

Id Cendoj: 28079110012010100717  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2637/2005  
Nº de Resolución: 713/2010  
Procedimiento: Casación  
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x CONTRATO DE MEDIACIÓN x
- x ANALOGÍA x
- x CONTRATO DE MANDATO x
- x REVOCACIÓN (CONTRATOS) x

**Resumen:**

Contrato de **corretaje**. Revocación: aplicación analógica de las normas del mandato y la comisión mercantil.

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a quince de Noviembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2637/2005 interpuesto por la entidad Hotelera Padrón, S.A., representada por el procurador D. Pablo Hornero Muguero, contra la sentencia de 22 de julio de 2005, dictada en grado de apelación, rollo número 359/05, por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dimanante de autos de juicio ordinario seguidos con el número 462/02 ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Marbella. Es parte recurrida la entidad Sauer Internacional Investment, S.L. que ha comparecido representada por la procuradora Dª. María Jesús González Díez.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Marbella dictó sentencia de 1 de octubre de 2004 en el juicio ordinario número 462/02, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Declarar y declaro resuelto el contrato de "exclusiva de ventas" de 1 de septiembre de 1.996 que se acompaña a dicho escrito como documento número dos celebrado entre las partes.

»Condenar y condeno a la demandada, la entidad mercantil Hotelera Padrón, S.A., a que abone a la actora, la entidad mercantil Sauer International Investment, S.L., en concepto de indemnización por los daños sufridos por la segunda como consecuencia del incumplimiento de dicho contrato por la primera, la cantidad referida en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución que se habrá de fijar en fase de ejecución de Sentencia, mas los intereses legales de dicha cantidad devengados y que se devenguen hasta el total pago o consignación.

»Cada parte deberá abonar las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad».

**SEGUNDO.-** La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

»Primero. En la presente demanda la parte actora solicita se dicte Sentencia en la que:

»-Se declare resuelto, al amparo del *artículo 1.124 del Código Civil*, el contrato de "exclusiva de ventas" de 1 de septiembre de 1.996 que se acompaña a dicho escrito como documento número dos celebrado entre las partes.

»-Se condene a la demandada a abonarle, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios (lucro cesante) sufridos por el incumplimiento de dicho contrato, la cantidad de 754.080 euros a que ascienden las comisiones dejadas de cobrar ante la imposibilidad de cumplir con su obligación contractual de venta de una serie de inmuebles como consecuencia de la actitud obstruccionista de la demandada para ello, más los intereses legales y costas procesales.

»Segundo. Establece el *artículo 1.124 del Código Civil* que "la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

»El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible.

»El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo.

»Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de tercero adquirente, con arreglo a los *arts. 1295 y 1298* y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria".

»En el caso de autos procede acceder a la primera pretensión de la actora referida en el suplico de su escrito de demanda, esto es, a la resolución del contrato objeto de autos, al haber quedado acreditado en los mismos que la demandada, a pesar de lo estipulado con la actora, ha vendido algunos inmuebles a través de terceros, en concreto a través de la inmobiliaria Kristina Szekely, Inmobiliaria Guzmán Real Estate, o directamente por sí misma.

»Por lo que se refiere a la segunda pretensión de la actora, esto es que se le abone, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios (lucro cesante) sufridos por el incumplimiento de dicho contrato, la cantidad de 754.080 euros a que ascienden las comisiones dejadas de cobrar ante la imposibilidad de cumplir con su obligación contractual de venta de una serie de inmuebles como consecuencia de la actitud obstruccionista de la demandada, procede su estimación parcial por los siguientes motivos:

»1. Es evidente que a la actora se le ha ocasionado un perjuicio como consecuencia del incumplimiento por parte de la demandada del contrato de exclusiva de ventas que nos ocupa al haber prescindido de la primera para la venta de los últimos inmuebles que a la misma le restaban por vender.

»2. Ha quedado acreditado en autos que, pese a los inconvenientes que alega la actora para fundamentar el retraso en la venta de dichos inmuebles (precios elevados, mala orientación, malas vistas, suciedad al haber estado destinados a alquiler...), los mismos fueron vendidos por la propia demandada y por la inmobiliaria Kristina Szekely, Inmobiliaria Guzmán Real Estate dentro de un plazo prudencial, lo que no había conseguido la actora antes del incumplimiento contractual por la demandada.

»3. Reclama la actora la cantidad en cuestión en concepto de "lucro cesante" o ganancia dejada de obtener (10% de comisión) al no habersele permitido vender tales inmuebles, pero lo cierto es que en cuanto al lucro cesante la Jurisprudencia patria se orienta en un prudente sentido restrictivo en su estimación, señalando el Tribunal Supremo que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que sea suficiente la mera sospecha, duda o esperanza, y en el presente caso no se puede asegurar que la actora de haber continuado con la exclusiva de ventas hubiera vendido finalmente tales inmuebles. Por tal motivo no procede indemnizarla en concepto de "lucro cesante" pero sí resarcirla en concepto de "daños" referido en el transcrito precepto legal.

»4. La cantidad que reclama la actora (754.080 euros a que ascienden las comisiones del 10% dejadas de cobrar ante la imposibilidad de cumplir con su obligación contractual de venta) resulta excesiva si se tiene en cuenta que de accederse a la misma nos encontramos ante una situación de enriquecimiento injusto a favor de la actora y a costa de la demandada, y ello teniendo en cuenta que el abono de dicha cantidad implica el mismo beneficio para la primera que si en vez de optar la misma por la resolución contractual, como le permite el *artículo 1.124 del C.C.*, hubiera optado por exigir su cumplimiento, con lo que esto último le hubiera supuesto a ella, es decir, tener que vender el resto de los inmuebles. Por tal

motivo procede reducir tal cantidad a la ofrecida en su día por la demandada en la carta que se acompaña a la demanda como documento número once (reconocida por la demandada en su interrogatorio practicado en el acto del juicio) y que asciende al 5% sobre el importe recibido efectivamente sobre el precio en concepto de comisión pero sin deducir de dicho importe gasto alguno de publicidad, carteles de venta, material de venta, etc. si se tiene en cuenta los gastos que la actora ha tenido que soportar en tales conceptos a pesar de no vender el resto de inmuebles y la posibilidad de que de dicha publicidad se haya beneficiado la demandada para vender directamente o a través de la ya anteriormente referida inmobiliaria Kristina Szekely, Inmobiliaria Guzmán Real Estate los mismos.

»Tercero. Dada la estimación parcial de la demanda, cada parte deberá abonar las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad (*artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*)».

**TERCERO.-** La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia de fecha 22 de julio de 2005, en el rollo de apelación número 359/05 , cuyo fallo dice:

«FALLAMOS.

»Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de Sauer International, SL y por la representación procesal de Hotelera Padrón, SA contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Marbella con fecha de uno de octubre de 2004 , en los autos 462/02, debemos confirmar y confirmábamos íntegramente la citada resolución, con imposición a los apelantes de las costas causadas en esta alzada».

**CUARTO.** - La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

»Primero. La sentencia recurrida estima parcialmente la demanda interpuesta por la entidad Sauer International Investment, SL, contra la entidad Hotelera Padrón, SA, declarando, de un lado, resuelto el contrato de «exclusiva de venta» celebrado entre las partes con fecha de 1 de septiembre de 1996, y de otro lado, condenando a la demandada a que abone a la actora, en concepto de daños y perjuicios por el incumplimiento del referido contrato, la suma del 5% sobre el importe recibido efectivamente del precio de la venta del resto de los inmuebles en concepto de comisión, que se determinaría en ejecución de sentencia, condenando a cada parte a que abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

»Ambas partes, actora y demandada, recurren la sentencia. La actora limita su recurso a los pronunciamientos recogidos en la sentencia relativos a la condena indemnizatoria y a las costas de la primera instancia, en base a los siguientes motivos: a) la sentencia no ha estimado la existencia de un lucro cesante y sí solamente la existencia de un «daño» (daño emergente), entendiéndose que de abonarse el total de lo reclamado se estaría produciendo un enriquecimiento injusto, siendo así que, tanto si se entiende que existe un lucro cesante como un daño emergente, la indemnización ha de ser del total solicitado, siendo la primera petición (lucro cesante) la petición principal, y la segunda (daño emergente) la petición subsidiaria; b) que la sentencia argumenta para no apreciar el lucro cesante «que no se puede asegurar que la actora, de haber continuado con la exclusiva de ventas, hubiera vendido finalmente tales inmuebles», siendo así que el lucro cesante, según la Jurisprudencia que cita, debe analizarse como, probabilidad objetiva» o «verosimilitud razonable» de que, según el decurso normal de los acontecimientos y en función del caso concreto, se habrían obtenido unas ganancias que se han dejado de obtener por el incumplimiento del contrato por parte de la demandada, privando con ello a la actora de conseguir la pactada comisión del 10%, ya que, con el decurso normal de los acontecimientos, la actora hubiera conseguido la venta de los quince apartamentos que le restaban; c) que la comisión pactada no eran ganancias imaginarias, hipotéticas o dudosas, sino fundadas en lo que concretamente pactaron las partes en el contrato incumplido y resuelto por la actora; d) que aún en el caso de que se estime, como hace la Juzgadora de Instancia, que no ha lugar a aplicar la tesis del lucro cesante sino la del daño emergente, ese «daño» ha de ser resarcido con la totalidad de las comisiones dejadas de percibir por el incumplimiento contractual; e) en relación a las costas, la actora «venció sustancialmente» en la primera instancia, es decir, obtuvo una estimación sustancial o «en lo principal» de todas las pretensiones de su demanda, declarando resuelto el contrato suscrito entre las partes, apreciando que la demandada incumplió el contrato, que la actora sufrió un daño y calculó ese daño, haciéndolo además, como solicitaba la actora, sobre el precio de la venta de cada uno de los 15 apartamentos, quedando reducida la diferencia entre lo pedido en demanda y lo concedido en sentencia a una cuestión puramente porcentual y accesorio, rebajando la indemnización solicitada del 10% al 5%.

»La parte demandada interpone igualmente recurso de apelación contra la sentencia, haciendo, en primer lugar una larga exposición sobre determinados acontecimientos que, según esta parte, han sido realizados por la entidad actora con el propósito de reducir, de forma drástica, la tesorería de la entidad

Hotelera Padrón, SA, de la que es accionista. Su recurso lo basa en los siguientes argumentos: a) inexistencia de incumplimiento contractual por parte de Hotelera Padrón, ya que cuando esta entidad contrata con la Inmobiliaria Kristina Szekely la venta del resto de los apartamentos, la entidad actora ya había resuelto el contrato, siendo esta parte la que insta primeramente la resolución del mismo, como se desprende de los documentos núms. 11, 12, 33, 13, 34, 35, acompañados con el escrito de demanda los núms. 11, 12 y 13, y con el de contestación a la misma los núms. 33, 34, y 35; b) el incumplimiento contractual fue previo de la actora, que de forma, cuando menos culposa, dejó de vender el resto de apartamentos en los últimos quince meses, sin causa que los justificara, siendo relevante la rapidez, en cambio, con que gestionó la venta de los mismos la nueva inmobiliaria contratada; c) que, tratándose de obligaciones recíprocas o bilaterales cada sujeto es a la vez acreedor de una prestación y deudor de otra, por lo que resulta de aplicación la, «exceptio non adimpleti contractus», sin que proceda, por tanto, la aplicación del *artículo 1106 del Código Civil* ( LEG 1889, 27) , en virtud del cual la actora solicita la indemnización de daños y perjuicios concretados en el lucro cesante; d) que la naturaleza jurídica del contrato suscrito es el de mediación o **corretaje**, siéndoles de aplicación las normas relativas a la revocación de la mediación o comisión establecidas en los *artículos 279 del Código de Comercio* ( LEG 1885, 21) y 1733 del Código Civil, sin que proceda en tales casos la indemnización de daños y perjuicios sino solamente el abono de las cantidades pendientes por las gestiones realizadas con anterioridad, debiendo entenderse que la carta dirigida por la demandada a la actora con fecha 25 de septiembre de 2001 no puede calificarse jurídicamente como resolución sino como revocación expresa ante el incumplimiento de contrario de sus obligaciones derivadas del contrato; e) no se ha probado los daños que, según la sentencia, se han causado a la actora, la cual, además, no solicitó una indemnización por daños emergentes sino por lucro cesante.

»La parte actora, en su escrito de oposición al recurso interpuesto por la demandada, apela al principio «pendente appellatione nihil innovatur» respecto de los nuevos hechos introducidos por la demandada en el primer motivo de su recurso, insistiendo en los argumentos esgrimidos en su escrito de recurso, añadiendo la aplicación al presente caso de la teoría de los «actos propios» y de la cosa juzgada, y rebatiendo la aplicación del principio de libre revocación del contrato de **corretaje**, pues una cosa es la libre revocación y otra cosa diferente el libre incumplimiento de un contrato.

»La parte demandada, en su escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario, insiste en sus argumentos expuestos en su escrito de recurso.

»Segundo. En el contrato suscrito entre las partes con fecha de 1 de septiembre de 1996 (que lleva como rúbrica «contrato de exclusiva de ventas») se destacan las siguientes cláusulas:

»1º.- La actora recibe la «exclusiva sobre las ventas y la comercialización» de la totalidad de los 89 apartamentos a construir sobre las parcelas del terreno «El Padrón».

»2º.- La parte actora asume todos los gastos de promoción y venta de los 89 apartamentos.

»3º.- La propiedad (demandada) se obliga a «pagar» a la entidad actora una comisión del 10% sobre el valor neto de cada venta, que se concretará en un 50% al recibir el 20 % del precio de venta total de cada apartamento, y el 50 % restante al recibir el 40 % del precio total del valor de la venta.

»4º.- La entidad actora realizará la venta de los apartamentos mediante la firma de un contrato de compraventa, con un pago, en el momento de la firma, del 20% sobre el precio total.

»5º.- El contrato de compraventa será sustituido por la escritura pública de compraventa, una vez ejecutada y terminada la construcción.

»6º.- La duración del contrato será limitada a la realización y comercialización de los 89 apartamentos.

»A los fines interpretativos del anterior contrato no puede perderse de vista la escritura de protocolización de acuerdos sociales de fecha 12 de noviembre de 1996, otorgada por la entidad demandada, en la que se recoge en siguiente acuerdo:

Facultar a la Sociedad Sauer International, SL para que pueda esta última sociedad Vender en exclusiva los apartamentos y penthouses que se preveen construir por la compañía en el complejo hotelero denominado Kempinski Hotel Estepona, suscribiendo al efecto, en representación de Hotelera El Padrón, SL los correspondientes contratos de compraventa.

»La sentencia recurrida no califica jurídicamente el contrato suscrito entre las partes, aunque se aporta por la actora una sentencia dictada por otro Juzgado marbellí (en un procedimiento mantenido entre las partes en el que la actora reclama y obtiene judicialmente contra la demandada el pago de una serie de comisiones no satisfechas por ésta) en el que califica al mismo como un contrato de mediación o **corretaje**, en concreto, un contrato de agencia inmobiliaria.

»Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1999 , el contrato de mediación o **corretaje**, es un contrato atípico en nuestro derecho, que aunque tenga similitud o analogía con el de comisión, con el de mandato e incluso con el de prestación de servicios, sin embargo nunca responderá a una combinación formada con los elementos a dichas figuras contractuales típicas. Pero a pesar de ello su enorme práctica comercial y la importancia que ha adquirido en dicha área hace preciso que se fijen las normas por las que ha de regir su nacimiento, desarrollo y producción de efectos. Para ello habrá de recurrir a lo pactado por las partes a tenor de la facultad otorgada por los *artículos 1091 y 1255 del Código Civil* , después a las normas generales de las obligaciones y contratos comprendidos en los Títulos I y II del Libro Cuarto del Código Civil, más tarde a los usos comerciales y normas complementarias, así como a la jurisprudencia pacífica y consolidada establecida por las sentencias de esta Sala; sin olvidar, en su caso, la doctrina científica y derecho comparado, recogidos en dicha jurisprudencia.

»Como derivado de todo lo anterior se puede afirmar que en el contrato de mediación o **corretaje** el mediador ha de limitarse en principio, a poner en relación a los futuros comprador y vendedor de un objeto determinado, pero en todo caso tal actividad ha de desplegarse en lograr el cumplimiento del contrato final, y así se entiende por la moderna doctrina en cuanto en ella se afirma que la relación jurídica entre el cliente y 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; todo lo cual encuentra su apoyo normativo en el *artículo 1754 del Código Civil* italiano, que puede tomarse en vía de ejemplo.

»La Jurisprudencia considera el contrato de mediación o **corretaje** como aquel por el que una de las partes, el comitente encomienda a otra -el corredor- la realización de gestiones dirigidas a facilitar la ulterior celebración con el tercero de un contrato en el que está interesado o para que le indique la oportunidad o la persona con quién puede celebrarlo. Se trata de un contrato atípico, consensual y oneroso, que se configura - STS 4-7-94 -, como un contrato innominado *factio ut des*, regido por la normativa general de las obligaciones y contratos contenida en los títulos primero y segundo del *Libro IV del Código Civil que nace a la vida jurídica por la actividad eficiente y acreditada del agente* mediador, y, en consecuencia, los derechos de éste al cobro de las remuneraciones convenidas, los adquiere desde el momento en que se perfecciona la compraventa encargada, que lleva consigo la actividad previa y oferta y búsqueda de adquirentes y puesta en contacto con el vendedor, concertando ambos el negocio, que efectivamente llevan a cabo, ya que desde este momento el mediador ha cumplido y agotado su actividad intermediaria, que es precisamente la de mediar y no la de vender, salvo que concurra pacto expreso en este sentido o cuando se conviene que sólo se podrán cobrar honorarios cuando la venta se hallare totalmente consumada ( SS. de 22-12-1992 ; 4-7-1994 ; 5-2-1996 y 30-4-1994 ). Se trata además, de un contrato que, regido por el principio de autonomía de la voluntad (*artículo 1255 del Código Civil* ) permite que las partes incluyan pactos válidos, cual es el expreso de exclusividad, durante un tiempo determinado y en las circunstancias que se concreten.

»En el presente caso, las partes incluyen en el contrato suscrito un pacto expreso de exclusividad y la autorización a la actora para que venda los apartamentos mediante un contrato privado de compraventa.

»Sobre este particular la Jurisprudencia ha evolucionado, preocupada principalmente por diferenciar este contrato de otros afines.

»Así, la sentencia de 1 de diciembre de 1986 señala que "la mediación se consuma cuando se perfecciona, por el concurso de la oferta y la aceptación, el contrato cuya gestión se había encomendado al corredor, lo que no cabe confundir con la consumación del contrato celebrado como consecuencia de la actividad mediadora desplegada, pues este resultado es independiente de la voluntad del mediador, salvo que expresamente se haya responsabilizado de obtenerlo".

»Las sentencias de 10 de marzo de 1992 y 19 de octubre de 1993 declaran que "la esencia de la mediación radica en que la función del mediador está dirigida a poner en conexión a los que pueden ser contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar como mandatario".

»La sentencia de 22 de diciembre de 1992 ( con cita de las sentencias de 10 de enero de 1922 , 7 de abril de 1926 y 28 de noviembre de 1956 ) indica que "la intervención del mediador queda reducida a

realizar las gestiones necesarias a fin de poner en relación a otras dos para la celebración de un contrato, gestiones que, salvo pacto en contra, no van más allá de la perfección del contrato a que la mediación tiende".

»La jurisprudencia ha perfilado el **corretaje** dándole configuración técnica dentro del inacabable campo de la contratación jurídica. Así, la sentencia del TS de 4 de diciembre de 1953 , inspirándose en el *art. 412 del Código* suizo de obligaciones, señala que "el contrato de **corretaje** consiste en que una de las partes se compromete a indicar a la otra la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle de intermediario en esta conclusión a cambio de una retribución". La sentencia del TS de 28 de febrero de 1957 reitera la misma definición, añadiendo la frase "sin contratar el corredor en nombre propio ni en el del comitente".

»La sentencia del TS de 27 de diciembre de 1962 , dice que "merece el carácter de mediador el que pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio, sin estar ligado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación"... "siendo lo característico de su actuación que se limite a poner en relación a los futuros contratantes, sin participar él personalmente en el contrato, ni como representante de una de las partes, ni como simple mandatario o comisionista suyo".

»Las sentencias del TS de 2 de mayo de 1963 y 21 de octubre de 1964 puntualizan que "el contrato de mediación o **corretaje** es aquél por el cual una persona, llamada oferente, mediado o comitente, encarga a otra, que recibe el nombre de corredor o mediador, que la informe acerca de la ocasión u oportunidad de concluir con persona o personas distintas un negocio jurídico, o que realice las oportunas gestiones para conseguir el acuerdo de voluntades, encaminado a lograr su realización, comprometiéndose a cambio de ello a satisfacerle una retribución, que denomina premio, en el supuesto de que dicho ulterior contrato llegue a perfeccionarse".

»Más recientemente, la sentencia del TS de 21 de mayo de 1992 (con cita de las sentencias del TS de 21 de octubre de 1965 , 1 de marzo de 1988 y 6 de octubre de 1990 ) señala que, en el contrato de agencia inmobiliaria (que no es sino el **corretaje** de bienes inmuebles), predomina la función de gestión mediadora, por lo que reviste naturaleza de pacto de encargo, cesando el mediador cuando pone en relación a las partes, que son las que han de celebrar un futuro convenio final.

»Para acabar esta cita jurisprudencial, las sentencias del TS de 22 de diciembre de 1992 , 4 de noviembre y 4 de julio de 1994 coinciden al definir el **corretaje** como aquel contrato por el que "una de las partes (el corredor) se compromete a indicar a la otra (la comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero, o a servirle de intermediario a cambio de una retribución".

»De lo dicho hasta ahora resultaría que, salvo pacto expreso que incluya otra actividad, el corredor trata de poner en contacto a dos o más personas para que concluyan entre sí un negocio jurídico, pero sin intervenir personalmente en el contrato como representante de una de las partes. Queda siempre fuera del contrato resultante de su actividad. No se halla previamente ligado a las partes, cuya voluntad aproxima y aúna, por relaciones de dependencia o representación.

»Por otra parte, el corredor sólo se compromete a desplegar la actividad necesaria para promover la conclusión del contrato, pero no se obliga a obtener el resultado deseado pues no depende de su voluntad que el contrato llegue o no a celebrarse. Es decir, el corredor se limita a buscar y a aproximar a las partes contratantes, pero no contrata en nombre y por cuenta de sus clientes: acerca a las partes para que éstas contraten entre sí.

»Como dice Manuel Damián Álvarez (Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, año 1995) las notas características de este contrato son:

»1.Un contrato, eso es, un acuerdo de voluntades creador de consecuencias jurídicas entre las partes intervinientes.

»2. Atípico o innominado "facio ut des".

»Así lo ha declarado con reiteración el Tribunal Supremo en multitud de resoluciones ( sentencias del TS de 10 de enero de 1922 , 3 de junio de 1950 , 6 de octubre de 1990 , 22 de diciembre de 1992 . Es un contrato atípico desde un punto de vista técnico, por cuanto carece de regulación legal y no encaja en ninguna de las figuras contractuales que han merecido la atención del legislador. Es, sin embargo, un contrato típico desde una óptica jurídico-social, ya que ha sido elaborado y conformado por la labor constructiva de la jurisprudencia y de los usos sociales.

»Es un contrato atípico puro: no responde a una combinación formada por elementos pertenecientes a contratos típicos.

»Tiene autonomía y sustantividad propias, y nace al amparo de la libertad de pactos consagrada en los *arts. 1091 y 1255 del Código Civil*, aunque guarde analogía con otros contratos de gestión de intereses ajenos, como el mandato, la comisión y la agencia.

»Como contrato innominado, pertenece al grupo *facio ut des*: la relación contractual es de resultado (sentencias del TS de 9 de octubre de 1965 y 26 de marzo de 1991), pues el corredor se obliga a desarrollar una específica actividad mediadora, y, aunque la conclusión del contrato objeto del encargo no puede ser prometida por el corredor ya que tal hecho no depende de su voluntad, el derecho a percibir una remuneración depende del cumplimiento del encargo, surgiendo sólo si el negocio se realiza o si el oferente se aprovecha de las gestiones que haya efectuado para ultimar la operación.

»En definitiva, la percepción por el corredor del **corretaje** se halla sometida a la condición suspensiva de celebración del contrato pretendido y además que tenga lugar como consecuencia de la actuación del corredor (sentencias del TS de 23 de septiembre de 1991 y 10 de marzo de 1992).

»A falta de regulación legal propia, el contrato de **corretaje** ha de regirse por las estipulaciones y pactos de las partes (sentencia del TS de 18 de octubre de 1956); en su defecto, por las *disposiciones generales sobre contratación contenidas en los títulos I y II del libro IV del Código Civil* (sentencias del TS de 10 de enero de 1922 y 4 de julio de 1994), por los usos y costumbres adecuados a su naturaleza conforme a los *arts. 1.258 y 1.287 del Código Civil* (sentencia del TS de 28 de febrero de 1957), y, en cuanto sean aplicables al caso concreto, los preceptos positivos que disciplinen las figuras contractuales con las que guarda íntima afinidad o especial relación de semejanza (sentencias del TS de 1 de junio de 1947, 3 de junio de 1950, 17 de marzo de 1962 y 2 de mayo de 1963), singularmente el mandato (sobre todo en materia de diligencia y responsabilidad) pues éste sigue ostentando la condición de contrato matriz o guía.

»3. Consensual, principal, oneroso y bilateral.

»La mayoría de la doctrina mercantil (Garrigues, Broseta y Uria) consideran que se trata de un contrato sinalagmático o bilateralmente obligatorio, porque origina recíprocas obligaciones para las partes; el corredor queda obligado al menos a desplegar una actividad y diligencia normal en el ejercicio de su mediación; cuando el corredor acepta el encargo, crea una apariencia y esperanza de gestión, que ha de ser correspondida con el desarrollo de una diligente actividad de búsqueda y captación de contratantes.

»La jurisprudencia ha calificado siempre al **corretaje** como contrato sinalagmático o bilateral, que impone a las partes derechos y obligaciones recíprocas y exigibles (sentencias del TS de 10 de enero de 1922, 3 de junio de 1950, 28 de febrero de 1957, 6 de octubre de 1990 y 22 de diciembre de 1992). En concreto, el corredor asume la obligación de efectuar las gestiones que sean usuales en el tráfico a que se dedique, y si es corredor civil u ocasional, al menos debe observar en su cometido lo dispuesto en el *art. 1258 del Código Civil*.

»Tercero. En el contrato suscrito entre las partes y que sirve de base a todo el presente procedimiento, se incluyen dos cláusulas especiales: el pacto de exclusiva de ventas, y la representación que la demandada confiere a la entidad actora, para que celebre contratos de compraventa con los futuros compradores en representación de la propiedad.

»Esto nos obliga a analizar la posible aplicación al referido contrato de las normas reguladoras del contrato de mandato.

»La jurisprudencia, a raíz de la sentencia del TS de 10 de enero de 1922, marca las siguientes diferencias entre ambas figuras contractuales:

»1) El mediador hace posible el contrato; el mandatario contrata de manera efectiva (sentencias del TS de 3 de marzo de 1967 y 1 de marzo de 1988).

»2) La función del mediador está dirigida a poner en conexión a los que pueden ser contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar como mandatario; el mediador, a diferencia del mandatario, no contrata (sentencias del TS de 10 de marzo de 1992 y 19 de octubre de 1993).

»3) El mandatario obra conforme al impulso y estímulo del mandante; el mediador obra con actividad propia y medios adecuados a la satisfacción de su interés ( sentencia del TS de 7 de enero de 1957 ).

»Conforme a lo expuesto, existen elementos innegables de coincidencia del contrato de exclusiva de ventas suscrito entre las partes con el contrato de mandato, pues no olvidemos que la demandada confiere la representación a la actora para que concluya, a su nombre, contratos privados de compraventa, si bien, ello no significa, sin más, que estemos en presencia de un mandato, pues, ya hemos visto como la jurisprudencia admite la existencia de pactos libremente estipulados entre las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad, que pueden incorporarse al contrato de **corretaje**, añadiendo a éste ciertas cláusulas ajenas a su contenido esencial (nunca normativo, pues se trata de un contrato atípico e innominado) pero que no llegan a desnaturalizar su finalidad primordial.

»En consecuencia, estamos en presencia de un contrato de **corretaje** o de agencia inmobiliaria, al que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes han agregado dos cláusulas especiales: el pacto de exclusividad y la autorización a la actora para que contrate en nombre de la demandada.

»Y es que el objeto primordial del contrato suscrito entre las partes es la "venta y comercialización de la totalidad de los 89 apartamentos", es decir, la parte actora asume el compromiso no sólo de promocionar la venta, es decir, de poner en contacto al comprador y vendedor, sino el de "vender" en nombre de la propiedad los referidos apartamentos.

»Cuarto. Perfiladas las líneas fundamentales del contrato suscrito entre las partes, procede el análisis del devenir de los acontecimientos que culminaron con la resolución contractual acordada por la actora con fecha de 5 de noviembre de 2001, en la que, dando por resuelto el contrato por el grave y reiterado incumplimiento por parte de la entidad demandada, anunciaba la exigencia de indemnización de los daños y perjuicios causados.

»Antes, es preciso convenir con la actora que, las alegaciones contenidas en el escrito del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contenidos en los motivos primero y segundo de su recurso, deben ser rechazadas, al tratarse de hechos nuevos alejados del objeto de la litis, que no han sido sometidos a la oportuna contradicción en la instancia y, que conforme al principio, pendente appellation «nihil innovetur» impide a esta Sala pronunciarse sobre ellos.

»La actora interpone el recurso de apelación, en primer lugar, en reclamación de una indemnización consistente en el lucro cesante, es decir, la ganancia dejada de obtener, cifrada en el 10% del total del precio de los apartamentos que le restaban por vender, importe que la sentencia recurrida rebajó, en concepto de daño emergente, a la suma del 5%.

»No existe incongruencia en la sentencia por el hecho de que la indemnización se haya fijado en concepto de daño emergente y no lucro cesante, pues ello, como afirma la actora recurrente, no afecta a la causa de pedir. En efecto, se ejercita la acción reparadora dimanante del *artículo 1.124 del Código Civil*, reparación que, conforme al *artículo 1106* del mismo texto legal, puede incluir tanto el lucro cesante como el daño emergente. La causa de pedir es la misma, aunque la calificación jurídica difiera. Lo que se ha de exigir, como es lógico, es la prueba de uno u otro concepto, aunque la parte califique la indemnización como lucro cesante y el Juez de Instancia la califique como daño emergente.

»Pero, habida cuenta de que la demandada también recurre oponiéndose a la procedencia de la indemnización, por entender que ha sido la actora la que ha incumplido el contrato y porque se procedió a una revocación del encargo conferido, es obligado analizar la aplicación del precepto que se invoca (*artículo 1124 del Código Civil*) al presente caso, así como la viabilidad de la llamada "exceptio non adimpleti contractus", invocada por la demandada recurrente.

»Durante la vigencia del contrato, ha quedado acreditado que la actora vino cumpliendo sus obligaciones con normalidad, si bien surgieron desavenencias a raíz del impago de una serie de comisiones por parte de la demandada, a pesar de la venta de unos apartamentos que las partes dilucidaron en los tribunales.

»Así, por sentencia firme, se condenó a la demandada al pago de tales comisiones (folio 115), desestimando la reconvencción formulada por la demandada, que se limitó a recurrir la sentencia en cuanto a la desestimación de la reconvencción, pero no en cuanto al pago de tales comisiones.

»En el contrato suscrito entre las partes no se fija plazo de duración. A pesar de ello, es la

demandada la que, con fecha de 25 de septiembre de 2001, envía una carta (folio 126) a la actora en la que, tras afirmar que "en los últimos seis meses no se han producido a penas ventas de apartamentos del ala privada de (...) lo que resulta sorprendente, teniendo en cuenta que el mercado inmobiliario en la zona está en continuo movimiento", concluye lo siguiente "por ello, de manera inmediata Hotelera Padrón, SA va a proceder a comercializar y vender los apartamentos del ala privada (...) directamente y a través de terceras personas, prescindiendo totalmente de los servicios de Sauer International Investiment SL".

»En dicha carta, además, la demandada ofrece una comisión del 5% a la actora del precio de venta obtenido del resto de apartamentos siempre y cuando no formulara objeción alguna a las ventas directas de los apartamentos por parte de la demandada.

»A partir de esta carta, actora y demandada se cruzan diferentes comunicaciones. La actora se opone a esa pretensión de la demandada (folio 129), afirmando que esa forma de proceder "constituye de hecho una resolución a todas luces indebida del contrato exclusiva de ventas de 1 de septiembre de 1996". La demandada contesta (documento 33 de la contestación a la demanda) que no acepta que de sus cartas de fechas 25 de septiembre y 2 de octubre de 2001 se infiera que ha resuelto el contrato, sino que intenta proponer soluciones al problema del retraso en las ventas. Con fecha de 5 de noviembre de 2001 la actora acuerda resolver el contrato, y con fecha 11 de enero de 2002 reclama el abono de los daños que se le han causado. Con fecha de 16 de enero de 2002, la demandada acepta la resolución pero se opone al resarcimiento de daños y perjuicios.

»Pues bien, a pesar del contenido de la carta enviada por la demandada a la actora con fecha de 25 de septiembre de 2001, niega la procedencia de cualquier indemnización sobre la base de dos argumentos principales: a) es la actora la que incumple primero (exceptio non adimpleti contractus); b) la referida carta supone la revocación del mandato conferido, ya que al contrato de **corretaje** le es de aplicación las normas que sobre revocación están recogidas en el *artículo 1733 del Código Civil*, respecto del contrato de mandato, y en el *artículo 279 del Código de Comercio*, sobre el contrato de comisión mercantil.

»Respecto de este último argumento, ya hemos analizado la naturaleza jurídica del contrato suscrito entre las partes, y hemos concluido que el mismo es un contrato de **corretaje** al que se han añadido dos cláusulas especiales en virtud del principio de autonomía de la voluntad. En definitiva, no siendo un contrato de mandato no resulta de aplicación la regla relativa a la libre revocabilidad del mismo.

»En el presente caso, no se estableció un plazo concreto de duración del contrato pero ello, no obstante, no da pie para entender que se trata de un contrato indefinido sino limitado al tiempo de gestión y culminación de la labor encomendada, o sea, al tiempo que dure la venta y comercialización de los 89 apartamentos.

»No deja de incurrir en contradicción la demandada recurrente que, yendo contra sus propios actos, afirma que la carta de fecha 25 de septiembre de 2001 supone la revocación del mandato conferido, siendo así que, en la misma carta ofrece una indemnización a la actora del 5% respecto del precio que se obtenga de los apartamentos que restan por vender, siempre y cuando la actora no se opusiera a la venta y comercialización de los mismos por la propiedad. Lo cual supone un reconocimiento expreso de que se ha dado por resuelto el contrato de forma unilateral y, como veremos más adelante, de manera injustificada.

»Quinto. Dice la demandada recurrente que fue la actora la que primeramente incumplió, dejando de vender, durante un cierto período de tiempo, los apartamentos. Este período de tiempo durante el cual la actora no vendió ninguno de los quince apartamentos que le restaban, fue, según reconoce la propia demandada, de seis meses. Desde que se suscribió el contrato (año 1996) hasta el 31 de octubre de 2001, se vendieron 74 de los 89 apartamentos, si bien, la demandada remitió a la actora la carta de 25 de septiembre de 2001, en la que imputa a la misma el retraso en la venta del resto de los apartamentos, retraso concretado en el transcurso de seis meses sin vender ningún apartamento de los que le restaban.

»Si la voluntad de las partes al suscribir el contrato hubiera sido el de establecer un plazo de duración al mismo, se hubiera recogido de forma expresa, lo que no se hizo. En su lugar, se dice que «la duración del contrato será limitada a la realización y comercialización de los 89 apartamentos en construcción señalados», pero no se establece límite temporal alguno para ello. Es de lógica pensar que esa exclusiva de venta que se confiere a la actora, aunque no se señale plazo para su ejecución, habrá de limitarse a los plazos de venta usuales del mercado (fluctuante según los años), y que de manifestarse una actitud negligente o poco profesional por parte de la entidad mediadora, la propiedad podría resolver el contrato en base a lo establecido en el *artículo 1124 del Código Civil*.

»Pero -cabría reputar negligente la actuación del mediador que, habiendo vendido desde la firma del contrato hasta el día 31 de octubre de 2001, 74 de los 89 apartamentos, no logra vender durante seis meses ningún otro-. Con independencia de la declaración del testigo empleado de la entidad que finalmente vendió los restantes apartamentos, cuya declaración pudo venir mediatizada en cuanto que es empleado de una entidad que puede tener interés indirecto o bien de competencia en el mercado inmobiliario, no parece acertada la tesis de la demandada de que ese retraso se traduzca en un incumplimiento contractual que le faculte para oponer la «*actio non adimpleti contractus*». No se aprecia un incumplimiento irregular, defectuoso o incompleto, sino a lo sumo un mero retraso en el cumplimiento normal de la obligación, pero no un incumplimiento total, a la vista del desarrollo del contrato durante su vigencia anterior y el grado de efectividad alcanzado por la actora, que no puede ser puesto en entredicho de forma tan categórica como pretende la demandada.

»Según la doctrina científica, la excepción no es aplicable en los supuestos de inexecución de prestaciones meramente accesorias, sin perjuicio de las acciones de cumplimiento e indemnización a que pudieren dar lugar; y que, por el contrario, siempre lo es en los de toda inexecución -o ejecución de prestación diversa (*aliud pro alio*)- de la principal convenida. La cuestión surge en los supuestos de cumplimiento inexacto, parcial, incompleto o defectuoso de la prestación principal comprometida.

»En principio y por el juego combinado de los *arts. 1157, 1166 y 1169 del Código Civil*, el acreedor no está obligado a recibir cosa distinta de la pactada, ni un cumplimiento parcial. Tampoco lo estará, dice la sentencia del TS de 2 de noviembre de 1994 "a conformarse con una prestación que no se ajuste a lo convenido, ni existe precepto legal alguno que a ello le obligue bajo reserva de exigir su corrección. La entrega ha de sujetarse en todas sus modalidades al programa de prestación previsto al constituirse la obligación para tener por cumplida ésta". "Cumplir una obligación", señala la sentencia de 3 de marzo de 1979, es satisfacer el interés del acreedor de una manera exacta "íntegra y puntual". Un cumplimiento relativo o parcial de la prestación puede justificar, como la falta de cumplimiento, la negativa del destinatario a efectuar, de plano e incondicionalmente, la contraprestación a su cargo. Y la justificará en todos aquellos casos en que su inexacta o defectuosa ejecución no llegue por su entidad a satisfacer las legítimas expectativas de la parte o el fin propio del contrato (*exceptio non rite adimpleti contractus*).

»Ello, no obstante, como puso ya de relieve la sentencia de 15 de marzo de 1979 "cuando el actor ha cumplido sólo en parte o de un modo defectuoso", la oposición de la *exceptio non adimpleti contractus* "puede resultar contraria al principio de buena fe en la contratación proclamado en el *art. 1258 del Código Civil* atendidas las circunstancias del caso", añadiendo que, al responder aquélla "a la finalidad de protección del equilibrio entre las obligaciones recíprocas y al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica, no podrá ser alegada cuando lo mal realizado u omitido en esa prestación parcial o defectuosa carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado". También las sentencias de 17 de abril de 1976, 13 de mayo de 1985, 10 de mayo de 1989 y 27 de marzo de 1991 apelan a las exigencias del principio de la buena fe como límite al planteamiento de las excepciones *non adimpleti* y *non rite adimpleti contractus*, rechazando su alegación, cuando la parte de la prestación omitida o los defectos que la realizada presenta revisten escasa significación o importancia y no impiden la satisfacción del interés del acreedor.

»Por ello mismo, cabe concluir con la sentencia de 12 de julio de 1991 que para el éxito de la excepción "es requisito indispensable que el demandado pruebe que el montante cuantitativo que, en su caso, signifique el daño originado por el incumplimiento del demandante, tenga entidad suficiente como para determinar que el otro contratante quede exonerado de su obligación". La conclusión contraria -sigue diciendo la sentencia- "llevaría a la consecuencia inadmisibles de introducir un desequilibrio en las prestaciones", en pugna -cabría añadir- con las exigencias de la buena fe contractual.

»El Código Civil italiano establece expresamente el límite de la buena fe a la excepción, al disponer en el *art. 1.460, párrafo segundo*, que "no puede rechazarse la ejecución si, habida cuenta de las circunstancias, el rechazo es contrario a la buena fe". También el *Código Civil alemán contempla esta misma limitación en el párrafo 320, ap. 2*, según el cual "si la prestación ha sido parcialmente ejecutada por una de las partes, no podrá rehusarse la contraprestación cuando la negativa sea contraria a la buena fe, lo cual se aprecia teniendo en cuenta las circunstancias y, en particular, la insignificancia de la parte restante".

»De acuerdo con todo lo anterior, y aplicando la anterior doctrina jurisprudencial a la presente litis, no cabe deducir que la actora incumpliera previamente el contrato, habida cuenta de que, de un lado, no se estableció plazo fijo de duración del mismo, y de otro lado, porque rechazar la ejecución del contrato en base al motivo alegado por la demandada (el transcurso de seis meses sin vender) podría ser contrario a la

buena fe, habida cuenta del grado de efectividad que en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, había venido demostrando la actora durante toda la vigencia del contrato.

»Sexto. Es la demandada la que, con su carta de fecha 25 de octubre de 2001, da por resuelto de forma injustificada el contrato suscrito con la actora y anuncia de forma expresa que, de manera inmediata Hotelera Padrón, SA va a proceder a comercializar y vender los apartamentos del ala privada (..) directamente y a través de terceras personas, prescindiendo totalmente de los servicios de «Sauer International Investment SL».

»Dicha declaración supone una resolución de «facto» del contrato suscrito, quebrando el pacto de exclusiva de ventas contenido en el mismo, al proclamar que, de forma inmediata, se va a proceder a comercializar y vender los apartamentos directamente y a través de terceras personas.

»Es indiferente que el contrato entre la demandada y esas terceras personas se consumara después de la resolución contractual expresada por la actora en su escrito de 5 de noviembre de 2001. La ruptura del vínculo contractual ya había sido proclamada por la demandada, y sus comunicaciones posteriores rechazando que el contenido de su carta de 25 de septiembre de 2001 contuviera una resolución contractual son incongruentes y contradictorias.

»Lo que caracteriza la exclusividad del encargo de mediación, según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de junio de 1992 , entre otras, es que la facultad del dueño queda limitada para concertar la venta de los inmuebles de su propiedad con el auxilio de otros mediadores.

»Es cierto, como recuerda el Tribunal Supremo, que la cláusula de exclusividad no impide al oferente obtener por sí mismo el contrato buscado y concertarlo, sino que su sentido estriba en evitar la intervención de otros mediadores distintos del contratante ( SS. 24 de junio de 1992 y 30 de noviembre de 1993 ), ya que lo contrario sería privar al propietario de su facultad de disposición consagrada en el *art. 348 del Código Civil* , pero es que, además, esa cláusula tampoco puede entenderse vigente sine die, pues en tal caso, cuando el contrato buscado a través de la mediación es de compraventa como es frecuente y como aquí ocurre, se perpetuaría el status de inmovilidad del bien en caso de pasividad o inactividad del mediador y, así, en ese supuesto ni éste obtendría la venta ni se permitiría tampoco al propietario procurarla eficazmente, y es por ello que la exclusividad debe ser limitada a una duración razonable.

»Y se estima razonable el plazo durante el cual la actora ejerció su exclusividad, desde el año 1996 hasta que la demandada le comunica por carta de 25 de septiembre de 2001 su decisión unilateral de prescindir de sus servicios, habida cuenta de la complejidad y magnitud del encargo (venta de 89 apartamentos).

»Debe recordarse que los vínculos jurídicos, una vez perfeccionados, tienen fuerza de Ley entre los contratantes, y han de cumplirse a tenor de lo expresamente pactado, de la buena fe y sin tergiversar las obligaciones que cada parte contrajo, obligando los *artículos 1091, 1255 y 1258 del Código Civil* al cumplimiento estricto de lo convenido y a sus naturales consecuencias, sin que el cumplimiento de las obligaciones pueda dejarse al arbitrio de una sola de las partes.

»No puede olvidarse, además, que nos hallamos ante un contrato cuya ejecución, aún limitada a la promoción y venta de los 89 apartamentos, se prolonga en el tiempo y se requiere para poder ser ejecutado que la parte actora disponga de una previsión y estructura con unos gastos de gestión, promoción, publicidad etc., que necesariamente obligan a prever unos parámetros suficientes para, en lo posible, resarcir al mediador de dichos gastos en el supuesto de que el cliente contrate directamente con un tercero

»Por tanto, no acreditada justa causa en la voluntad resolutoria, y más aún, acreditado en todo caso el incumplimiento de la demandada (ruptura del pacto de exclusividad con nombramiento de otro agente antes de la expiración del contrato), debe reconocerse el derecho a una compensación (propuesta incluso por la demandada en su día y que consideró insuficiente el actor) por ser acorde este derecho con la doctrina jurisprudencial consolidada en resoluciones de contratos de similares características al que es objeto de la presente litis.

»Ahora bien, dadas las especiales características del contrato objeto del presente procedimiento, la indemnización debe fundamentarse en unos parámetros claros, y estos no han de ser otros que el de las comisiones pactadas en aquél para las ventas de cada uno de los apartamentos objeto de la promoción, y que la actora ha dejado de percibir a consecuencia de la ruptura contractual injustificada por parte de la demandada, y en consecuencia, dicha indemnización lo habrá de ser en concepto de lucro cesante (*artículo*

1106 del Código Civil ), al no haberse acreditado durante la sustanciación de este pleito otros daños a la actora que no sean los que provengan de la privación de su derecho contractual a la venta de los inmuebles, y con ello, a la obtención del beneficio pactado, 10% del precio neto de cada venta.

»Ya se ha repetido en varias ocasiones que la demandada ofreció una compensación a la actora en la propia carta en la que le anunciaba la rescisión unilateral del contrato (folio 127), y esta compensación, que no debe entenderse de otra forma que ofrecimiento de una indemnización por los perjuicios que la rescisión le iba a ocasionar a la actora, la cifra la propia demandada en un 5%, aclarando lo siguiente: a) se ofrece un 5% sobre el importe recibido efectivamente sobre el precio, previa deducción de los gastos de publicidad, carteles de venta, material de venta, etc.; b) el otro 5 % restante de la comisión pactada, se compensaría con las deudas vencidas, líquidas y exigibles que, según la demandada, la actora tenía contraída con ella.

»Es evidente que, con su oposición a la demanda y con la interposición del recurso presentado a su instancia, la demandada va contra sus propios actos, pues, reconociendo como reconoce en dicho documento la procedencia de una compensación, para el caso de que la actora no formulara objeción alguna a las ventas directas (por parte de la demandada), se opone posteriormente a toda clase de indemnización por daños y perjuicios a favor de la actora (tanto en las comunicaciones escritas que le dirige con posterioridad como en la vía judicial presente).

»El Tribunal Supremo tiene señalado en relación con los actos propios como destacó la sentencia de 22 ene. 1997 y repitieron las de 7 may. 2001 y 15 mar. 2002 , se definen como expresión inequívoca del consentimiento que actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concretan efectivamente lo que ha querido su autor y además causan estado frente a terceros. Asimismo, una pletórica jurisprudencia, constituida, entre otras muchas, por las sentencias de 5 oct. 1987, 16 feb. y 10 oct. 1988, 10 may. y 15 jun. 1989, 18 Ene. 1990, 5 Mar. 199 , 4 jun. y 30 dic. 1992, 12 y 13 abr. y 20 may. 1993, mantiene que el principio general de Derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de la buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin duda alguna, una determinada situación jurídica afectante a su autor y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

»Aplicada la anterior doctrina al caso de autos, podemos extraer la conclusión de que la demandada, de forma inequívoca y manifiesta, ofrece a la actora una indemnización del 5 % sobre el precio de la venta del resto de los apartamentos, ya que el otro 5% restante no lo ofrece como indemnización si no que lo discute y niega su aplicación en base a las deudas que, según ella, la actora mantiene la misma. En consecuencia, a los efectos de la aplicación de la teoría de los actos propios ha de reputarse como acto inequívoco que entraña manifiesta contradicción con los actos posteriores, el ofrecimiento de una indemnización del 5% sobre el precio del resto de los apartamentos, ya que respecto del 5% restante de comisión no se hace ningún ofrecimiento de forma inequívoca, clara y definida sino que se niega la misma por estimarla compensable con deudas existentes entre la actora y la demandada.

»La doctrina jurisprudencial es clara respecto al "lucro cesante"; la resume la sentencia de 5 de noviembre de 1998 en estos términos: El "lucro cesante" tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, sentencia de 10 de mayo de 1993 ), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, sentencia de 21 de octubre de 1987 y 28 de septiembre de 1994). El "lucro cesante", como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista (así, sentencia de 30 de junio de 1993 ) o incluso el criterio restrictivo (así, sentencia de 30 de noviembre de 1993 ) para apreciar el "lucro cesante"; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir -"lucro cesante"- y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, sentencias de 8 de julio de 1996 y 21 de octubre de 1996 )». Y en este caso, se ha acreditado suficientemente la cuantía del mismo.

»Y es que en numerosas sentencias ha declarado nuestro Tribunal Supremo, en la línea apuntada, el

lucro cesante o ganancias frustradas ofrece muchas dificultades para su determinación, orientándose nuestra Jurisprudencia en un prudente criterio restrictivo y sosteniendo que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en meras esperanzas o expectativas, correspondiendo la carga de probar tales circunstancias a quien pretende la indemnización de esos perjuicios, esto es, al demandante.

»Es reiterada doctrina del TS, que el "lucro cesante" o ganancias frustradas, ofrecen muchas dificultades para su determinación y límites por participar de todas las vaguedades o incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y, para tratar de resolverlas, el derecho científico, sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto y nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente criterio restrictivo de la estimación del "lucro cesante" declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas sin que estas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas ( SSTS 22 jun. 67 , 30 nov. 93 , 8 jun. 96 ) y que las ganancias que puedan reclamarse, son aquellas en las que concurren verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables en la mayor aproximación a su certeza efectiva, siendo preciso en todo caso que se haya practicado prueba suficiente respecto a la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo con relación a la pérdida del provecho económico ( SSTS 22 jun. 67 , 3 nov. 93 , 8 jun . y 8 jul. 96 ).

»Pues bien, con arreglo a la anterior doctrina jurisprudencial y su aplicación al presente caso, esta Sala considera que en el supuesto de litis, de haberse seguido el curso normal de los acontecimientos, la actora hubiera conseguido la venta de los quince apartamentos restantes, como vino demostrando a lo largo de la vigencia de la relación contractual, sin que estemos en presencia de meras conjeturas optimistas o "sueños de ganancia", dada la actividad desarrollada por la actora durante los años anteriores que le llevaron a concertar la venta de 74 de los 89 apartamentos objeto del contrato, sin que sea obstáculo a tal apreciación la aminoración de las ventas apreciada en los últimos seis meses, debida a variados factores que han podido influir en el mercado inmobiliario, pero que no se puede reputar como dato indicativo de que dichas ventas no se pudieran realizar dentro de un plazo prudencial y con arreglo al decurso normal de los acontecimientos. No se han acreditado datos objetivos que pudieran impedir a la actora la venta de los referidos apartamentos, y de hecho así se demuestra si tenemos en cuenta que en el año siguiente a la rescisión del contrato se lograron, entre la nueva empresa inmobiliaria contratada y la demandada, la venta de catorce de ellos.

»Además, la cuantía de la ganancia dejada de obtener no ha de ser objeto de un cálculo complicado y arriesgado, toda vez que, en principio, dicha ganancia está determinada de forma clara en el contrato.

»Ahora bien, aún admitiendo que la indemnización procedente ha de ser en concepto de lucro cesante, teniendo en cuenta la anterior doctrina legal sobre el carácter restrictivo en que ha de ser concebido el lucro cesante, el hecho de que la actora optó por la resolución contractual con abono de daños y perjuicios y no por la exigencia de cumplimiento del contrato, y la circunstancia objetiva de que no hubo de realizar gestión alguna en la venta de los quince apartamentos restantes, elementos todos ellos debidamente ponderados por la Juez de Instancia, ha de concluirse que la indemnización procedente ha de concretarse, como lo hizo la sentencia recurrida, en la suma del 5% del precio neto total de venta de los quince apartamentos.

»Y ese criterio razonado y ponderado por la Juez de Instancia se acepta por esta Sala por estimarlo prudente, ajustado a las circunstancias de la presente litis y que encuentra fundamento en los siguientes parámetros: a) la propia comisión pactada; b) los actos propios de la demandada manifestados de forma inequívoca; c) la ausencia de actos de gestión y económicos por parte de la actora en la venta de los quince apartamentos restantes.

»Sobre este último apartado es cierto reconocer que la actora tenía establecidos unas infraestructuras iniciales para publicidad, anuncios de ventas, gastos de promoción, etc., pero los mismos esta Sala los estima compensados por lo que a continuación se va a exponer.

»Ya se apuntó anteriormente que, según doctrina jurisprudencial, la cláusula de exclusividad no impide al oferente obtener por sí mismo el contrato buscado y concertarlo, sino que su sentido estriba en evitar la intervención de otros mediadores distintos del contratante ( SS. 24 de junio de 1992 y 30 de noviembre de 1993 ), ya que lo contrario sería privar al propietario de su facultad de disposición consagrada en el *art. 348 del Código Civil* . Pues bien, en el presente caso, como reconoce la propia demandada en su contestación a la demanda, de los quince apartamentos, doce fueron vendidos por un tercero (agente

inmobiliario), dos por la propia demandada de forma directa, quedando, al tiempo de dicha contestación a la demanda, uno sólo por vender. En consecuencia, la indemnización debería recaer sobre aquellos apartamentos que fueron vendidos por el tercero intermediario, no sobre los vendidos por la demandada.

»Sin embargo, teniendo en cuenta que la propia demandada ofreció en su escrito de fecha 25 de septiembre de 2001 una indemnización del 5% sobre el precio total de venta de los quince apartamentos que restaban por vender, y teniendo en cuenta que de los gastos de promoción y publicidad se han podido aprovechar tanto el tercero agente inmobiliario como la propia demandada, se estima procedente no excluir de la indemnización la comisión del 5% sobre los dos apartamentos vendidos de forma directa por la demandada y por el último que quedaba por vender.

»Séptimo. Que al ser desestimados los recursos interpuestos, procede la condena en costas de los dos apelantes, debiendo cada uno de ellos satisfacer las costas causadas a su instancia en esta alzada.

»No puede admitirse la pretensión de la parte actora de que la sentencia de instancia estimó sustancialmente todas sus pretensiones, y que únicamente hubo una discrepancia meramente porcentual y accesorio. La reducción de la indemnización del 10% del precio de venta de los apartamentos (que es la cantidad que reclama la actora en su demanda) al 5% que otorga la sentencia, no es una cuestión meramente porcentual y accesorio, en cuanto que estamos hablando de una diferencia de más de 350.000 #».

**QUINTO.-** El escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de Hotelera Padrón, S.A. se articula a través de dos motivos.

El primer motivo se introduce con la fórmula:

«Primer motivo de casación: Infracción por inaplicación del *artículo 279 del Código de Comercio* y del *artículo 1733 del Código Civil* »

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

El recurso se basa en la infracción, por inaplicación, del *artículo 279 CCom* y del *artículo 1733 CC* .

Entiende la recurrente que el contrato de autos, tal y como ha sido calificado (**corretaje** o mediación, en modalidad de agencia inmobiliaria, con dos cláusulas especiales, un pacto de exclusividad y otro para que el mediador contrate en nombre de la entidad que hizo el encargo) debe regularse, en defecto de sus propios pactos y estipulaciones, por las *disposiciones generales sobre contratación contenidas en los Títulos I y II del Libro IV del CC*, así como por los usos y costumbres adecuados a su naturaleza, en cuanto sean aplicables al caso por su íntima afinidad o especial relación de semejanza.

En este tipo de contratos no existe condición alguna (excepto que se haya pactado la irrevocabilidad del mandato) para que el mandante o comitente efectúen la revocación, ya que mandato y comisión son contratos "factio ut des" (la relación contractual es de resultado) e "intuitu personae" (basado en la confianza), características presentes en el de **corretaje**, distribución o agencia inmobiliaria.

Las cláusulas especiales incorporadas al contrato de autos, ni desvirtúan su naturaleza ni impiden aplicar la regla general de su revocabilidad contenida en los mencionados preceptos, advirtiéndose un error de la Audiencia al pronunciarse en sentido contrario a su aplicación.

Cita doctrina científica, en concreto a Garrigues y a Uría y Menéndez, sobre la libre revocación del encargo.

Se equivoca la Audiencia también al afirmar que no está acreditada la justa causa en la voluntad resolutoria de Hotel Padrós, ya que no fue su voluntad resolver sino revocar el encargo conferido.

El segundo motivo se introduce con la fórmula

«Segundo motivo de casación: La sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto al principio de la libre revocación de los contratos de mandato y comisión mercantil».

El motivo se funda, en resumen, en las alegaciones siguientes:

Con cita de SSTS de 4 de abril de 1998 , y 25 de octubre de 1985 , se alega que la sentencia

recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial sobre la libre revocación de los contratos de mandato y comisión mercantil contenida, entre otras, en dichas resoluciones.

Termina la parte recurrente solicitando de esta Sala « [...] dicte sentencia revocando la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga, y, en consecuencia, la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Marbella, y ello con expreso pronunciamiento de la condena en costas, que deberán ser impuestas a la mercantil SAUER INTERNACIONAL INVESTMENT, S.L., y otros en todas las instancias».

**SEXTO.** - Mediante auto de 10 de junio de 2008, se acordó admitir el recurso de casación.

**SÉPTIMO.** - En el escrito de oposición, presentado por la representación procesal de Sauer Internacional Investment, S.L., se formulan las alegaciones que resumidamente se exponen:

A) Comienza la parte recurrida invocando dos causas de inadmisión que, de prosperar, deben dar lugar a la desestimación del recurso.

-Primera.- Defectuosa preparación del recurso de casación que habrá de suponer la desestimación del mismo.

Se alega que la recurrente incurre en preparación en el defecto de emplear simultáneamente las vías de acceso de los ordinales 2º y 3º del *artículo 477.2*, lo que no resulta posible al tratarse de un procedimiento seguido por razón de la cuantía, además de no citar el *precepto legal que considera vulnerado en cuanto al segundo* motivo de casación.

-Segunda.- Desestimación del recurso de casación al pretenderse una nueva valoración de la prueba practicada y valorada en la instancia.

Para la entidad recurrida, la lectura del escrito de interposición revela que la verdadera intención de la recurrente es que por la Sala Primera se lleve a cabo una nueva valoración de la prueba, lo que no está permitido, cuestionándose en el desarrollo del mismo los aspectos fácticos que ya han sido discutidos en ambas instancias, sin respetar los hechos declarados probados en la sentencia.

Como ejemplo de ello, se señala que la recurrente se ampara en un previo incumplimiento de la actora como justa causa para resolver pese a que la Audiencia lo rechaza. También se soslayan los hechos probados al razonar que su decisión revocatoria, que no resolutoria, se tomó ante el incumplimiento de la contraparte, cuando, se reitera, ni el Juzgado ni la Audiencia señalan en ningún caso que la decisión, resolutoria que no revocatoria, del Hotel Padrón fuera debida al incumplimiento de Sauer (la sentencia recurrida dice expresamente que no se aprecia incumplimiento irregular, defectuoso o incompleto en la actuación de la entidad mediadora). También achaca a la recurrente que soslaye el hecho de que para la sentencia Hotelera Padrón asumió el compromiso de indemnizar con el 5% del precio de venta de los apartamentos que restaba por enajenar, yendo contra sus propios actos la parte demandada cuando después se negó abiertamente a satisfacer dicha indemnización una vez que se le reclamó extrajudicial y judicialmente, hecho probado que además integra la *ratio decidendi* [razón de la decisión] de la sentencia y que no puede ser ignorado ni combatido por medio del recurso extraordinario por infracción procesal. Finalmente, la pretensión de que se interprete nuevamente el contrato se encuentra vedada en casación al ser doctrina reiterada que debe prevalecer la interpretación de la instancia cuando no resulta ilógica, absurda e irracional, (lo que no ha sido aducido por la recurrente), no pudiendo prosperar un motivo en el que tan sólo se ofrece una interpretación distinta que interesa a la parte recurrente.

B) Con carácter subsidiario, y para el caso de que no prosperasen las causas de inadmisión esgrimidas se realiza una oposición en cuanto al fondo, esgrimiendo:

-Primer motivo de casación: ausencia de infracción de los *artículos 279 CCom y 1733 CC*.

El contrato de autos es un contrato de **corretaje**, que no es ni un mandato ni una comisión mercantil, sino uno atípico y autónomo que, por esta razón, se rige primordialmente por los pactos establecidos por las partes, y sólo subsidiariamente, en lo que fuera procedente, por las normas jurídicas de las figuras contractuales más afines, lo que descarta una aplicación indiscriminada de los preceptos que disciplinan el mandato.

Cita las SSTS de 6 de octubre de 1990, 5 de febrero de 1996, 2 de octubre de 1999 y 21 de marzo de 2007.

Los preceptos legales que se denuncian como vulnerados no son de aplicación al contrato de autos, pues este se rige por lo expresamente pactado, siendo relevante en tal sentido tanto la cláusula de exclusividad a favor de Sauer Internacional, que la legitimaba para vender los apartamentos en nombre de la propietaria, como la duración del encargo, limitada al agotamiento de la venta de todos ellos.

Aún en el supuesto de que se aplicaran los preceptos invocados, tampoco existiría justa causa para la revocación. La jurisprudencia interpretando el *artículo 279 CCom y el 1733 CC* sólo admite la revocación de un contrato de mandato o comisión con una duración determinada cuando existe prueba del incumplimiento del mandatario o comisionista, resultando por ello inaceptable si la revocación tiene lugar antes de que se agote la duración pactada y sin dicha justa causa, esto es, cuando el mandatario ha cumplido plenamente sus obligaciones.

Cita en apoyo de este argumento las SSTS de 15 de noviembre de 2000 , 3 de marzo de 1998 .

Que el contrato pueda ser revocado en determinadas circunstancias no equivale a que pueda ser libremente incumplido, dada la fuerza de ley que tiene para las partes.

Además, la recurrente no ha combatido por medio del recurso extraordinario por infracción procesal la declaración que obra en sentencia referente a que Hotelera Padrón reconoció inicialmente estar obligada a indemnizar, como consecuencia de su ilegítima resolución contractual, no pudiendo ir luego en contra de sus propios actos negándose a ello.

-Segundo motivo de casación: ausencia de cita de precepto legal infringido por la sentencia recurrida. Falta de infracción de la jurisprudencia mencionada.

El recurrente no invoca ningún *precepto legal sino sólo dos* sentencias del Tribunal Supremo, a pesar de que el *artículo 479.3 LEC* exige la cita de norma infringida, no siendo suficiente la cita de doctrina jurisprudencial.

Cita la STS de 28 de abril de 2005 y el Auto del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2003 .

Subsidiariamente se reitera que la parte recurrente funda el motivo en un supuesto fáctico erróneo, pues el contrato de autos no es de mandato o comisión mercantil sino que se trata de un contrato de **corretaje**, incurriendo de nuevo Hotel Padrón S.A. en el vicio de hacer supuesto de la cuestión al ignorar el hecho probado de que inicialmente reconoció su obligación de indemnizar por su extemporánea resolución contractual.

Las sentencias invocadas en el motivo no son aplicables pues se refieren a casos de comisión mercantil (no mandato) en que se declaró probado en la instancia que la revocación se realizó concurriendo justa causa, siendo además el contrato del supuesto enjuiciado en la primera un contrato de duración indefinida, mientras que el contrato de autos se pactó por tiempo determinado.

Termina la parte recurrida solicitando de la Sala:

«[...] dicte Sentencia desestimando el recurso de casación, e imponiendo las costas a la parte recurrente».

**OCTAVO.-** Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 26 de octubre de 2010, en que tuvo lugar.

**NOVENO.** - En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

AP, Audiencia Provincial.

CC, Código Civil.

CCom, Código de Comercio.

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

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. - *Resumen de antecedentes.*

1. El 1 de septiembre de 1996 Sauer Internacional Investment, S.L., y Hotelera Padrón S.A. suscribieron un contrato denominado "de exclusiva de ventas" por el cual la primera recibía el encargo exclusivo de mediar en la venta de 89 apartamentos del ala privada de complejo hotelero propiedad de la hoy recurrente a cambio de una comisión del 10% sobre el precio.

2. Hasta comienzos del año 2001 el contrato se desarrolló con normalidad, permitiendo las gestiones de Sauer la venta de 74 de los 89 apartamentos del complejo, momento en que la propietaria dejó de satisfacer la contraprestación pactada.

3. Tras fracasar la vía extrajudicial, Sauer procedió a reclamar judicialmente la deuda, obteniendo en primera instancia sentencia de 29 de junio de 2002, íntegramente estimatoria de su pretensión (Juicio ordinario n.º 277/01, del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Marbella ).

4. Mientras se tramitaba el procedimiento mencionado, Hotelera Padrón S.A. remitió el 25 de septiembre de 2001 una carta a Sauer en la que manifestaba su voluntad de proceder a comercializar y vender los apartamentos del ala privada del Kempinski Resort Hotel Estepona, directamente y a través de terceras personas, prescindiendo totalmente de los servicios de Sauer Internacional Investment, S.L., a la que ofrecía una comisión del 5% (en lugar del 10% pactado) -previa deducción de los gastos de publicidad, carteles y material de venta-, para el caso de que no formulara objeción alguna.

5. Sauer valoró la anterior comunicación como una resolución contractual injustificada, vulneradora de la cláusula de exclusividad, y decidió a su vez enviar a la contraparte una carta por conducto notarial (de 5 de noviembre de 2001) por la que, imputándole un grave, pertinaz y deliberado incumplimiento, daba por resuelto el referido contrato, anunciando una ulterior reclamación judicial de daños y perjuicios.

6. El 19 de septiembre de 2002 Sauer Internacional Investment S.L. demandó a Hotelera Padrón S.A. con el fin de que se declarase ajustada a derecho la resolución mencionada en el anterior párrafo, y de reclamar, en cuantía de 754 080 euros, la indemnización por los perjuicios ligados al incumplimiento de la contraparte, en particular por el lucro cesante consistente en el importe de las comisiones correspondientes a los 15 apartamentos que restaban por vender (a razón del 10% del precio de venta al público de cada piso según lista de precios ofrecida por la propia mandante).

7. La parte demandada se opuso a la demanda aduciendo, en resumen, que ante el previo incumplimiento contractual de la entidad mandataria, Hotelera Padrón sólo intentó encontrar una solución que le permitiera vender los apartamentos restantes, ofreciendo la compensación a que alude el documento de 25 de septiembre de 2001 como novación de la relación jurídica, de forma que, aunque decidió prescindir de los servicios de la actora, no era su voluntad dejar de abonarle la contraprestación comprometida, siendo la actora la que interpretó ese intento de novación como una resolución injustificada a la que respondió con su propia resolución.

8. La sentencia de primera instancia, parcialmente estimatoria de la demanda, declaró justificada la resolución y procedente la indemnización por daño emergente en una cuantía, a determinar en ejecución, calculada sobre la base del 5% del precio de los 15 apartamentos que restaban por vender.

9. La Audiencia Provincial rechazó los recursos de ambas partes, y confirmó la resolución del Juzgado. La sentencia de apelación ratifica la inexistencia de incumplimiento previo e imputable a Sauer Internacional, y atribuye a Hotel Padrón, S.A. el único incumplimiento con eficacia resolutoria y generador de daños y perjuicios resarcibles, mostrando su conformidad con la cuantía de la indemnización fijada por el Juzgado, pero matizando que la pérdida de las comisiones correspondientes a las ventas que faltaban por hacer ha de tener la consideración de lucro cesante y no de daño emergente. Sobre la cuestión a la que se contrae la controversia casacional, la AP señala que no cabe valorar la carta enviada por Hotelera Padrón con fecha 25 de septiembre de 2001 como una revocación, siendo razones para ello, en primer lugar, que el contrato de autos no es un contrato de mandato, sino de mediación o **corretaje**, en modalidad de agencia

inmobiliaria, con dos pactos, uno de exclusiva, y otro por el cual se permitía al mediador que contratase como mandatario, en nombre de la entidad hotelera propietaria de los apartamentos, por lo que no resulta aplicable la regla de la revocabilidad del mandato contenida en los *artículos 279 CCom y 1733 CC*, y en *segundo* lugar, porque aunque así fuera, la conducta de Hotelera Padrón, -consistente en ofrecer una compensación a la actora con tal de que Sauer no mostrara objeción a la decisión de aquella de dejarle fuera del negocio-, se compadece más con una rescisión unilateral que con una verdadera revocación, no pudiendo ir en contra de sus propios actos.

10. Contra dicha sentencia recurre en casación la entidad demandada y apelante, Hotelera Padrón, S.A. El recurso consta de dos motivos estrechamente relacionados entre sí, - que por ello se resuelven a la vez- el primero por vulneración de los *artículos 279 CCom y 1733 CC sobre la revocabilidad del mandato y la comisión mercantil*, y el *segundo*, por contravención de la jurisprudencia que los interpreta, plasmada en las sentencias que se invocan.

**SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso.**

No ha lugar a estimar el defecto de preparación del recurso al que la entidad recurrida alude en su escrito de oposición, como causa de inadmisión y, en esta fase, de desestimación, ya que es doctrina constante, plasmada en innumerables autos de esta Sala (por todos, AATS, de 18 de septiembre de 2007 y 30 de junio de 2009) que en los asuntos tramitados por razón de la cuantía, la invocación aislada o añadida de un pretendido interés casacional, y la cita de Jurisprudencia a efectos de acreditar la concurrencia del mismo, ha de entenderse a mayor abundamiento, sin que se revele como motivo suficiente para decretar la inadmisión a no ser que dicha cuantía no supere el límite legal y que se utilice el cauce del interés casacional para eludir las consecuencias de no alcanzar el litigio la cuantía legalmente establecida, lo que no es el caso, siendo igualmente correcta, a los efectos de entender cumplido el requisito de señalar con claridad y precisión la vulneración normativa, la cita de la Jurisprudencia de esta Sala que se hace en el segundo motivo en cuanto que queda claro que la misma se pone en relación con los *artículos 1733 CC y 279 C.Co.*

**TERCERO.- Enunciación de los motivos primero y segundo de casación.**

El primer motivo se introduce con la fórmula:

«Primer motivo de casación: Infracción por inaplicación del *artículo 279 del Código de Comercio* y del *artículo 1733 del Código Civil*»

El segundo motivo se introduce con la fórmula

«Segundo motivo de casación: La sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto al principio de la libre revocación de los contratos de mandato y comisión mercantil».

Mediante ambos motivos se defiende la tesis, esgrimida por vez primera en apelación, de que al contrato de autos, tal y como ha sido calificado por la AP (**corretaje** o mediación, en modalidad de agencia inmobiliaria, con dos cláusulas especiales, un pacto de exclusividad y otro para que el mediador contrate en nombre de la entidad que hizo el encargo), resulta de aplicación la regla de la libre revocabilidad del mandato y de la comisión mercantil contemplada en los *artículos 279 CCo y 1733 CC* y en la Jurisprudencia que los interpreta, cuando, como es el caso, no se ha pactado expresamente la irrevocabilidad del encargo. Al respecto se alega que fue eso, la revocación del mandato, y no otra cosa, lo que llevó a cabo Hotelera Padrón a través de su escrito de 25 de septiembre de 2001, que, al hacerse con anterioridad a la resolución instada por Sauer, y como consecuencia del previo incumplimiento de esta, estaría amparado por una justa causa y descartaría la existencia de un incumplimiento resolutorio imputable a la recurrente así como el derecho de la actora a reclamar una indemnización.

Los dos motivos deben ser estimados.

**CUARTO.- Revocación. Aplicación analógica de los artículos 279 CCom y 1733 CC al contrato de **corretaje**. Existencia de justa causa para la revocación.**

A) El *artículo 1733 CC* permite al mandante revocar el mandato a su voluntad. En parecidos términos, el *artículo 279 CCom* reconoce al comitente la facultad de revocar la comisión conferida al comisionista en cualquier estado del negocio. Así pues, constituye un principio tradicional, sentado ya por el Derecho romano y recogido por el Código francés y la generalidad de los modernos, el que el mandato y la comisión, son revocables a voluntad del mandante y del comitente, respectivamente, siendo regla general la

revocabilidad y excepción lo contrario ( SSTS de 17 de enero de 2007, RC n.º 1369/2000 y 20 de noviembre de 2007, RC n.º 4751/2000 ), ya porque se haya pactado expresamente la irrevocabilidad o porque el contrato sirva de instrumento formal al negocio subyacente.

La aplicación analógica de los *artículos 279 CCom y 1733 CC* al contrato de **corretaje** encuentra respaldo en la Jurisprudencia de esta Sala, recogida, por todas, en la reciente STS de 25 de mayo de 2009, RC n.º 283/2005 , (y las que en ella se citan), la cual se pronuncia favorablemente (en un supuesto como el de autos, de mediación en la venta de inmuebles), incluso cuando se trata de contratos de duración determinada, siempre, claro está, que concurra una justa causa. En palabras de la sentencia referida «*No sólo cabe aplicar analógicamente, en lo que sean de aplicación, los preceptos relativos al mandato, aunque, desde luego, la mediación y el mandato son contratos diferentes, sin perjuicio de que éste pueda añadirse a aquél, sino también, y ello se ajusta mejor al supuesto de autos, los atinentes a la comisión mercantil, cuyos preceptos bien pueden ser aplicados al caso de la gestión de la venta de pisos (así en Sentencia de esta Sala de 13 de noviembre de 2008 ). En la comisión, aun cuando se haya fijado un plazo de duración, cabe la revocación unilateral del contrato, siempre que ésta obedezca a justa causa ( sentencias de 4 de abril de 1998 y de 15 de noviembre de 2000 , que cita la de 21 de noviembre de 1963 )*».

La expresada aplicación analógica resulta posible por la similitud que existe entre los negocios referidos, integrados, incluyendo el de mediación, en los denominados contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos ( SSTS de 30 de marzo de 2007 , 21 de marzo de 2007, RC n.º 1742/2000 y 25 de mayo de 2009, RC n.º 283/2005 ).

De lo expuesto hasta aquí se sigue que la revocación, entendida como declaración unilateral y recepticia de la voluntad dirigida a dar por válidamente extinguido entre las partes el vínculo contractual, es aplicable como causa de extinción al contrato de **corretaje**, siempre que concurra una verdadera voluntad revocatoria y de que la misma responda a una justa causa.

En orden a la apreciación de una justa causa en la decisión revocatoria, ha de tenerse en cuenta que la razón de ser de la revocabilidad se encuentra en que los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos producen una relación jurídica basada en la confianza mutua de las partes. De ahí que su pérdida o disminución abra la posibilidad de extinguirla a instancia de cualquiera de ellas, y, en particular, en el caso del mandante o comitente, por medio de la revocación. La STS de 6 de octubre de 2005, RC n.º 928/1999 declara al respecto que no se puede continuar en el mantenimiento del mandato después de una falta de confianza como la que, en buena lógica, cabe anudar a una actuación desleal o contraria a la buena fe por parte del mandatario. En semejantes términos, la STS de 13 de noviembre de 2008, RC n.º 80/2004 expone que esta facultad de desistimiento unilateral, que es excepcional en el marco de las relaciones contractuales de carácter bilateral, se explica por la naturaleza de esta figura negocial, basada en la recíproca confianza.

La revocación no es un hecho que por sí mismo, genere en la contraparte el derecho a ser indemnizada a menos que se pruebe que la revocación fue arbitraria ( STS 30 de noviembre de 2004 ). Es doctrina constante de esta Sala, (por todas, STS de 13 de noviembre de 2008, RC n.º 80/2004 ) que la revocación, a la luz del *artículo 279 CCom* , no conlleva más derechos que los devengados por los negocios en los que se haya mediado con anterioridad a que se pusiera en conocimiento del mediador dicha voluntad revocatoria, estando la indemnización reservada a casos en que la denuncia unilateral se torna en abusiva o contraria a la buena fe. Como se explica en la Sentencia de 6 de noviembre de 2006 , a la que se remite expresamente la de 13 de noviembre de 2008 arriba citada, no siempre que se extingue un contrato basado en la confianza mutua procede la compensación económica. Sólo en los casos en que la resolución unilateral del contrato haya vulnerado el plazo de preaviso pactado, se muestre contraria a las exigencias de la buena fe contractual o sea abusiva, cabe admitir la procedencia del derecho a la indemnización; pero en tales casos su fundamento se ha de buscar, bien en el incumplimiento de lo acordado en punto al modo en que debía de realizarse la denuncia unilateral, bien en la omisión de la buena fe que modula el contenido de la relación negocial, conforme a lo dispuesto en el *artículo 57 CCom* y en el *artículo 1258 CC* (en uno y otro caso se advierte, en definitiva, la existencia de un incumplimiento contractual), bien, en fin, en el ejercicio abusivo o malicioso de un derecho que da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 7.1 y 2 CC* . Doctrina que no obsta a que, llegado el caso, el desistimiento se acompañe de una compensación para evitar un eventual enriquecimiento injusto del comitente.

B) En atención a la doctrina expuesta, la Sala comparte la argumentación de la parte recurrente favorable a entender que el documento de 25 de septiembre de 2001 instrumentó su voluntad revocatoria del mandato conferido, siendo razones para alcanzar esa conclusión las siguientes:

(i) Estando en cuestión la intención o voluntad verdaderamente exteriorizada, fue acertada la decisión de la AP de salvar la falta de claridad del documento de 25 de septiembre de 2001 acudiendo al

comportamiento de la recurrente pues las normas sobre la interpretación contractual obligan, de no estar claros los términos empleados, a prescindir de la interpretación gramatical, a no limitarse a la interpretación literal y buscar la verdadera intención, que se ha de inferir de la conducta desplegada con carácter previo, simultáneo o ulterior al acto en cuestión. Sin embargo, el error de la AP estuvo en descartar la intención revocatoria de mandante con base en la supuesta indemnización ofrecida a la mediadora. El que el mandante se ofreciera a pagar una parte de las comisiones pendientes no comporta la existencia de una indemnización, que en puridad, la Jurisprudencia admite únicamente si la revocación resulta abusiva o carece de justificación, lo que no es el caso, sino, en todo caso, una compensación que tendría cabida en orden a evitar cualquier viso de enriquecimiento injusto del mandante, y que es plenamente compatible con la existencia de una voluntad revocatoria y con la concurrencia de la causa justificada de la que depende su eficacia.

(ii) En relación con la existencia de causa justificada, la conclusión negativa expresada en la sentencia recurrida se funda en razones relativas a la inexistencia de incumplimiento de Sauer que no se encaminan a rechazar la eficacia de la revocación, sino a descartar la resolución contractual a instancia de Hotelera Padrón S.A. y a rechazar, al tiempo, que pueda esgrimirse frente a la instada por la mediadora la excepción de contrato no cumplido. En consecuencia, se apoya en razones que, en sí mismas, no sirven para poner en cuestión la concurrencia de la causa justificadora de la revocación, figura que la AP considera no aplicable al **corretaje**. Sin embargo, aún cuando es un hecho probado que desde la firma del contrato hasta el 31 de octubre de 2001 las gestiones de la mediadora habían dado como fruto la venta de 74 de los 89 apartamentos, también lo es que no logró vender ningún otro apartamento en los seis meses siguientes, con la consecuente merma de la confianza que justificaba la medida adoptada por la hotelera demandada.

La eficacia de la revocación realizada conlleva que no pueda considerarse ajustada a derecho la decisión resolutoria de la mandataria, al no poderse tener por cierto el incumplimiento contractual de la demandada que le servía de causa para adoptar tal decisión, con desestimación también de la indemnización que la actora vinculaba al referido incumplimiento resolutorio.

#### **QUINTO.** - *Estimación del recurso y costas* .

Según el *artículo 487.2º LEC* , si se tratare de los recursos de casación previstos en los *números 1º y 2º del apartado 2 del art. 477* , la sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida.

Estimándose fundado el recurso, procede su estimación y que se case la sentencia recurrida para dejar sin efecto la condena impuesta a la entidad demandada, a quien se absuelve de los pedimentos formulados contra ella en la demanda, sin hacer expresa condena en cuanto a las costas de este recurso ni en cuanto a las del recurso de apelación interpuesto por la referida parte, con imposición a la parte demandante las de primera instancia, por aplicación de lo previsto en los *artículo 398.2 y 394 LEC* .

Por lo expuesto, en nombre del Rey

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

## **FALLAMOS**

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de HOTELERA PADRÓN, S.A., contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4ª, en el rollo de apelación número 359/05, de fecha 22 de julio de 2005 , dimanante del juicio ordinario nº 462/02, del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Marbella , cuyo fallo dice literalmente:

»Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de Sauer International, SL y por la representación procesal de Hotelera Padrón, SA contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Marbella con fecha de uno de octubre de 2004 , en los autos 462/02, debemos confirmar y confirmábamos íntegramente la citada resolución, con imposición a los apelantes de las costas causadas en esta alzada».

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, con estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Hotelera Padrón, S.A., revocamos la sentencia de Primera Instancia y desestimamos íntegramente la

demanda formulada en su contra, absolviendo a la demandada de todos los pedimentos formulados en su contra.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios, Jesus Corbal Fernandez, Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Antonio Salas Carceller. Rubricado PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.