comisión.

El segundo contrato se pacta con la entidad Islandia Inmobiliaria, S.L., un año más tarde de la firma del anterior contrato y una vez expirado el período de exclusiva estipulado en el mismo. Es por ello, que Mario, al contratar con esta segunda corredora no incumple el contrato firmado con Alfa Hogar S.L.

Como consecuencia de la actividad mediadora de Islandia Inmobiliaria, S.L., se celebra unos días más tarde el contrato de compraventa entre Mario Santos y Ángel Gómez. En cumplimiento de la obligación derivada del contrato, Mario abona a la Islandia Inmobiliaria, S.L. la correspondiente comisión.

El comprador, Ángel Gómez, había mostrado interés en la compra de la vivienda a la profesional de Alfa Hogar, S.L. durante la vigencia del primer contrato de corretaje, pero fue la conducta negligente de la primera mediadora la que impidió que se produjera la venta con anterioridad.

Por estos motivos, en la Cuestión II al asesorar jurídicamente a la sociedad Alfa Hogar, S.L., no se le aconseja dirigirse contra Mario en reclamación de una comisión, puesto que no tiene derecho a ella de acuerdo con los criterios de la jurisprudencia, ni tampoco con motivo en el incumplimiento contractual de Mario, pues éste ha cumplido con todas sus obligaciones.

Basándonos en los mismos argumentos, en la Cuestión III, se le recomienda a Mario Santos resistirse a una supuesta demanda de Alfa Hogar, S.L. Además, se le plantea la posibilidad de interponer, en el mismo escrito de contestación a la demanda, una reconvencción alegando nuevas pretensiones fundadas en el incumplimiento contractual de Alfa Hogar, S.L. En particular se propone la reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual y la devolución de la cantidad percibida de Mario Santos causando un enriquecimiento injusto de la entidad.

Sin embargo, se le desaconseja interponer una denuncia penal, puesto que los hechos no parecen encajar en ningún tipo delictivo del Código Penal.

Bibliografía

- DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tomo 2, 11ª Edición, Tecnos, 2015.
- CREMADES GARCÍA, P., *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009.
- GARCÍA GIL, F-J./ GARCÍA NICOLÁS, L-A., *Manual práctico de la intermediación inmobiliaria*, Navarra, 2006.
- GÁZQUEZ SERRANO, L. *El contrato de mediación o corretaje*, La Ley, Madrid, 2007.
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.
- GOMIS MASQUÉ, M-A. (Dir.), *La intermediación inmobiliaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J-L. (Coord.), *Derecho Penal Parte Especial*, 5ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil III: Contratos*, 18ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C./ DE PABLO CONTRERAS, P./ PÉREZ ÁLVAREZ, M-A./ PARRA LUCÁN, M-A., *Curso de Derecho Civil, Volumen II, Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2014.
- MARTINEZ VAL, J-M. *El contrato de corretaje*, Publicaciones de la Escuela de Comercio, Ciudad Real, 1955.
- MONTERO AROCA, J./ GOMEZ COLOMER, J-L./ BARONA VILAR, S./ CALDERÓN CUADRADO, M-P., *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, 24ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- ORTELLS RAMOS, M. (Dir.), *Derecho Procesal Civil*, 15ª Edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- QUINTÁNS EIRAS, M-R., *Delimitación de la Agencia Mercantil en los contratos de colaboración*, Edersa, Madrid, 2000.
- SERRANO GÓMEZ, A./ SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, 16ª edición, Dykinson, Madrid, 2011.
- TOMÉ GARCÍA, J-A., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2016.

Apéndice jurisprudencial

Sentencias del Tribunal Supremo:

STS de 1 de diciembre de 1986 (RJ 1986\7190)
STS de 6 de octubre de 1990 (RJ 1990\7478)
STS de 26 de marzo de 1991 (RJ\1991\2447)
STS de 23 de septiembre de 1991 (RJ 1991\6843)
STS de 26 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9603)
STS de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992\2167)
STS de 22 diciembre 1992 (RJ 1992\10634)
STS de 19 de octubre de 1993 (RJ 1993\7744)
STS de 26 de enero de 1994 (RJ 1994\445)
STS de 24 de febrero de 1995 (RJ 1995\2774)
STS de 17 de julio de 1995 (RJ 1995\5708)
STS de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8122)
STS de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997\1004)
STS de 2 de octubre de 1999 (RJ 1999\7007)
STS de 17 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8219)
STS de 21 de octubre del 2000 (RJ 2000\8811)
STS de 14 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6207)
STS de 15 de diciembre de 2005 (RJ 2006\61)
STS de 2 de marzo de 2007 (RJ 2007\1622)
STS de 30 de marzo de 2007 (RJ 2007\2412)
STS de 9 de febrero de 2009 (RJ 2009\269)
STS de 10 de febrero de 2009 (RJ 2009\270)
STS de 25 de mayo de 2009 (RJ 2009\3040)
STS de 30 de julio de 2010 (RJ 2010\6948)
STS de 3 noviembre de 2010 (RJ 2010\8019)
STS de 15 noviembre de 2010 (RJ 2010\8874)
STS de 13 de octubre de 2011 (RJ 2011\7405)
STS de 8 marzo de 2013 (RJ 2013\5523)
STS de 21 mayo de 2014 (RJ 2014\3330)

STS de 30 de julio de 2014 (RJ 2014\4793)

Sentencias de las Audiencias Provinciales:

SAP de Cantabria de 2 de noviembre del 2000 (AC 2001\1577)

SAP de Madrid de 15 de diciembre de 2001 (JUR 2002\58277)

SAP de Badajoz de 17 de marzo de 2003 (AC 2003\439)

SAP de Girona de 16 de febrero de 2005 (JUR 2005\101113)

SAP de Valencia de 30 de enero de 2007 (JUR 2007\250636)

SAP de Barcelona de 2 de marzo de 2010 (JUR 2010\177922)

SAP de Guipúzcoa, de 7 de marzo de 2013 (JUR 2014\162241)

SAP de Madrid de 29 de marzo de 2016 (JUR 2016\93329)

SAP de Guipúzcoa de 26 de octubre de 2016 (JUR 2016\270520)