



Roj: **SAP M 3000/2016 - ECLI:ES:APM:2016:3000**

Id Cendoj: **28079370202016100116**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **20**

Fecha: **29/03/2016**

Nº de Recurso: **356/2015**

Nº de Resolución: **152/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JUAN VICENTE GUTIERREZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésima

C/ Ferraz, 41 , Planta 5 - 28008

Tfno.: 914933881

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0107728

Recurso de Apelación 356/2015

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 02 de Alcobendas

Autos de Procedimiento Ordinario 889/2011

APELANTE: INMONORTE 2006 SL

PROCURADOR D./Dña. MARGARITA LOPEZ JIMENEZ

APELADO: D./Dña. Natalia

PROCURADOR D./Dña. MARIA LUISA ESTRUGO LOZANO

SENTENCIA

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JUAN VICENTE GUTIERREZ SÁNCHEZ

D. RAMÓN FERNANDO RODRÍGUEZ JACKSON

D. RAFAEL DE LOS REYES SAINZ DE LA MAZA

En Madrid, a veintinueve de marzo de dos mil dieciséis.

La Sección Vigésima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 889/2011 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 02 de Alcobendas a instancia de INMONORTE 2006 SL apelante - demandante, representado por la Procuradora Dña. MARGARITA LOPEZ JIMENEZ contra Dña. Natalia apelado - demandado, representado por la Procuradora Dña. MARIA LUISA ESTRUGO LOZANO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 12/02/2015 .

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D. JUAN VICENTE GUTIERREZ SÁNCHEZ**

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 02 de Alcobendas se dictó Sentencia de fecha 12/02/2015 , cuyo fallo es el tenor siguiente: Que desestimo íntegramente la demanda formulada por INMONORTE 2006, S.L. representado por el procurador de los Tribunales Dª MARGARITA LÓPEZ JIMÉNEZ frente a Dª Natalia representada por el Procurador de los Tribunales Dª ESTHER LUCÍA CALATRAVA, con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas en esta instancia.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, exponiendo las alegaciones en que basa su impugnación. Admitido el recurso en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la apelada, que presentó escrito oponiéndose al recurso formulado de contrario. Elevados los autos ante esta Sección, fueron turnados de ponencia, y quedando pendientes de resolución, se señaló fecha para la deliberación y votación, que se ha llevado a cabo por los Magistrados de esta Sección.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, en los términos de la presente.

PRIMERO .- La entidad "INMONORTE 2.006 S.L.", formuló demanda frente a Dª Natalia , en reclamación de 14.890 euros, más intereses legales, en concepto de comisión, por los servicios de intermediación realizados en virtud del contrato de encargo de gestión de venta de unos determinados inmuebles suscrito entre ellos y que entiende se devengaron desde el momento en que firmó con los potenciales compradores que ella le había proporcionado, un documento de señal de compra, en el que se comprometió a firmar el contrato de arras o señal definitiva antes de una fecha determinada, negándose posteriormente a hacerlo, dando así por finalizada la relación comercial existente entre ellas. Sostiene, en definitiva, que su derecho al cobro de la cantidad reclamada surgió a raíz de la firma del documento de señal de compra, al haberse convenido expresamente en el contrato de encargo, que el devengo de la comisión se producirá desde el momento de la firma de cualquier documento suscrito en concepto de arras, opción de compra, etc.

La demandada se opuso a dichas pretensiones. Señala que el contrato de encargo no era en exclusividad y las actuaciones desarrolladas por la demandada no le dan derecho a cobrar comisión alguna, en cuanto la oferta de compra en la que sustenta su reclamación la demandante, no le vinculaba por no ajustarse la misma a las condiciones de venta por ella pretendidas y no puede calificarse el mismo como contrato de arras o señal; de manera que no habiendo aceptado dicha oferta, no viene obligada a pagar la comisión, al no haberse devengado honorario alguno.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Fundamenta dicha decisión en que el encargo no era en exclusividad, no ser los documentos de señal de compra firmados por la demandada, contratos de arras o señal y no haber quedado vinculado con ellos la demandada en los términos pretendidos por la demandante.

Frente a dicha resolución interpuso recurso de apelación la entidad demandante. Tras una alegación previa, en la que resume la fundamentación de la sentencia, alega como motivos de impugnación:

- 1.- Error en la apreciación y valoración por el Juzgador a quo del conjunto de pruebas practicadas, en especial del encargo de gestión de venta y del documento de señal de compra.
- 2.- Infracción de la Jurisprudencia consolidada sobre la naturaleza del contrato de mediación o **corretaje** y momento en que se devengan los honorarios del agente e infracción del artículo 1.261 del código civil en cuanto a la validez y eficacia del documento de señal de compra suscrito por la demandada, en relación con la infracción del artículo 1.256 y 1.258 del cc .
- 3.- Condena en costas en cuanto entiende existen serias dudas de hecho o de derecho.

La demandada se opuso al recurso interpuesto de contrario. Sostiene que la sentencia no incurre en los errores de valoración de la prueba que le atribuye la apelante y reitera que no existió aceptación de la oferta de compra, por lo que entiende que la sentencia tampoco incurre en infracción alguna de la jurisprudencia que analiza este tipo de contratos, por lo que solicitó la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO .- Delimitado en los precedentes términos las pretensiones de la partes y examinado nuevamente lo actuado en primera instancia, compartimos la conclusión que obtiene la sentencia de primera instancia de desestimar la demanda, y ello en base a lo siguiente.

Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2.007 , 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 en el contrato



ni actuar propiamente como mandatario (*SSTS de 10 de marzo de 1992 y 19 de octubre de 1993*). Constituye un contrato atípico (consensual y bilateral, facio ut des [hago para que tú des]) y aleatorio, puesto que su resultado es incierto y 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 (*STS de 6 de octubre de 1990* , entre otras muchas).

De acuerdo con esta doctrina, entre las obligaciones del mediador, salvo pacto expreso, no se encuentra la de garantizar la consumación del contrato, cualquiera que sea la causa que pueda haber producido el incumplimiento por parte del vendedor, siempre que no le sea imputable (*STS de 7 de noviembre de 2004* , citada). Así ocurre, a título de ejemplo, cuando el comprador desiste de la compra por disconformidad respecto del abono de la retribución al propio mediador (caso contemplado en la *STS de 20 de mayo de 2004*), o cuando la venta se resuelve por las cargas que afectan al inmueble desconocidas por el comprador (caso contemplado en la *STS de 10 de octubre de 2001*).

Por lo que se refiere al derecho del mediador a percibir las remuneraciones convenidas, la *STS 1032/2004, de 5 noviembre* , señala que el mismo surge desde el momento en que se perfecciona la compraventa encargada, que lleva consigo la actividad previa de oferta y búsqueda de adquirentes y puesta en contacto con el vendedor. Desde el momento en que ambos conciertan el negocio, que efectivamente llevan a cabo, el mediador ha cumplido y agotado su actividad intermediaria, que es la de mediar y no la de vender, salvo que concurra pacto expreso en este sentido, o cuando se conviene que sólo se podrían cobrar honorarios cuando la venta se halle consumada (*SSTS de 22 de diciembre de 1992* , *4 de julio de 1994* y *4 de noviembre de 1996*). En el mismo sentido la sentencia de Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2.014 , fija como doctrina jurisprudencial de Sala, la de 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. En definitiva, más que la ejecución o consumación del contrato que se pretende llevar a cabo y para lo cual se concierta una tarea de mediación, es la perfección de este encargo o el éxito de la misma lo que determina el derecho a percibir la comisión acordada y para ello como reiteradamente ha venido señalando la jurisprudencia, ha de tenerse en cuenta en primer lugar y de manera principal, lo acordado entre las partes.

TERCERO .- Pues bien a la hora de aplicar la anterior doctrina al caso presente, el hecho del que necesariamente hemos de partir es de que el encargo de gestión de venta no fue en régimen de exclusiva, lo que determina por un lado, que el comitente puede buscar libremente un comprador y que de concertar la venta con un comprador que no haya sido proporcionado por la entidad mediadora, ésta no tiene derecho a cobrar comisión alguna.

A la luz de lo indicado y acudiendo a lo acordado por las partes en el encargo de gestión de venta, la primera discrepancia que surge entre ellas, viene referida al alcance con el que se concertó las tareas de mediación o **corretaje**. Ambas partes admiten que no existe pacto de exclusividad, en el sentido tradicional; es decir, que venta del inmueble podía encomendarse a otras agencias y lógicamente podía realizarse también por la demandada, propietaria del inmueble; sin embargo, a lo largo del procedimiento la entidad demandante ha sostenido que, a pesar de no existir exclusividad en el sentido indicado, en el contrato que vincula a las partes, existe un pacto de "exclusiva de agencia" o "exclusiva del agente", distinta de la tradicional, que afirma ser habitual en el ámbito de la intermediación inmobiliaria y que en el supuesto aquí analizado, se refleja en la estipulación cuarta del contrato, según la cual " Los honorarios del Agente se devengarán íntegramente si la transmisión se produce directamente por la propiedad o a través de otro intermediario durante la vigencia del presente encargo o si, a pesar de haber caducado o haberse resuelto por cualquier motivo, la venta se produjera a algunos de los clientes presentados por el agente."

La interpretación que hace la demandante de dicha cláusula no puede acogerse. Los términos de la primera parte de la cláusula transcrita, son totalmente contradictorios a la intención y voluntad admitida por ambas partes, de que las tareas de intermediación o búsqueda de eventuales compradores, no estaba atribuida en exclusiva a la demandante, de manera que siendo ello así, debe prevalecer la intención evidente de los contratantes (art. 1281 par, segundo del cc), que además es la que se deriva de lo que es consecuencia natural del contenido obligacional, de la buena fe, el uso y la ley (artículo 1.258 del cc .; pues no es concebible que, no existiendo la exclusividad en el encargo, se pretenda cobrar la comisión cuando la venta pretendida se materializa con una persona respecto de la que ninguna gestión o labor de intermediación se ha realizado. Por muy habitual que sea dicha cláusula en el ámbito de la intermediación mobiliaria, cuando, como en el caso presente, se ha incorporado a un contrato redactado unilateralmente por el departamento jurídico de la entidad demandante, como admitió su representante legal, la misma es claramente abusiva y no puede oponerse a la otra parte, que a demás ostenta la condición de consumidor.

CUARTO .- En segundo lugar, la entidad apelante sostiene que su derecho a percibir la comisión pactada, surgió cuando, como consecuencia de sus gestiones, la parte demandada suscribió un documento denominado señal



de compra con personas captadas por ella y que estaban dispuestas a comprar el inmueble, con lo que entiende que con ello cumplió su cometido y se da el supuesto de hecho contemplado en la cláusula cuarta del contrato de encargo de venta, que determina el momento en el que se devenga la comisión pactada. La sentencia apelada, asumiendo la tesis de la demandada, considera que dicho documento no puede ser considerado como contrato de arras, sino una oferta de compra, lo que unido a la inexistencia de exclusividad, determina que no pueda exigírsele el pago de la comisión a la demandada. Compartimos básicamente dicha conclusión.

La referida cláusula cuarta del encargo, establece " el devengo de la comisión se producirá en el momento de la firma de cualquier documento suscrito en concepto de arras, opción de compra, etc..".

Por lo que se refiere al documento denominado "señal de compra", cabe indicar en primer lugar que son dos, fechados los días 6 y 7 de mayo de 2.010 y que siendo ambos de idéntico contenido, la demandante sustenta su pretensión en el segundo de ellos, en cuanto en él no se hace observación alguna por la demandada, a diferencia del primero de ellos en el que, ante la oferta de los eventuales compradores por importe de 260.000 euros, la demandada refleja manualmente que acepta la oferta en 268.000 euros, mientras que en el de fecha 7 de mayo, ante la oferta de 265.000 euros , no existe indicación alguna por parte de la demandada.

Del tenor literal de tales documentos, de su contenido obligacional y de la intervención que en ellos tuvo la parte demandada, no cabe calificarlo como contrato de arras. En principio, la redacción del mismo se llevó a cabo por la entidad demandante y sin intervención alguna de la demandada, por lo que cualquier duda que pudiera surgir sobre lo reflejado en el mismo, no puede ser interpretada a favor de quien pudiera haber originado dicha oscuridad, que en este caso es la demandante. Lo que en dicho documento se describe es, por un lado la entrega de una determinada cantidad (850 €) por parte de los interesados en comprar el inmueble, que se hace a la entidad mediadora y que ésta recibe en concepto de depósito salvo buen fin. Expresamente se indica también, que se hace en concepto de oferta de compra que se ajusta a determinadas condiciones, entre otras las del precio ofertado (265.000 €) y referencias al pago de gastos bimensuales de comunidad o cláusulas financieras. El propio representante legal de la demandante, al describir el procedimiento normal por el que desarrollaban su labor de intermediación, admite que recibidas las ofertas y contraofertas se trasladaban de una a otra parte. Los documentos de señal de compra aportados, no reflejan dicha situación, sino que sin existir manifestación expresa de aceptación por parte de la vendedora, ni siquiera espacio preimpreso destinado a ello, se hace constar en el mismo documento una serie de compromisos, como el asumido por la propiedad y los ofertantes de firmar un contrato de arras o señal definitiva antes de una fecha determinada, o el asumido por la propiedad de devolver la cantidad depositada en reserva, con la consecuencia de que si se negara sin justa causa a formalizar el documento de reserva (contrato de arras) o señal definitiva, perderá el importe entregado en este acto.

El contenido y alcance de tales documentos, tampoco es el propio de un pacto de arras. El importe de la cantidad entregada, concepto por el que se entrega y quien lo percibe, así como las obligaciones asumidas en él - otorgar contrato de arras o señal definitiva- , ponen de manifiesto que lo que tales documentos refleja son tratos o actividades previas o preliminares, propias de la tarea de mediación encomendadas, de los que no puede extraerse que el contrato de compraventa se haya perfeccionado, como sostiene la parte demandante; es más, ni siquiera cabe entender perfeccionado el contrato de mediación, en cuanto con ello no se consiguió el fin pretendido y dicha frustración no le puede ser imputable a la demandada, en cuanto con dicho documento no se comprometió a vender el inmueble y no existiendo pacto de exclusividad, seguía teniendo libertad para buscar otro comprador, como efectivamente hizo.

En dicha situación, la suscripción del documento de señal de compra por la demandada, ha de entenderse como aceptación de habersele entregado y recibido la oferta que se describe en el mismo y de que tiene como plazo para contestarla hasta la fecha que allí se indica, pero no de haber aceptado dicha oferta.

QUINTO .- No constituyendo el documento en cuestión un contrato de arras, ni de opción de compra, no puede extraerse de su firma, la consecuencia de que surgiera en ese momento el derecho de la demandante a cobrar la comisión, con base a la indicación que a título de ejemplo se hace en la cláusula cuarta antes transcrita, de que tal derecho surge no solo con la suscripción de cualquier documento equivalente al contrato de arras, opción de compra o cualquier otro que pudiera incluirse en la expresión "etcétera". Es cierto que dicha previsión contractual, no limita la figura jurídica a partir de cuya suscripción surja el derecho, lo que ocurre es que para que éste surja, como señala la sentencia antes referenciada del Tribunal Supremo de fecha 21 de mayo de 2.014 , debe haberse cumplido el encargo, y dicha situación se da, cuando se ha producido el "éxito o buen fin de la mediación"; es decir, cuando la gestión llevada a cabo por el mediador, fue determinante y posibilitó la finalidad transmisiva querida por el oferente, en cuanto éste se aprovechó de su actividad mediadora para celebrar dicha venta y dicha situación no se da en el caso presente, por cuanto, no existe pacto de exclusividad, la intervención de la demandante no fue determinante para llevar a cabo la venta finalmente materializada con una persona que contactó directamente con la propietaria demandada, por lo que ésta no se aprovechó de



actividad mediadora alguna de la demandante. En definitiva, no habiendo tenido éxito ni buen fin la labor de intermediación realizada por ésta, no ha surgido su derecho a percibir la comisión.

La reciente sentencia del tribunal Supremo de fecha 11 de febrero de 2.016 (rec. 1697/2013) al analizar el derecho del mediador a la retribución y la naturaleza o alcance de la gestión encomendada, señala "que la doctrina jurisprudencial de esta Sala, entre otras, SSTs de 8 de marzo de 2013 (num. 105/2013) y de 20 de mayo de 2015 (num. 287/2015), ha precisado que respecto a la calificación de la denominada "perfección del encargo" y, en su caso, al "éxito de la mediación" debe atenderse principalmente al propósito negocial buscado por las partes, como criterio preferente de la interpretación contractual, y de forma complementaria a los usos y costumbres que resulten de aplicación. En este sentido, y aunque originariamente el contrato de obra, que caracteriza a las obligaciones de resultado, no haya formado parte de la referencia histórica que acompañó a la caracterización del contrato de mediación como contrato atípico, no obstante, su incidencia resulta clara en aquellos supuestos de mediación en donde la actividad del mediador se orienta a la consecución de la finalidad adquisitiva querida por el oferente."

Y en el caso presente, al igual que ocurría en el supuesto analizado en dicha sentencia, del curso negocial llevado a cabo por las partes se desprende que el alcance de la gestión encomendada al mediador, como presupuesto de su derecho a recibir la retribución pactada, quedó configurado en orden a la obtención de un resultado derivado de la actuación de la mediadora, esto es, la conclusión del negocio proyectado de venta del inmueble y no como una mera actuación de medios, cualquiera que fuera el resultado obtenido, consistente en la facilitación de un marco negocial que posibilitara, a su vez, la finalidad adquisitiva querida por el oferente. La no exclusividad en el encargo, determinaba que el derecho de la demandante únicamente surgía cuando se perfeccionara la venta del inmueble con personas que hubiesen sido presentadas por la demandante, lo que no ocurre en el caso presente, según se ha indicado.

SEXTO .- El motivo por el que solicita la parte apelante la revocación del pronunciamiento por el que se le imponen las costas de primera instancia debe desestimarse también.

La excepción al principio del vencimiento objetivo que con carácter general establece el *artículo 394.1 de la LEC* , es de interpretación restrictiva, en cuanto las dudas han de ser fundadas y razonables; es decir en términos de objetividad, ajenos a la incertidumbre que todo proceso conlleva.

Si la duda de hecho constituye una indeterminación o vacilación sobre unos hechos concretos y esta incertidumbre requiere que no se pueda despejar, pese a que se realice un análisis con criterios objetivos y racionales, no puede apreciarse se dé dicha circunstancia en el caso presente en el que la demandante es una entidad experta en el tema objeto de discusión y cuenta con suficientes elementos de juicio para poder calibrar la conveniencia de acudir a la vía judicial en solicitud del reconocimiento del derecho que pretende, por lo que ninguna duda fáctica pueda apreciarse, a los efectos de no tener que soportar las costas procesales causadas por dicha reclamación.

En cuanto a dudas de derecho tampoco se aprecian, en cuanto se exige, como presupuesto de fondo, y en los términos señalados con anterioridad, una notable complejidad de derecho y la existencia de criterios jurisprudenciales contradictorios, lo que no se aprecia en el caso presente.

SÉPTIMO .- Lo indicado conlleva la desestimación del recurso y la imposición de las costas causadas en esta alzada, con base a lo establecido en los *artículos 394.1 y 398.2 de la LEC* .

Habiéndose constituido el depósito para recurrir ante el Juzgado de Primera instancia, exigido en la disposición Adicional 15ª de la LOPJ, la desestimación del recurso conlleva la pérdida del mismo, debiéndose dar al mismo el destino lealmente previsto.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS

SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad "INMONORTE 2.006, S.L.", contra la sentencia de fecha 12 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Alcobendas , en los autos de procedimiento ordinario nº 889/2.011, la cual **SE CONFIRMA ÍNTEGRAMENTE** .

Todo ello con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada y con pérdida del depósito constituido.

MODO DE IMPUGNACION: Se hace saber a las partes que frente a la presente resolución cabe interponer **Recurso de Casación y/o Extraordinario por Infracción Procesal** , en los supuestos previstos en los artículos



477 y 468 respectivamente de la LEC en relación con la Disposición Final 16º de la misma Ley , a interponer en el plazo de VEINTE DÍAS ante este mismo órgano jurisdiccional. Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de 50 euros, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J ., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito el recurso de que se trate no será admitido a trámite, excepto en los supuestos de reconocimiento expreso de exención por tener reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita. (Caso de interponerse ambos recursos deberá efectuarse un depósito de 50 euros por cada uno de ellos).

Dicho depósito habrá de constituirse en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2838 en la sucursal 6114 del Banco de Santander sita en la calle Ferraz nº 43 de Madrid.

Asimismo se deberá aportar debidamente diligenciado el modelo 696 relativo a la tasa judicial correspondiente a los recursos de que se trate, en los casos en que proceda.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.