

Roj: STS 2465/2014

Id Cendoj: 28079110012014100278

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 972/2012

Nº de Resolución: 228/2014

Procedimiento: Casación

Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Mayo de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 204/2011 por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 2152/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Badalona, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Leopoldo Rodés Menéndez en nombre y representación de la sociedad GONZÁLEZ ESTADELLA, S.C.P., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Mariano Cristóbal López en calidad de recurrente y la procuradora doña Elisa Hurtado Pérez en nombre y representación de doña Almudena, en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don David Pastor Miranda, en nombre y representación de la sociedad GONZALEZ ESTADELLA, S.C.P. interpuso demanda de juicio ordinario, contra doña Almudena y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "...admitiendo íntegramente el escrito de demanda presentado, y se condene a la parte demandada a que abone a mi principal la cantidad de QUINCE MIL EUROS (15.000 .-), la cantidad reclamada como principal y en concepto de honorarios por la prestación de los servicios realizados en la gestión en la gestión desarrollada por mi principal para la venta del inmueble propiedad de la demandada, o subsidiariamente, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, más los intereses de demora que correspondan a contar desde la fecha de incumplimiento de pago, y al abono de los gastos judiciales originados por la misma, ya que ha sido su conducta imprudente y de incumplimiento la que ha dado origen a la presentación de esta demanda".

2.- El procurador don Luis García Martínez, en nombre y representación de doña Almudena, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "...se desestime íntegramente las pretensiones de la demandante, absolviendo a mi principal de la petición de condena instada de contrario, con expresa condena en costas a la actora y, subsidiariamente, a que condene a mi principal por la suma que resulte de aplicar el 3% al precio efectivo de venta".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Badalona, dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: "...Estimando totalmente la demanda instada por González Estadella SCP contra doña Almudena condeno a la demandada al pago de la cantidad de quince mil euros (15.000 #) más los intereses legal desde la interpelación judicial, imponiendo las costas causadas a la parte demandada".

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Almudena, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 8 de febrero de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: "...Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Almudena frente a la sentencia dictada en el Juicio Ordinario nº 2152/2009 seguido

ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Badalona, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha sentencia, y en su lugar dictamos la presente por la que desestimando la demanda interpuesta por GONZÁLEZ ESTADELLA, S.C.P. debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a la demandada de la pretensión frente a ella deducida de condena al pago de QUINCE MIL euros; sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas en ninguna de las instancias, por lo que cada parte pagará las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

TERCERO .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de don Leopoldo Rodés Menéndez con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Único.- Artículo 477.2 ordinal 3º LEC 2000 .

CUARTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 11 de diciembre de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. La procuradora doña Elisa Hurtado Pérez, en nombre y representación de doña Almudena presentó escrito de impugnación al mismo.

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de abril del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, el derecho del mediador a la retribución pactada por la mediación en la venta de un piso que, concertada entre las partes puestas en contacto por el agente de la propiedad inmobiliaria, no obstante, se llevó a cabo al margen de éste y por un precio inferior al referido en el encargo realizado; planteándose si la retribución del mediador queda excluida o, en su caso, es susceptible de una rebaja proporcional a la reducción del precio final de la compraventa celebrada.

2. En síntesis, por la parte actora, "GONZÁLEZ ESTADELLA, SCP", se ejercitó demanda contra Dª Almudena , en reclamación de 15.000 euros, importe de la comisión pactada por la mediación en la venta del piso propiedad de la demandada encargada profesionalmente a la actora. Sustenta la parte actora su demanda en el hecho de que la demandada le encargó el 12 de mayo de 2009 la venta de un piso, fijándose como precio de la venta la cantidad de 225.000 euros y como premio por la intervención la de 15.000 euros. Fruto de las gestiones de la actora fue que el 14 de mayo de 2009 visitó la vivienda Dª Noelia , la cual se interesó por la misma solicitando una rebaja, que se concretó por parte de la vendedora en 3.000 euros. Comunicada esta circunstancia a la compradora, manifestó que ya diría algo, indicándole finalmente que no le interesaba el piso. El día 7 de agosto de 2009 la Sra. Almudena y la Sra. Noelia suscribieron escritura pública de compraventa sobre la expresada vivienda, burlando la actuación profesional de la actora. La parte demandada se opuso a la pretensión actora argumentando que el agente no consiguió vender el piso por el precio fijado de suerte que, aunque la venta tuvo lugar entre las mismas partes puestas en contacto por la actora, tal circunstancia no supone cumplimiento del encargo recibido puesto que la misma se celebró por el precio de 190.000 euros.

La Sentencia de Primera Instancia estimó íntegramente, condenando a la demandada a abonar a la actora la suma de 15.000 euros por entender que la parte actora cumplió con el contrato de mediación poniendo en contacto al comprador y al vendedor, los cuales firmaron un contrato de compraventa gracias a la labor de intermediación realizada por la parte actora.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, Da Almudena , dictándose Sentencia de Segunda Instancia , de fecha 8 de febrero de 2012 , la cual constituye el objeto del presente recurso de casación, estimando el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia de Primera Instancia en el sentido de desestimar la demanda absolviendo a la parte demandada de todos los pedimentos de la demanda. La resolución recurrida, tras poner de manifiesto la contradicción existente en esta materia entre las distintas Audiencias Provinciales, señala que opta por la tesis de que si la compraventa finalmente realizada no lo es en los términos del encargo efectuado al agente, aunque se concierte entre las partes puestas inicialmente en contacto por el, no se devenga el derecho al cobro de la comisión.

Recurso de casación.

Contrato de mediación: venta de piso. Gestión encomendada y cumplimiento del encargo. Derecho del mediador a la retribución pactada.

Doctrina jurisprudencia aplicable.

SEGUNDO.- 1. La parte actora, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, esto es, por el interés casacional con base a la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, interpone el recurso de casación que articula en *único motivo*. En concreto, por un lado, se citan las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, de fechas 12 de septiembre de 2011 y 18 de diciembre de 2007, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª, de fecha 7 de enero de 2009, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, de fecha 28 de septiembre de 2000 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección Primera, de fecha 5 de marzo de 2010, las cuales consideran que la comisión del agente queda excluida. Y con un criterio jurídico coincidente entre sí pero opuesto al anterior se citan las Sentencias de la Audiencia Provincial de Gran Canaria, Sección Quinta, de fecha 24 de noviembre de 2010, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, de fecha 17 de enero de 2011, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca, Sección Tercera, de fecha 7 de septiembre de 2010, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11a, de fecha 14 de julio de 2010, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16a, de fecha 14 de enero de 2005 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12a, de fecha 23 de junio de 2009, las cuales optan por una rebaja en el importe de la comisión, proporcional a la reducción del precio de la compraventa.

2. En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser estimado.

3. En orden al interés casacional que refiere el presente caso, centrado en la delimitación o caracterización, ciertamente compleja, que encierra la atipicidad del contrato de mediación, debe tenerse en cuenta lo ya señalado por esta Sala en su sentencia, de 8 de marzo de 2013 (núm. 105/2013), a propósito del derecho de mediador a recibir la correspondiente retribución tras la realización de las gestiones o del encargo encomendado: (Fundamento de Derecho Segundo, números tercero y cuarto) "3. A juicio de esta Sala, la decantación conceptual que cabe establecer a estos efectos de la caracterización de la figura se sustenta en dos ejes interpretativos, principalmente.

El primero viene referido al carácter de contrato principal que tiene el contrato de mediación, esto es, con sustantividad propia, de forma que, aunque tenga como posible finalidad el facilitar la celebración de otro ulterior contrato, no cabe establecer un vínculo causal directo entre ellos teniendo, por lo tanto, autonomía en su respectiva eficacia jurídica. La precisión resulta útil a la cuestión doctrinal apuntada en la medida en que el alcance de la gestión del mediador, particularizado en la dialéctica entre la perfección o ejecución del contrato, no debe resolverse de un modo inverso, esto es, desde el contexto finalístico o desarrollo negocial del contrato proyectado, sino que debe estar informado en el seno del contrato de mediación como contrato principal y

sustantivo. En este sentido, que el contrato no se haya ejecutado, por sí solo, no resulta determinante del proceso interpretativo.

El segundo eje, con mayor incidencia si cabe, viene referido a la naturaleza de contrato atípico que caracteriza el contrato de mediación. Desde esta perspectiva puede afirmarse que tanto desde el desenvolvimiento técnico de la figura; su separación de la comisión mercantil, su consideración de contrato innominado "facio ut des" o su derivación del contrato de mandato, como desde el plano de la integración o ajuste de su tipicidad, ya mediante la yuxtaposición de varios contratos típicos o de obligaciones o pactos pertenecientes a distintos tipos contractuales, la atipicidad del contrato de obra que caracteriza a las obligaciones de resultado no ha formado parte de estos procesos de caracterización de la figura, por lo que difícilmente puede deducirse, salvo pacto expreso de las partes o aplicación de los usos y costumbres, que de la caracterización básica de la figura la obligación del mediador pueda calificarse de una propia obligación de resultado que determine su perfección con la ejecución o consumación de una situación jurídica que posibilitada por el mediador, no obstante, no depende ya de su marco de actividad. Conclusión que afecta a la propia estructura del contrato, pues si bien la perfección del encargo actúa como condición del derecho de retribución (onerosidad), sin embargo, no crea ningún deber jurídico o prestacional propiamente dicho que opere un fenómeno de reciprocidad obligacional, más allá de la mera bilateralidad del contrato.

4. Desde esta perspectiva, esto es, desde la caracterización general del contrato como medio interpretativo del alcance de la gestión encomendada se comprende mejor que las referencias usuales a la "perfección del encargo" y, en su caso, al "éxito de la mediación" resultan aplicables aquellos supuestos en donde la actividad del mediador determina la existencia del marco o vinculación negocial que posibilita la finalidad adquisitiva querida por el oferente, con independencia de la propia ejecución o consumación del mismo; de forma que en el supuesto de opción de compra debe entenderse que ya se produce este marco de

vinculación negocia! en favor del oferente que le permite la finalidad adquisitiva (perfección del encargo), con independencia de que dicha opción resulte o no ejercitada por el comitente. Todo ello, como se ha señalado desde el principio, salvo que la autonomía de las partes o la aplicación al caso de los usos y costumbres concreten un determinado resultado adquisitivo o entramado negocial.

La conclusión alcanzada, por tanto, resulta igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en donde conseguida la perfección o eficacia del marco negocia! el cumplimiento o consumación del mismo no se da por causas ajenas a la gestión encomendada, supuestos de desistimiento o incumplimiento contractual del oferente, pero también del propio y natural desenvolvimiento de la relación contractual, casos de la eficacia modalizada bajo condición resolutoria o suspensiva".

4. La aplicación de la doctrina expuesta al caso enjuiciado, conduce al reconocimiento del derecho de retribución pactado en favor del mediador. En efecto, *en primer término*, y con relación al cumplimiento del encargo, debe señalarse que, con independencia de la exclusividad o no del mismo, el resultado que lo definía obligatoriamente, esto es, la venta del piso como "éxito o buen fin de la mediación", fue logrado gracias a la gestión determinante llevada a cabo por el mediador que no sólo contactó con el futuro adquirente, sino que enseñó varias veces el inmueble configurando el marco negocial que posibilitó la finalidad transmisiva querida por el oferente que, sin lugar a dudas, se aprovechó de su actividad mediadora para celebrar dicha venta. *En segundo término*, y en relación a la determinación de la retribución, debe señalarse el imperio de la autonomía negocial y, en consecuencia, de lo acordado pro las partes, que no sujetaron la retribución de la mediación a la variabilidad de un porcentaje del precio de venta del inmueble, sino a un precio fijo ya determinado. Sin que, por lo demás, dicho precio resultase claramente desproporcionado conforme a los usos y costumbres negociales del sector (un 6,7% frente al 5% habitualmente aplicado en defecto de pacto).

Por todo ello, se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala 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, con independencia de que la venta se lleve a cabo sin su conocimiento y del precio final que resulte de la misma.

TERCERO .- Estimación del recurso y costas.

1. La estimación del motivo planteado comporta la estimación del recurso de casación interpuesto.
2. Por aplicación del artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.
3. En aplicación de los artículos 394.1 y 398 de la LEC, dada las dudas de derecho que plantea la cuestión objeto de la litis, no procede hacer expresa imposición de costas en ninguna de las dos Instancias.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "González Estadella SCP" contra la sentencia dictada, en fecha 8 de febrero de 2012, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, en el rollo de apelación nº 204/2011, que casamos y anulamos, confirmando en su lugar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, nº 6, de Barcelona, de 22 de noviembre de 2010, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 2125/2009, a excepción de su pronunciamiento sobre costas.

2. Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que el mediador encargado de la venta de una vivienda tiene derecho a la retribución íntegra de la comisión pactada cuando su gestión resulte decisiva o determinante para el "buen fin" o "éxito" del encargo realizado, con independencia de que la venta se lleve a cabo por el oferente sin su conocimiento y del precio final que resulte de la misma.

3. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.

4. Tampoco procede hacer expresa imposición de costas procesales en las dos Instancias.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando

Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ