



Roj: **SAP MA 3615/2015 - ECLI: ES:APMA:2015:3615**

Id Cendoj: **29067370062015100735**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **26/11/2015**

Nº de Recurso: **1001/2012**

Nº de Resolución: **752/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DE LA SOLEDAD JURADO RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA; SECCIÓN SEXTA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 DE MARBELLA

JUICIO ORDINARIO Nº 619/2010

ROLLO DE APELACIÓN Nº 1001/2012

SENTENCIA Nº 752/15

Ilmas. Sras.:

Presidente:

Doña Soledad Jurado Rodríguez

Magistradas:

Doña María Pilar Ramírez Balboteo

Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano

En la Ciudad de Málaga, a veintiséis de Noviembre de 2015.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, el Juicio Ordinario nº 619/10 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Marbella, seguidos a instancia de Rosso **Inmobiliaria** 21 S.L. representada en el recurso por el Procurador D. Jose Mª López Oleaga y defendida por el Letrado D. Ignacio Ruz Hernández-Pinzón, contra D. Nazario representado en el recurso por la Procuradora Dª Lourdes Ruiz Rojo y defendido por el Letrado D. Jose Alberto González Hidalgo, pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Marbella dictó sentencia de fecha diez de Enero de 2012 en el Juicio Ordinario nº 619/10, del que este Rollo dimana, cuyo fallo es el siguiente: " Que **ESTIMANDO** la demanda interpuesta por el Procurador **DAVID SARRIÁ RODRIGUEZ** , en nombre y representación de **ROSSO INMOBILIARIA** 21 S.L. contra **Nazario** , debo **CONDENAR** y condeno al mismo a que abone a la actora la suma de **TREINTA MIL EUROS (30.000 euros)** en concepto de principal, junto con el interés legal devengado desde la fecha de interposición de la demanda, y expresa condena en costas a la demandada."

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia se formuló recurso de apelación por la Procuradora Dª Lourdes Ruiz Rojo en nombre y representación de D. Nazario , del que se dio traslado a la parte actora que presentó escrito de oposición al recurso, remitiéndose los autos a esta Audiencia, donde al no haberse propuesto prueba y no considerarse necesaria la celebración de la vista, previa deliberación de la Sala el 29 de Octubre de 2015, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.



TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Il.tra. Sra. D^a Soledad Jurado Rodríguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se inicia la presente litis mediante demanda formulada el 19 de marzo de 2010 por Rosso **Inmobiliaria** 21 S.L. frente a D. Nazario en cuyo petitum se solicita la condena del demandado a abonar a la actora 30.000 € o, subsidiariamente, 20.800 €, en ambos casos con los intereses legales, en base a los siguientes hechos: 1) la actora tiene una **agencia inmobiliaria** a la que el 9 de marzo de 2007 los Sres. Balbino le encargaron la **venta** de su propiedad (vivienda, garaje y trastero sitos en la URBANIZACIÓN000), sin pacto de **exclusividad**, acordándose unos honorarios a favor de la actora del 4% (doc. 1) ; el precio de **venta** lo fijaron los Sres. Balbino en 700.000 €, que se bajó a 600.000 € el 13 de abril de 2009; 2) el 5 de Junio de 2009 acudió el demandado a la **inmobiliaria** para la búsqueda de un inmueble en Marbella al objeto de comprarlo y, de entre las propiedades cuyas fotografías les mostraron, se interesó por la propiedad de Don. Balbino y deseaba visitarla, por lo que previamente a la visita se suscribió "Hoja de inmueble ofertado y visita de **venta**" (doc. 4) entre actora y demandado en la que éste se compromete a no adquirir el inmueble sin la intermediación de la **inmobiliaria** y, en caso de incumplimiento de ese compromiso, el cliente viene obligado a abonar a la **inmobiliaria** el 5% del precio de **venta** (600.000 €) en concepto de honorarios; 3) el mismo día 5 de junio de 2009 (viernes), tras visitar el demandado en dos ocasiones la vivienda, se suscribió un documento entre la **inmobiliaria** y el cliente (doc. 6) en el que éste, al que se le denomina parte compradora, entrega a la **inmobiliaria** en concepto de reserva o arras penitenciales 5.000 € para que en su nombre efectúe las gestiones necesarias para proceder a la adquisición de los inmuebles por un precio de 520.000 €, que se abonarían en el momento del otorgamiento de la escritura pública que se firmará en el plazo de treinta días a partir de ese momento, quedando la validez de dicho documento condicionada a la aceptación de las condiciones por la propiedad del inmueble; 4) el 8 de junio de 2009 (lunes) el demandado reclama a la **inmobiliaria** la devolución de los 5.000 € entregados al haber tenido conocimiento de que es ilegal la urbanización donde están situados los inmuebles, cantidad que es devuelta por la **inmobiliaria** al día siguiente 9 de junio, sin haber tenido tiempo de contactar con anterioridad con Don. Balbino ; y, 5) el 16 de junio de 2009, es otorgada escritura pública en la que el demandado adquiere los inmuebles de Don. Balbino sin la intervención de la actora.

Se reclama con carácter principal el pago de 30.000 € que se corresponde con el 5% del precio de **venta** (600.000 €) en concepto de honorarios que se comprometió a abonar el demandado en el documento nº 4, y, subsidiariamente, el pago de 20.800 € en concepto de lucro cesante al corresponderse con la cantidad que hubiera recibida la **inmobiliaria** de la propiedad si se hubiera llevado a cabo la **venta** a través de ésta según el precio que ofreció el demandado (4% de 520.000 €).

SEGUNDO.- El demandado se opone a la demanda en base a las siguientes alegaciones: a) estando interesado en adquirir un inmueble en Marbella, acudió a varias inmobiliarias, entre ellas a la actora, existiendo un vínculo contractual sin **exclusividad** entre ésta y Don. Balbino pues la vivienda estaba ofertada en varias inmobiliarias, y la visitó a través de la intermediación de otras; b) la "Hoja de inmueble ofertado y visita de **venta**" (doc. 4) la firmó de prisa sin información y sin saber su contenido y no constituye un contrato de corretaje; c) se adquirió la vivienda a través de otra **inmobiliaria** (Promociones Real Estate Ivar Dahl S.L.) por un precio de 390.000 €, constando en la escritura pública de compraventa que el mismo día 9 de junio de 2009, el demandado abonó a dicha **inmobiliaria** como parte del precio de la compraventa los 5.000 € que previamente le había devuelto la actora ese mismo día.

La sentencia de instancia estima la demanda al considerar que la "Hoja de inmueble ofertado y visita de **venta**" (doc. 4) firmada libremente por ambas partes constituía un vínculo contractual de obligado cumplimiento, y frente a esta sentencia interpone recurso de apelación el demandado a fin de que sea desestimada la demanda, lo que fundamenta en primer lugar en que, no existiendo vínculo contractual entre la actora y el demandado, la cláusula objeto de litigio es nula por **abusiva** enmarcada en un contrato de adhesión; y, en segundo lugar, en que las cantidades reclamadas no pueden serlo en concepto de honorarios sino como pena convencional del artículo 1152 CC que, de la misma forma, sería nula, en cuanto que no hay una obligación principal que garantizar.

TERCERO.- Respecto de la denominada "hoja de VISITA", redactada por la **inmobiliaria** de forma unilateral, supone sólo acreditación de que el **piso** se ha visitado por quien lo firma o que a él le ha sido enseñado, sin que quepa entender que por la firma del mismo se pasa a formar parte de un contrato de mediación o corretaje o gestión de compra, pues si la mediadora, **agencia** o personal de la misma, está enseñando el **piso** habrá de ser precisamente porque la propiedad le ha encargado la mediación o gestión de **venta**, de modo tal que los que visitan el **piso** por el mero hecho de la visita no contraen obligación alguna para con



la mediadora, pues se limitan a aceptar los servicios ofrecidos por ésta, sin que pueda aceptarse que pase a formar parte en el contrato de mediación concertado con la vendedora, por lo que, al no ser parte en el mismo, no procede ser obligada al pago de los honorarios reclamados, y en este sentido se pronuncian las STS de 20 de noviembre de 1984, 30 abril y 5 de noviembre de 1998, declarando esta última: "la relación que los conforma viene constituida porque la función del agente radica en la conexión y contrato negocial que procura entre el vendedor y el futuro comprador con lo que su relación contractual sólo se proyecta respecto a la parte que le confirió el encargo", argumentación la precedente que no se desnaturaliza por el hecho de que en la hoja de visita se recoja que en el caso de compra de alguno de los inmuebles visitados con el agente de la mediadora, el cliente se comprometa a abonar la comisión a la **agencia** por las peticiones realizadas, aunque posteriormente se realice el contrato entre el comprado y el vendedor, por cuanto esa expresión o cláusula, además de que va referida al "cliente", que lo es quien encarga la gestión de **venta** y no el que visita, se ha de entender **abusiva** y, por tanto, nula a tenor de lo prevenido en el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, en relación con la Disposición Adicional 1ª de la Ley 7/98, aparte de que de la misma no cabe extraer encargo de gestión alguna generadora de honorarios por comisión de forma indeterminada, de dicho documento no se extrae encargo alguno, sino acreditación de un servicio prestado por la **agencia** en cumplimiento de contrato suscrito con la propiedad que encarga la gestión de **venta**. Esta doctrina es aplicada por la AP de Madrid, entre otras muchas, en sentencia de 24 de octubre de 2013 en la que se afirma: "Como se recoge en las SSAP Madrid, Secc 9º, 18 septiembre de 2.009, Secc 18, Sentencia de 30 de junio de 2006 y Sección 19, Sentencia de 14 de septiembre de 2005 secc. 19ª.. el contenido de la cláusula de responsabilidad contenida en la hoja del «control de visita» se ha de declarar nulo, tenerse por no puesta y carente de cualquier vinculación para las personas de los codemandados". La misma doctrina es recogida por la Audiencia Provincial de Ourense, en su sentencia de 12 de enero de 2015, al afirmar que la suscripción por parte del demandado de la hoja de visita no implica que el mismo se haya convertido en parte de un contrato de mediación, porque precisamente si visita la vivienda acompañado por un agente es porque la propietaria con anterioridad ha contratado los servicios de ese agente; la propietaria es contratante, no así el demandado, evidenciando el contenido de ese documento la mala fe que en la actuación de la demandante se aprecia, al presentar al demandado a su firma un documento que titula "hoja de visita", es decir, con la única finalidad, según la rúbrica, de servir de justificante de esta visita ante la propietaria, y en el mismo inserta una mención o párrafo, ni siquiera una cláusula pues no es un contrato en la que se introduce una cláusula en la que se impone una obligación de pago de unos honorarios al potencial comprador, por el simple hecho de haberle mostrado unas viviendas, confiriéndole una condición de parte en un contrato de mediación en el que no intervino, añadiendo: "(..) de considerar dicho documento como un contrato, a pesar de denominarse así en su texto, resultaría que el mismo no tendría validez en base a lo establecido en el artículo 1275 del citado Texto legal, pues el mismo carecería de causa (...) resultaría que el posible comprador se obligaría a pagar una comisión o unos honorarios a la **agencia** si pactaba la compra del inmueble directamente con el vendedor, pacto que es perfectamente lícito, a cambio de ninguna contraprestación porque el hecho de enseñar la vivienda no es ninguna prestación o promesa que nazca de un contrato concertado con el comprador, sino que es parte de la prestación comprometida con el vendedor a través del contrato de mediación suscrito por la **agencia** con él." En idéntico sentido, la SAP de Valencia de 10 de Julio de 2015 afirma que, salvo pacto en contrario, la obligación de pagar la comisión al mediador recae sobre quien está vinculado contractualmente con éste, por haber celebrado con él el contrato de **agencia inmobiliaria**; es decir, en aquél o aquéllos que le encomendaron mediar para vender o para comprar, para arrendar o para traspasar, no en el tercero que aceptó el ofrecimiento que el agente le hizo de comprar o vender aquello que su comitente le había encomendado vender o comprar.

En conclusión, se hace patente que la hoja de visita no constituye, ni puede constituir un contrato de gestión de compra de la vivienda, a diferencia de los de autorización de **venta** sin **exclusividad** y, en consecuencia, como la pretensión primera de la demandante de condena del demandado al pago de 30.000 € se fundamenta exclusivamente en el contenido de dicha hoja de visita firmada por la actora y el comprador, aquí denominada "hoja de inmueble ofertado y visita de **venta**" (doc. 4), debe prosperar el recurso al considerarse erróneamente por la sentencia de instancia como un contrato de obligado cumplimiento ex artículos 1256, 1258 y 1278 CC.

CUARTO.- No obstante, a diferencia de los supuestos enjuiciados en las sentencias de las Audiencias Provinciales antes citadas y en las citadas en la contestación a la demanda y en el recurso, en el caso enjuiciado la relación entre **inmobiliaria** actora y demandado no se limitó a que el día 5 de junio de 2009 (viernes) se firmara la hoja de visita y se visitara por dos veces la vivienda por el demandado, sino que ese mismo día se firmó el documento nº 6 que se aporta con la demanda y basta una simple lectura del mismo para calificarlo de contrato de compraventa perfecta, en que el demandado compra la vivienda a la **agencia inmobiliaria** actuando ésta en nombre y representación de los vendedores, debiendo indicarse que la Jurisprudencia reconoce la figura del pre contrato como contrato preliminar o preparatorio que, en cuanto orientado a una compraventa, tiene un régimen distinto del de la compraventa misma, estando la distinción doctrinal y jurisprudencial entre promesa bilateral de compra y **venta** y contrato definitivo de compraventa en la existencia o no de una voluntad



negocial, dirigida a definir para un momento posterior la entrada en vigor del contrato proyectado, quedando mientras tanto solamente ligadas las partes por el peculiar vínculo que produce el pre contrato, y que consiste en "quedar obligado a obligarse", (STS, entre otras muchas, de 25 de junio de 1993 , 11 de octubre de 2000 y 20 Abril 2001), y en ese documento firmado el mismo día en que el demandado visita el inmueble no se hace depender la compraventa de un aviso futuro, esto es, no se deja para un momento posterior la celebración de la compraventa sino que es en el propio documento donde se fija a la perfección el objeto de la **venta**, su precio, forma de pago plazo para otorgar la escritura pública, sin que desvirtúe la naturaleza jurídica de lo pactado ni afecte al nacimiento de la obligación de comprar para el demandado el hecho de que su validez se condicionara a la aceptación por los propietarios del inmueble, por lo que, en definitiva, no puede mantenerse la existencia de un pre contrato, cuando el contrato estaba ya tan definido que incluso estaba siendo cumplido mediante el pago de 5.000 € por el demandado en concepto de arras penitenciales y como parte del precio de la compraventa.

QUINTO.- Como resumen de la jurisprudencia en relación al contrato de mediación o corretaje, el Tribunal Supremo tiene reiterado que en el contrato de mediación o corretaje el mediador ha de limitarse en principio a poner en relación a los futuros comprador y vendedores de un objeto determinado, pero en todo caso la actividad ha de desplegarse en lograr el cumplimiento del contrato final, y así se entiende por la moderna doctrina en cuanto en ella se afirma que la relación jurídica entre el cliente y el mediador no surge exclusivamente de un negocio contractual de mediación, pues las obligaciones y derechos exigen además el hecho de que el intermediario hubiera contribuido eficazmente a que las partes concluyeran el negocio (STS de 2 de octubre de 1999 y 21 de octubre de 2000), declarando que dicho contrato está supeditado, en cuanto al devengo de honorarios, a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso (STS de 19 de octubre y 30 de noviembre de 1993 , 7 de marzo de 1994 , 17 de julio de 1995 , y 30 de abril de 1998 , entre otras). Además afirma que «la mediación se consuma cuando se otorga o perfecciona por el concurso de la oferta y la aceptación el contrato a que tiende la mediación, o en términos de la STS de 20-5-2004 , el derecho a percibir la comisión surge cuando los actos inequívocos de mediación cristalizan en la operación en la que intervino el agente». Sigue afirmando que «la función del agente es predominantemente pregestora, sin obligarse a responder del buen fin de la operación, salvo pacto especial de garantía, siendo evidente que su contenido obligacional incluye la retribución de los servicios del agente por parte de quien formula el encargo, tanto si el negocio se realiza con su intervención inmediata, como cuando el comitente se aprovecha de su gestión para celebrarlo directamente» (STS 18/12/86 , 03/01/89 , 11/02/91 , 23/09/91). Por su parte, la STS de 12 de junio de 2007 afirma que «efectivamente, la naturaleza del contrato de mediación implica que el mediador ha de poner en contacto a su cliente con otra persona con la finalidad de que se pueda llegar a concluir un contrato [...]. El mediador tiene derecho a cobrar el premio siempre y cuando el contrato promovido llegue a celebrarse, estando sometido, pues, a la condición suspensiva de su celebración (sentencia de 30 marzo 2007 y las allí citadas), y así el resultado que da derecho a la retribución es la perfección del contrato» .

SEXTO.- A fin de encuadrar la cuestión litigiosa, conforme a lo anteriormente analizado, resulta que en el caso enjuiciado la **inmobiliaria**, en nombre y representación de sus clientes, vende la vivienda al demandado, que la compra en contrato celebrado el 5 de Junio de 2009 (viernes) por un precio de 520.000 €, y al lunes siguiente 8 de junio de 2009 el comprador desiste unilateralmente de la compraventa exigiendo la devolución de los 5.000 € entregados, cantidad que es devuelta por la **inmobiliaria** actora al día siguiente al comprador, el cual, en el mismo día, entrega esa cantidad a otra **inmobiliaria**, otorgándose escritura pública de compraventa del inmueble a los siete días, el 16 de junio de 2009 por un precio de 390.000 € e interviniendo esa segunda **inmobiliaria**. No cabe duda de que, siendo los anteriores hechos no controvertidos, el comprador incumplió las obligaciones asumidas en el contrato de compraventa celebrado el 5 de Junio de 2009 con la **inmobiliaria** actora, frustrando a ésta su legítimo derecho a ser retribuida por el vendedor que finalmente abonaría la comisión a la segunda **inmobiliaria** que intervino.

Respecto de esta cuestión, la STS de 21 mayo de 2014 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 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, y la STS de 30 julio de 2014 , en idéntico sentido, analiza el supuesto en que el contrato de mediación no se concierta en exclusiva y es otro mediador quien, posteriormente, pone en contacto a las mismas partes, las cuales contratan entonces en condiciones distintas de las inicialmente proyectadas, en cuyo caso, el derecho a la percepción de la comisión por el primero de los mediadores exigiría acreditar que en todo caso su intervención fue determinante para la compraventa llevada a cabo posteriormente entre las mismas partes que había puesto en contacto y que después volvieron a negociar con la intervención de otro mediador y por un precio notablemente inferior.



Esta doctrina es de plena aplicación al caso enjuiciado en el que la intervención de la **inmobiliaria** actora fue tan decisiva para la compraventa que incluso se llegó a firmar un primer contrato de compraventa del que desistió unilateralmente el comprador para, transcurridos siete días, otorgarse escritura pública entre las mismas partes que había puesto en contacto la actora con la intervención de otro mediador y por un precio inferior, hecho éste que resalta la doctrina jurisprudencial contenida en la referida STS 21 de mayo de 2014 para concluir en que no supone merma del derecho del mediador a la retribución íntegra de la comisión pactada.

El artículo 1101 CC dispone: "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 aquélla." y según el artículo 1106 del mismo texto legal: "La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor". En el presente caso, el comprador ha incumplido sus obligaciones y, con ello, la actora, tras cumplir sus obligaciones contractuales, ha dejado de ganar el 4% de la comisión pactada con los vendedores, cantidad a la que procede condenar al demandado, fijándose tales pérdidas en la cantidad reclamada en la demanda de 20.800 € en concepto de lucro cesante al corresponderse con la cantidad que hubiera recibido la **inmobiliaria** de la propiedad si se hubiera llevado a cabo la **venta** a través de ésta según el precio que ofreció el demandado (4% de 520.000 €), pues tal importe se ajusta a lo que ha dejado de percibir la actora sin que el demandado se haya opuesto o haya cuestionado tales cálculos.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, lo que hace que en este caso hayan de imponerse a la demandada porque las pretensiones de la demanda han sido estimadas íntegramente al acogerse la pretensión subsidiaria, pues al formular el actor petición principal junto a otra que se presenta alternativa o subsidiaria, permite al juzgador decidir por una u otra, y esto significa admisión total de la demanda (Sentencias de 29-10-1992, 16-11-1993 y 2-6-1994). De acuerdo a lo establecido en el artículo 398.2 de la misma Ley, cuando sean estimadas las pretensiones de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Vistos los artículos citados y los demás de legal y oportuna aplicación,

FALLAMOS:

Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por la Procuradora D^a Lourdes Ruiz Rojo en nombre y representación de D. Nazario contra la sentencia dictada el diez de enero de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia n^o 5 de Marbella en el Juicio Ordinario n^o 619/10, debemos condenar y condenamos a dicha parte recurrente a abonar a la actora la cantidad de 20.800 € de principal, confirmándola en el resto de sus pronunciamientos, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Así por ésta, nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN: Dada, leída y publicada ha sido la anterior Sentencia, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D^a Soledad Jurado Rodríguez, constituida en Audiencia Pública en la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial de Málaga, en el día de su fecha. Doy fe.-