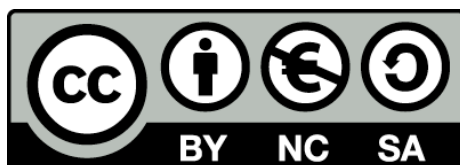




# La intermediación en los contratos de consumo

Elena Palomares Balaguer



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial – CompartirIgual 3.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial – CompartirIgual 3.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0. Spain License.**



# **LA INTERMEDIACIÓN EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO**

**ELENA PALOMARES BALAGUER**

**2014**





Universitat de Barcelona

FACULTAT DE DERECHO

Departamento de Derecho Civil

# LA INTERMEDIACIÓN EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

**TESIS** presentada con el objeto de obtener el título de

**DOCTORA EN DERECHO**

Con mención de Doctorado Europeo

Por

**ELENA PALOMARES BALAGUER**

Directora de la Tesis

**MARILÓ GRAMUNT FOMBUENA**

Programa de doctorado: “Derecho y Ciencia Política”

Bienio 2012-1014

Barcelona, septiembre 2014



A mis hijos,  
Por el tiempo robado pero no perdido.

A mi marido,  
Por su apoyo incondicional y su amor.

A Mariló  
Porque nunca me soltó de la mano, aun necesitando ella las dos.



## **INDICE**





---

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INDICE</b> .....   | <b>7</b>  |
| <b>LISTA DE ABREVIATURAS</b> .....  | <b>19</b> |
| <b>INTRODUCCIÓN</b> .....   | <b>27</b> |
| <b>1</b> <b>Ámbito de estudio</b> .....   | <b>31</b> |
| <b>2</b> <b>Método de estudio</b> .....   | <b>32</b> |
| <b>3</b> <b>Estructura del trabajo</b> .....  | <b>33</b> |
| <b>4</b> <b>Aproximación a la evolución histórica de la figura del intermediario.</b> ..... | <b>36</b> |

## **CAPÍTULO I**

### **LA FUNCIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN**

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1</b> <b>CONCEPTO DE INTERMEDIACIÓN</b> .....  | <b>49</b> |
| <b>2</b> <b>LAS PARTES EN LA CONTRATACIÓN REALIZADA MEDIANTE INTERMEDIARIO: LAS RELACIONES DE CONSUMO</b> ..... | <b>50</b> |
| 2.1 Los sujetos de la relación de consumo.....  | 50        |
| 2.2 El consumidor o usuario. Elemento calificador de las relaciones de consumo                                  | 51        |
| 2.2.1 La necesidad de proteger al consumidor: primeros movimientos normativos.....                              | 53        |
| 2.2.2 El concepto de consumidor .....   | 54        |
| 2.2.3 El mapa normativo sobre la noción de consumidor en el Derecho Comunitario Europeo .....                   | 59        |
| 2.2.3.1 El consumidor en el Derecho Derivado Comunitario.....   | 61        |
| 2.2.3.2 La persona jurídica, su inclusión o exclusión del concepto de consumidor .....                          | 67        |

---

|          |  |            |
|----------|--|------------|
| 2.2.3.3  | La noción de consumidor medio.....   | 67         |
| 2.2.3.4  | La noción de consumidor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) .....                          | 69         |
| 2.2.4    | El panorama normativo estatal. ....  | 72         |
| 2.2.5    | El consumidor en la normativa autonómica .....   | 79         |
| 2.3      | La empresa, el empresario: Vendedor de bienes o prestador de servicios.....                                    | 82         |
| 2.4      | El intermediario: La tipificación del intermediario en la legislación vigente..                                | 86         |
| <b>3</b> | <b>LA FUNCIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN.....</b>  | <b>92</b>  |
| 3.1      | La regulación en el Marco Común de Referencia .....  | 96         |
| 3.1.1    | El contrato de servicios .....   | 98         |
| 3.1.2    | El contrato de mandato .....   | 101        |
| <b>4</b> | <b>EL INTERMEDIARIO COMO PARTE CONTRACTUAL: SU RECONOCIMIENTO NORMATIVO .....</b>                              | <b>103</b> |
| <b>5</b> | <b>DETERMINACIÓN DEL OBJETO PRINCIPAL DE LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN .....</b>                              | <b>105</b> |
| 5.1      | El acercamiento de las partes: La esencia de la actividad de intermediación                                    | 105        |
| 5.2      | La función de asesoramiento: ¿Función secundaria o función principal independiente? .....                      | 108        |
| 5.3      | La realización del precontrato o actos previos al contrato.....  | 113        |
| <b>6</b> | <b>LA ACTIVIDAD DE LA INTERMEDIACIÓN .....</b>   | <b>116</b> |
| 6.1      | La intermediación como servicio, en sentido amplio y como gestión de negocios ajenos en sentido estricto ..... | 116        |
| 6.2      | La función económica de la actividad del intermediario .....   | 119        |
| 6.3      | La actividad material o intelectual de quien presta el servicio como elemento necesario de calificación .....  | 121        |

---

**CAPÍTULO II****LAS RELACIONES CONTRACTUALES DE CONSUMO**

|  |            |
|--|------------|
| <b>1 HETEROGENIDAD DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES .....</b>   | <b>125</b> |
| <b>2 LA ACTIVIDAD DE LAS AGENCIAS DE VIAJES. LA INTERMEDIACIÓN<br/>COMO RELACIÓN CONTRACTUAL .....</b>                                       | <b>125</b> |
| 2.1 La regulación de las agencias de viajes .....  | 127        |
| 2.2 El régimen de responsabilidad en la jurisprudencia .....   | 133        |
| 2.3 La función de control de la administración. El registro de las agencias de viajes<br>.....   | 137        |
| 2.3.1 La declaración responsable.....  | 138        |
| 2.3.2 La garantía económica.....   | 139        |
| 2.3.3 La inscripción en el Registro .....  | 140        |
| <b>3 INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA .....</b>   | <b>140</b> |
| 3.1 La figura del intermediario: de la exclusividad de los API (agentes de la<br>propiedad inmobiliaria) a la liberalización del sector..... | 141        |
| 3.2 La intermediación inmobiliaria a través de la regulación estatal y autonómica ..<br>.....  | 149        |
| 3.2.1 El acceso a la profesión de la intermediación.....   | 153        |
| 3.2.1.1 Ubicación y atención.....  | 155        |
| 3.2.1.2 Capacidad profesional.....   | 156        |
| 3.2.1.3 Solvencia.....   | 160        |
| 3.2.2 El control de la administración.....   | 163        |
| 3.2.2.1 El control previo: el Registro.....  | 163        |
| 3.2.2.2 El control continuado.....   | 165        |
| 3.2.3 Las funciones del intermediario inmobiliario.....  | 166        |

|   |     |
|---|-----|
| <b>4 LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS MEDIANTE INTERMEDIARIOS</b> .....   | 168 |
| 4.1 La figura del intermediario financiero en la regulación relativa a los contratos de crédito.....                        | 169 |
| 4.2 La Ley 2/2009 o el intento de regulación de la intermediación en la celebración de contratos de préstamo o crédito..... | 171 |
| 4.3 El intermediario en la ley 16/2011. La Ley de los contratos de crédito al consumo .....                                 | 177 |
| 4.3.1 La calificación del intermediario.....  | 180 |
| 4.3.2 El cobro de remuneración.....   | 181 |
| 4.3.3 Los deberes de información.....   | 182 |
| 4.3.4 El desistimiento del contrato de crédito al consumo. ....   | 184 |
| 4.3.5 Otro aspecto relevante: El control de la solvencia del consumidor.....  | 185 |
| <b>5 LA INTERMEDIACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS</b> .....  | 186 |
| 5.1 El intermediario de seguros: Su calificación legal.....   | 189 |
| 5.2 El reconocimiento del intermediario: Concepto, clases y tipo de vinculación con la aseguradora.....                     | 193 |
| 5.2.1 El agente de seguros .....  | 197 |
| 5.2.2 El corredor de seguros. ....  | 201 |
| 5.2.3 El corredor de reasegurados .....   | 203 |
| 5.2.4 Los colaboradores de los intermediarios. ....   | 204 |
| 5.3 Control y autocontrol de la actividad de intermediación de seguros: El Registro .....                                   | 206 |
| <b>6 LA INTERMEDIACIÓN EN LAS TELECOMUNICACIONES Y LOS SERVICIOS DE MARCA</b> .....   | 215 |
| 6.1 Los servicios de telecomunicaciones: El efecto en el mercado de su liberalización.....                                  | 215 |

---

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| 6.2 | Los intermediarios de telefonía móvil ..... | 217 |
| 6.3 | Los servicios de marca.....                 | 223 |

### CAPITULO III

#### INTERMEDIACIÓN Y TIPOS CONTRACTUALES

|          |   |            |
|----------|---|------------|
| <b>1</b> | <b>MODALIDADES CONTRACTUALES QUE PROPORCIONAN</b>   |            |
|          | <b>COBERTURA LEGAL A LA FIGURA DE LA INTERMEDIACIÓN.....</b>  | <b>229</b> |
| 1.1      | Evolución del ámbito de aplicación del contrato de mandato .....  | 237        |
| 1.2      | El contrato de mandato en la jurisprudencia.....  | 242        |
| 1.3      | El concepto servicios en el derecho laboral: Criterios de distinción del contrato de arrendamiento de servicios del contrato laboral..... | 246        |
| 1.4      | Existencia o no de un símil con el contrato de obra .....   | 249        |
| 1.5      | La aplicación analógica de las normas reguladoras del mandato en los contratos de arrendamiento de servicios .....                        | 252        |
| <b>2</b> | <b>EL CONTRATO DE MANDATO: SU CONSIDERACIÓN COMO ORIGEN</b>   |            |
|          | <b>DE LA INTERMEDIACIÓN .....</b>   | <b>256</b> |
| 2.1      | La ambigüedad del art. 1709 del Código Civil.....   | 258        |
| 2.2      | El objeto del contrato de mandato. La actividad del mandatario.....   | 261        |
| 2.3      | La estructura del mandato. El mandato representativo.....   | 267        |
| 2.4      | El carácter “ <i>intuitu personae</i> ” de las relaciones de mandato.....   | 273        |
| <b>3</b> | <b>EL CONTRATO DE SERVICIOS .....</b>   | <b>274</b> |
| 3.1      | El contrato de arrendamiento de servicios en el ordenamiento español .....  | 280        |
| 3.1.1    | El objeto del contrato de servicios.....  | 284        |
| 3.1.1.1  | La licitud.....   | 285        |
| 3.1.1.2  | La posibilidad .....  | 285        |
| 3.1.1.3  | La determinación .....  | 287        |
| 3.1.2    | Características del contrato de servicios regulado en el Código Civil ...   | 288        |

|          |   |            |
|----------|---|------------|
| 3.1.3    | El contrato de servicios como contrato personalísimo o “ <i>intuitu personae</i> ”<br>.....   | 291        |
| 3.1.4    | El arrendamiento de servicios como contrato atípico.....  | 293        |
| <b>4</b> | <b>LA COBERTURA CONTRACTUAL DE LA INTERMEDIACIÓN EN EL<br/>ÁMBITO MERCANTIL.....</b>  | <b>295</b> |
| <b>5</b> | <b>EL CONTRATO DE COMISIÓN .....</b>  | <b>296</b> |
| 5.1      | Introducción .....  | 296        |
| 5.1.1    | El contrato de comisión, artículo 244 del Código de comercio. Su<br>calificación como contrato de mandato mercantil.....                                  | 299        |
| 5.1.2    | Naturaleza jurídica del contrato de comisión. ....  | 302        |
| <b>6</b> | <b>EL CONTRATO DE AGENCIA: LA DIRECTIVA 86/653/CEE Y SU<br/>TRANSPOSICIÓN EN LA LEY 12/1992. SU INCIDENCIA DIRECTA EN EL<br/>CONTRATO DE AGENCIA.....</b> | <b>306</b> |
| 6.1      | Introducción .....  | 306        |
| 6.2      | La Directiva 86/653/CEE.....  | 308        |
| 6.3      | La Ley 12/1992. El contrato de agencia .....  | 309        |
| 6.4      | Su carácter de contrato de vinculación estable .....  | 311        |
| <b>7</b> | <b>EL CONTRATO DE MEDIACIÓN O CORRETAJE: UNA SOLUCIÓN DE<br/>CARÁCTER PRÁCTICO PARA LAS RELACIONES MERCANTILES DE<br/>INTERMEDIACIÓN .....</b>            | <b>313</b> |
| 7.1      | Introducción .....  | 313        |
| 7.2      | La construcción jurídico-doctrinal del contrato de mediación o corretaje ....   | 316        |
| 7.3      | Concepto de mediación.....  | 317        |
| 7.3.1    | El concepto de intermediación: Su regulación y ubicación en las<br>regulaciones europeas próximas. ....   | 318        |
| 7.4      | Naturaleza jurídica del contrato de mediación o corretaje.....  | 322        |
| 7.4.1    | La mediación o corretaje: Una relación de hecho. ....   | 323        |

---

---

|         |   |     |
|---------|---|-----|
| 7.4.2   | El carácter precontractual .....  | 324 |
| 7.4.3   | La mediación o corretaje: ¿Carácter unilateral o bilateral?.....  | 326 |
| 7.4.4   | El régimen jurídico del contrato de mediación o corretaje. El papel esencial de la autonomía de las partes..... | 335 |
| 7.4.5   | La mediación: ¿Contrato de corretaje autónomo o contrato accesorio?.  | 341 |
| 7.4.5.1 | Su consideración como contrato accesorio .....  | 342 |
| a)      | Carácter aleatorio.....   | 342 |
| b)      | La condición: El nacimiento al derecho al cobro de la comisión o el premio pactado por las partes .....         | 344 |
| 7.4.5.2 | La mediación o corretaje como contrato autónomo.....  | 347 |
| 7.4.6   | El carácter oneroso del contrato: La determinación de la comisión del intermediario. ....                       | 349 |

## CAPÍTULO IV

### LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN:

#### SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ITALIANA

|          |   |            |
|----------|---|------------|
| <b>1</b> | <b>LA MEDIACIÓN ANTES DE LA APROBACIÓN DEL <i>CODICE CIVILE</i></b>   | <b>355</b> |
| 1.1      | La regulación de la mediación .....                                   | 355        |
| 1.2      | La actividad de mediación .....                                       | 356        |
| 1.2.1    | Características de la mediación. ....                                 | 359        |
| 1.2.2    | La libertad de actuación del mediador.....                            | 360        |
| 1.2.3    | El derecho del mediador a la comisión.....                            | 361        |
| 1.2.4    | El requisito de la independencia.....                                 | 363        |
| <b>2</b> | <b>LA MEDIACIÓN TRAS LA APROBACIÓN DEL <i>CODICE CIVILE</i></b> ..... | <b>364</b> |
| <b>3</b> | <b>EL MEDIADOR EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL</b> .....                   | <b>366</b> |
| 3.1      | La regulación de la mediación profesional .....                       | 366        |

---



|       |  |     |
|-------|--|-----|
| 3.2   | De la libertad de actuación a la obligatoriedad de la inscripción en el registro...          | 368 |
| 4     | <b>REQUISITOS DE LA MEDIACIÓN</b> .....  | 372 |
| 4.1   | La puesta en relación de las partes.....   | 374 |
| 4.2   | La inexistencia de una vinculación con las partes .....                                      | 376 |
| 4.3   | La relación jurídica de mediación.....   | 381 |
| 4.4   | El nexo causal .....   | 383 |
| 4.5   | La inscripción en el Registro .....  | 388 |
| 5     | <b>CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN</b> .....   | 394 |
| 5.1   | La imparcialidad: Su evolución hacia el principio de neutralidad.....                        | 394 |
| 5.2   | La independencia .....   | 398 |
| 5.3   | El derecho a la comisión .....   | 401 |
| 6     | <b>EL CONTRATO DE INTERMEDIACIÓN</b> .....   | 410 |
| 6.1   | Naturaleza jurídica .....  | 410 |
| 6.1.1 | El conocimiento de la actividad de mediación como elemento esencial de su calificación.....  | 417 |
| 6.1.2 | El rechazo o prohibición expresa de la actividad de intermediación. ....                     | 419 |
| 6.1.3 | La mediación típica y la mediación atípica .....   | 420 |
| 6.2   | La estructura del contrato de intermediación.....  | 422 |
| 6.3   | Su consideración como contrato independiente o vinculado.....                                | 425 |
| 6.4   | El contrato “formulario” .....   | 427 |
| 6.5   | El contrato del intermediación financiera. Forma especial o contrato del C.C. italiano ..... | 430 |
| 6.5.1 | Forma del contrato.....  | 433 |
| 6.5.2 | Contenido del contrato. ....   | 435 |
| 6.5.3 | La carga de la prueba.....   | 436 |

---

---

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| 6.6   | El contrato de intermediación turística. De la regulación legal a la codicística:<br>El nuevo <i>codice del turismo</i> ..... | 437 |
| 6.6.1 | La regulación del contrato desde la aprobación de la Ley de 27 de<br>diciembre de 1977 n. 1084. ....                          | 437 |
| 6.6.2 | El contrato en el Codice del turismo .....  | 443 |
| 6.7   | El contrato de intermediación inmobiliaria. El carácter abusivo de sus<br>cláusulas.....                                      | 445 |
| 6.8   | La contratación de intermediación en el ámbito de la regulación del seguro  | 447 |
| 6.8.1 | El contenido del contrato.....  | 453 |
| 6.8.2 | Las ofertas pre-contractuales.....  | 455 |
|       | <b>CONCLUSIONES</b> .....   | 457 |
|       | <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....   | 469 |



## **LISTA DE ABREVIATURAS**



## LISTA DE ABREVIATURAS

|           |  |
|-----------|--|
| AC        | Actualidad Civil                               |
| aC        | Antes de Cristo                                |
| ADC       | Anuario de Derecho Civil                       |
| Adj.      | Adjetivo                                       |
| AJA       | Actualidad Jurídica Aranzadi                   |
| ap.       | Apartado                                       |
| API       | Agente de la Propiedad Inmobiliaria            |
| ArC       | Aranzadi Civil                                 |
| art.      | Artículo                                       |
| arts.     | Artículos                                      |
| AUE       | Acta Única Europea                             |
| BGB       | Bürgerliches Gesetzbuch                        |
| BOA       | Boletín Oficial de Aragón                      |
| BOC       | Boletín Oficial de Cantabria                   |
| BOC       | Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma       |
| BOC       | Boletín Oficial de Canarias                    |
| BOCM      | Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid      |
| BOCYL     | Boletín Oficial de la Junta de Castilla y León |
| BOE       | Boletín Oficial del Estado                     |
| BOIB      | Boletín Oficial de Islas Baleares              |
| BOJA      | Boletín Oficial de la Junta de Andalucía       |
| Bol.Cong. | Boletín del Congreso de los Diputados          |
| BON       | Boletín Oficial de Navarra                     |
| BOPA      | Boletín Oficial del Principado de Asturias     |
| BOPV      | Boletín Oficial del País Vasco                 |

## Lista de Abreviaturas

---

|                     |   |
|---------------------|---|
| BOR                 | Boletín Oficial de La Rioja   |
| BORM                | Boletín Oficial de la Región de Murcia  |
| BORME               | Boletín Oficial del Registro Mercantil  |
| <i>C. della Ass</i> | Codice della Assicurazione (Italia) Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209 Codice delle assicurazioni private |
| C.Com               | Código de Comercio  |
| C de Comm.          | Codice di commercio (Italia)  |
| Cap.                | Capítulo  |
| Cass.               | Cassazione  |
| CC it.              | Codice Civile italiano  |
| CC                  | Código Civil  |
| CCAA                | Comunidades Autónomas   |
| CCJC                | Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil   |
| CCV                 | Convención de Bruselas (Siglas para Italia)   |
| CE                  | Comunidad Europea (Según contexto)  |
| CE                  | Constitución española (Según contexto)  |
| CEE                 | Comunidad Económica Europea   |
| CENDOJ              | Centro de Documentación Judicial  |
| CESL                | Common European Sales Law   |
| CONSOB              | Comissione Nazionale per le Società e la Borsa  |
| coord.              | Coordinadores.  |
| CP                  | Código Penal  |
| D                   | Decreto   |
| D.50                | Digesto (50)  |
| DCFR                | Draft Common Frame of Reference   |
| DGRN                | Dirección General de los Registros y del Notariado  |
| DGSFP               | Dirección General del Seguros y Fondos de pensiones.  |
| dir.                | Dirección   |

---

---

|            |  |
|------------|--|
| Dir.       | Director   |
| Dirs.      | Directores   |
| DOCE       | Diario Oficial de las Comunidades Europeas   |
| DOCM       | Diario Oficial de Castilla-La Mancha   |
| DOCV       | Diari Oficial de la Comunitat Valenciana   |
| DOE        | Diario Oficial de Extremadura  |
| DOG        | Diario Oficial de Galicia  |
| DOGC       | Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya   |
| DONº.C     | Diario Oficial de la Unión Europea clase C.  |
| DOUE       | Diario Oficial de la Unión Europea   |
| EA         | Estatuo de Autonomia   |
| Ed.        | Editorial  |
| ed.        | Edición  |
| EM         | Estado Miembro   |
| FAO        | Food and Agricultural Organization (Organización para la Agricultura y la Alimentación).   |
| Fasc.      | Fascículo  |
| FD         | Fundamento de Derecho  |
| FJ         | Fundamento Jurídico  |
| Gazz. Uff. | Gazzetta Ufficiale   |
| ISSN       | International Standard Serial Number   |
| LCC        | Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo  |
| LCCPCH     | Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito |
| LCD        | Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.  |

---



## Lista de Abreviaturas

---

|                |  |
|----------------|--|
| LCDSF          | Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores |
| LCGC           | Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la contratación  |
| LGDCU          | Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios                                    |
| LGTC           | Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones   |
| LO             | Ley Orgánica   |
| LOCOM          | Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista   |
| LOPJ           | Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial   |
| LRC            | Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil  |
| LSSI           | Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.                  |
| Núm.           | Número   |
| <i>Ob.cit.</i> | Obra citada  |
| OBS            | Operador de Banca Seguro   |
| OFT            | Office of Fair Trading   |
| OMS            | World Health Organisation (Organización mundial de la Salud)   |
| Orden ITC      | Orden del Minitsterio de Industria Turismo y Comercio  |
| PECL           | Principles of European Contract Law  |
| PETL           | Principles of European Tor Law   |
| pg.            | Página   |
| pgs.           | Páginas  |
| p. p.          | Pie de página  |
| RA             | Repertorio Aranzadi  |
| RCDI           | Revista Crítica de Derecho Inmobiliario  |
| RD             | Real Decreto   |
| RDGRN          | Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado  |

|                  |   |
|------------------|---|
| RDL              | Real Decreto Ley  |
| RDM              | Revista de Derecho Mercantil  |
| RDP <sub>r</sub> | Revista de Derecho Privado  |
| Rev. It.         | Revista italiana  |
| RJN              | Revista Jurídica del Notariado  |
| SAP              | Sentencia Audiencia Provincial  |
| Secc.            | Sezione   |
| SICAV            | Sociedad de inversión de capital variable   |
| SL               | Sociedad Limitada   |
| ss.              | Siguientes  |
| SSAP             | Sentencias Audiencia Provincial   |
| SSTS             | Sentencias del Tribunal Supremo   |
| STC              | Sentencia del Tribunal Constitucional   |
| STJUE            | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea  |
| STS              | Sentencia del Tribunal Supremo  |
| STSJ             | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia   |
| Sup.             | Supra   |
| T.               | Tomo  |
| TDC              | Tribunal de la Competencia  |
| TCE              | Tratado de la Comunidad Económica Europea   |
| TJCE             | Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea  |
| TJUE             | Tribunal de Justicia de la Unión Europea.   |
| TRLGDCU          | Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. |
| TUE              | Tratado de la Unión Europea   |
| UCLM             | Universidad de Castilla-la Mancha   |
| UE               | Unión Europea   |

---

## Lista de Abreviaturas

---

|             |                                      |
|-------------|--------------------------------------|
| Ulp.        | Ulpiano                              |
| <i>Vid.</i> | Véase                                |
| Vol.        | Volumen                              |
| ZGB         | Zivilgesetzbuch (Codigo Civil Suizo) |

# **INTRODUCCIÓN**



---

## INTRODUCCIÓN

En palabras de MALUQUER “*Para constituir y regular las relaciones y los problemas entre las personas puede establecerse por el Ordenamiento jurídico unos mecanismos absolutamente impositivo, o bien permitir que sean los propios individuos quienes principalmente constituyan de forma voluntaria sus relaciones, con un cierto control y dentro de ciertos límites*”<sup>1</sup>, y esto es lo que ha sucedido con la figura que centra nuestro estudio, la figura de la intermediación. Carece de una regulación en el ordenamiento, de manera que han sido los propios ciudadanos quienes, a través del establecimiento de relaciones jurídicas y en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, le han ido dando forma y contenido, siendo admitió y modulado por los Tribunales y la doctrina pero no regulado por el legislador. Ha sido esta situación, desde que nos planteamos el estudio de la figura de la intermediación, la que nos indujo a pensar en la complejidad de una regulación unitaria, dado que además, eran escasos los estudios doctrinales.

La injerencia de la figura del intermediario en las relaciones en que intervienen consumidores ha sido tal que escapa tanto a la doctrina como a la jurisprudencia el desarrollo de un cuerpo normativo que refleje de un modo suficiente todo el alcance de su actuación. Dicha complejidad ha provocado que el legislador, lejos de aclarar la problemática durante tantos años mantenida, no haya ido sino ampliado las dudas al permitir que en cada regulación sectorial se incluyan referencias a dicha figura sin haberla primero enmarcado y desarrollado a modo general en un cuerpo normativo.

La mediación o intermediación reviste una clara naturaleza civil, aspecto que se pondrá de relieve a lo largo de nuestro estudio. No obstante, una parte de la doctrina iusprivatista se decanta por orientarla hacia el campo del Derecho mercantil, como un

---

<sup>1</sup> MALUQUER DE MOTES I BERNET, C.J., “El negocio jurídico” en *Codificación, persona y negocio jurídico*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, pág. 303

intento de obviar la subjetivación que desprende el Derecho de consumo y que permite situar como figura preeminente de la relación jurídica al consumidor, para poder así protegerlo adecuadamente.

Nos encontramos de nuevo ante un momento social de constantes cambios; en la actual sociedad en la que vivimos se entremezclan el auge del sector servicios y el constante avance tecnológico, todo ello ha provocado que muchos campos legales creados con anterioridad al nacimiento de estas situaciones, queden obsoletos frente a los problemas que surgen. Si a ello le unimos el hecho de que cada uno de los denominados “servicios” tienen en la actualidad su propia regulación y que, además, esta regulación se duplica al aparecer la figura del intermediario, (dada la existencia de un doble contrato o relación, la del intermediario respecto al servicio que se deberá prestar y la relación y contrato entre el consumidor y el intermediario), se hace, a nuestro parecer, claramente necesario un estudio de estas múltiples situaciones y una clarificación sobre su ubicación en la regulación existente o la creación de una regulación específica sobre la materia.

El hecho es que muchas de las llamadas figuras civiles clásicas, como podría ser el contrato de mandato o el arrendamiento de servicios, acaban perdiendo vigencia frente a estas situaciones, y que tampoco en otras especialidades, como el derecho mercantil se le ha encontrado una solución clara, provocando la aparición de figuras afines que intentan dar solución a este problema, como podrían ser los contratos de agencia, franquicia o distribución, que no hacen sino más que complicar la posterior relación que aparece entre el intermediario y el consumidor, siendo este el “perjudicado” final. Pero, sin duda, esta legislación ha sido necesaria dada la falta de una regulación civil adecuada para dar cabida a tales situaciones.

Viendo además las últimas Directivas aprobadas y los estudios iniciados en el seno de la Unión Europea es evidente el esfuerzo realizado para intentar dar solución a las diferentes situaciones surgidas en los distintos Estados, que no es otro que el de hallar una regulación que consiga abarcar un amplio espectro de soluciones que permitan un desarrollo sin barreras del mercado europeo.

## **1 ÁMBITO DE ESTUDIO**

Tras un inicial planteamiento de la cuestión, determinamos que el objeto de nuestro estudio debía bascular entre dos ámbitos, la figura del intermediario por un lado, y el vínculo entre este y el consumidor.

Respecto al primero de los ámbitos, el del estudio de la figura del intermediario, era necesario estudiar tanto su naturaleza jurídica como su calificación legal, tal estudio nos debería permitir valorizar la posibilidad de unificar su definición, unificación pretendida en aras de establecer un marco legal común a todos aquellos sujetos que abarcase dicha definición. Y en caso que la conclusión derivase en una imposibilidad jurídico-material de obtener una regulación unitaria, dado la gran diversidad de intermediarios y materias existentes, intentar alcanzar una calificación y ordenación de los mismos.

En el segundo de los ámbitos, el estudio del vínculo entre intermediario y consumidor, hemos pretendido abordarlo de inicio como un contrato y como la interpretación del mismo y como éste se ve limitado o influenciado por el contrato inicial existente entre el intermediario y la empresa. Teniendo en cuenta la actual regulación de protección de los consumidores y como esta puede llegar a introducirse en el contrato del intermediario limitando su actuación y aumentando su responsabilidad.



La finalidad pretendida con este estudio no ha sido otra que la de analizar alguno de los campos donde interviene el intermediario en la actualidad y valorar la necesidad o no de una regulación común de la figura del intermediario, en base a su cualidad común de figura mediadora en el proceso contractual.

## **2 MÉTODO DE ESTUDIO**

Para poder alcanzar estos objetivos hemos llevado a cabo un estudio profundo sobre la actual regulación existente, en todos los niveles legislativos, sobre la materia y su impacto directo e indirecto tanto sobre la figura del Intermediario como sobre los consumidores.

Para poder analizar de un modo exhaustivo la situación jurídica existente en nuestro entorno, hemos llevado a cabo un estudio comparativo adquiriendo el análisis de la doctrina ha tenido un papel relevante, centrándonos siempre de un modo más detallado en la doctrina de los juristas italianos.

Una de las dificultades con la que nos encontramos al abordar este trabajo, es la escasez de bibliografía acerca de la materia de estudio. En efecto, si bien había referencias bibliográficas al contrato de mandato, al de servicios o al de corretaje, no sucedía lo mismo en muchos otros de los ámbitos quizás debido a la falta de regulación de la intermediación. Sucedió todo lo contrario con la bibliografía italiana. Como podrá fácilmente observarse, hemos manejado en abundancia la doctrina italiana, lo que nos permitirá realizar una aproximación a fórmulas legislativas que eventualmente podrá adoptar nuestro legislador.

En lo referente a los materiales e información obtenidos en nuestro Estado, hemos valorado y analizado las distintas soluciones que nuestra jurisprudencia ha aportado

---

hasta el momento, ante controversias que versaban sobre dicha figura jurídica, obteniendo con ello aspectos como la calificación que se le otorgaba o a que regulación se le asimilaba.

En cuanto a la metodología hemos optado por una sistematización de la información recopilada: regulación, jurisprudencia y doctrina, tanto la estatal, la Europea, como la italiana. La finalidad es ordenar los conocimientos, hasta ahora dispersos, sobre la materia de la intermediación para así llegar a la obtención de unas conclusiones. Además el uso del método intuitivo, junto con el científico y el sistemático, nos han permitido, tras la comprobación de nuestra investigación, encontrar una respuesta idónea a la problemática existente y encontrar, así mismo, aquellos signos de conexión entre todo lo estudiado que nos facilite el desarrollo de una nueva teoría jurídica.

### **3 ESTRUCTURA DEL TRABAJO**

El núcleo de nuestro trabajo se estructura en esta introducción y cuatro capítulos. En el índice hemos querido incluir, además del desarrollo del ámbito de estudio y la metodología, un inciso en la aproximación histórica a la figura de la intermediación, para demostrar cómo nos encontramos ante una figura con un largo recorrido temporal, que siempre ha incidido en el marco de las relaciones jurídicas y que nunca ha encontrado un claro reflejo en un tipo contractual ni en la legislación.

Finalizado el comentario histórico-introductorio hemos pasado a desarrollar el cuerpo de nuestro estudio. En el primer capítulo hemos pretendido desgranar la figura de la intermediación. Partiendo de la concepción lingüística de la palabra y pasando por las distintas acepciones que podemos encontrar en una serie de fuentes documentales, en su gran mayoría normas jurídicas, hemos plasmado el concepto de la intermediación. Pero no solo hemos determinado su contenido conceptual sino que hemos analizado también

en este capítulo la estructura de la intermediación. Comenzando por los sujetos que intervienen en una relación de consumo, incidiendo en aquellas realizadas a través de intermediario, continuando por los denominados empresarios o comerciantes y por último centrándonos en el núcleo de las relaciones en estudio, los intermediarios y la función que realizan. Hemos determinado cuales son considerados objetos de la actividad, y al entrar a analizar alguna de las normas más actuales, como el Codi de Consum de Catalunya, hemos podido apreciar que frente a la intermediación estamos ante una pluralidad de actuaciones, que dependen en todo momento de la pretensión de las partes. Concluimos el capítulo con un análisis de las actividades de la intermediación en sentido amplio y en sentido más concreto.

Para el desarrollo del segundo capítulo nos vimos en la tesitura de tener que descartar algunas de las relaciones de consumo para no dispersar en exceso nuestro estudio. Actualmente, y sobre todo con el aumento de las operaciones a través de las plataformas digitales y tras la liberalización de los sectores de las energías, la figura del intermediario está presente en un gran número de actos, esta situación nos llevó a tomar la decisión de delimitar el alcance de nuestro estudio a unas relaciones en concreto. La intermediación inmobiliaria, la contratación de viajes, los servicios financieros, la contratación de seguros y los servicios de telecomunicaciones han sido los escogidos. A lo largo del capítulo analizamos su regulación (en el caso de alguno de ellos, sus normas deontológicas aprobadas por sus Colegios profesionales) incidiendo, evidentemente, en aquellas partes relacionadas directamente con las figuras asimilables a la intermediación, la pretensión de este análisis es determinar los nexos de unión de las distintas figuras jurídicas. Relevante es la incidencia del RD 39/2010 en el impulso de las normas Autonómicas reguladoras de las agencias de viajes<sup>2</sup>; también lo fue en el

---

<sup>2</sup> Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio. Publicado en el BOE núm. Núm. 30 de 4 de febrero de 2010. La aprobación por el Estado de este RD es un pleno reconocimiento, a nuestro parecer, de la competencia plena de las Autonomías en el control y acceso a la actividad turística.

---

campo de la intermediación inmobiliaria el RDL 4/2000 y la Ley 10/2003<sup>3</sup>. En el sensible sector de los servicios financieros es en el que hemos encontrado una mayor incidencia legislativa, sobre todo desde la Unión europea<sup>4</sup> y su reflejo en la regulación estatal, la más reciente la Ley 16/2011<sup>5</sup>. Los Seguros ha sido uno de los campos escogidos por que ya desde su inicio legislativo se reconocía la importancia de la materia que trataba (el objeto contratado, la propia vida) y por ello su regulación era más controladora respecto a los sujetos que realizaban dicha actividad. Por último, entre diferentes posibilidades, escogimos la intermediación en las telecomunicaciones por su rápida extensión entre los consumidores y usuarios así como el elevado volumen de conflictos que generan estas operaciones<sup>6</sup>.

En el tercero de los capítulos hemos pretendido mostrar un aspecto general del contrato de intermediación, por ello nuestro estudio se ha centrado en aquellas tipologías contractuales que han dado cobertura a la relación de intermediación en algún momento, ya sea porque las partes han usado sus normas para desarrollar el vínculo contractual, o porque doctrina o jurisprudencia lo han considerado así. Analizamos contratos como el de arrendamiento de servicios y el de mandato, así como el contrato de comisión y

---

<sup>3</sup>Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes y Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes. Publicado en BOE núm. 121 de 21 de mayo de 2003. Con la aprobación de estas normas se liberalizaba el sector de la intermediación dando la posibilidad a que toda persona física o jurídica actuase en el mercado como intermediario, situación, que como se ha ido demostrando con posterioridad, alteró la seguridad jurídica de las relaciones con los consumidores, siendo necesaria una posterior modificación de esta situación con la aprobación de unas normas de control de la actividad.

<sup>4</sup>La última de las normas aprobadas ha sido la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

<sup>5</sup>Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, publicada en el BOE nº 151 de 25 de junio de 2011.

<sup>6</sup> Hemos de aclarar que no se encuentra jurisprudencia abundante sobre esta materia por el bajo coste económico de las reclamaciones, esto ha provocado que la gran parte se resuelva a través de los Tribunales de arbitraje, sin coste para los consumidores.

---

agencia y hemos incidido en el contrato atípico de mediación y corretaje, por ser el referente más usado por doctrina y jurisprudencia. La pretensión de este capítulo es demostrar cómo cada uno de ellos tendría pleno sentido como contrato de intermediación, dependiendo de ante qué acto de intermediación o ante que intermediario nos encontremos, pero que ninguno de ellos puede ser considerado como un único contrato de intermediación.

Por último el cuarto capítulo es la plasmación las conclusiones obtenidas durante la estancia de investigación realizada en Italia. Desde que en 1942 el legislador italiano desarrolló la *mediazione* en el cuerpo normativo del Codice civile italiano, tanto doctrina como jurisprudencia ha interpretado sus preceptos para adaptarlos a las situaciones que se iban produciendo, creando en muchas ocasiones discrepancias respecto a determinados aspectos, como podría ser la determinación de la mediación como de naturaleza contractual o su calificación como un simple acto.

Como hemos indicado ya y antes de entrar en el núcleo de la nuestro estudio hemos querido introducir una referencia a la relevancia en la historia del derecho de la intermediación.

#### **4 APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FIGURA DEL INTERMEDIARIO.**

La figura del mediador está estrechamente vinculada al desarrollo comercial<sup>7</sup>. De hecho el desarrollo comercial, a lo largo de la historia, se pudo dar gracias a la función que desempeñaban y que ha facilitado la realización de diferentes negocios jurídicos, tanto

---

<sup>7</sup> Como destaca BRUTTI, V. *Mediazione*, Enciclopedia del Diritto, 26 (1976) pp 12-32, p.12.) tal institución, es la protagonista de una función económica, ya que colabora en el movimiento complejo de agregación y expansión del mercado, el mediador aparece en toda su evolución como un “auxiliar del cambio”, esto es, como aquél que pone en relación a dos o más personas para la celebración de un contrato o cualquier otra operación económica, que favorece la actividad comercial y por eso es retribuido

---

---

públicos como privados. La figura del corredor o mediador, entendido como quien pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio jurídico, se pierde en los orígenes del comercio<sup>8</sup>.

Dada su identificación con la figura actual del mediador, y a pesar de la escasa documentación que sobre esta figura tenemos, destacamos, en el derecho romano, la figura del *proxenetae*<sup>9</sup>, en tanto que mediadores que actuaban dentro del ámbito familiar

---

<sup>8</sup>Se habla de ellos por primera vez en Babilonia, en el antiguo reino de Caldea (2000 años aC), se han encontrado referencias de esta figura en el código de Hammurabi, pero los historiadores consideran que su función era más la de un traductor en las operaciones de comercio que la de un auténtico mediador comercial, es decir intermediaba para que se entendiesen en las palabras más que no en el negocio en sí.

Así que, dejando aparte esta reminiscencia histórica, es en la antigua Grecia donde encontramos realmente una figura afín, la figura de los *proxenetae*. El término *proxenetae* procede etimológicamente de la voz griega προξενεω, que a su vez proviene del verbo προξενεω, cuya traducción es “interpretar o conciliar” y que nos hace pensar en la función que se les otorgaba a los mediadores en la época, interpretar y conciliar la voluntad de las partes, GARRIDO ARREDONDO, J. “Mediación y mediadores en el tráfico jurídico romano”. *Anuario de Historia del Derecho Español* - Núm. LXXII, Enero 2002. Pág. 410.

En la antigua Grecia estas figuras eran empleados del Estado o estaban autorizados por él, para la interrelación comercial entre los ciudadanos (Esa tarea de interpretar y conciliar es la propia del proxeneta, en la antigua Grecia él era una figura que era utilizada en el ámbito de la hospitalidad, era el sujeto, que designado por el Estado, tomaba a su cargo, en una ciudad, la guarda de los intereses de los ciudadanos de oreá, funcionando como una especie de oficina de intereses, tanto en el terreno político, económico como jurídico, aunque su mayor actividad era en la conclusión de matrimonios. GARRIDO ARREDONDO, J. “Mediación y mediadores en el tráfico jurídico...” cit.sup., Págs. 412-413).

Esta figura se trasladó a la antigua Roma a comienzos del Imperio, se puede llegar a esta conclusión no solo por la similitud lingüística de la palabra utilizada tanto en Grecia como en Roma sino por su función, la de interpretar y conciliar voluntades. Recogida por la sociedad romana. Poco a poco evolucionó hasta volver al tráfico entre particulares y llegar a ser reconocido como un acto mercantil, la comisión, y regularse en el Código de comercio de 1829 (que recogió la figura en el Título que trataba “De los comisionistas” (artículos 116 a 172), basándose en las Ordenanzas de Bilbao de 1737. LEIÑENA, E. y IRÁKULIS, N. “Origen de la comisión mercantil”. En *El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil y el mandato en el derecho de obligaciones y contratos*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid., Junio 2008, pág 28. Perdiendo estos caracteres que con posterioridad y poco a poco se pretenden recuperar, centrándonos más en la figura de la persona que lleva a cabo los actos para determinar su calificación y no en el acto en sí, como hace el derecho mercantil. En la actualidad dependerá de si estamos ante una actividad civil o un acto de comercio de carácter mercantil para que hablemos de una figura regulada bajo la normativa mercantil o bajo la civil.

<sup>9</sup> A pesar de que en las fuentes romanas no hay una mención de figuras idénticas a la del intermediario, sí que podemos encontrar referencias a figuras similares, un ejemplo de ello es la figura del *proxenetae*. Aunque no sepamos de ella a través de la existencia de normas, y que las primeras referencias aparecen tardíamente, en la época del Principado y que no llegaron a regularla suficientemente, es gracias a la mención a las funciones que llevaban a cabo los *proxenetae* que sabemos de su existencia (Son diversas

facilitando la concertación de matrimonios<sup>10</sup>, aunque para algunos autores estamos ante una figura claramente comercial<sup>11</sup>.

---

las fuentes del mundo romano donde se contemplan y que proporcionan datos sobre su actividad y consideración en el mundo romano. De modo directo la encontramos en textos jurídicos tales como en el Digesto, en él existe un título específico donde se analizan cuestiones relativas a los proxenetes y a la actividad que realizan, D.50, 14, *De proxenetis*: fragmento de Ulpiano, *Proxenetica iure licito petuntur (Ulp. 42 Sab.)*; En la Constitución Imperial de Justiniano (Título I libro V), bajo una rúbrica general *De sponsalibus et arrhis sponsalitiis et proxenetis*. Así mismo se hayan menciones en obras literarias como en la *Epistulae ad Lucium* de Seneca y en los *Epigramas* de Marcial. GARRIDO ARREDONDO, J. *Mediación y mediadores en el tráfico jurídico...* cit. Pág. 408. También SAMPONS nos remite a diversos textos romanos, entre ellos el Digesto cuando asimila el contrato de corretaje a algunas figuras del derecho romano, entre ellas el *proxenetae*, o al mediador en SAMPONS SALGADO, M. *El contrato de corretaje*. Pág.21. Ed. Montecorvo. Madrid 1965).

De la lectura de estas fuentes es de donde podemos extraer que los primeros *mediadores o proxenetae* actuaban dentro de ámbito familiar poniendo en contacto a diferentes familias romanas para así concertar matrimonios; con el tiempo y debido a la expansión del Imperio romano, se hará necesaria la creación, o bien el reconocimiento (si consideramos que de algún modo ya existía la figura del mediador) de mediadores profesionales que llevasen a cabo una labor económica en el tráfico mercantil, dada la gran distancia del Imperio y la diversidad de sus pueblos, costumbres y lenguas. Se podría comparar, llegando incluso a confundirnos, la figura del *proxenetae* con la figura del mandato o la del arrendamiento de servicios, pero aunque entre todas ellas hay similitudes, podemos decir que la asimilación de unas con otras no existe. Respecto al mandato, visto como el encargo del mandato al mandatario para que desarrolle una determinada actividad, la distinción existe en que el mandatario realiza el negocio en nombre del mandante, interviniendo directamente en el negocio, mientras que el *proxenetae* solo media en la operación, recomendando a una u otra parte la realización del negocio, sin intervenir directamente en él. El mandato es imperativo y el consejo del mediador facultativo, en GARRIDO ARREDONDO, J. *Mediación y mediadores en el tráfico jurídico...*cit. Pág. 422).

Pero la discusión sobre su confusión existe porque la figura del *proxenetae*, como hemos avanzado, no sale en los textos romanos hasta época tardía lo que denota que hasta su consolidación en el tráfico jurídico como mediador, eran los mandantes los que realizaban todas las gestiones del negocio, incluidos los actos preparatorios de búsqueda del cliente o interesado. En lo que parecen coincidir ambas figuras en sus inicios es en el carácter gratuito de la misma, obteniendo con posterioridad *salarium* el mandatario, por las molestias ocasionadas en la gestión, y regalo o, equivalente en forma, *honorarios*, el mediador por las suyas, llegando incluso con el tiempo a considerarse correcto y legal cobrar por mediar. El cobro de honorarios por mediar estaba, en algunos casos, regulado y limitado, sobre todo en la mediación en caso de matrimonios. Sobre la asimilación de la figura del *proxenetae* con la del arrendamiento de servicios, hayamos su distinción, como ya apuntábamos en el párrafo anterior, en el hecho de que el arrendador cobra unas *merces* por sus servicios mientras que el proxeneta recibe por los mismos lo que se denomina un regalo. Otro de los rasgos que distinguen ambas figuras, es el hecho de que la actividad consistente en la búsqueda de un posible contratante no era objeto de arrendamiento en el tráfico jurídico romano.

---

<sup>10</sup> DOMINGUEZ TRISTAN, P. “Una aproximación a la figura del *proxreneta* a tenor de D.50, 14 y su proyección al derecho actual”. En BELLO RODRÍGUEZ, S. y ZAMORA MANZANO, J. L. (Coords.) *El derecho comercial, de Roma al derecho moderno* Vol. I. Ed. Universidad de las Palmas de Gran Canarias, Servicio de publicaciones. Febrero 2007, pág. 258: “El vocablo proxeneta no sólo designa al intermediario entre las partes, sino también al que media en las relaciones privadas que son ajenas al ámbito comercial. .../... en época postclásica el término apunta a la persona que media para conseguir

---

Otra de las figuras que revisten interés es la figura del mandato<sup>12</sup>, y su carácter no negocial y gratuito, vinculado a la relación de confianza y amistad. Jurídicamente hablando el mandato tenía inicialmente, como decíamos, carácter gratuito y era confiado a miembros del entorno del *Pater familias*, quién confiaba en estos para que actuasen en su nombre en determinados actos jurídicos, incluidos los actos de comercio. Posteriormente se llegó a reconocer la posibilidad de que el mandato fuese remunerado, pero no como pago por la actividad sino en agradecimiento por la misma, así que lo que recibía el mandatario eran *honorarium* por su labor, distinguiéndolo así de los *merces* que se cobraban por llevar a cabo un arrendamiento de servicios. Este criterio ha

---

favores sexuales. Prescindiendo de aisladas referencias, las únicas disposiciones sobre el *proxeneticum* y la actividad de los *proxenetae*, se encuentran en los 3 fragmentos del libro de ULPIANO que configuran el título 14, De *proxenericis*, del libro 50 del Digesto”.

<sup>11</sup> PIQUER MARÍ, J.M. “Algunas consideraciones acerca del mediador comercial o *proxeneta* en el pensamiento de Ulpiano”. En *El Derecho comercial, de roma al derecho moderno* Vol. II Coordinadores Bello Rodríguez, S. y Zamora Manzano, J.L. Ed. Universidad de las Palmas de Gran Canarias, Servicio de publicaciones, febrero 2007. (Pág. 691 y ss.) “puede señalar que el *Proxeneta* es una figura comercial que se dedica al comercio al por menor y que actúa intermediando entre dos personas con el fin de que estas concluyan un negocio, sea de préstamo, compra venta u otra transacción comercial. Su finalidad, no es la de concluir negocios, sino la de realizar una oferta negocial que pudiese interesar a las partes, Por tanto, jurídicamente se regula mediante contrato de arrendamiento de obra, pues no trabaja por días sino por resultado. Como consecuencia de ello, Ulpiano le reconoce la capacidad para reclamar el *Proxenticum* cuya cuantía debe ser proporcional al negocio siempre y cuando las partes lleguen a concluir dicho negocio y mediante la acción de locación”.

<sup>12</sup> Indica SAMPONS SALGADO que la figura del mandato tal y como se conoce hoy en día tiene su nacimiento en el derecho romano, ya que en Egipto solo el mandato judicial tuvo considerable importancia y en Grecia aunque se encuentren ejemplos explícitos de mandato, no hay ni normas ni reglas jurídicas fijas y exactas que lo regulen, de manera que era admitido pero no conocido, en SAMPONS SALGADO, M. *El mandato*. Ed. Ánfora. Barcelona.1964. Pág. 6.

Se considera que apareció el mandato en Roma en el primer tercio del siglo séptimo, pudiéndose constatar su existencia en algunos textos de los pretores, basándose su contenido en la lealtad y la buena fe, de carácter gratuito, basado principalmente, en la relación de amistad con la que guarda relación y en la que se funda de inicio LACRUZ BERDEJO, J. L. *Derecho de obligaciones II Vol. 2º Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*. Pág.208., Esta afirmación está acompañada por el hecho de que en la vida social romana, basada en un orden jerárquico, quedaba todo bajo la patria potestad del *paterfamilis*, y no se buscaba la ayuda de extraños fuera de este ámbito para llevar acabo ningún tipo de gestión, fue el avance del Imperio y el aumento de las relaciones sociales por el aumento del comercio, lo que hizo necesario la solicitud, primero a miembros de la familia, y luego a amigos, de la realización de determinados actos de comercio . Así podemos observar que el término *mandare* deriva de *manum dare* o *in manum dare* que en latín significa confiar una cosa a alguien, dar un encargo.



perdurado en el tiempo, en el actual Código Civil, aunque se reconoce la posibilidad del mandato remunerado, la figura se constituye gratuita de inicio, art. 1711 y se reitera a lo largo de su regulación, ejemplo de ello es el art. 1721, para SAMPONS<sup>13</sup> la facultad de sustitución que otorga este precepto al mandatario es lógica si admitimos que el mandato es gratuito.

Además del carácter de la gratuidad, el *mandatum* era un contrato consensual, bilateral imperfecto, por el cual una de las partes se obliga a efectuar el encargo o la gestión encomendada por otra y que atañe al interés de éste o de un tercero, y sobre todo no tenía carácter representativo, mandato y representación tienen carácter unitario, de modo que no actúa el mandatario *en representación de*, sino que *actúa como tal*. Según SAMPONS<sup>14</sup>, la exclusión absoluta de la representación estaba motivada por el orden familiar romano, de modo que cuando los hijos o esclavos adquirían cualquier cosa, lo hacía de derecho, el *paterfamilias*, de manera directa, pudiéndosele reclamar a él. El carácter no representativo del mandato en derecho romano también ha sido reconocido por los mercantilistas<sup>15</sup>

Será en la Edad Media cuando los mediadores de comercio adquirirán el carácter de oficial público, siendo necesaria su intervención y firma en las transacciones comerciales que se lleven a cabo en algunas ciudades, para que estas tuviesen validez, la elección de aquellos que debían actuar como mediadores quedaba en manos del alcalde, en una primera época o de todo el concejo más adelante<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> SAMPONS SALGADO, M. *El mandato*. Ed. Ánfora. Barcelona.1964.. Ob. Cita.supra. Pág. 129

<sup>14</sup> SAMPONS...ob. cit. Supra. Pág.217.

<sup>15</sup> LEIÑENA, E. y IRÁKULIS, N."Origen de la comisión mercantil". En *El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil y el mandato en el derecho de obligaciones y contratos*. Pág.28. Ed. Dykinson, S. L., Junio 2008.

<sup>16</sup> Prueba de ello son, por tomar algún ejemplo, las citas que podemos hallar en diversas Ordenanzas y fueros municipales (Entre otros estudios sobre la institución de los antiguos intermediarios y corredores en España: MÓRAN MARTÍN, R. *Instituciones de derecho mercantil* (Tema 15) "Historia del Derecho

---

---

Como decíamos no se trata de una figura de reciente creación sino que puede afirmarse que, aunque no exactamente como la conocemos hoy en día, existió en la antigüedad, y aquella figura o figuras equivalentes (el mandato, el *proxenetae*, y otras)<sup>17</sup>, tampoco fueron reguladas de manera expresa, sino solo mencionadas en los textos de cada época concreta. A pesar de ello la figura del intermediario, ha ido evolucionando y adaptándose al paso del tiempo y a las nuevas circunstancias sociales, comerciales y políticas<sup>18</sup>. A pesar de su continua y constatada existencia y su clara utilidad en el entramado mundo de las relaciones comerciales y privadas, no ha podido alcanzar nunca una clara definición ni regulación.

---

Privado, Penal y Procesal”. Tomo II. Parte práctica (2005) Ed. Universitas, SA. Texto N.º. 295” *Así pues, el juez y el alcalde nombren vendedores públicos de las cosas que se vendan, lo que comúnmente se denominan corredores, y que sean jurados y que sean fieles en todas las cosas, tanto de los ricos como de los pobres, tanto de los cristianos como de los judíos o de los sarracenos*” (Fuero de Teruel, 79, traducción). AZNAR VALLEJO, E. “Los corredores de Lonja en la Sevilla bajo medieval”. *Historia, instituciones, documentos*. 2004. N.º.31. Págs.41-49), a los que se les da un valor muy importante en el orden del comercio a los corredores o intermediarios de lonja, a los que se les exigían determinados requisitos, como ser vecinos de la ciudad no extranjeros, no poder comercializar los productos sobre los que mediasen, etc...., para poder actuar como tales. Su existencia en el tráfico comercial con carácter público o con autorización de los poderes públicos se alargó en el tiempo, son conocidas las subastas de pesos y medidas de los pueblos, enseres que eran necesarios en las transacciones económicas de la venta de los productos agrarios entre el agricultor y el comerciante, así en cada municipio el consistorio subastaba los pesos y medidas para que aquel que más pagara por ellos fuera el encargado durante ese año de controlar las transacciones.

<sup>17</sup> Entre otros podemos hallar diferentes menciones de estas figuras jurídicas en los textos de GARRIDO ARREDONDO, J. “Mediación y mediadores en el tráfico jurídico romano”. *Anuario de Historia del Derecho Español* - Núm. LXXII, Enero 2002. MÓRAN MARTÍN, R. *Instituciones de derecho mercantil* (Tema 15) “Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal”. Tomo II. Parte práctica (2005) Ed. Universitas, SA. SAMPONS SALGADO, M. *El contrato de corretaje*. Ed. Montecorvo. Madrid 1965.

<sup>18</sup> GARRIDO ARREDONDO, J. “Mediación y mediadores en el tráfico jurídico romano”. En *Anuario de H.º del Derecho Español*. N.º. LXXII. Enero 2002 Pág.410 y ss. Realiza un exhaustivo examen de la importancia de los mediadores en el desarrollo del comercio durante la época del derecho romano y los inicios del derecho mercantil español. AZNAR VALLEJO, E. “Los corredores de lonja en la Sevilla Bajo medieval” en *Historia, Instituciones, Ob. cit.* Entre otros, este artículo demuestra la existencia de la figura de los mediadores, su regulación, según la ciudad donde mediaban, derechos y prohibiciones, como ejemplo decir que los corredores eran nombrados en unos inicios por el alcalde y posteriormente por el concejo de la ciudad

En la actualidad existen determinadas profesiones, que calificamos como de mediadores o intermediarios, que sí gozan de una regulación, aunque esta es de carácter administrativo, de tipo reglamentario<sup>19</sup>.

En el ámbito de regulación del derecho privado, en el derecho Mercantil, hallamos unos intentos de reconocer y plasmar la figura del Mediador, concretamente del mediador de comercio. Prueba de ello es la regulación de la figura citada en el Código de Comercio, en los artículos 88 y siguientes, de manera tanto directa como indirecta; también se reconocen trazas de la figura del mediador o intermediario a través de la regulación que se lleva a cabo del comisionista<sup>20</sup>, Art. 244 y siguientes del C.Com.

Es evidente que tras nuestra investigación trataremos de afirmar que no existe una regulación jurídica unitaria de la figura del intermediario, pero intentaremos, tomando como punto de partida, la definición que sobre él nos da, el Diccionario de la Real Academia de la lengua, algunas definiciones legales y otros aspectos de distintas regulaciones, sobre actos de intermediación que podemos extraer de diversas normas, dar forma a una posible definición común.

---

<sup>19</sup> Un ejemplo claro de ello es el Real Decreto de 4 de diciembre de 1969, por el que se aprueba el Reglamento de los Colegios oficiales de Agentes de la Propiedad inmobiliaria y su junta central. Derogado, excepto el Art. 1, que es el utilizado en nuestro texto, por el Real Decreto 1294/2007, de 28 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Consejo General.

<sup>20</sup> El Código de comercio en sus artículos 244 y siguientes no habla en sí de un intermediario sino que equipara la figura allí regulada con la del mandatario del Código Civil, artículos 1709 y siguientes del Código Civil), con la salvedad que para poder hablar de un mandatario comisionista, debemos estar ante un comerciante que lleva a cabo actos de comercio, en cuyo caso se le aplicarían las normas del C.Com., en lugar de las del CC. Pero de la lectura del articulado se puede deducir que el comisionista que no contrata en nombre propio actúa como un intermediario que por encargo asesora y busca el mejor contrato cobrando por todo acto que realice y que tenga como finalidad este contrato, siempre si actúa según la diligencia que de él se espera.

---

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua<sup>21</sup> habla del intermediario como la figura que media entre dos o más personas, especialmente entre productor y consumidor de mercancías. Es importante evidenciar que, en esta definición, se considera intermediario a quien media en el tráfico comercial, entre un productor y un consumidor, situándolo de este modo en las relaciones de intermediación que se llevan a cabo en el comercio y no entre particulares. Como consecuencia de ello parece claro su carácter comercial, al definirlo, de manera concreta, como alguien que media entre el productor y el consumidor.

La definición de la palabra omite, evidentemente, aspectos relevantes de las características que, en la actualidad, se exigen a un intermediario de comercio, así rasgos como la independencia, la remuneración, la responsabilidad, etc.... no son signos que identifiquen al intermediario según nuestros lingüistas, pero si son relevantes, creemos, para nuestros juristas y también deben serlo para todo aquel que requiera de los servicios de un intermediario en la realización de sus negocios.

Por todo ello y con la finalidad de delimitar el concepto jurídico de la figura del intermediario tomaremos como referencia, en primer lugar, aquellas normas de carácter reglamentario o de orden interno, que creemos están mucho más cerca, en la actualidad, de la relación jurídica de la intermediación en el ámbito comercial. Así por ejemplo nos adentraremos en la regulación de los intermediarios inmobiliarios, en ella se habla de la existencia de un intermediario porque actúa en calidad de mediador en operaciones de compraventa, alquiler, permuta o cesión de bienes inmuebles y que, además, este intermediario llevará a cabo las citadas actuaciones, entre otros, guardando los deberes de lealtad e independencia (actuará siempre en nombre y para una de las partes, salvo solicitud expresa de ambas) y llevará a cabo su actuación siempre por *encargo del*

---

<sup>21</sup> La definición que del intermediario da el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua es: *Intermediario/ria (De intermediar). I. Adj. Dicho de un proveedor, de un tendero, etc.: Que median entre dos o más personas, y especialmente entre el productor y el consumidor de géneros o mercancías. U. t. c.*

---

*cliente*<sup>22</sup>. Acudimos en este sector a la normativa deontológica del colegio porque debemos tener en cuenta que la norma de rango legal que regula las operaciones en el sector inmobiliario<sup>23</sup> no describe al intermediario sino que se limita a enumerar aquellas funciones que puede llevar a cabo, es por ello que en este campo contractual nos veamos obligados a acudir a normas de rango no legal para extraer de estas aquellas características que nos resultan relevantes de la figura del intermediario.

Otro campo normativo que permite obtener datos suficientes para poder dar forma a nuestra definición es el de la contratación de seguros, de la distinción que en la norma se hace sobre las clases de intermediarios de seguros existentes, ello nos da una imagen más amplia de esta figura jurídica, aunque evidentemente, tampoco aquí quedan cubiertos en su totalidad los caracteres reseñados.

La ley de mediación de seguros<sup>24</sup> distingue dos tipos de mediadores: los agentes de seguros, vinculados o no, (Art 9 y ss.) y los corredores de seguros (Art.26 y ss.)<sup>25</sup>, siendo estos últimos, por su definición, los que podríamos considerar intermediarios en sentido estricto, ya que conservan el carácter independiente que de ellos se espera;

---

<sup>22</sup> Código deontológico del Colegio de Agentes de la Propiedad inmobiliaria de Barcelona. *NOTA D'ENCÀRREC. L'agent de la propietat immobiliària no farà publicitat ni ofertes d'immobles, ni rebrà quantitats o formalitzarà amb tercers qualsevol contracte o precontracte sense la subscripció prèvia de la corresponent nota d'encàrrec, i no l'acceptarà si no té prou competència i capacitat per desenvolupar-lo. La nota d'encàrrec se subjectarà a les normes de la Llei del dret a l'habitatge que la regulen.*

<sup>23</sup> Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre (vivienda), por el que se aprueba el reglamento de los colegios oficiales de agentes de la propiedad inmobiliaria y de su junta central, regulando el ejercicio de la profesión. Derogado, excepto el Art. 1, que es el utilizado en nuestro texto, por el Real Decreto 1294/2007, de 28 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Consejo General

<sup>24</sup> Ley de Mediación de seguros y reaseguros privados 26/2006, de 17 julio de 2006.

<sup>25</sup> Art 26.1. Son corredores de seguros las personas físicas o jurídicas que realizan la actividad mercantil de mediación de seguros privados definida en el artículo 2.1 de esta Ley sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades aseguradoras, y que ofrece asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden la cobertura de los riesgos a que se encuentran expuestos sus personas, sus patrimonios, sus intereses o responsabilidades

mientras que el vínculo contractual que el agente tiene con la empresa aseguradora le impide actuar de manera imparcial, tan solo le podríamos reconocer esta capacidad al agente de seguros vinculado (Art 20 y ss.) dado que su contrato no es de exclusividad con una única compañía sino que puede suscribirlo con varias, adquiriendo un cierto carácter independiente al poder ofrecer al consumidor más de una opción.

Por último haremos una pequeña referencia a la figura del prestador de servicios de Internet, que también es considerado por la Ley como un intermediario, aunque su función es diversa de la del resto de intermediarios, además de mucho más complejas sus relaciones contractuales con el consumidor, relaciones que requerirían, necesariamente, de un estudio individualizado, por este motivo no haremos un estudio exhaustivo de esta figura y tan solo tomaremos de él aquellas nociones de su regulación que puedan resultarnos útiles para nuestra investigación. En la Ley 34/2002<sup>26</sup> se reconoce la existencia de figuras que actúan como intermediarios, y la semejanza que encontramos, entre estos y la figura estudiada, radica en que en el intermediario no crea (el intermediario de comercio no vende ni compra), solo facilita el acceso a la información creada por otros<sup>27</sup>, (el intermediario de comercio solo facilita la perfección de la operación que se quiere realizar). De nuevo encontramos una norma donde no se muestran los rasgos básicos de la figura del intermediario, aunque quizás en este caso

---

<sup>26</sup>Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. En el caso de los intermediarios en Internet les es de aplicación no solo esta normativa sino también le son aplicables la Ley general de telecomunicaciones y la ley de protección de datos personales, pero para llevar a cabo su definición nos centraremos en la primera de las normas mencionadas, que en su anexo da una relación de las definiciones de los conceptos mencionados en la Ley, para este caso concreto estaríamos a lo dispuesto en el apartado b). en ella se hace mención constante a la figura del “*prestador de servicios de intermediación*”, que son aquellos que facilitan la prestación o utilización de otros servicios de esta naturaleza, o el acceso a la información, siendo el nexo de unión entre los que editan los contenidos y aquellas personas que quieren acceder a los mismos siendo posible que la información que facilitan los terceros sea accesible.

<sup>27</sup> MARQUEZ LOBILLO, P. “Prestadores de servicios de intermediación: Algunas especialidades de su estatuto jurídico” en *Revista de Contratación Electrónica*, Núm. 88. Diciembre 2007.

concreto se deba a que estamos ante una actuación del intermediario muy diferente a la del resto de figuras afines.

## **CAPÍTULO I**

### **LA FUNCIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN**





## 1 CONCEPTO DE INTERMEDIACIÓN

Tal y como hemos indicado en la introducción, nuestra actual legislación no contiene una definición específica del concepto de intermediación, del intermediario<sup>1</sup> y mucho menos del posible contrato de intermediación. Por ello la configuración de un concepto unitario de intermediación deberemos buscarla acudiendo bien, a las definiciones que podemos encontrar en la normativa sectorial, bien acudiendo al derecho comparado, que en un modo mucho más extenso será el del derecho italiano; en este último caso haciendo uso tanto de la legislación como de la jurisprudencia o la doctrina. Gracias a la existencia de regulación de esta figura desde hace ya tiempo en Italia, la documentación consultada es muy nutrida e interesante.

Este vacío normativo no impide que podamos configurar el contenido de una relación de intermediación, comenzando, evidentemente, por los sujetos que forman parte de la misma. La particularidad de las relaciones de consumo requiere, necesariamente de un conocimiento no solo de los sujetos civiles de la actividad, es decir de los consumidores, sino que se hace necesario un conocimiento del denominado empresario por el Código de comercio. Esta dual situación conllevará la necesaria interacción de ambos derechos y del estudio de toda la normativa toda su normativa.

---

<sup>1</sup> Según la Real Academia de la Lengua intermediación es la: “*Acción y efecto de intermediar, (poner en relación a dos o más personas o entidades)* y del intermediario La definición que da el diccionario es: *Intermediario/ria (De intermediar).1. Adj. Dicho de un proveedor, de un tendero, etc.: Que median entre dos o más personas, y especialmente entre el productor y el consumidor de géneros o mercancías. Habla del intermediario como de la figura que media entre dos o más personas, especialmente entre productor y consumidor de mercancías. Es importante evidenciar que, en esta definición, se considera intermediario a quien media en el tráfico comercial, entre un productor y un consumidor, situándolo de este modo en las relaciones de intermediación que se desarrollan en el comercio y no entre particulares.*

---

## 2 LAS PARTES EN LA CONTRATACIÓN REALIZADA MEDIANTE INTERMEDIARIO: LAS RELACIONES DE CONSUMO

### 2.1 Los sujetos de la relación de consumo

Partimos de la base que en el contenido estándar de toda obligación o contrato se hace necesaria la existencia de dos partes contractuales<sup>2</sup>, pero si esta relación la ubicamos necesariamente dentro de la calificación de los contratos de consumo, será precisa la presencia de, como mínimo, un sujeto cualificado como usuario o consumidor como una de las partes contractuales; Usuario o consumidor que cumpla, necesariamente, con las características legalmente previstas para ser calificado como tal en esa relación obligacional concreta.

Esta situación, básica y necesaria, de las relaciones contractuales de consumo, se ve alterada en las relaciones de intermediación. En las relaciones de intermediación aparece un tercer elemento que, dependiendo del contrato ante el que nos encontremos, actuará en interés, e incluso en algún caso, en representación, de una de las dos partes o

---

<sup>2</sup> MALUQUER DE MOTES, C.J. *La relació jurídica obligacional*, Ed. Universitat de Barcelona. Barcelona. 2008. Pág.25, “*En el context de l’estructura de la relació jurídica obligacional hi ha dos elements: un objectiu i un de subjectiu. .../... El subjectiu és que la conducta com a tal porta en si la necessitat de posar en relació el subjecte passiu deutor amb el subjecte actiu creditor, de manera que es constitueix una relació de caràcter personal*”. LACRUZ BERDEJO, JL. (Dir.) *Derecho de obligaciones* Vol. 1º Parte general. Teoría general del contrato. Cuarta Edición. Revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández. Dykinson, Madrid 2007. Pág. 25. “*Los sujetos de la obligación son los titulares, activo o pasivo, de la relación jurídica obligacional*”. ALBALADEJO, M. *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones Vol. Primero. La obligación y el contrato en general*. Ed. José María Bosch. 9ªed. Barcelona Pág. 19. “*Los sujetos son las personas ligadas por el vínculo. Toda obligación requiere, por lo menos, un sujeto activo (acreedor) y otro pasivo (deudor)*”. Por otro ladoBADOSA, al discernir sobre la obligación como una relación jurídica, describe las dos posiciones jurídicas en ella existentes, la de deudor y la de acreedor. Pero para que podamos hablar de relación jurídica, exige además la existencia de una correlación entre ambas posiciones. BADOSA, F. *Dret d’obligacions*. Ed. Barcanova. Barcelona, 1990. Pág.37

---

incluso en ocasiones, de ambas partes contractuales. Además podemos llegar a afirmar que dicho elemento en sí mismo es parte, determinada y definida, en la relación jurídica que le une con aquella a la que esté representando.

Este matiz diferenciador de las relaciones de intermediación hace que sea plenamente relevante reconocer e individualizar cada una de las partes contratantes. De este modo podremos ubicar con mejor precisión la figura del intermediario y determinar si se encuentra de un modo más cercano al consumidor, o bien, decantado hacia la posición jurídica del empresario, o si bien podemos reconocer que se encuentra justo en la intersección de ambas relaciones sin posicionarse claramente hacia ninguna de ellas. Su posición influirá, de un modo relevante, tanto en la calificación del contrato existente entre este y las partes, como con su posible responsabilidad o no ante cualquier eventual irregularidad o incumplimiento contractual.

## **2.2 El consumidor o usuario. Elemento calificador de las relaciones de consumo**

Si tenemos en cuenta que es la parte calificadora de la relación de consumo, empezar nuestro análisis por dicha figura era inevitable. La noción de consumidor, es uno de los conceptos que, dada la complejidad de la naturaleza del derecho de consumo, debe ser puntualizada e incardinada en el contexto concreto que se esté analizando en cada momento, para así poder reconocer cuando estamos y cuando no ante un consumidor. Consecuentemente la misma noción legal de consumidor será la que nos deberá permitir delimitar el ámbito de aplicación de las norma de protección de los consumidores

La proliferación de la regulación normativa en materia de consumo, tanto a nivel estatal como a nivel comunitario ha provocado la también aparición de una pluralidad

---

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

de conceptos de la noción de consumidor y usuario que nos obliga a ser precavidos ante la aplicación de una sola de estas acepciones, además y tal y como señala BERCOVITZ<sup>3</sup>, es difícil hallar una definición general del concepto de consumidor desde el ámbito legal. Ello ha originado distintas definiciones de consumidor que si bien se asemejan entre ellas, no permiten extraer un único concepto. Esta dispersión de definiciones está siendo motivo de rectificación legal, que ya es efectivo a nivel europeo, con la aprobación de la modificación de la Directiva de protección de los consumidores<sup>4</sup>, y pronto lo será a nivel estatal<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO. A. “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios” en: *Estudios de Consumo*, nº. 3. Octubre 1984, pág. 11 a 35. *Para la atribución de derechos que puedan ser ejercitados individualmente ha de utilizarse una noción concreta de los consumidores. Decimos una noción concreta, porque no existe ni parece posible la referencia a una única noción de consumidores en sentido concreto a la perspectiva legal.*

<sup>4</sup> Cabe reseñar que desde la Unión Europea se persigue la simplificación normativa, no tanto de contenido como de dispersión de la materia, persiguiendo su concentración en un mínimo de normas, algo que queda latente en el Considerando número 7 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo: *Una armonización plena de determinados aspectos reglamentarios fundamentales debe reforzar considerablemente la seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes. Los consumidores y los comerciantes deben poder contar con un único marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regularán determinados aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores en la Unión. Como consecuencia de dicha armonización, deben desaparecer los obstáculos derivados de la fragmentación de las normas y será posible la consecución del mercado interior en este ámbito. Esos obstáculos solo podrán eliminarse estableciendo normas uniformes a escala de la Unión. Además, los consumidores deben disfrutar de un elevado nivel común de protección en toda la Unión.* Directiva que entre otros conceptos modificará e unificará la definición general de consumidor y usuario y la de empresario.

<sup>5</sup> El proyecto de Ley de modificación del TRLGDCU que traspone la Directiva 2011/83/UE prevé, entre otros aspectos, la modificación de la noción de consumidor y usuario, así como la de empresario. Disponible en la Web del Congreso, [www.Congreso.es](http://www.Congreso.es). Pero el legislador estatal lejos de asumir solamente la definición prevista en la Directiva, para así unificar criterios a nivel de todos los Estados de la Unión Europea. El texto modificará la noción de consumidor hasta ahora regulada, quedando tras su aprobación así: “Artículo 3. *Concepto general de consumidor y de usuario. A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, -son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.- Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o*

No sólo la existencia de multiplicidad de normas, sino que la propia evolución del Derecho de Consumo ha influido de manera directa en la calificación del consumidor, se ha pasado de una protección estrictamente centrada en la compraventa de productos entre un sujeto individual, un individuo, y el gran empresario, a una protección más extensa del “sujeto contratante” frente a cualquier tipo de contraparte, ya sea esta grande o pequeña, venda un producto o preste un servicio. No es tan importante el determinar la categoría o no del empresario, como una de las partes intervinientes, como apreciar con claridad a qué tipo de “sujeto contratante” se pretende proteger y hasta que límites alcanzará dicha protección.

Cada norma estudiada realiza una interpretación plenamente subjetiva del concepto de consumidor y usuario. De manera que quede limitando, el uso de dicha calificación, únicamente al ámbito de aplicación de determinada regulación. Con ello cada legislador en su momento pretendía alcanzar el objetivo previsto, dar la máxima protección jurídica a aquel elemento contractual que, la citada norma, considera consumidor en el contenido de su regulación. Este es el motivo de que existan tantas y tan variadas nociones de una misma posición jurídica.

### ***2.2.1 La necesidad de proteger al consumidor: primeros movimientos normativos***

A nivel internacional la primera actuación en protección de los consumidores la podemos encontrar dentro del ente internacional Naciones Unidas que a través de sus

---

*empresarial.” Del mismo modo el legislador modificará la noción de empresario quedando del siguiente modo: “Artículo 4. Concepto de empresario. A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.”*

---

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

órganos especiales, la FAO<sup>6</sup> y la OMS<sup>7</sup> inició la normalización internacional de la conducta que debía seguirse para que los consumidores estuviesen protegidos en ámbitos como la alimentación, los productos peligrosos, etc. Estas actuaciones podrían considerarse el inicio de la regulación en materia de reconocimiento de los consumidores.

A nivel estatal la protección del consumidor aparece con la Constitución del 78. En su artículo 51 establece la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores<sup>8</sup>. Esta mención constitucional relativa a la “obligación de garantizar”, ha sido la que ha motivado el surgimiento de innumerables regulaciones, tanto de carácter estatal, autonómico como local, que en búsqueda de una protección de los consumidores, provocan que sea necesario que en su contenido se lleve a cabo un desarrollo doctrinal relativo a la necesaria definición de la noción del consumidor protegido por la norma emanada, para así de este modo, al llevar a cabo la aplicación de la misma no nazcan dudas acerca de cuál es la máxima protección dirigida a la figura descrita en la regulación de la materia y cuál debe ser su alcance subjetivo.

#### ***2.2.2 El concepto de consumidor***

El concepto de consumidor ha ido evolucionando a lo largo de estos años. Desde una noción originaria y abstracta que abarcaba, de un modo evidente, a todo sujeto, a una mucho más concreta que, es la que ha provocado la multiplicidad de regulaciones y

---

<sup>6</sup>*Food and Agricultural Organization* (Organización para la Agricultura y la Alimentación).

<sup>7</sup>*World Health Organization* (Organización mundial de la Salud)

<sup>8</sup>Art. 51 CE. “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.

que permite hablar de la actuación del sujeto como sujeto individual que merece una determinada protección<sup>9</sup>.

El origen de la noción de consumidor está necesariamente vinculado al ámbito de la economía<sup>10</sup>, en el que se podía considerar al consumidor un mero adquiriente de bienes y servicios dentro del mercado, siempre que estos queden al margen de una actividad productiva, es decir que sea necesariamente el último sujeto de la cadena productiva<sup>11</sup>, incluso, tal y como cita en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada donde consta: “*calificación que la de consumidor; es decir, el que consume el "iter" económico de los productos o servicios que el mercado le ofrece*”<sup>12</sup>. Pero esta

---

<sup>9</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “El concepto de consumidor” en Manuales de formación continuada: Hacia un código de consumidor, ISSN 1575-8735, N.º. 34, 2005, Págs. 17-38.

<sup>10</sup> CASTAÑEDA MUÑOZ, J.E., “Nota breve sobre el concepto de consumidor” Cuadernos de Estudios Empresariales, Vol.12, pág. 316. “*El concepto de consumidor entendido este como la persona que consume, es un concepto económico, no jurídico, y tendría las siguientes características: 1º. estar en una situación de subordinación estructural en el mercado; 2º. tener una situación reactiva en éste; y 3º. ser dependiente de la oferta*”.

<sup>11</sup> Aspecto este utilizado por los Tribunales para negar al condición de consumidor Vid. SAP de la Coruña de 23 de marzo de 2007 (SAP 649/ 2007). “*el actor no es destinatario final del vehículo adquirido sino que el mismo se adquirió para la prestación de servicio de transporte a terceros, lo que excluye la aplicación de la ley con base en el numeral 3 del art. 1 de la mentada Disposición General*”. En una misma línea la STS de 16 octubre de 2000 (RJ 2000/9906) donde se citan, entre otras las SSTS de 17 julio 1997 (RJ 1997, 5759), de 17 marzo y 16 diciembre de 1998 (RJ 1998, 1351 y 9640) y de 18 junio de 1999 (RJ 1999, 4478).

<sup>12</sup> SAP de Granada de 16 de febrero de 2002 (CENDOJ. 131/202) “*que se ha de entender por consumidor; la noción del mismo. El artículo 51 de la CE., proclama que los poderes públicos garantizan la defensa de los Consumidores y Usuarios; término éste, el de Consumidor, que aparece en el artículo 1.1 de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General Para La Defensa De los Consumidores y Usuarios, y que enlaza, en su concepción, con una función social y económica. Socialmente, el consumidor es aquella persona que utiliza el valor de uso de una mercancía, y no el del cambio; esto es, no adquiere para lucrarse en una ulterior transmisión, sino para usar aquello que adquiere, sea una cosa, sea un servicio. Económicamente el consumidor, es aquella persona que adquiere bienes o utiliza servicios para satisfacer sus necesidades personales y familiares, en suma, domésticas. Ahora bien conviene aclarar, acudiendo a la noción de consumidor jurídico, que no es otro, que el que realiza el acto negocio jurídico de adquisición, y de consumidor material; que es el que lleva a cabo la utilización, uso o disfrute del bien, que los dos conceptos (el de consumidor jurídico y material), pueden no coincidir, lo que no empecé, en ambos casos, la calificación estudiada: la de consumidor*”

---



## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

noción económica fue rápidamente absorbida por la noción jurídica. A día de hoy y dada su elevada e importante interacción en ese mismo mercado, y el desequilibrio latente entre el consumidor y aquellos sujetos que aportan en él los bienes y servicios, ha sido necesaria la aparición de una vasta regulación para las relaciones que el consumidor mantiene tanto con los empresarios como con otros sujetos<sup>13</sup>.

Desde este punto de vista jurídico, podemos observar que el legislador, todo y la aparente existencia de un concepto generalizado de consumidor, ha utilizado la definición del mismo de un modo muy diverso, ampliando o reduciendo su ámbito de alcance. Así dependiendo del nivel de protección que le quería otorgar, estaba regulado en alguna de las normas sectoriales, en algunas a través de un concepto restringido de forma extrema<sup>14</sup>, mientras que en otros ámbitos este concepto se ampliaba de manera tal que llegaba a admitir a los empresarios como parte integrante del concepto de consumidor. Podemos llegar a pensar que uno de los motivos de la no existencia de un concepto unitario, se debe a la intención del legislador comunitario de regular cada sector según las necesidades de protección concretas del mismo<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> REYES LOPEZ, M.J. (Coord.) “La protección de los derechos de los consumidores” *Derecho Privado de consumo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, Pág.22. “*El aumento sin precedentes del consumo, consecuencia de un fuerte desarrollo económico, propició el nacimiento de un nuevo grupo social en el mercado, los consumidores, que se ha hecho merecedor de una política específica, ante la abundancia y complejidad crecientes de los bienes y servicios que le ofrece un mercado en expansión y que, al afectar a toda la población, plantea como una exigencia ineludible la elaboración por los poderes públicos de actuaciones sistemáticas con el fin de proteger a los consumidores*”.

<sup>14</sup> Esta situación es posible dado que en la propia ley se limita el uso de dicha acepción al ámbito de aplicación de la misma. Sin ir más lejos, el propio TRLGDCU tiene una definición amplia y general en su Artículo 3 pero en el mismo artículo reconoce dos excepciones, teniendo que acudir a la definición de consumidor que da en los libros tercero y cuarto. *Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario. A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.*

<sup>15</sup> PALAO MORENO, G. “La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo”, en REYES, MJ. (Coord.) *Derecho privado de consumo*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005 Págs. 73 y ss., “*la inexistencia de un concepto global comunitario no significa una total despreocupación por parte del*

---

Ha sido precisamente esta multiplicidad de definiciones existentes alrededor de la definición de consumidor, lo que ha provocado la aparición de una disparidad de criterios interpretativos. Los Tribunales también se han visto en la tesitura de tener que emitir sentencias de carácter interpretativo acerca del concepto de consumidor<sup>16</sup>, y sus resoluciones han permitido, en cada caso concreto, clarificar aspectos de interpretaciones ambiguas de las normas.

A modo de ejemplo mencionaremos las discusiones que giran, no solo a nivel Comunitario, sino también a nivel interior de las normas de cada Estado, en torno a la consideración o no como consumidor de determinadas personas jurídicas. A pesar de que a nivel general no están admitidas como consumidores en la normativa comunitaria, surgía una duda acerca de poder determinar si, ante determinadas relaciones contractuales, actúan como empresarios o si lo hacen como consumidores. Cabe señalar que, obviando otros elementos, al final el aspecto que adquiere una mayor relevancia y

---

*legislador comunitario, sino que tales aproximaciones han tenido un carácter puntual con relación a cada texto”*

<sup>16</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Asturias, de 7 noviembre de 2003 (JUR 2003/110722), en la que se determina aplicable la LGDCU a una empresa constructora por la compra de un vehículo porque su uso era personal y no como instrumento de trabajo. O el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 julio de 2010 (JUR 2010/387670) en el cual se consideró en un contrato de adquisición de vivienda consumidor al comprador al actuar en ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional ya que adquiere un producto, en este caso un inmueble, de quien lo produce y vende. (mencionar también entre otras, las SSAP de Madrid, de 20 de julio de 2005, de Jaén de 20 de marzo de 2007 o la de Barcelona de 11 de abril de 2006 y la de la Audiencia provincial de A Coruña, de 23 de marzo de 2007, en las que, en estos casos, se excluyen a las personas jurídicas del ámbito de aplicación de la Ley); Como clara referencia a ello Por su parte, la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 17 de julio de 1997, 17 de marzo de 1998, 16 de diciembre de 1998, 18 de junio de 1999 y 16 de octubre de 2000 han declarado que *"La Ley -art. 1 apartados 2 y 3 - excluye de su ámbito a quienes adquieren los bienes sin constituirse en destinatarios finales, para integrarlos en actividades empresariales o profesionales"*. En la STS de 28 febrero de 2002 (RJ 2002/2102) citaba que: *No se puede dejar de lado y resulta decisivo que la Ley de 19 de julio de 1984 en su artículo 1º-3, excluye de la condición de consumidores y usuarios a quienes no se constituyen en destinatarios finales y adquieren, entre otros, servicios con el fin de integrarlos en procesos de prestación a terceros"*.

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

que permite su calificación, es la constante referencia a la necesidad de que para ser considerado consumidor, ha de tratarse del “destinatario final”, que los bienes o servicios adquiridos por él, lo son solo para su uso personal, para un uso privado y no para formar parte de una unidad productiva.

Algunos autores, como CALAIS-AULOY<sup>17</sup>, realizan la calificación de consumidor a través de los actos que este realiza, si tal acto es de consumo estamos ante un consumidor. Para este autor en concreto, un acto podrá ser considerado de consumo, si es “*el acto jurídico que permite obtener un bien o un servicio con vistas a satisfacer una necesidad personal o familiar*”.

De una manera concreta podríamos hablar de dos posibles acepciones de la definición de consumidor. Una consideremos amplia, que nos abarca a todos los ciudadanos, porque todos podemos ser consumidores en un momento determinado. Todos podemos llevar a cabo actos que permitirían englobarnos dentro de la calificación legal del consumidor. Somos, tal y como citó KENEDY, consumidores en potencia<sup>18</sup>.

Otra acepción más restrictiva y estricta es aquella que se limita a admitir como consumidores a los que realizan actos de consumo. Aquellos sujetos que adquieren bienes o servicios para, tal y como hemos ido observando, otorgarles un uso de carácter privado. De las dos, esta última es la que mantiene una clara vinculación con el ámbito

---

<sup>17</sup> CALAIS-AULOY, J. Droit de la consommation, Dalloz, Paris, 2010 8ª edición, pág. 9.”... *le consommateur agit pour un usage personnel ou familial: acheter sa nourriture, se faire soigner, acheter un appareil domestique ou une voiture... voilà quelques exemples d’actes de consommation,...*”.

<sup>18</sup> “Ser consumidor, por definición, nos incluye a todos”... “somos el grupo económico más grande en el mercado, que afecta y es afectado por casi todas las decisiones económicas públicas y privadas... pero también el único grupo importante cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados”. La frase la enunció un 15 de marzo de 1962 el entonces presidente de EEUU, John Fitzgerald Kennedy ante el Congreso de los Estados Unidos.

---

jurídico. Pero tal y como venimos citando en los párrafos anteriores, todo y esta división, tampoco podemos encontrar una única acepción de la noción de consumidor en la regulación de consumo.

### ***2.2.3 El mapa normativo sobre la noción de consumidor en el Derecho Comunitario Europeo***

La noción de consumidor es uno de los elementos más relevantes del Derecho comunitario. La calificación del consumidor como parte débil contractual que debe ser protegida ha sido asumida de manera evidente por el legislador comunitario; prueba evidente de esta tendencia protectora es la extensa regulación que existe sobre la materia de consumo. Pero a pesar de ello existen divergencias sobre si esta regulación es suficiente, o al menos de si estamos ante una legislación adecuada.

A pesar que el término consumidor ya había sido tratado y reconocido con anterioridad por diferentes estados europeos, entre los que encontramos a Alemania<sup>19</sup>, Gran Bretaña<sup>20</sup> o Francia<sup>21</sup>, no se incluyó en el Tratado de Roma de 1957<sup>22</sup> una disposición que contemplase, de manera expresa, la protección de los consumidores. La

---

<sup>19</sup> La primera norma de protección de los consumidores publicada en Alemania fue la Ley contra la competencia desleal de 1909 (Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG)).

<sup>20</sup> En Gran Bretaña se habían dictado una serie de normas de protección de los consumidores, la *Consumer protection Act*, en 1961 la *Trade Descriptions Act*, en 1968 y la *Consumer Protection Act*, de 1971. Pero fue en 1973, cuando se creó la OFT (*Office of Fair Trading*) a través de la *Fair Trading Act* (Ley británica de prácticas comerciales justas y equitativas), donde se incluyó una definición de consumidor (sección 137-2).

<sup>21</sup> La Ley de 22 de diciembre de 1972, sobre la captación de clientes y la venta a domicilio (*loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972, relative à la protection des consommateurs en matière de vente et de démarchage à domicile*), fue la primera norma de protección de los consumidores que apareció en Francia.

<sup>22</sup> El Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la CEE, omite toda remisión a la figura de los consumidores, pero sí que hace referencia a la necesaria mejora de las “*condiciones de vida y de trabajo de los pueblos*” (art.3 del Preámbulo)

---

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

primera mención en una regulación comunitaria no se produjo hasta 1968, con la aprobación del Convenio de Bruselas<sup>23</sup>, en el que se introducía una denominación relativa a aquel que celebraba un contrato para un uso “ajeno a su actividad”. Esta postura fue la mantenida en la Convención de Roma de 1980<sup>24</sup>.

No fue hasta que a través de la aprobación del Acta Única de 1987<sup>25</sup>, cuando se introdujo en el Tratado el artículo 100A. Su contenido facultaba a la Comisión para que propusiese medidas adecuadas para la protección de los consumidores en el *Mercado Interior*, marcando como base, para toda regulación que se aprobase con posterioridad, un nivel de protección *elevado*. De este modo se sentaron las bases de lo que tendría que ser la posición de la Unión respecto a las relaciones en las que participasen o que afectasen a los consumidores. Pero de nuevo no aprovechaba el legislador comunitario, la oportunidad que se le brindaba de poder incluir en el texto una definición concreta de aquel sujeto que debía de ser considerado consumidor.

Posteriormente y a pesar de la aprobación de nuevos Tratados, en ellos no se hizo más que confirmar que se mantenía esta línea de reconocimiento de la figura del consumidor. Lo que seguía sin realizar el legislador comunitario, es el llevar a cabo una

---

<sup>23</sup> El art. 13 del Convenio de Bruselas de 1968, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se puede considerar la primera norma comunitaria que se refiere al concepto de consumidor. Constaba en él: “En materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada “el consumidor”.

<sup>24</sup> Art. 5 de la Convención de Roma de 1980 aplicable a las obligaciones contractuales. 80/934/CEE. “Artículo 5 Contratos celebrados por los consumidores 1. El presente artículo se aplicara a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros.”

<sup>25</sup> Acta única europea (AUE), firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986, que entró en vigor el 1 de julio de 1987, y que fue ratificada por España el 9 de diciembre de 1986. Reformó el Tratado de Roma en materia de mercado interior. Incluye en su art. 18: “La Comisión en sus propuestas...y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado”.

---

clara y concreta especificación de la definición de consumidor. Así se pasó por el Tratado de Maastricht (1992), el de Ámsterdam (1997), el de Niza (2003) y el de Lisboa (2007)<sup>26</sup>.

### 2.2.3.1 *El consumidor en el Derecho Derivado Comunitario*

En el derecho derivado comunitario encontramos una gran variedad de normas en las que reconocemos a una de las partes como consumidor. Su existencia provoca que el legislador comunitario deba prever normas relativas, bien a su definición bien a su protección, determinado el alcance de la misma. Podremos centrar nuestra atención en ellas y ver como se ven afectados y en que variados, desde la seguridad alimenticia<sup>27</sup> hasta la contratación de viajes<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Todos ellos introducen modificaciones en el Tratado constitutivo de la Unión Europea, ampliando competencias de los Estado, mejorando el mercado interior, la competencia judicial, las relaciones con los ciudadanos, y como venimos mencionando, reconociendo la existencia de la figura del consumidor y la necesidad de su protección. En el Tratado de Ámsterdam se modificará el Artículo 129ª enumerándose los derechos de los consumidores, Art. 129ª, "1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. 2. Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores. 3. Ú La Comunidad contribuir` a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante: a) medidas que adopte en virtud del artículo 100 A en el marco de la realización del mercado interior. b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros". Es en el tratado de Niza cuando en el Art. 153 se introduce la necesidad de garantizar dicha protección. "Art. 153.1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. .../..."

<sup>27</sup> Resolución del Consejo, de 19 de junio de 1979, relativa a la indicación de los precios de los productos alimentarios y productos no alimentarios de consumo corriente pre envasados en cantidades preestablecidas, publicado en el DOn°C163 de306.1979 p 1.

<sup>28</sup> Reglamento de la UE. n ° 1177/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento de la CEE n ° 2006/2004 Texto pertinente a efectos del EEE, publicado en el DOUE de 17.12.2010, Pág. 1/16.

---

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

Aunque es cierto que existe una gran similitud entre algunas de las afecciones previstas en las normas del derecho derivado, es también allí donde podemos encontrar una diversidad de definiciones que abarcan otros aspectos incluyéndolos en la noción de consumidor que tenemos en la Unión Europea.

De manera generalizada, la definición del consumidor está centrada y limitada a la persona física, y decimos de manera generalizada, porque a pesar de que la idea del legislador comunitario es de que sea así, que el consumidor sea siempre y únicamente una persona física, se ha visto obligado a ampliar el concepto de consumidor en función de la materia que se estaba regulando. De este modo podíamos encontrar, en la primera versión de la Directiva sobre tiempo compartido, que el legislador utilizaba la noción comprador en lugar de la de consumidor, quedando así su campo de actuación ampliado o provocando conflictos de interpretación sobre el mismo. Para evitar esta posible situación esta denominación fue modificada tras la aprobación de la nueva Directiva<sup>29</sup> sobre la materia. Se re direcciono la definición de consumidor hacia la línea mantenida de manera general por la Unión, la de persona física.

Otra regulación que se ve afectada por esta situación de proliferación de matices definitorios, es la Directiva que regula los viajes combinados<sup>30</sup>, el legislador incluyó en

---

<sup>29</sup>Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.” *Art. 1.f) “consumidor”*: toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión;”

<sup>30</sup>Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. “*Art. 2.4) Consumidor*: la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado (“ el contratante principal “), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado (“ los demás beneficiarios “) o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado (“ cesionario “).”

---

ella un concepto distinto de la definición de consumidor. Hablaba el legislador del “contratante principal”, o de “los demás beneficiarios” y de “al cesionario”, de este modo la calificación de consumidor se veía ampliada claramente, pudiendo ser protegido por la presente Directiva todo aquel que comprase o disfrutase del paquete turístico, sin entrar a valorar si era consumidor o no, y si lo era si estábamos ante persona física o jurídica. De este modo se está dando cobertura también a aquellos viajes que se llevan a cabo con motivos profesionales. El que debe cumplir el requisito para estar bajo la protección de la Directiva, es el viaje en sí, que se cumpla el requisito previsto en su artículo 1, el de ser un “*viaje combinado, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados vendidos u ofrecidos a la venta en el territorio de la Comunidad*”.

Otro de los instrumentos normativos que huye de la noción general es la Directiva 85/374<sup>31</sup>. Dado el contenido material de la propia Directiva, se hacía necesario en este caso que la noción de consumidor quedase claramente ampliada, ya que en este caso el objeto principal es el producto defectuoso y como tal es indiferente quien es el “perjudicado”, que es la noción que aplica el legislador en lugar de la de consumidor. Lo relevante, básicamente, es que el consumo del bien defectuoso no se lleve en el ámbito empresarial, es decir al introducirlo en la cadena de producción, pero incluso esta afirmación podría dar lugar a interpretaciones diversas.

En la mayor parte de la restante regulación comunitaria contemplada restante, el legislador ha sido mucho más cuidadoso y ha mantenido la dinámica general y principal, la de considerar tan solo como consumidor a las personas físicas, para de este modo poder obtener la máxima protección prevista. Y excluye de la definición de

---

<sup>31</sup> Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.



## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

consumidor, a todo aquel que adquiriera el producto o servicio para su utilización en su *ámbito profesional*, así lo hace, por ejemplo, en la Directiva de las ventas a distancia (art.2.2)<sup>32</sup>, en la Directiva del crédito al consumo (art.2.2)<sup>33</sup>, o en la Directiva de contratos negociados fuera de establecimiento mercantil (art. 3.a.)<sup>34</sup>, así como en la actual Directiva sobre prácticas comerciales desleales<sup>35</sup>, entre otras<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup>Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia: “*Artículo 2 Definiciones A efectos de la presente Directiva, se entenderá por “consumidor”: toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*”

<sup>33</sup> Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo, “*art.2.Definiciones. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por “consumidor”: toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;*”

<sup>34</sup>Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. “*Art. 3. Definiciones. A efectos de la presente Directiva, se aplicarán las siguientes definiciones: a) “consumidor”: persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”.*”

<sup>35</sup> DIRECTIVA 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (“Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”) Art. Artículo 2, *Definiciones A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) “consumidor”: cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión;*

<sup>36</sup> La misma línea sigue en la Directiva 98/6 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, Art. 2.e) “*consumidor”: cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional.* La Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, Art.2,d) “*consumidor”: toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional;* La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico),Art. 2. e) “*consumidor”: cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión.;* En todas se repite de modo exhaustivo y exacto la misma definición.

---

Pero la duda sobre cuándo podemos hablar de consumidor parece quedar resuelta con la aprobación de la ya citada Directiva 2011/83/UE<sup>37</sup>, que ha significado un intento de unificación de los criterios seguidos en los distintos Estados. En ella el legislador nos deja una noción de consumidores y usuarios que pretende sea secundada a nivel general, y recalamos el calificativo de general, porque a pesar de que la Directiva aboga por la unidad, de nuevo reconoce la existencia de normativa sectorial. A dicha normativa, por la previsión legal, no le serán de aplicación las reglas previstas en esta Directiva, de modo que podrán seguir manteniendo o configurando de modo distinto la definición de consumidor<sup>38</sup>.

Con la Directiva 2011/83/UE seguimos encontrándonos ante el uso de la técnica de la *armonización* mínima, es decir la inclusión de una cláusula en virtud de la cual la normativa comunitaria fija un mínimo común denominador que debe integrarse en la legislación nacional, sin que ello impida a los Estados miembros mantener o introducir disposiciones que supongan un mayor nivel de protección, es decir que en su normativa regulasen aspectos no contemplados en la Directiva, de manera que no estarían incurriendo en incumplimiento o en una mala transposición de la misma.

Este tipo de armonización se ha estado llevando a cabo por la Comunidad por dos motivos, uno por la gran dificultad de alcanzar un acuerdo de la totalidad de los Estados a la hora de escoger el nivel o tipología de protección que debe quedar

---

<sup>37</sup>Vid *supra* cita núm. 4.

<sup>38</sup> Artículo 3. *Ámbito de aplicación.* 1. *La presente Directiva se aplicará, en las condiciones y en la medida fijada en sus disposiciones, a los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor. Se aplicará igualmente a los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción mediante sistemas urbanos, incluso por parte de proveedores públicos, en la medida en que esas mercancías se suministren sobre una base contractual.* 2. *Si las disposiciones de la presente Directiva entraran en conflicto con una disposición de otro acto de la Unión que regule sectores específicos, la disposición del otro acto de la Unión prevalecerá y será de aplicación a dichos sectores específicos.*

---

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

establecido en una norma comunitaria<sup>39</sup>, y el segundo motivo<sup>40</sup>, porque “este tipo de armonización resulta más acorde con la realidad social y económica de los Estados miembros”, aunque, para REYES LOPEZ<sup>41</sup>, esta “disparidad legislativa se percibe como un obstáculo para la adecuada protección de los consumidores...”. Ciertamente la regulación de mínimos puede dar lugar a la aparición de divergencias entre los distintos países que provoque un nivel de protección dispar entre los consumidores de uno u otro Estado. Esa situación es la que no se producía con la armonización total, que excluía la norma nacional, pero que por el contrario limitaba la capacidad de regulación individual de los Estados.

Pero estas dudas acerca de una armonización de mínimos no debería suponer una preocupación, dado que en la actualidad la política legislativa de la Unión es la de “la búsqueda de *“una armonización plena de determinados aspectos reglamentarios fundamentales que debe reforzar considerablemente la seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes”*, tal y como consta en el Considerando séptimo de la Directiva 2011/83/UE<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Cabe matizar en este punto que si bien el Tratado de la comunidad prevé como uno de sus objetivos, alcanzar un elevado nivel de protección para los consumidores, el TJCE consideró que “*si bien la protección de los consumidores constituye uno de los objetivos de la Comunidad, evidentemente no es el único. En este sentido, ya se ha indicado que la Directiva pretende promover la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en el sector bancario. Es cierto que estas libertades deben ir acompañadas de un alto nivel de protección de los consumidores en la Comunidad; ahora bien, ninguna disposición del Tratado obliga al legislador comunitario a adoptar el nivel de protección más alto que pueda existir en un Estado miembro determinado*”. En FJ. N.º. 48 de la Sentencia “Alemania/Parlamento y Consejo” de 13 de mayo de 1997, asunto C-233/94, relativa a la implantación y el reconocimiento de uno o más sistemas de garantía de depósitos.

<sup>40</sup> GUILLÉN CARAMÉS, J. *El estatuto jurídico del consumidor: política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración*. Ed. Civitas, Madrid, 2002, Pág. 125.

<sup>41</sup> REYES LOPEZ, M (Coord.) *Derecho privado de consumo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005. Pág. 48

<sup>42</sup> Aspecto este que parece quedar reafirmado con la lectura de los artículos 1 y 4 de la Directiva.

---

### 2.2.3.2 *La persona jurídica, su inclusión o exclusión del concepto de consumidor*

Tal y como venimos contemplándola noción de consumidor, asumida en la normativa comunitaria, excluye de manera general de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas. Pero cabe puntualizar la expresión “general” dado que en alguna de las Directivas comunitarias se admitían, de manera indirecta, a las personas jurídicas en la consideración de consumidor<sup>43</sup>. Esta falta de argumentación plenamente negatoria de su cualidad de consumidores, provoca que se vea así ampliado su campo de protección.

Pero aparte de algún que otro desliz como el anteriormente mencionado, el posicionamiento general es el de optar por un concepto de consumidor restringido, que excluye a las personas jurídicas de la noción de consumidor y usuario. Aspecto este confirmado por el Tribunal de Justicia de la comunidad.

### 2.2.3.3 *La noción de consumidor medio*

Todas estas normas anteriormente citadas mantenían la noción de consumidor como el de una persona física que adquiriese los bienes para un uso ajeno a su actividad profesional<sup>44</sup>, y aunque los adquiriese en su ámbito particular, dicha adquisición debería seguir manteniendo el requisito de que no podía ser para un uso profesional.

---

<sup>43</sup> Podemos afirmar que incluso en alguna de ellas se llegó a admitir de un modo expreso que le fuese aplicable a las personas jurídicas, como por ejemplo en el art. 1 de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa*: “La presente Directiva tendrá por objeto proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus consecuencias desleales”.

<sup>44</sup> Es la definición que aporta GONZÁLEZ VAQUÉ, tras el estudio de las distintas normativas, GONZÁLEZ VAQUÉ, L “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

La noción de consumidor tiene un antes y un después tras la Sentencia del caso “Gut Springenheide”. El Tribunal declaró que, debía tomarse como referencia la expectativa que con respecto a dicha mención se presumiera en un consumidor medio<sup>45</sup>.

En la sentencia mencionada, Gut Springenheide<sup>46</sup>, el Tribunal se refirió de un modo expreso a la noción de consumidor medio, al entrar a valorar sí determinado modo de etiquetar podía inducir a error al comprador, para ello consideró que debía tomarse como referencia la de un consumidor medio, concretamente hablaba de “... , a fin de apreciar si una denominación, marca o mención publicitaria podía inducir o no a error al comprador, era preciso tomar en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

Dicha acepción había sido considerada por el Tribunal el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE<sup>47</sup>. Con posterioridad el Tribunal ha ido confirmando la orientación jurisprudencial de la sentencia “Gut Springenheide” en diversos fallos<sup>48</sup>, encontrando su punto álgido y quedando plasmado finalmente en la regulación, concretamente en el 2006 se aprobaba

---

Justicia de las Comunidades Europeas, Revista de Derecho Comunitario Europeo, Vol. 8, n° 17. Pág.53. “Del examen de las definiciones en cuestión se deduce que el concepto de consumidor al que se refieren tiene ciertas características comunes que podrían resumirse en el sentido de que comprende toda persona física, no profesional, que adquiere bienes o servicios para su consumo final, con objeto de satisfacer necesidades personales o familiares”.

<sup>45</sup> Sentencia TJCE de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96. En el FJ n° 31 encontramos la definición de consumidor medio.

<sup>46</sup> Vid. cita supra, n° 39. En el FJ n° 31 encontramos otra muestra de la definición de consumidor medio.

<sup>47</sup> Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa

<sup>48</sup> Entre otras la Sentencia “Darbo”, relativa a la utilización de la mención puramente natural para una confitura de fresas que contenía pectina y restos o residuos de plomo, cadmio y plaguicidas. FJ. n° 20. Así como Sentencia “Sektellerei Kessler” de 28 de enero de 1999, asunto C-303/97, FJ. n° 36.

---

un Reglamento que incluía un aspecto nuevo a la noción de consumidor, la de consumidor medio<sup>49</sup>.

La conclusión a la que llegan algunos autores respecto a la definición de consumidor medio, en el ámbito concreto de la publicidad engañosa, es que este se aplica para determinar el carácter engañoso de los mensajes publicitarios comparativos<sup>50</sup>.

#### *2.2.3.4 La noción de consumidor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE)*

La tendencia del TJCE es la de considerar la actividad del sujeto como criterio relevante para determinar su calidad de consumidor, así cuando, de manera autónoma, este realice una actividad no profesional estaremos ante un consumidor.

La duda surge cuando el TJCE al hablar del consumidor lo hace como aquel que es el “*consumidor final privado*” o como “*aquel que satisface las propias necesidades de consumo privado*”, si está hablando sólo de aquel que no reintroduce el bien o

---

<sup>49</sup> Reglamento (CE) No 1924/2006 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006 relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos el presente Reglamento, Considerando 16: “*con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las declaraciones engañosas*”

<sup>50</sup> GONZÁLEZ VAQUÉ, L. “El Derecho de consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores” en Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia, ISSN 1575-2054, N° 233, 2004 , pág. 33-48

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

servicio adquirido en el mercado, o además exige que el adquiriente del bien o servicio se encuentre en una posición de desigualdad respecto al empresario<sup>51</sup>.

La desigualdad tanto puede ser económica como profesional, es decir, a pesar de estar ante dos empresarios, si uno adquiere el bien o servicio para un uso personal, el hecho de ser empresario no le pone al mismo nivel, es el desconocimiento, el no ser experto en la materia lo que le hace estar en desequilibrio respecto a la contraparte. Por ello aquel que actúa “fuera de su actividad” es consumidor y por ello merece la protección reservada para los consumidores.

La sentencia anteriormente citada<sup>52</sup> es un ejemplo de que el Tribunal tiene en cuenta la desigualdad de las partes y no otros elementos para considerar aplicable la normativa de consumo, en este caso concreto los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas<sup>53</sup> porque el uso privado de los bienes superaba en porcentaje al uso profesional de los mismos.

---

<sup>51</sup> ACEDO PENCO, A. “La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el Derecho extremeño, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, Vol. 18/2000. Para el autor esto provocaría que determinados actos comerciales quedasen fuera de la protección de la legislación de consumo; pone como ejemplo la situación de los inversionistas frente a las sociedades de gestión de capital

<sup>52</sup> *Vid supra, cit. n.25*

<sup>53</sup> Las partes hacían remisión a una calificación del contrato como de contrato mixto (profesional y particular), y que como tal debería determinarse que parte del mismo era predominante para calificarlo como un contrato de consumo o no. Pero el Tribunal omitió dicho criterio (al margen de que consideraba que solo podía hablarse de contratos de consumidores o de contratos de profesionales y no pretender una vivencia terminológica doble sobre un mismo contrato) y se centró en la desinformación y falta de acceso del comprador a los servicios que precisaba para considerar que este se encontraba en una situación de desigualdad respecto del vendedor. Cabe mencionar que el Tribunal tuvo en cuenta, a la hora de dictar la sentencia, la buena fe del vendedor que desconocía que una gran parte de la finca era de uso privativo.

Con relación a la inclusión o no de las personas jurídicas en la noción de consumidor, el Tribunal ha considerado que el desequilibrio que se desprende de la relación contractual en la que participan personas físicas no puede ser extrapolado a aquellas contrataciones en las que participa una persona jurídica, dado que estas no se sitúan en la misma situación de inferioridad en la que se encuentran las personas físicas respecto al empresario, sobre todo en el ámbito de los contratos en masa. Un ejemplo de dicha doctrina la podemos encontrar en la sentencia del TJCE de 2001 *Cape contra Idealservice*<sup>54</sup>, en la que el juez italiano plantea una petición judicial respecto al concepto de consumidor del art. 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE.

Cabe mencionar también como la Directiva 85/577, dio lugar a una sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (asunto *Di Pinto*<sup>55</sup>), que aclaraba cualquier duda sobre su posible aplicación a los profesionales. El asunto que llegó hasta el Tribunal discurría acerca de un empresario que celebró un contrato de publicidad sobre su fondo de comercio a raíz de una visita de la empresa de publicidad a su domicilio, el Tribunal resolvió que, a pesar de darse el requisito de celebración del contrato fuera de establecimiento mercantil, dichos actos “*no constituyen actos de gestión realizados*

---

<sup>54</sup> En este asunto La sociedad Idealservice contrato el suministro de máquinas de distribución a las sociedades Cape y Omai, maquinarias de distribución de bebidas que se instalaron para el uso del personal, se presentó demanda al considerar una de las cláusulas contractuales, relativa a la competencia jurisdiccional, abusiva. Ante la duda de la amplitud de la noción de consumidor el juez italiano presentó cuestión prejudicial de la que derivó la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de noviembre de 2001. - Cape Snc contra Idealservice Srl (C-541/99) et Idealservice MN RE Sas contra OMAI Srl (C-542/99). - Petición de decisión prejudicial: Giudice di pace di Viadana - Italia. - Artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE - Concepto de "consumidor" - Empresa que celebra un contrato tipo con otra empresa para la adquisición de bienes o la obtención de servicios en beneficio exclusivo de sus propios empleados. - Asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99.

<sup>55</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) Caso Proceso penal contra Patrice di Pinto. Sentencia de 14 marzo 1991. TJCE 1991/155. Cuestión prejudicial, la Cour d'appel de París pregunta fundamentalmente si el comerciante que recibe una visita a domicilio con el fin de celebrar un contrato de publicidad relativo a la venta de su fondo de comercio debe ser considerado como un consumidor protegido por la Directiva (1985/1350), el Tribunal consideró que no puede ser considerado consumidor.



## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

*para satisfacer necesidades que no son las necesidades familiares o personales del comerciante*". Haciendo claramente latente el Tribunal el carácter subjetivo de la normativa comunitaria en materia de defensa del consumidor. En otras Sentencias el Tribunal se posicionó del mismo modo, considerando que el profesional que contrata para usos profesionales se sitúa en igualdad de condiciones y no en un plano inferior como le sucede al consumidor<sup>56</sup>.

De las distintas resoluciones puede deducirse que la definición prevalente en el ámbito de la jurisdicción comunitaria es mucho más reducida y precisa que la que nos presenta el legislador, ya que ante cualquiera de las dudas de interpretación suscitadas, la tendencia ha sido la de considerar tan solo consumidor a la persona física, que adquiere bienes o servicios para satisfacer sus necesidades personales o familiares y siempre que estas sean totalmente ajenas a su ámbito empresarial o profesional.

#### **2.2.4 El panorama normativo estatal.**

No encontramos, con anterioridad a la aprobación del art 51 de la Constitución Española<sup>57</sup>, ninguna disposición que se pronuncie a favor de la protección de los consumidores. A raíz de su inserción en la Constitución se puede observar un aumento

---

<sup>56</sup> STJCE, Sala 2ª, de 20 de enero de 2005, asunto (C 464/01) Johan Gruber contra Bay Wa AG. El Sr. J. Greber es un Agricultor que utilizaba parte de su granja como vivienda y parte como almacén y pocilga, y encarga a la empresa Bay Wa la instalación de unas tejas en todo el complejo, al surgir unos problemas, demanda a la empresa y pretende que se le aplique el art. 13 del Convenio de Bruselas, considerándose así consumidor en dicha relación contractual.

<sup>57</sup> Art. 51.1 CE., "*Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales*".

---

significativo, tanto en la política legislativa como en el entramado social, que nos permite hablar de “un principio rector de la política social y económica”, tal y como quedas reflejado en el título donde está contenido el artículo.

La actual norma de referencia es, a todos los efectos, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (a partir de ahora TRLGDCU)<sup>58</sup>. En la definición que podemos encontrar en el artículo 3 de la Ley<sup>59</sup>, el legislador estatal, lejos de reflejar de manera exacta la idea de consumidor prevista en la normativa europea, prefirió regular la noción de consumidor adaptándola a las peculiaridades de nuestro derecho y repetir aquello previsto en la regulación de la Ley de 1984, manteniendo la definición de consumidor también para las personas jurídicas<sup>60</sup>. Pero a pesar de que el TRLGDCU mencionaba a las personas jurídicas, hay una parte de la doctrina que consideraba que esto no significaba que la norma aclarase si, las personas jurídicas, merecían que se les aplicase la normativa de protección de los

---

<sup>58</sup> Incluyendo su última modificación realizada a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Publicado en el BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014.

<sup>59</sup> Art. 3, Concepto general de consumidor y de usuario. *A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.* (modificado por el art. único.1 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo)

<sup>60</sup> Ya mencionaba a las personas jurídicas como posibles consumidores, *art. 1º.2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.* Esta definición lo que nos dejaba claro es que toda persona para ser considerada consumidor debía realizar un acto de consumo de carácter personal, que no implicase la obtención de un beneficio, de manera que aquellos que adquiriesen un bien o hiciesen uso de un servicio para integrarlos en un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros en el mercado quedarían fuera de la calificación de consumidor.

---

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

consumidores<sup>61</sup>, basando su argumentación en el hecho que la normativa europea de consumo no reconocía a las personas jurídicas como consumidores. Para otros autores, lo que omitía la norma era “una lista de concretas circunstancias” que permitiesen distinguir con claridad cuando una persona jurídica actuaba como consumidor y cuando no<sup>62</sup>, debiendo ser resuelta esta situación caso por caso en los Tribunales.

La inclusión por parte del legislador de la persona jurídica como consumidor no ha de ser considerada una extralimitación. La Directiva 2011/83/UE, es de máximos, tal y se cómo concreta en su considerando segundo, pero deja a los Estados la posibilidad de regular la materia en ella prevista de manera libre en determinados aspectos<sup>63</sup>, de este modo podemos considerar que la inclusión de las personas jurídicas es posible al no haber previsión alguna en la Directiva, ni positiva ni negativa.

A nivel sectorial encontramos una gran variedad de normas, alguna de ellas, vigentes antes de la aprobación del TRLGDCU, otras refundidas en él y otras posteriores, que nos dan una curiosa variedad de la noción de consumidor. Un ejemplo lo podemos encontrar en la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la contratación (a partir de ahora LCGC) que en su intento de respetar la Directiva transpuesta, pero al mismo tiempo seguir lo previsto en la Ley

---

<sup>61</sup> Entre ellos CARRASCO PERERA, Á. “La defensa de los consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición” Centro de Estudios de Consumo. Universidad Castilla la Mancha. 2011.

<sup>62</sup> REYES LÓPEZ, M. J. (Coord.). Derecho privado de Consumo. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2005. Pág. 117: “*De lege ferenda hubiera sido deseable concretar qué circunstancias debía reunir una persona jurídica para ser calificada como consumidor... Para evitar fraude de ley, hubiera sido deseable concretar bien la clase de personas jurídicas que podrían beneficiarse de este tratamiento*”

<sup>63</sup> Considerando 3 de la Directiva 2011/83/UE: *Por tanto, la presente Directiva debe fijar normas estándar para los aspectos comunes de los contratos a distancia y fuera del establecimiento y alejarse del principio de armonización mínima presente en las Directivas anteriores, permitiendo al mismo tiempo a los Estados miembros mantener o adoptar normas nacionales en relación con determinados aspectos.*

---

---

General en Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, señala que el consumidor protegido será, no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino “cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.

La jurisprudencia se ha posicionado en innumerables ocasiones al respecto de la calificación del consumidor, tanto cuando lo hacía en aplicación del texto de 1984, relativo a la protección de los consumidores y usuarios, en el que el concepto de consumidor tenía un alcance mucho más restrictivo<sup>64</sup>. El Tribunal Supremo en sus resoluciones, y en aplicación del art 1, apartados 2 y 3, de la Ley de 1984, excluía del concepto de consumidor a quienes “*adquirían los bienes y no eran los destinatarios finales de los mismos, ya que los integraban en sus actividades empresariales o profesionales*”<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> La LGDCU de 1984 contenía, en su artículo 1.2 LGCU, un concepto de consumidor positivo, subjetivo y restringido. LLÁCÉR MATAACÁS, M.R. “El concepto de consumidor: notas en torno al art. 9 del Código Europeo de los contratos”, *Revista Galega de Administración pública*, 2003, núm. 34, Págs. 139-149.

<sup>65</sup> Tal y como vino declarando la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras las ya mencionadas Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1997 (RJ 1997, 5759), de 17 marzo y 16 diciembre de 1998 (RJ 1998, 1351 y 9640) y la de 18 junio de 1999 (RJ 1999, 4478). El TS en el FD 2º de la Sentencia núm. 922/2000 de 16 octubre. RJ 2000/9906: “*La Ley –art. 1, apartados 2 y 3– excluye de su ámbito a quienes adquieren los bienes sin constituirse en destinatarios finales, para integrarlos en actividades empresariales o profesionales; y en el caso es claro, como se razona en el desarrollo del motivo primero, que la impresora objeto del contrato de compraventa litigioso se adquirió para una actividad de publicación, y no para un mero uso doméstico o personal*”. En otra, el TS en el FJ 2º, de la Sentencia núm. 963/2005 de 15 diciembre (RJ 2006/1223), concretó: “*El artículo 1, apartados 2 y 3, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quién demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico (como dispone el artículo 3.3 de la Ley 5/1985, de 8 de julio (RCL 1985, 1798 y LAN 1985, 1963), de los Consumidores y Usuarios en Andalucía, también señalado por la recurrente como no aplicado). No a quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios. Doctrina reiterada entre otras en las Sentencias de 18 de junio de 1999 [ RJ 1999, 4478] , 16 de octubre de 2000 [ RJ 2000, 9906] , 28 de febrero de 2002 [*

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

Con posterioridad y tras la aprobación del TRLGDCU, en el que el legislador pasará de identificar al consumidor con el destinatario final de los bienes o servicios, con el de toda persona física o jurídica que actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, los jueces y magistrados se encontrarán con un cambio sustancial, de manera que se pasa de una noción subjetiva a una objetiva, en la que lo relevante será la actividad<sup>66</sup>. Hay quien considera que con esta definición se ha alcanzado un concepto general y más completo que el que existía en la anterior norma, de manera que se reduciría la polémica doctrinal al respecto de la definición de consumidor derogada<sup>67</sup>.

A pesar de esta sensación de concreción y aclaración, este concepto amplio de consumidor, que alcanza tanto a la persona física como jurídica, ha tenido que ser matizado. Para LLÁCER MATAACÁS, lo relevante será si el bien se incorpora a un proceso empresarial, lo que le lleva a concluir que todo uso en una empresa “*contribuye de algún modo al resultado empresarial*”, a considerar consumidoras, de manera generalizada, a las personas jurídicas sin ánimo de lucro<sup>68</sup>. Esta afirmación tiene que ser concretada porque si bien es cierto que parece evidente la deducción de que es difícil

---

RJ 2002, 2102] , 29 de diciembre de 2003 [ RJ 2004, 357] y 21 de septiembre de 2004 [ RJ 2004, 5576 )”.

<sup>66</sup> Sentencia del Tribunal de 1ª Instancia de 17 diciembre 2012 (AC 2013/85), en el FJ 2º: “*De lo anterior se desprende que el concepto legal de consumidor (como se indica en la SAP Asturias, Sección 6ª, 16.01.2012 (JUR 2012, 41567) ) se identifica con la vía por la cual los productos y servicios llegan definitivamente hasta el ámbito familiar o doméstico, saliendo para siempre del mercado, lo cual le distingue de otros sujetos que intervienen en el tráfico, como empresarios o/y profesionales, que aunque también “consumen” en un sentido material o físico bienes y servicios, lo hacen empleándolos en procesos de fabricación, distribución o prestación de servicios a terceros*”. En el sentido de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias. Núm. 4/2012 de 16 enero (JUR 2012/41567).

<sup>67</sup> LARROSA AMANTE, M.A. *Derecho de Consumo. Protección legal del consumidor*. Ed. El derecho. Madrid, 2011. Pág.19.

<sup>68</sup> LLÁCÉR MATAACÁS, M.R. “El concepto de consumidor: notas en torno al art. 9 del Código Europeo de los contratos”,...*ob. Cit. supra*. Pág. 147.

---

deslindar una adquisición de un bien o un servicio por una persona jurídica de la actividad profesional de la misma, no es algo que no admita excepciones.

En algunas de las normas sectoriales, la definición de consumidor concuerda con la del art. 3 TRLGDCU; así el art. 1.1.b de la Ley 2/2009 relativa a los préstamos hipotecarios (LCCPCH)<sup>69</sup> con una pequeña diferencia, al referirse a la actividad lo hace a “su” actividad empresarial, no a “una” actividad empresarial. Hay normas que respetan esta definición pero excluyen las personas jurídicas, o mejor dicho, limitan su aplicación a las personas físicas, el art. 1.2 de la Ley 7/1995 Ley de crédito al consumo (LCC)<sup>70</sup> y, después, el art. 5 de la Ley 22/2007 sobre contratación a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (LCDSF)<sup>71</sup>.

Algunas otras normas se limitan a efectuar una remisión a la definición prevista en la LGDCU de 1984; un ejemplo de ello es la regulación del comercio electrónico (Anexo de la Ley 34/2002 (LSSI))<sup>72</sup> o a reproducirlo, como por ejemplo la norma relativa a la contratación de bienes con oferta de restitución de precio (Ley 43/2007), que en su Preámbulo cita textualmente: “*Tienen consideración de consumidores y*

---

<sup>69</sup> Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Publicado en el BOE, núm. 79, de 1 de abril de 2009.

<sup>70</sup> Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo. (Vigente hasta el 25 de septiembre de 2011, que entrará en vigor la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo) Publicado en BOE núm. 72 de 25 de marzo de 1995.

<sup>71</sup> Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Publicado en el BOE, núm. 166, de 12 de julio de 2007.

<sup>72</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Publicado en el BOE, núm. 166, de 12/07/2002. *Anexo, definiciones, e) "Consumidor": persona física o jurídica en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”.

---

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

*usuarios los definidos en el artículo 1.2 y 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”.<sup>73</sup>

Por último dentro de determinadas regulaciones encontramos algunas que adoptan conceptos más amplios de consumidor que el del TRLGDCU, como el del art. 2 de la Ley 7/1998<sup>74</sup>, que contempla en su ámbito, más allá del consumidor, al «adherente».

La actual regulación general del Derecho de consumo, el TRLGDCU 1/2007, en su artículo 2, determina cual será el ámbito de aplicación de la misma, “*Está norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios*”. Esta puntualización hace que además de identificar, definir y reconocer al consumidor, realicemos en el mismo acto la definición y el reconocimiento de su aplicación al empresario, ya que, y siguiendo la tónica de considerar las relaciones de consumo asimétricas<sup>75</sup>, parece evidente que para que un consumidor pueda ser calificado como tal requiere que frente a sus actos comerciales, se encuentre un sujeto que no esté a su

---

<sup>73</sup>Ley 43/2007, de 13 de Diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio. Publicado en BOE núm. 299 de 14 de Diciembre de 2007. En su desarrollo normativo, en el art.1, relativo al ámbito de aplicación de la norma, realiza una definición del profesional y a través de esta y de la normativa aplicable según su preámbulo puede deducirse que, a los efectos de esta norma, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

<sup>74</sup>Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Publicado en el BOE núm. 89, de 14-04-1998. Artículo 2. *Ámbito subjetivo*.1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional —predisponente— y cualquier persona física o jurídica —adherente.

<sup>75</sup>BARRAL, I. “Del Consumidor destinatari final al Consumidor no expert en la Contractació en Massa”. En *Revista catalana de Dret privat*. Barcelona Ed. Societat Catalana d'Estudis Jurídics, Vol. 7. 2007, Pág. 78

mismo nivel, que se encuentre en el llamado “plano superior”. Este “plano” conlleva aparejado que se aplique de manera directa una protección especial para el consumidor, que se encuentra en una aparente desventaja frente al empresario.

### **2.2.5 El consumidor en la normativa autonómica**

En aplicación del art. 149.3 CE, la defensa de los consumidores y usuarios puede ser asumida por las Comunidades Autónomas. En la actualidad, en un modo más o menos legislativamente amplio, todas las Comunidades han regulado al respecto.

De entre estas regulaciones autonómicas que sí abordan la materia del consumidor, las que podríamos considerar más actuales son las de las Autonomías de Catalunya<sup>76</sup> y Galicia<sup>77</sup>. En el Código catalán se puede observar cómo se amplía o

---

<sup>76</sup> Cataluña: Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña. Publicado en el DOGC núm. 5677 de 23 de Julio de 2010 y en el BOE núm. 196 de 13 de Agosto de 2010. “Artículo 111.2. Definiciones. A los efectos de la presente Ley, se entiende por: a. *Personas consumidoras y usuarias*: las personas físicas o jurídicas que actúan en el marco de las relaciones de consumo en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Tienen también esta consideración los socios cooperativistas en las relaciones de consumo con la cooperativa. Cualquiera referencia que se haga en la presente Ley al concepto de persona consumidora se entiende hecha a la persona consumidora o usuaria en la medida que goza de bienes y servicios fruto de la actividad empresarial en el mercado.”

<sup>77</sup> Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega, de protección general de las personas consumidoras y usuarias, Publicado en el DOG núm. 69 de 11 de Abril de 2012 y BOE núm. 101 de 27 de Abril de 2012. “Artículo 3. Concepto de consumidor. 1. Es consumidor toda persona, física o jurídica, pública o privada, cualquiera que sea su nacionalidad o residencia, que adquiere o utiliza, o a la cual se le oferta, como destinatario final, un bien, cualquiera que sea su naturaleza, o un servicio, cualquiera que sea la forma y actividad en que consista, y cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, individual o colectiva, de aquellos que los produzcan, importen, faciliten, abastezcan o expidan, siempre que el destino final del mismo sea su uso personal, familiar o colectivo, ajeno a una actividad empresarial, profesional o artesanal. 2. No tendrán la consideración de consumidores quienes adquieren, utilizan o disfrutan de bienes o servicios con la finalidad de integrarlos, aunque sea parcialmente, en el marco de su actividad empresarial, profesional o artesanal, ya sea pública o privada, todo ello independientemente de la fase de producción o distribución de bienes y servicios en que se integren. 3. En ningún caso serán considerados como consumidores las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación o cualquier otra entidad, pública o privada, representativa de intereses empresariales, profesionales, artesanales o sindicales.”



## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

aclara la noción de consumidor, otorgándole también la condición de consumidor, a diferencia del resto de la normativa estudiada, a los socios de las cooperativas. Novedosa es también la previsión del legislador gallego, que desarrolla una definición amplia del concepto de consumidor, incluyendo en ella tanto a las personas físicas, como a las jurídicas, las públicas y las privadas, quedando evidentemente ligada su consideración, al concepto de “*destinatario final*”, es decir siempre que el destino sea un uso “*personal familiar o colectivo, ajeno a una actividad profesional*”.

Del resto cabe mencionar, por contener una definición amplia, donde recoge elementos de diferentes normas de consumo, la regulación sobre consumidores de Andalucía<sup>78</sup>. El elemento diferenciador que en ella encontramos es la inclusión de la puntualización del uso de bienes o servicios como “*destinatarios finales*”, distinguiendo cuando dicho uso lo realizan tanto las persona físicas como las jurídicas y reconociendo a las asociaciones como consumidoras, si actúan sin ánimo de lucro. La regulación de la Comunidad de Aragón reproduce el concepto y menciona igualmente la idea de destinatario final<sup>79</sup>. Podríamos resaltar también, la previsión del art. 3 del Estatuto de las

---

<sup>78</sup> Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, Publicado en el BOJA núm. 251 de 31 de Diciembre de 2003 y BOE núm. 14 de 16 de Enero de 2004. “Artículo 3. Definiciones. A efectos de esta Ley se entiende por: a. Consumidores y usuarios: Las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales bienes o servicios. No tienen esta consideración las personas físicas o jurídicas que, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios con el fin de integrarlos en la organización o ejercicio de una actividad empresarial, profesional o de prestación de servicios, incluidos los públicos. Las referencias efectuadas en esta Ley a los consumidores se entenderán hechas a consumidores y usuarios. b. Destinatarios finales: o Las personas físicas que adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios cuya exclusiva finalidad sea el uso o disfrute personal, familiar o doméstico. o Las personas jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios destinados de forma desinteresada, gratuita o sin ánimo de lucro a sus trabajadores, socios o miembros o para ellas mismas. Las entidades asociativas sin personalidad jurídica que adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios sin ánimo de lucro.”

<sup>79</sup> Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón. Publicado en el BOA núm. 149 de 30 de Diciembre de 2006 y BOE núm. 45 de 21 de Febrero de 2007. “Artículo 3. Concepto de consumidor y usuario. 1. A los efectos de esta Ley, tienen la consideración de consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas y las entidades asociativas sin personalidad

---

---

Personas Consumidoras y Usuarias del País Vasco<sup>80</sup>, por el intento del legislador autonómico de innovar. Así nos habla del concepto de “beneficio directo”, como elemento diferenciador del uso del bien o servicio, pero no deja del todo claro qué y dónde debe ser aplicado dicho beneficio. La regulación de la comunidad de Madrid<sup>81</sup>, integra, del mismo modo que el legislador del País Vasco, este concepto de “beneficio directo”. El legislador valenciano, todo y aprobar su norma mucho más recientemente, en el 2011, lo que hace es llevar a cabo una descripción excesivamente simple de la noción de consumidor, sin tener en cuenta la oportunidad que le otorgaba el hecho de que ya existían un amplio número de normas tanto estatales como comunitarias que le

---

jurídica que, en concepto de destinatarios finales, adquieren, utilizan o disfrutan productos, bienes o servicios de naturaleza pública o privada. 2. Se entiende que actúan a título de destinatarios finales: a. Las personas físicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes, productos o servicios de naturaleza pública o privada cuya exclusiva finalidad es el uso o disfrute personal, familiar o doméstico. b. Las personas jurídicas y las entidades asociativas sin personalidad jurídica que adquieren, utilizan o disfrutan sin ánimo de lucro bienes, productos o servicios de naturaleza pública o privada. 3. No tienen la condición de consumidores y usuarios los sujetos anteriores cuando adquieren, utilizan o disfrutan bienes, productos o servicios con el fin de integrarlos en la organización o ejercicio de una actividad empresarial, profesional o de prestación de servicios. 4. Las referencias efectuadas en esta Ley a los consumidores se entenderán hechas a consumidores y consumidoras y a usuarios y usuarias.”

<sup>80</sup> Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias. Publicado en el BOPV núm. 254 de 30 de Diciembre de 2003 y BOE núm. 284 de 25 de Noviembre de 2011. Artículo 3 *Definición de persona consumidora y usuaria* 1.- A los efectos de esta ley, son personas consumidoras y usuarias las personas físicas o jurídicas de cualquier nacionalidad o residencia que adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarias finales, bienes muebles o inmuebles, productos o servicios, siempre que el proveedor sea una empresa, profesional o la propia Administración cuando preste servicios o suministre productos en régimen de derecho privado. 2.- No tendrán la consideración de personas consumidoras o usuarias las personas físicas o jurídicas que integren los productos, bienes y servicios en un proceso productivo, de comercialización o prestación de servicios, aun cuando dicha integración no implique un beneficio directo.

<sup>81</sup> Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid. Publicado en el BOCM núm. 167 de 16 de Julio de 1998 y BOE núm. 206 de 28 de Agosto de 1998. “Artículo 2. Concepto de consumidor. 1. A los efectos de esta Ley son consumidores las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de las entidades, empresas o profesionales, colegiados o no, que los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, aun cuando dicha integración no implique un beneficio directo.”

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

hubiesen permitido regular de manera comparativa, pudiendo tomar de cada una de ellas los elementos más relevantes<sup>82</sup>.

En relación al resto de normativa autonómica, no realizaremos un estudio individualizado de cada una de ellas dado que el contenido general de la totalidad de las normas sigue la línea prevista en la normativa general de protección de los consumidores.

### **2.3 La empresa, el empresario: Vendedor de bienes o prestador de servicios**

En el art. 1.3 de la LGDCU de 1984 el legislador partía de una definición negativa de consumidor para dar a entender cuándo nos encontrábamos ante un empresario. En el TRLGDCU 1/2007, concretamente en su artículo 4, el legislador sí que incluye la noción de empresario, aportando un contenido afirmativo de la definición del mismo<sup>83</sup>. De la lectura de este artículo podemos deducir que nos encontramos ante una persona, con indiferencia de si esta es física o jurídica (quedando contenida dentro del concepto de “jurídica”, cualquier forma asociativa o comunitaria), que mediante su actuación en el mercado introduce bienes o servicios en el mismo y que, además obtiene un beneficio económico por ello<sup>84</sup>. Queda plenamente evidenciado que la característica

---

<sup>82</sup> Ley 1/2011, de 22 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los consumidores y usuarios de la Comunitat Valenciana: “Artículo 2. Concepto de consumidores y usuarios. 1. *A los efectos de esta ley, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.*”

<sup>83</sup> Art. 4 LGDCU 1/2007 (Artículo recientemente modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) “*A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*”

<sup>84</sup> A través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el RD 1/2007 LGDCU, se incluyó la nueva definición de empresario en la normativa. Reflejo exacto de la redacción incluida en la Directiva

---

principal es la actividad empresarial o profesional, indiferentemente del sector en que la realice y del volumen de la empresa, o incluso si estamos ante un empresario individual.

Plenamente vinculada a la noción anterior podemos encontrar en el art. 1 del Código de comercio una definición de empresario. En este caso concreto, la definición recogida en el Código de comercio es la clásica definición que de empresario conocemos, el legislador se refiere a él como un comerciante<sup>85</sup>. Esta definición no abarcaría, de su estricta y literal lectura, todas las posibilidades en las que un sujeto pueda llegar a ser considerado empresario<sup>86</sup>, del mismo modo como así sucede con la definición que de empresario nos está dando el Texto Refundido de la LGDCU.

Una de las figuras que merece una atención especial es la del profesional liberal. La equiparación que sí hace la LGDCU 1/2007 del profesional respecto al empresario, quedando incluido dentro del mismo concepto, el de empresario, tal y como se observa

---

2011/837UE contiene los signos que permiten distinguir la figura del empresario. La aceptación de la persona tanto jurídica como física admite la posibilidad de que puedan ser consideradas también empresarias entidades sin personalidad, un ejemplo de ello son las comunidades de bienes, Vid. MARÍN LOPEZ, M.J. “Comentarios al Proyecto de Ley de reforma de la LGDCU. El “nuevo” concepto de consumidor y empresario en la inminente reforma del TRLGDCU” Centro de estudios de Consumo de la Universidad de Castilla la Mancha. Fecha de consulta 16 de enero de 2014. [ww.uclm.es/centro/cesco](http://ww.uclm.es/centro/cesco).

<sup>85</sup> Artículo 1. del Código de comercio: “*Son comerciantes para los efectos de este Código:*

1. *Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.*
2. *Las Compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.”*

<sup>86</sup> En el Código de Comercio no se menciona la palabra empresario sino que nos habla de los “comerciantes”. El concepto de empresario es mucho más amplio que el de comerciante, que no incluye ni a fabricantes, ni a los empresarios del sector servicios ya que, y según la definición que de comerciante da el art. 1 del C de c., éstos últimos no se dedican habitualmente al comercio. Esta exclusión de algunos tipos de empresarios, tiene raíces medievales ya que el fabricante era el llamado artesano, y estos no son considerados empresarios. Pero en la actualidad esta, llamemos errata histórica, ha sido corregida y son considerados comerciantes. Empresarios, todos aquellos que realizan una actividad económica organizada.

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

en la redacción de la norma, pero que no sucede así en el Código de comercio<sup>87</sup>, nos permite admitir que está plenamente reconocido el consumidor como tal en su relación con determinados profesionales, pudiendo serle aplicada la normativa de consumo. Podemos apreciar este reconocimiento tanto en el contenido del art. 4 de la LGDCU 1/2007 como en el de otras normas<sup>88</sup>, así como en determinada doctrina<sup>89</sup>. A modo de ejemplo podemos tomar el artículo 1 del Convenio de la Haya de Ley Aplicable a Ciertas Ventas a los Consumidores<sup>90</sup>. En el citado artículo se hace evidente que el actuar en el curso de su negocio o profesión, es calificativo suficiente para determinar si estamos ante una venta, en este caso internacional, a consumidores, es más se combina

---

<sup>87</sup>El Código de comercio no menciona la figura del profesional. Tal y como nos relata SANCHEZ CALERO, esta figura jurídica ha estado “tradicionalmente excluida” del Derecho mercantil, pero se observa un acercamiento por la existencia de normas comunes para los empresarios y estos profesionales. SANCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil* Vol.1 31ª Ed. Editorial Thomson- Aranzadi, Navarra, pág. 103.

<sup>88</sup> De entre la normativa más reciente encontramos la Directiva 2011/83/UE del Parlamento y del consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores. En el artículo 2.1 se define la noción de consumidor como: “*toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*”. Otra norma relevante es el art.6 del Reglamento de la CE 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, el Reglamento Roma I; “*Artículo 6 Contratos de consumo, 1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional ("el consumidor") con otra persona ("el profesional") que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, ...*”

<sup>89</sup> BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO. A. “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General... *ob. Cit.* pág. 19; TAYLOR VON MEHREN, A. “La Conferencia de la Haya, ventas a los consumidores y el Reporte Von Mehren”, Reporte presentado a la Comisión III de la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. (Traducido al español por Adriana Sánchez Mussi), pág. 45.

<sup>90</sup>Convenio de la Haya de Ley Aplicable a Ciertas Ventas a los Consumidores adoptado en la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado el 25 de octubre de 1980. Traducción en *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-2007)*, coordinación y estudio preliminar de ALEGRÍA BORRAS Y JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS, 2ª edición, Madrid (Editorial Marcial Pons), 2008. *Artículo 1: Esta Convención se aplicará a ciertos contratos para la venta internacional de mercaderías adquiridas principalmente para uso personal, familiar o doméstico, donde el vendedor actúa en el curso de su negocio o profesión y donde en cualquier momento antes de la conclusión del contrato, conocía o debería haber conocido que las mercaderías eran compradas principalmente para cualquiera de dichos usos.*

el uso personal atribuido a los bienes adquiridos (“*adquiridos primordialmente para uso personal, familiar o doméstico*”) con la actividad llevada a cabo por el vendedor, que se caracteriza por su naturaleza profesional (“*actúa en el curso de sus negocios o profesión*”), se aprecia de manera evidente que una de las partes sea considerado *profesional* es signo suficiente para calificar a la contraparte como consumidor.

Pero al margen de que su calificación como empresario, sea cual sea su forma, nos permita hablar de la contraparte como consumidor, se dan algunas situaciones que hacen dudar sobre la posible condición de consumidor de una de las partes cuando ambas son empresarios. Determinar si actúa como empresario o como consumidor no ha sido una tarea fácil. Un ejemplo de esta última afirmación sería la jurisprudencia de algunos Tribunales, entre otros el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, en el que se considera inaplicable la legislación de consumo, ya que “*el actor no es destinatario final del vehículo adquirido sino que el mismo se adquirió para la prestación de servicio de transporte a terceros*”. También podríamos mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón<sup>91</sup>, en ella se califica a los adquirentes finales, que son los que la legislación permite considerar como consumidores, “*tanto las personas físicas como jurídicas, siempre que la utilización que hicieron de los productos, bienes, actividades o servicios queden al margen de la actividad productiva*”. Del mismo se pronunciaba el Tribunal Supremo en diversas de sus Sentencias, con anterioridad a la aprobación de la Ley 1/2007, haciendo una consideración expresa a la condición de “destinatario final” para hablar de la posible calificación como consumidor o no de aquel empresario que adquiere bienes o servicios<sup>92</sup>, siguiendo el criterio generalizado de la inclusión de los bienes en su actividad profesional o empresarial.

---

<sup>91</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (sección 1ª), de 7 de mayo de 1992 (JUR 2011/70310).

<sup>92</sup> STS (Sala 1ª) de 17 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1351) , de 16 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9640) , de 18 de junio de 1999 (RJ 1999, 4478) y de 16 de octubre de 2000 (RJ 2000, 996) de 17 de

---

## 2.4 El intermediario: La tipificación del intermediario en la legislación vigente.

Queda por último analizar la figura central de nuestro estudio, la actividad de intermediación o mediación. Es una figura jurídica que no se reconoce de un modo expreso en nuestro Código civil, contrariamente a lo que sí sucede, por ejemplo, en el Codice civile italiano<sup>93</sup>.

Uno de los aspectos relevantes y que se debe tener en cuenta inicialmente, es el hecho de que alguno de los actos en los que interviene un intermediario, son actos que pueden ser concluidos por consumidores entre sí<sup>94</sup>. Sirva como ejemplo la intermediación inmobiliaria, dado que en la mayoría de las situaciones que se dan en este ámbito, en ambas posiciones contractuales de la relación hay un “consumidor”, esto es, dos sujetos no empresarios, uno que vende o alquila o permuta su vivienda y en el

---

julio de 1997 (RJ 1997/5759) Sobre que la LGDCU excluye de su ámbito a quienes adquieren los bienes sin constituirse en destinatarios finales, para integrarlos en actividades empresariales o profesionales; la de 28 de febrero de 2002 (RJ 2002/2102), excluye de su ámbito a quienes adquieren los bienes sin constituirse en destinatarios finales, para integrarlos en actividades empresariales o profesionales. Y entre otras la ST de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1ª, de 15 de julio de 2004 (JUR 2004, 234872), la ST de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) de 3 de mayo de 2007 (AC 2007/898). Relevante la calificación que en la ST de la Audiencia provincial de Barcelona (Sección 14) de 22 de marzo del 2000 (JUR 2000/189171) del consumidor, “*el consumidor se caracteriza esencialmente por su postura de destinatario final del producto o servicio que ha pagado*”.

<sup>93</sup> La mediación, como figura autónoma, aparece regulada y plenamente reconocida por la disciplina civilista italiana a partir de la publicación del Código Civil Italiano de 1942 (Real Decreto de 16 de marzo de 1942- XX, n. 262, que aprueba el texto del Código Civil), En el Título III del Libro IV del Código Civil, ubicada en la regulación de los “*singoli contratti*” encontramos, bajo el título de “*La mediazione*”, la figura jurídica de la mediación, regulada en los artículos 1754 al 1765. Con anterioridad a su aprobación, que supuso la fusión de las disciplinas civil y comercial en un solo código, podía encontrarse una referencia a la figura de los mediadores en el *Codice di commercio* (*Codice di Commercio*, promulgado mediante Real Decreto de 31 de octubre de).

<sup>94</sup> Debemos aclarar que cuando nos referimos a contratación entre consumidores, lo identificamos a aquella que se desarrolla entre dos sujetos cuando ninguno de ellos actúa en el marco de su actividad profesional.

otro encontramos el que desea comprar, arrendar o permutar un bien por una vivienda. De manera que, si no interviniese el intermediario en esta operación, podríamos afirmar que nos encontramos ante una relación contractual realizada entre dos particulares. Dicha relación estaría, de este modo, sometida a la regulación de las obligaciones y contratos prevista en el Código Civil (arts. 1088 y ss.) sin que se les pudiese aplicar la regulación de protección de los consumidores. No obstante, al intervenir la figura del intermediario como profesional en la operación ya sea con una única relación, vinculación contractual con una de las partes, o una relación doble, con ambas partes, será precisamente la citada consideración de profesional del intermediario, la que hará que este acto pase a ser directamente un acto de consumo en el que la parte o partes, los consumidores, estarán protegidos por la legislación de consumo concreta en su relación con el intermediario.

Pero además esta calificación de las partes como consumidores podría venir dada, no porque no realicen el acto o contrato entre las ellas haciendo uso de un tercero, sino por la calificación de este tercero, del intermediario, como profesional. Como tal el intermediario estaría en un plano superior del que ocupa el consumidor en la relación que ambos tengan, siendo esta situación de superioridad motivo suficiente para que el consumidor deba estar protegido ante los actos que lleve a cabo el profesional.

Al intermediario profesional o esporádico acabamos equiparándolo a cualquier empresario que pone en el mercado, a disposición de los consumidores, bienes y servicios, sea cual sea el volumen y temporalidad de su actuación, será su calificación, la de profesional, la que determinará la necesaria aplicación de la normativa de protección de los consumidores.

---



## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

Como figura objeto central de nuestro estudio, nos interesa conocer no solo su reconocimiento material sino también su reconocimiento jurídico. De este modo acudimos a la actual normativa de consumo para desgranar aquellas normas que reconocen bien los actos de intermediación, bien la figura en sí de un intermediario en los actos de consumo.

En la actualidad podemos encontrar un elenco de normas vigentes en las que se menciona de manera expresa la figura del intermediario<sup>95</sup>, siendo en su mayoría, esta legislación, normativa relativa al crédito al consumo.

Con el fin de determinar si es posible hablar de la intermediación como tipo contractual, partiremos de la calificación de la actividad que desarrolla el intermediario. Ello nos permitirá, además, avanzar en la línea de considerar una posible regulación unitaria de la figura, a modo de estatuto jurídico del intermediario, o por el contrario considerar que no existe un único tipo contractual, de manera que, a pesar de realizar siempre una función material mediadora, el estatuto jurídico de cada sujeto o acto sea también diverso.

Como punto de partida acudiremos a una de las normas comunitarias que regulan la figura de la intermediación, concretamente a la Directiva 2008/48/CE<sup>96</sup>. El art. 3, relativo a las definiciones, de la citada Directiva, en su apartado (f), hace una

---

<sup>95</sup> Un ejemplo es la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y otras normas del sistema financiero, Publicado en BOE de 28 de Mayo de 1985 y modificada por la Ley de Economía Sostenible Ley 2/2011, de 4 de marzo, publicado en el BOE núm. 55 de 5 de Marzo de 2011. Otro ejemplo de normativa relativa a la intermediación es la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, o publicada en el BOE” núm. 79, de 1 de abril de 2009

<sup>96</sup> Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

descripción de la función del intermediario<sup>97</sup>. Concretamente, haremos referencia a una de ellas a la que se refiere de manera expresa a la función de “asistencia”, se habla de asistencia en lugar de mencionar la función de asesoramiento que parece la más adecuada a la función que de “facto” realiza un intermediario.

Una curiosidad que nos llama la atención, relativa también a las funciones de la intermediación, es aquella por la que el legislador comunitario omite referencia alguna a la imparcialidad, de manera que parece no ser necesario dicho requisito en la actuación del intermediario, ya que no está contemplado ni de manera directa ni de manera indirecta en toda la norma.

Siguiendo con la legislación comunitaria, apreciamos un aspecto curioso: el hecho que el legislador, en una de las últimas Directivas, la Directiva 2011/83/UE<sup>98</sup>, elaborada para “obtener un nivel de protección más elevado para los consumidores”, omite incluir en las definiciones de su artículo 2, la del intermediario. Es probable que considere que solo pueden actuar como tales, aquellos que puedan ser considerados “comerciantes” según la definición del apartado 2 del citado artículo<sup>99</sup>, que sí que menciona la posibilidad de que alguien actué en “nombre de”. La interpretación que

---

<sup>97</sup> En su artículo 3f define al intermediario como: f) “ *intermediario de crédito* “: *persona física o jurídica que no actúa como prestamista y que, en el transcurso de su actividad comercial o profesional y contra una remuneración, que puede ser de índole pecuniaria o revestir cualquier otra forma de beneficio económico acordado: i) presenta u ofrece contratos de crédito al consumo, ii) asiste a los consumidores en los trámites previos de los contratos de crédito, distintos de los indicados en el inciso i), o iii) celebra contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista.*

<sup>98</sup> Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

<sup>99</sup> Art. 2.2) “*comerciante*”: *toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva.*

---

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

podríamos realizar de la definición descrita, podría permitimos dislumbrar la figura del intermediario en el contenido de la expresión “*incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones*”, es aquí donde se encuentra encubierta la posible figura de la intermediación. La expresión se usa para ampliar el concepto de comerciante y su responsabilidad, de manera que no pretenda escudarse en el uso de terceros, para no ser calificado como tal, pues bien, estos terceros podrían ser, de hecho consideramos que son los intermediarios. En conclusión no los cita directamente pero podemos deducir su existencia mediante esta lectura interpretativa.

Volviendo al análisis de la normativa relativa al crédito al consumo, pero esta vez acudiendo a la de nivel estatal, el legislador ha reconocido y regulado, con la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos Crédito al Consumo (consecuencia de la trasposición de norma comunitaria) la figura del intermediario, situándolo entre el prestamista y el prestatario del crédito al consumo. Las funciones que reconoce el legislador que puede prestar un intermediario de crédito pueden ser dos, ya que podrá actuar tanto como representante del prestamista, ofreciendo e incluso celebrando contratos, o bien podrá asesorar al consumidor de forma previa a la celebración del contrato.

Para poder ver un ejemplo claro en donde esta función de intermediación era ya reconocida como fundamental, debemos remitirnos a la regulación de la contratación de determinados productos bancarios, (ley 2/2009)<sup>100</sup>. En su artículo 1 encontramos una

---

<sup>100</sup> Ley 2/2009, de 31 de marzo, *por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*. Publicada en el BOE de 1 de abril de 2009. Esta Ley regula dos situaciones que hasta la fecha no tenían una regulación concreta y que son: por una parte, los créditos y préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito y, por otra, los servicios de intermediación del crédito. Ambas figuras son circunstancia o consecuencia del vertiginoso crecimiento del crédito hipotecario, vinculado al incremento del mercado inmobiliario que se había ido desarrollando los últimos años y que en la actualidad está en un momento de recesión.

---

delimitación del ámbito de aplicación de la ley, desde el punto de vista objetivo, de manera que al describir el legislador la actividad de intermediación, de algún modo, lo que está haciendo es definirnos la figura del intermediario<sup>101</sup>. De la lectura combinada, de este art.1, junto con la de otros apartados de la norma<sup>102</sup> podemos deducir que, para la Ley 2/2009, son intermediarios de préstamos o créditos independientes las empresas que, sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades de crédito o empresas que comercialicen créditos o préstamos, ofrezcan asesoramiento independiente, profesional o imparcial a quienes demanden su intervención para la obtención de un crédito o préstamo. Como hecho relevante podemos observar que de nuevo aparece el carácter de la imparcialidad, al referirse en dos ocasiones a la independencia, del producto y del asesoramiento, y mención la de una de las funciones que le venimos otorgando al intermediario, precisamente la de más difícil incardinación, la de asesorar; así observamos que el intermediario con su labor no debe solo conseguir que el cliente lleve a cabo el negocio pretendido, sino que además estará *intermediando* también, si tan solo lleva a cabo el asesoramiento sobre cuál es el mejor negocio, sobre cuales opciones tiene el consumidor ante el servicio o bien pretendido, y este se llega a configurar.

La función de asesoramiento es aquella que podría permitir la aplicación perversa de las normas de regulación de la intermediación, ya que si consideramos que la finalidad de la actividad de un intermediario es mediar entre dos partes para obtener un contrato final, un resultado, que en la mayoría de los casos, y salvo que se pacte de

---

<sup>101</sup> Art. 1.1.b. *La intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, mediante la presentación, propuesta, o realización de trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de tales contratos a los consumidores para su suscripción.*

<sup>102</sup> Sobre todo de la lectura del art. 22.4, ya que reafirma la independencia del intermediario al estar obligado a presentar como mínimo tres productos que se adapten a las características que el posible cliente ha manifestado desear contratar.

---

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

otro modo, supone el cumplimiento efectivo de la labor llevada a cabo por el intermediario, y que además le permitiría cobrar sus honorarios, cuando el intermediario solo realiza la función de asesor, ¿está llevando a cabo la función propia de la intermediación? Porque podría darse el caso de que el cliente no llegase a contratar, no se llegase a un resultado, y eso permitiría pensar que el intermediario no debería obtener remuneración alguna. Por ello es importante que se regule la función de asesorar como parte del contrato de intermediación, para no dar lugar a las hasta ahora discusiones jurisprudenciales sobre la obligación o no del cobro por esta labor realizada<sup>103</sup>. Y esta problemática la ha observado el legislador catalán, que al regular la función de la intermediación en el *Codi de Consum*<sup>104</sup>, incluye como función propia e independiente de la misma, la de asesorar, de manera que no solo debe asesorar al intermediar para obtener un resultado, sino que la propia función de asesorar es suficiente para considerar que existe intermediación

### 3 LA FUNCIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN.

La figura del intermediario como tal no está regulada en ninguno de nuestros textos jurídicos más relevantes. Lo que si podemos encontrar son figuras afines o

---

<sup>103</sup> Sentencia 783/1999 de 2 octubre RJ (1999/7007) “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 el mediador no surge exclusivamente de un negocio contractual de mediación, pues las obligaciones y derechos exigen además el hecho de que el intermediario hubiere contribuido eficazmente a que las partes concluyeran en el negocio” o STS núm. 187/2005 de 22 abril (RJ 2005/122320), “tiene declarado con reiteración esta Sala que dicho contrato está supeditado, en cuanto al devengo de honorarios, a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso”, así como las sentencias del TS de 19 de octubre (RJ 1993,/7744) y 30 de noviembre de 1993 (RJ 1993/ 9222), de 7 de marzo de 1994 (RJ 1994,/ 2198), de 17 de julio de 1995 (RJ 1995/ 5708), de 5 de febrero de 1996 (RJ 1996/ 1088) y de 30 de abril de 1998 (RJ 1998/ 3460).

<sup>104</sup> *Llei 22/2010, del 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya*. Publicado en el DOGC el 23 de julio de 2010, núm. 5677. y en el BOE el 13 de agosto de 2010, núm. 196.

---

análogas que en la descripción de sus funciones vemos reflejadas las características más básicas de la figura del intermediario<sup>105</sup>.

De este modo, el Código Civil regula la figura del mandato en su artículo 1709, y a través tanto de su definición como de la regulación de sus derechos y obligaciones podemos deducir que un intermediario actúa en cierto modo como un mandatario, ya que lleva a cabo actos, jurídicos o no, en nombre del mandante y ante terceros. Pero esta calificación chocaría con la jurisprudencia mayoritaria que considera que los contratos de mediación o corretaje (que son lo más asimilable a intermediación) no deben ser confundidos con el de mandato: *La esencia de la mediación es poner en conexión a los futuros contratantes sin intervenir en el contrato ni como mandatario., con el fin de que concluyan un negocio jurídico; si rebasa estos límites, supondrá una desnaturalización del contrato*<sup>106</sup>. Sin embargo existe otra corriente jurisprudencial que admite esta remisión, siempre y cuando no colisione con la esencia de la intermediación<sup>107</sup>.

En otros ordenamientos es común el hacer remisión el contrato de mandato para llenar las lagunas normativas de los contratos de intermediación. Así por ejemplo el

---

<sup>105</sup> ALVAREZ GARCIA, D. “El contrato de corretaje” en *Los contratos de gestión*, Consejo General del Poder judicial, Madrid 1995, Pág. 226; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil*. Vol. II, Ed. Tecnos 9ª edición. Pág. 479.

<sup>106</sup> Entre otras las SSTs de 26 de junio de 1997; de 10 de marzo de 1992(RJ 1992/2167) FD 3º: *No puede confundirse el mandato con el corretaje aunque sean contratos que tienen un mismo soporte que es el contrato tipo de su mandato. 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 intervención del mediador en el contrato, ni actuar como mandatario, sino, en este caso, como “corredor civil”, en cuanto actuó sólo por una parte con la cual únicamente tiene una relación contractual de mediación; el mediador, a diferencia del mandatario, no contrata.* y la Sentencia del TS núm. 1061/2004 de 10 noviembre RJ 2004/6724.

<sup>107</sup> Ver entre otras la STS de 5 de febrero de 1996 RJ (1996/1088). Que en su FD 2º expone: *El documento, aceptado por ambas partes, de fecha 12 de junio de 1989, debe calificarse, como lo hizo el Juez “a quo” de corretaje o comisión, no regulado expresamente en leyes civiles, si bien con sustantividad propia, innominado “factio ut des”, a quien alcanza la regulación de las obligaciones y contratos del Código Civil y de manera subsidiaria la regulación del contrato de mandato de los artículos 1709 a 1739 del Código Civil.* Sentencia de 6 octubre 1990 (RJ 1990/7478).

---

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

Código suizo en el art. 412<sup>108</sup>, reconoce la aplicación de las reglas del mandato de manera general al corretaje<sup>109</sup>.

Por su parte el Código de Comercio, que en su artículo 244, califica de mandato mercantil aquel contrato por el que una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra siempre que o bien sea un acto u operación de comercio y el comitente o el comisionista es comerciante, es decir actos que llevan a cabo los comerciantes a cambio de una comisión<sup>110</sup>. La intermediación para considerarla comprendida dentro del ámbito mercantil implica que el objeto del contrato sea un acto de comercio y que sea comerciante o bien el agente o el mediador, datos que se cumplen en innumerables operaciones como la contratación de seguros, de viajes, de transportes, etc.....

Volviendo al Código Civil, pero abandonando la regulación del mandato, hallamos otras figuras que tienen alguna afinidad con la intermediación. En el art. 1583 y siguientes se regula la figura del arrendamiento de servicios, contrato por medio del cual las partes se obligan, una de ellas a prestar un servicio recibido y la otra a pagar precio cierto por él mismo. Si comparamos el contrato de arrendamiento de servicios con el contrato de mandato, que en sus orígenes, gozaba de una gran amplitud y regulaba todas aquellas situaciones jurídicas que encerraban “un encargo”, podremos observar que ha evolucionado y actualmente, excluye del mismo las prestaciones de

---

<sup>108</sup> Art.412.2 du Loi fédérale complétant le Code civil suisse, Livre cinquième des Obligations “*Les règles du mandat sont, d’une manière générale, applicables au courtage*”

<sup>109</sup> CUADRADO PÉREZ, C. “Consideraciones sobre el contrato de corretaje” Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nº. 704, Diciembre 2007. Ed. Registradores de España. Pág. 2492.

<sup>110</sup> *El Término comisión fue tomado por el comercio para designar tanto la orden y la facultad que una persona da a otra para que haga un negocio determinado, como la remuneración que percibe quien ejecuta el encargo por cuenta ajena.* LEIÑENA, E. IRÁKULIS, N. “Régimen Jurídico de la comisión mercantil” en *El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil y el mandato en el derecho de obligaciones y contratos.* Ed. Dykinson. 2008.

---

servicios, observamos que en cambio el contrato de arrendamiento de servicios ha experimentado la evolución contraria, esto es, de un contrato articulado para regular relaciones jurídicas dependientes, entre quien presta el servicio y el que lo había contratado, se ha pasado a un contrato amplio, que encuadra relaciones diversas, que nada tienen que ver con las que en su origen motivaron su existencia. Entre ellas las relaciones de prestación de servicios del profesional liberal, relaciones, por definición, independientes, que encuentran actualmente, cobijo normativo bajo el esquema del arrendamiento de servicios<sup>111</sup>.

Otra de las regulaciones previstas en el Código Civil asimilables a la intermediación sería la gestión de negocios ajenos del artículo 1888. El único punto de inflexión entre ambas figuras sería el hecho de que el *gestor* actúa sin mandato de aquel en nombre del cual actúa, pero si este ratificase sus actuaciones estaríamos ante un mandato expreso (art. 1892 CC). Y lo que lo asimila es el hecho de que si los actos finalizan de manera provechosa para el dueño de los bienes o negocios, este deberá indemnizar los gastos ocasionados por la gestión realizada al gestor del mismo. Pero esta figura que por los actos podría asimilarse a la intermediación no puede ser calificada como tal porque falta el encargo inicial al “gestor”.

Por último hacer referencia a las normas mercantiles que regulan, en la actualidad, contratos de comercio a los que se pueden calificar de intermediación. Es el caso del contrato de agencia, Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia. En este punto debemos recordar que la doctrina mercantil, se refiere a una serie de contratos atípicos, por falta de regulación específica, pero que son habituales en el

---

<sup>111</sup> CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>.D. *La prestación de servicios profesionales*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001. Pág. 51 y ss.

---



tráfico comercial y se asimilan al de intermediación, como son el de distribución y el de concesión mercantil.

Es evidente que la conclusión a la que se llega es que nos encontramos ante una figura jurídica que no está regulada hasta ahora de manera sistemática en nuestro ordenamiento y que por ello había tenido que ser configurada doctrinal y jurisprudencialmente.

A tal efecto de la falta de regulación nos vemos obligados a hacer un pequeño inciso y, aunque pudiera parecer fuera de contexto, es necesario mencionar que en el ámbito del derecho administrativo y dentro de las competencias de regulación de las Comunidades Autónomas, sí encontramos regulación. Podemos acudir al Codi de Consum de Catalunya (Aprobado por la Ley 22/2010)<sup>112</sup>, ya que en el podemos encontrar lo que sería un principio de regulación de la figura jurídica del intermediario. El legislador catalán desarrolla en el Título III del citado Código, las relaciones de consumo mediante intermediarios.

### **3.1 La regulación en el Marco Común de Referencia**

En la actualidad a nivel europeo, y en materia de la regulación relativa a los contratos, no podemos obviar el estudio del Marco Común de Referencia (DCFR) que vio la luz tras un largo periodo de trabajo<sup>113</sup>. Tras su publicación se procedió a la formación de grupos de investigación y estudio creados para discernir acerca de si las divergencias en materia de Derecho contractual entre los Estados miembros planteaban

---

<sup>112</sup> Aunque estamos ante una regulación de carácter administrativo, la Ley 22/2010 de 20 de julio del *Codi de Consum de Catalunya*, en su artículo 231, podríamos considerarla novedosa y ejemplificadora.

<sup>113</sup> La investigación del grupo de expertos, que estaba formada por el Study Group y el Acquis Group, dio como resultado la publicación del Draft Common Frame of Reference (DCFR) en 2009.

---

algún tipo de problemas, o si bien era necesario adoptar un nuevo instrumento comunitario que contenga tanto disposiciones sobre cuestiones generales de Derecho contractual como sobre materias más específicas<sup>114</sup>.

Con posterioridad a la publicación del texto, se han llevado a cabo más políticas de promoción de la investigación en la mejora y avance en la legislación europea de contratos<sup>115</sup>, en algunos casos tomando como partida el texto inicial aprobado del DCFR.

---

<sup>114</sup> Entre otros actos se pueden comprobar la: Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 11 de julio de 2001 sobre Derecho contractual europeo (COM (2001)) 398 final. Publicada en el Diario Oficial CE 255 de 13 de septiembre de 2001. Y la Comunicación de la Comisión de 12 de febrero de 2003 al Parlamento Europeo y al Consejo: “Un derecho contractual europeo más coherente - Plan de acción” (COM (2003)) 68 final. Publicada en el Diario Oficial CE 63 de 15 de marzo de 2003.

, en algunos casos tomando como partida el texto inicial aprobado del DCFR. <sup>115</sup> Entre otros podemos destacar que la Comisión Europea publicó, el 26 de abril de 2010, la Decisión de la Comisión de 26 de abril de 2010 *por la que se crea un Grupo de expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo* (2010/233/UE). Publicada en el DOCE L 105/109 de 27 de abril de 2010. Se crea para que, tomando como punto de partida el texto del DCFR, inicien otras vías de investigación, ayudando a seleccionar aquellas partes del DCFR que de un modo directo o indirecto incidan en la regulación de contratos, reestructurarla, revisarla y seleccionar contenidos. por la que se aprobaba la creación de un grupo de expertos que llevasen a cabo, a partir de lo previsto en el DCFR, la realización de trabajos de investigación que permitiesen la elaboración de nuevos textos que abarcasen la materia contractual de Derecho Privado, nuevas propuestas legislativas, contrastar en VAQUER ALOY, A. “El Soft Law europeo en la jurisprudencia española: doce casos” en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol.1, junio 2013 Pág. 93-115. Considera el DCFR “una iniciativa de la Comisión europea pero que no es sino un trabajo académico, aunque su revisión por un grupo de expertos nombrados por la Comisión ha desembocado en una propuesta legislativa, la propuesta de Reglamento Opcional sobre un derecho común europeo de la compraventa (CESL)...”. Por último señalaremos, de entre todas las iniciativas de la Comunidad, la publicación del *Libro Verde de la Comisión, de 1 de julio de 2010, sobre las acciones contempladas para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas* (COM (2010) 348 final - no publicado en el Diario Oficial. Consultado en la página <http://europa.eu/legislation>, que será seguramente, el verdadero punto de partida para alcanzar los objetivos de protección del consumidor perseguidos, toda y la duda sobre la capacidad o no de realizar un texto que, o bien incida directamente en la normativa de los Estados, siendo de aplicación obligatoria, o bien un texto menos agresivo, que respete las regulaciones internas y que permitan a los Estados optar su alcance interno, pero de carácter obligatorio para las relaciones transnacionales.

---

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

En los Libros II y IV<sup>116</sup> DCFR se desarrollan las disposiciones generales de los contratos, la regulación de los contratos específicos y los derechos y deberes que de ellos se derivan. A los efectos de entender mejor la investigación que estamos realizando, nos interesas tomar concretamente de estos, la definición y desarrollo de la regulación de la figura jurídica del contrato de Mandato, y el del contrato de Servicios.

En el Libro II se contienen aspectos de carácter más general acerca de la contratación. La definición de contrato, su formación, contenido, desistimiento, extinción, interpretación, etc.... Para entrar a valorar aspectos específicos debemos acudir al Libro IV, en él, el legislador comunitario, desarrolla una variada tipología contractual de carácter específico, así como los derechos y obligaciones que de estos contratos se derivan. De este elenco contractual nos interesa analizar, en concreto, dos tipologías, el contrato de mandato y el de servicios, estas son las que consideramos que afectan de un modo directo a la relación del consumidor con la figura del intermediario.

#### **3.1.1 El contrato de servicios**

La figura jurídica del contrato de servicios la encontramos regulada en el Libro IV Parte C. En ella, concretamente, en el art. 1C.1:101, el legislador comunitario nos aporta la definición del contrato<sup>117</sup>, pero lo hace, no mediante un artículo relativo a las

---

<sup>116</sup> Book II Contracts and other juridical acts (Contratos y otros actos jurídicos), Book IV Specific contracts and the rights and obligations arising from them (Contratos específicos y derechos y obligaciones que de ellos se derivan)

<sup>117</sup> IV. C.-1:101: Esta parte del Libro iv se aplica: (1a) “a los contratos por los que una parte, el prestador del servicio, se obliga a prestar un servicio a la otra parte, el cliente, a cambio de un precio, y (1b) con las adaptaciones apropiadas, a los contratos en los que el prestador del servicio preste el servicio al cliente sin derecho a recibir por ello, una contraprestación. (2) esta normativa se aplica en particular a los contratos de construcción, reparación y mantenimiento, depósito o custodia, diseño o elaboración de proyectos, información o asesoramiento, y a los tratamientos médicos”. Traducción de la versión oficial realizada por VAQUER ALOY, A; BOSCH CAPDEVILLA, E.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.

---

definiciones de los conceptos contenidos en la norma, sino a través de lo que denomina su “*Ámbito de aplicación*”.

La pretensión del legislador, todo y el segundo apartado del artículo<sup>118</sup>, es abarcar la totalidad de los contratos que son utilizados en el sector de la prestación de servicios. Incluyendo incluso, en su ámbito de aplicación, aquellos que pueden llegar a realizarse sin que se prevea contraprestación económica para el prestador del servicio, algo, en algún modo que se aparta de la línea de la naturaleza del tipo contractual que conocemos.

Por otro lado dentro de las tipologías específicas incluye contratos que podrían ser considerados contratos de obra y no de servicios, como podría ser el contrato de construcción o el de diseño, que implican necesariamente una obligación de resultado, aspecto que nos permite comprobar que no realiza el legislador comunitario una distinción entre servicios y obra, sino la previsión de un tipo general aplicable al resto de contratos, el contrato de servicios en sí, y el resto de contratos que quedarán bajo la protección de las normas del contrato de servicios. Es más se reconoce claramente que el contrato es de medios, pero necesariamente estos medios empleados deben llevar a la conclusión de un resultado final<sup>119</sup>. Esta afirmación es la que se parece extraer de la lectura del artículo, aunque una lectura más detallada nos permite hablar no tanto de

---

(Coord.) *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomos I y II. Ed. Atelier. Barcelona 2012.

<sup>118</sup> En el apartado (2) del artículo, aporta el legislador unas tipologías concretas de contratos que deberán ser calificados como contratos de servicios.

<sup>119</sup> Previsión que contemplamos en el art. IV.C.2:106 2. *Obligación de alcanzar un resultado*: “*el prestador de un servicio debe alcanzar el resultado específico pactado o previsto por el cliente en el momento de la perfección del contrato, siempre que en el caso de un resultado previsto pero no indicado por el prestador del servicio (en el contrato): (a) que el resultado previsto por el cliente sea uno de los que razonablemente podría esperar. (b) y que el cliente no tenga ningún motivo para creer que existe un riesgo sustancial de que el resultado no pueda alcanzarse.*”

---

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

obligación de resultado sino de resultado posible o previsible, de manera que podría ser reclamado si se pactó, o si sin pactarse se deduzca su posibilidad del propio contenido del contrato y de la materia contractual porque “*sea uno de los que razonablemente podría esperar*”.

Esta distinción, de claro carácter teórico, es relevante en aquellos contratos en los que no quede determinado de manera expresa el resultado, y adquiere relevancia práctica. Llegado el momento de determinar la responsabilidad del prestador del servicio, en caso de incumplimiento, esta ni será la misma, ni tendrá el mismo alcance, si hablamos de una obligación de medios o si estamos ante una de resultados, que en este último supuesto, permitiría reclamar no solo por falta de diligencia sino por ausencia de obtención de un resultado efectivo.

Uno de los aspectos relevantes a mencionar, de la regulación del contrato de servicios en el DCFR, es el relativo a la previsión normativa acerca de cuál debe ser la norma prevalente en caso de duda (cuando nos encontramos ante una situación contractual no definida, que, por sus características admitiese tanto la aplicación de las normas de regulación del contrato de mandato o las del contrato de servicios). Considera el legislador comunitario que ante la posibilidad que en un tipo contractual, no definido, sea posible aplicar tanto las normas del arrendamiento de servicios como las normas del contrato de mandato que prevalegan las del mandato sobre las del contrato de servicios<sup>120</sup>. Para DE BARRÓN esto se debe a que el tratamiento de servicios no queda claramente delimitado de otras figuras afines<sup>121</sup>, algo que compartimos con la

---

<sup>120</sup> IV.C.-1:103.

<sup>121</sup> DE BARRÓN ARNICHES, P. “Libro IV. parte C. Servicios. Capítulo 1. Disposiciones generales”. En VAQUER ALOY, A y otros (Coord.) *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomo II. Ed. Atelier.2012. Barcelona. Pág.1148.

---

autora, ya que a pesar esfuerzo del legislador por delimitar los tipos contractuales, deja abierta la opción a la aplicación dual de normas a determinados contratos no previstos.

### **3.1.2 El contrato de mandato**

Regulado en el Libro IV Parte D. En su primer artículo, del mismo modo que en el contrato de servicios, nos definen el contrato a través de la técnica de la aplicación de las normas previstas en “*esta parte del libro*”<sup>122</sup>.

Del mismo modo que encontrábamos una previsión legal en el apartado relativo al contrato de servicios, en el contrato de mandato también observamos uno de los aspectos más relevantes, es cómo relaciona directamente el contrato de servicios con el de mandato, creando un vínculo directo entre ambos contratos de manera que si se produjese un supuesto en el que una determinada situación pueda, por su descripción, situarse tanto bajo la regulación del contrato de servicios como bajo la regulación del contrato de mandato, la solución estará determinada legalmente no dejando lugar, de

---

<sup>122</sup> IV. D.-1:101: *Ámbito* (1) “*Esta Parte del Libro IV se aplica a los contratos y demás actos jurídicos por los que una persona, el mandatario, está autorizada e instruida (encargada) por otra persona, el mandante: (a) para concluir un contrato con un tercero, o realizar otro acto jurídico en relación con un tercero por cuenta del mandante, pero de una manera tal que es el mandatario y no el mandante quien es parte en el contrato o en el otro acto jurídico; o (c) para realizar las actuaciones que deberían permitir o facilitar la conclusión de un contrato entre el mandante y un tercero, o la realización de otro acto jurídico que afectaría a la posición jurídica del mandante en relación con un tercero.* (2) *Esta Parte se aplica cuando el mandatario se compromete a actuar por cuenta del mandante y de acuerdo con sus instrucciones, y, con las adaptaciones apropiadas, cuando el mandatario está autorizado para actuar, pero todavía no ha asumido el compromiso, y aun así actúa.* (3) *Esta parte se aplica cuando el mandatario tiene derecho a una remuneración y, con las adaptaciones apropiadas, cuando no tiene derecho a la misma.* (4) *Esta Parte se aplica sólo a la relación interna entre el mandante y el mandatario (la relación de mandato). No se aplica a la relación entre el mandante y el tercero ni a la relación (si la hubiera) entre el mandatario y el tercero.* (5) *Los contratos a los que se aplica tanto esta Parte como la Parte C (Servicios) se rigen principalmente por lo establecido en esta Parte.* (6) *Esta Parte no se aplica a los contratos referentes a servicios y actividades de inversión, definidos por la Directiva 2004/39/EC; Of L 145/I, y sus modificaciones posteriores”.* Traducción de la versión oficial realizada por VAQUER ALOY, A; BOSCH CAPDEVILLA, E.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (Coord.) *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de...*, *Ob.cit.*

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

inicio a la posibilidad de realizar interpretaciones dudosas entre una norma o la otra; En este caso concreto, ha querido el legislador, que sean de aplicación preferente las normas previstas para el mandato<sup>123</sup>.

Una de las interpretaciones que podríamos extraer de esta puntualización realizada de manera reiterada por el legislador, (recordemos que en sede del contrato de arrendamientos ya se hacía referencia a la prevalencia de las normas del mandato)<sup>124</sup> es la de que el legislador parece dar al contrato de mandato un carácter de regulación principal y al de servicios el carácter de regulación secundaria aplicable, no en defecto de norma, que sería aquellas situaciones en las que podríamos estar hablando de norma general y norma específica, sino que es aplicable en aquellas situaciones en que puedan reconocerse rasgos comunes a ambos contratos. Ante cualquier duda interpretativa será siempre aplicable la normativa del mandato<sup>125</sup>.

Así nos encontramos con dos figuras jurídicamente independientes, por el hecho preciso de que, a pesar de estar bajo un mismo Libro, el IV relativo a los “*Contratos específicos y derechos y obligaciones que de ellos se derivan*”, están reguladas en capítulos independientes, pero que, dada la reminiscencia histórica, no puede el legislador acabar de independizar totalmente una de otra, tal y como hemos podido observar.

---

<sup>123</sup> Art. IV. D.-1:101. (5)

<sup>124</sup> Vid. art. IV.C.-1:103 DCFR

<sup>125</sup> De un modo contrario lo considera DEL POZO CARRASCOSA, P. “Parte D. Contrato de mandato” en VAQUER ALOY, A; BOSCH CAPDEVILLA, E.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (Coord.) *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomo II. Ed. Atelier. Barcelona 2012. Pág. 1386.

---

#### **4 EL INTERMEDIARIO COMO PARTE CONTRACTUAL: SU RECONOCIMIENTO NORMATIVO.**

Por todo ello y con la finalidad de delimitar el concepto jurídico de la figura del intermediario tomaremos como referencia, en primer lugar, aquellas normas de carácter reglamentario o de orden interno, que creemos están mucho más cerca, en la actualidad, de la relación jurídica de la intermediación en el ámbito comercial. Así por ejemplo nos adentraremos en la regulación de los intermediarios inmobiliarios, en ella se habla de la existencia de un intermediario porque actúa en calidad de mediador en operaciones de compraventa, alquiler, permuta o cesión de bienes inmuebles y que, además, este intermediario llevará a cabo las citadas actuaciones, entre otros, guardando los deberes de lealtad e independencia (actuará siempre en nombre y para una de las partes, salvo solicitud expresa de ambas) y llevará a cabo su actuación siempre por *encargo del cliente*<sup>126</sup>. Acudimos en este sector a la normativa deontológica del colegio porque debemos tener en cuenta que la norma de rango legal que regula las operaciones en el sector inmobiliario<sup>127</sup> no describe al intermediario sino que se limita a enumerar aquellas funciones que puede llevar a cabo, es por ello que en este campo contractual nos vemos obligados a acudir a normas de rango no legal para extraer de estas aquellas características que nos resultan relevantes de la figura del intermediario.

---

<sup>126</sup> Código deontológico del Colegio de Agentes de la Propiedad inmobiliaria de Barcelona. *NOTA D'ENCÀRREC. L'agent de la propietat immobiliària no farà publicitat ni ofertes d'immobles, ni rebrà quantitats o formalitzarà amb tercers qualsevol contracte o precontracte sense la subscripció prèvia de la corresponent nota d'encàrrec, i no l'acceptarà si no té prou competència i capacitat per desenvoluparlo. La nota d'encàrrec se subjectarà a les normes de la Llei del dret a l'habitatge que la regulen.*

<sup>127</sup> Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre (vivienda), por el que se aprueba el reglamento de los colegios oficiales de agentes de la propiedad inmobiliaria y de su junta central, regulando el ejercicio de la profesión. Derogado, excepto el art. 1, que es el utilizado en nuestro texto, por el Real Decreto 1294/2007, de 28 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Consejo General



## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

Otro campo normativo que permite obtener datos suficientes para poder dar forma a nuestra definición es el de la contratación de seguros, de la distinción que en la norma se hace sobre las clases de intermediarios de seguros existentes, ello nos da una imagen más amplia de esta figura jurídica, aunque evidentemente, tampoco aquí quedan cubiertos en su totalidad los caracteres reseñados.

La Ley de Mediación de Seguros<sup>128</sup> distingue dos tipos de mediadores: los agentes de seguros, vinculados o no, (art. 9 y ss.) y los corredores de seguros (art.26 y ss.)<sup>129</sup>, siendo estos últimos, por su definición, los que podríamos considerar intermediarios en sentido estricto, ya que conservan el carácter independiente que de ellos se espera; mientras que el vínculo contractual que el agente tiene con la empresa aseguradora le impide actuar de manera imparcial, tan solo le podríamos reconocer esta capacidad al agente de seguros vinculado (art 20 y ss.) dado que su contrato no es de exclusividad con una única compañía sino que puede suscribirlo con varias, adquiriendo un cierto carácter independiente al poder ofrecer al consumidor más de una opción.

Por último queremos hacer una pequeña referencia a la figura del prestador de servicios de Internet, que también es considerado por la Ley como un intermediario, aunque su función es diversa de la del resto de intermediarios, además de mucho más complejas sus relaciones contractuales con el consumidor, relaciones que requerirían, necesariamente, de un estudio individualizado al de la propia figura de la intermediación, y es por este motivo que no haremos un estudio exhaustivo de esta

---

<sup>128</sup>Ley de Mediación de seguros y reaseguros privados 26/2006, de 17 julio de 2006.

<sup>129</sup> 1. Son corredores de seguros las personas físicas o jurídicas que realizan la actividad mercantil de mediación de seguros privados definida en el artículo 2.1 de esta Ley sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades aseguradoras, y que ofrece asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden la cobertura de los riesgos a que se encuentran expuestos sus personas, sus patrimonios, sus intereses o responsabilidades

---

figura y tan solo tomaremos de él aquellas nociones de su regulación que puedan resultarnos útiles para nuestra investigación.

En la Ley 34/2002<sup>130</sup> se reconoce la existencia de figuras que actúan como intermediarios, y la semejanza que encontramos, entre estos y la figura estudiada, radica en que en el intermediario no crea (el intermediario de comercio no vende ni compra), solo facilita el acceso a la información creada por otros<sup>131</sup>, (el intermediario de comercio solo facilita la perfección de la operación que se quiere realizar). De nuevo encontramos una norma donde no se muestran los rasgos básicos de la figura del intermediario, aunque quizás en este caso concreto se deba a que estamos ante una actuación del intermediario muy diferente a la del resto de figuras afines.

## **5 DETERMINACIÓN DEL OBJETO PRINCIPAL DE LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN**

### **5.1 El acercamiento de las partes: La esencia de la actividad de intermediación**

Históricamente el acercamiento de las partes contractuales, su puesta en contacto, ha sido la función principal y única de la intermediación, función que,

---

<sup>130</sup>Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. En el caso de los intermediarios en Internet les es de aplicación no solo esta normativa sino también son aplicables la Ley general de telecomunicaciones y la ley de protección de datos personales, pero para llevar a cabo su definición nos centraremos en la primera de las normas mencionadas, que en su anexo da una relación de las definiciones de los conceptos mencionados en la Ley, para este caso concreto estaríamos a lo dispuesto en el apartado b). en ella se hace mención constante a la figura del “*prestador de servicios de intermediación*”, que son aquellos que facilitan la prestación o utilización de otros servicios de esta naturaleza, o el acceso a la información, siendo el nexo de unión entre los que editan los contenidos y aquellas personas que quieren acceder a los mismos siendo posible que la información que facilitan los terceros sea accesible.

<sup>131</sup> MARQUEZ LOBILLO, P. “Prestadores de servicios de intermediación: Algunas especialidades de su estatuto jurídico” en *Revista de Contratación Electrónica*, Núm. 88. Diciembre 2007.

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

evidentemente, siempre podía ser complementada por alguna de las otras funciones que describiremos posteriormente.

El hecho de no existir una regulación específica de la intermediación, provocó que se llevase a cabo dicha regulación en base a la interpretación tanto doctrinal como jurisprudencial, regulación que diese solución a determinados contratos que llegaban a los Tribunales. Conflictos surgidos al respecto a si su calificación jurídica era la adecuada o sí las funciones, o efectos esperados, eran los adecuados según la denominación que este ostentaba. Dicha regulación doctrinal y jurisprudencial se basaba en gran parte, en una relación contractual que aunque podía asimilarse a contratos ya existentes, no cumplía los requisitos suficientes para vincularlo de manera específica a ninguno de ellos. Una de las soluciones de la doctrina fue hablar de la mediación como de un “contrato de mediación y corretaje”, y a través de él intentar dar forma a la figura del mediador o intermediario.

Para algunos, en la mediación, el mediador se limita a poner en contacto al oferente de un producto o servicio, que le hizo el encargo, con otra persona interesada, en perfeccionar un contrato cuyo objeto será dicho producto o servicio, pero en esta relación que surgiría con posterioridad, no intervendría el mediador ni personalmente ni como mandatario, para poder intervenir en el contrato posterior era necesario que entre mediador y mediado existiese pacto expreso<sup>132</sup>.

Hay autores que consideraban que esta puntualización variaba en función del tipo de contrato de mediación del que hablásemos, por ejemplo ante la mediación

---

<sup>132</sup> STS 3 marzo 1967, 1 marzo 1988, 19 octubre 1993, 30 abril 1998, 21 marzo 2007. Doctrinalmente podríamos citar a TASENDE CALVO, J. el contrato de mediación inmobiliaria en la compraventa de vivienda. Ed. Revista. Actualidad Civil, La Ley. 2008.

---

inmobiliaria, el agente va más allá de la simple intermediación y se involucra en el resultado mediante la formalización de contratos preparatorios o de compraventa, con percepción de arras como anticipo de su comisión, en este caso la mediación aparece como un contrato mixto, con un contenido complejo en todo lo relativo a los derechos y obligaciones de las partes, para estos autores no estamos ante una mediación sino ante un apoderamiento<sup>133</sup>.

Pero lo que le daba más fuerza a esta extendida doctrina era las resoluciones judiciales, que, no solo reconocían la función de la intermediación, como la de poner en contacto, presentar, a las partes interesadas en la perfección de un contrato concreto, sino que además puntualizaban que esa era su única función, esto lo hacían con expresiones como “limitarse a”, “no es obligación del intermediario...”, etc.<sup>134</sup>.

Pero, a pesar de esta declaración, paralelamente se iba desarrollando la doctrina que, aunque su punto de inicio era el mismo, la de defender, como única función de la intermediación, la de acercar, presentar, encontrar, a las partes, esta función debía tener además una finalidad clara y necesaria, la de que se llevase a cabo la perfección del contrato perseguido por estas<sup>135</sup>, y, siempre según esta doctrina, dicha perfección daría

---

<sup>133</sup> Ejemplo de esta doctrina la encontramos en REBOLLEDO VARELA, A. L., “Compraventa a través de agente inmobiliario” en *Aranzadi Civil*. Núm. 3/2006. Pág. 2529

<sup>134</sup> STS de 2 de octubre de 1999 (RJ 1999/7007), donde en su Fundamento de Derecho Primero especificaba que “en el contrato de mediación o corretaje el mediador ha de limitarse en principio a poner en relación a los futuros contratantes sobre un objeto determinado contribuyendo eficazmente a que las partes concluyan el negocio”. Doctrina seguida por el Tribunal en el FD 3º de la STS de 30 de marzo de 2007 (RJ 2007/2412) en la misma reconocía que: “entre las obligaciones de mediador, salvo pacto expreso, no se encuentra la de garantizar la consumación del contrato”, admitiendo de un modo indirecto que no debe llevar a cabo acto distinto del acercamiento, ya que serán las partes y solo ellas las encargadas de realizar o encargar la realización de los actos que garanticen la perfección del contrato final. O las SSTs de 21 octubre de 2000 (RJ 2000/8811); de 18 marzo de 2010 (RJ 2010/3908),

<sup>135</sup> la sentencia de 21 de octubre de 2000 (RJ 2000/ 8811) establece de inicio que: “En el contrato de mediación o corretaje el mediador ha de limitarse en principio a poner en relación a los futuros comprador y vendedores de un objeto determinado” pero a continuación puntualiza “pero en todo caso

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

lugar al nacimiento del derecho del intermediario a la remuneración<sup>136</sup>, afirmación esta que abarcaremos profundamente más adelante.

Es por estas interpretaciones y aclaraciones jurisprudenciales y su desarrollo doctrinal por las que podemos hablar, inicialmente, del reconocimiento y de la existencia de otras funciones típicas y necesarias de la intermediación además de la citada.

#### **5.2 La función de asesoramiento: ¿Función secundaria o función principal independiente?**

Determinada así la existencia de más funciones vinculables a la intermediación, empezamos la descripción del resto por la función de asesorar, precisamente por las dudas que esta ha generado, no sobre la obligación del intermediario de asesorar o no, sino sobre la posibilidad de que dicha función pueda individualizarse del resto y pueda ser considerada su existencia en una relación contractual, suficiente para hablar de existencia de intermediación.

Tal y como hemos indicado, la función del asesoramiento ha sido considerada como una de las funciones propias y complementarias de la labor que un intermediario debía llevar a cabo, llegándose a discutir tanto jurisprudencial como doctrinalmente si

---

*la actividad ha de desplegarse en lograr el cumplimiento del contrato final*". Del mismo modo lo entiende la también citada ya STS de 2 de octubre de 1999 (RJ 1999/7007) que además que la relación jurídica entre el cliente y el mediador no surge exclusivamente de un negocio contractual de mediación, pues "las obligaciones y derechos exigen además el hecho de que el intermediario hubiera contribuido eficazmente a que las partes concluyeran el negocio".

<sup>136</sup> Es doctrina reiterada la que supedita el devengo de honorarios a la perfección del contrato pretendido por las partes, salvo que exista pacto expreso en contra que permita el cobro de los honorarios solo por la intervención del intermediario. Entre otras las SSTS de 4 de noviembre de 1994 (RJ 1994/ 8368); de 13 junio de 2006 (RJ 2006/ 3368).

---

debía ser considerada una función más o una función independiente de la intermediación. Debe constatarse que uno de los problemas principales a los que se han enfrentado siempre los Tribunales es la falta de definición tanto de la figura del intermediario como la del contrato que lo identifique como tal. Así encontramos que bajo la denominación del contrato de mediación o corretaje se le ha intentado dar contenido a la función que el intermediario de este llevaba a término<sup>137</sup>.

En el ya citado *Codi de consum de Catalunya* se menciona de manera expresa la función de asesoramiento en su art. 231.1.d<sup>138</sup>, de manera que, tal y como expresa el enunciado del artículo, es intermediario quien realiza “*cualquiera de las siguientes actividades...*” puede entenderse que no la combinación de todas ellas sino una sola de ellas puede dar lugar a considerar que estamos ante una intermediación efectiva, y a que, con el cumplimiento de esta, el intermediario considere que merece la remuneración porque ha cumplido su cometido correctamente.

---

<sup>137</sup> Podemos ver como en doctrina jurisprudencial reciente se sigue considerando que la única función de la intermediación es la de acercar a las partes, la STS de 25 noviembre de 2012 (RJ 2012/ 3399) en su FD 2º así lo corrobora apoyándose en la doctrina de la sala: “Tal como sintetiza la sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 2010 (RJ 2010/ 3908), el contrato de mediación o corretaje es aquel por el que se encarga al mediador, que percibe una remuneración por ello, que indique la oportunidad de celebrar un determinado contrato o que consiga la celebración del mismo; el mediador no contacta con el tercero, sino que lo localiza y contacta con el mismo. Tal como dice la sentencia de 2 octubre de 1999 (RJ 1999/ 7007) el núcleo del contrato es facilitar la aproximación entre comprador y vendedor, poniendo en relación a los futuros comprador y vendedor, teniendo como finalidad el lograr la celebración del contrato final. En la misma línea las SSTS de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992/ 2167) y 19 de octubre de 1993 (RJ 1993/ 7744).

<sup>138</sup> Artículo 231-1. Concepto de intermediario o intermediaria. Se entiende por intermediario o intermediaria cualquier empresario o empresaria que por cuenta ajena y a cambio de una remuneración, de carácter pecuniario o en forma de cualquier otra ventaja económica convenida, se dedica habitualmente a cualquiera de las siguientes actividades: a) Presentar u ofrecer la posibilidad de adquirir bienes o servicios a las personas consumidoras. b) Hacer los tratos preliminares para la formalización de un contrato con personas consumidoras. c) Formalizar el contrato con las personas consumidoras. d) Asesorar a las personas consumidoras con relación al negocio jurídico en que interviene.

---

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

Pero la misma norma contiene un artículo que nos hace dudar de si puede solo asesorarse o si esta función es complementaria a otra u otras de la intermediación, el artículo 231-3. En él se dan las indicaciones de que se supone que es la función de asesorar<sup>139</sup>, pero si “*la actividad comercial de la intermediación incluye la de asesorar*”, esta ambigua mención a si “*incluye*”, puede hacernos dudar sobre su independencia, y más al omitir el legislador la referencia a que estas indicaciones serían obligatorias cuando se asesora, siempre y únicamente y no solo cuando además se asesora. A nuestro parecer no hay duda sobre la finalidad pretendida por del legislador, ya que realiza una enumeración de las actividades, individualizándolas de un modo claro. La conclusión es que la existencia del artículo 231-3 solo sirve para enfatizar la importancia de la función de asesorar pero no para individualizarla.

Para ver y valorar que lo expuesto hasta el momento es así podemos acudir de nuevo a la mencionada regulación relativa a la contratación de servicios bancarios, en este caso escogeremos concretamente la regulación prevista para el crédito al consumo, la Ley 16/2011 de 24 de junio<sup>140</sup>.

En el contenido de la citada norma podremos observar que, por su manera de actuar en el mercado, el legislador distingue dos tipos de intermediarios<sup>141</sup>. El primero

---

<sup>139</sup> Artículo 231-3. Asesoramiento. 1. Si la actividad comercial de los intermediarios incluye el asesoramiento de las personas consumidoras, los intermediarios deben darles la información necesaria sobre la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del bien o servicio, para que las personas consumidoras puedan evaluar si el contrato propuesto se ajusta a sus necesidades. 2. Los intermediarios deben dar a las personas consumidoras la información a que se refiere el apartado 1 de forma clara, comprensible y fácilmente interpretable.

<sup>140</sup> Ley 16/2011 de 24 de junio de contratos de crédito al consumo, publicada en el BOE de 25 de junio de 2011, núm. 151. Ley que deroga la Ley 7/1995 de 23 de marzo de crédito al consumo, y tal y como leemos en su Disposición Derogatoria, “cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a esta ley”.

<sup>141</sup> También reconoce como intermediario, aunque con carácter subsidiario, a quien no actúa profesionalmente como tal, pero que en una situación concreta deberá llevar a cabo funciones de intermediación. Nos referimos al proveedor de bienes y servicios, al cual se aplican una serie de

---

de ellos, lo deducimos de la lectura de los apartados 1 y 2 del artículo 2.3<sup>142</sup>. Se trata del intermediario que “presenta u ofrece” contratos de crédito o que “asiste a los consumidores en los trámites previos”, en cuyo caso está actuando en su calidad de asesor, en cambio, y este es el segundo tipo, cuando “celebra contratos de crédito...” está actuando como representante. Con ello se reconoce definitivamente como intermediario no solo a quien asesora y asiste, sino también a quien celebra el contrato de crédito con los consumidores en nombre del prestamista, admitiéndose así la función de representación en el intermediario, función esta omitida por el legislador en la anterior norma, la Ley 2/2009 de 31 de marzo.

Podemos de nuevo observar aquí como la función de asesorar está prevista dentro de las funciones de la intermediación, pero en este caso no es una función que se pueda individualizar de forma clara, de manera que si el contrato final no se perfecciona, es decir el cliente no llegase a contratar el crédito, el intermediario no podría exigir sus honorarios. Esto último queda ratificado por el artículo 28, relativo al derecho de desistimiento que tiene el consumidor, en un plazo de 14 días sin que le sea aplicable penalización alguna y teniendo que devolver solo el capital y los intereses generados hasta ese día<sup>143</sup>. Cabría discutir aquí si el pago de los honorarios por unos servicios de intermediación, pueden ser considerados penalización o no para el

---

excepciones relativas a las obligaciones de información (art. 13). Si bien el consumidor no debería quedar desprotegido, no olvidemos que la obligación de información la tiene siempre el prestamista

<sup>142</sup> Art. 2. 3. El intermediario de crédito es la persona física o jurídica que no actúa como prestamista y que en el transcurso de su actividad comercial o profesional, contra una remuneración que puede ser de índole pecuniaria o revestir cualquier otra forma de beneficio económico acordado: 1) Presenta u ofrece contratos de crédito, 2) asiste a los consumidores en los trámites previos de los contratos de crédito, distintos de los indicados en el inciso 1.), o 3) celebra contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista.

<sup>143</sup> Artículo 28. Derecho de desistimiento. 1. El derecho de desistimiento de un contrato de crédito es la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato celebrado, comunicándose así a la otra parte contratante en un plazo de catorce días naturales sin necesidad de indicar los motivos y sin penalización alguna.

---



## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

consumidor, y eso pasaría por calificar debidamente la independencia o no del contrato de intermediación del contrato que esta espera se celebre finalmente.

La misma duda nos surge si revisamos la Ley 2/2009 antes mencionada. En este caso se considera que existe la función de asesorar si el intermediario presenta tres ofertas vinculantes que se ajusten al perfil del cliente (lo que requiere una labor previa por parte del intermediario), ¿Qué sucedería en este caso si el cliente desiste? Creemos que la respuesta depende de la actuación del intermediario: si en aplicación de la Ley 2/2009 realiza un contrato de intermediación financiera cuyo objeto es el de presentar tres ofertas vinculantes al consumidor, y si además lo hace de modo que podemos considerar que lleva a cabo de manera correcta su labor de asesorar, estará dando pleno cumplimiento al objeto del contrato y por lo tanto deberá considerarse una función independiente, de tal manera que sí está supera el plazo establecido de los 14 días se considerará que el intermediario ha cumplido sus obligaciones y tendrá derecho a percibir la remuneración, al margen de lo que suceda con el posterior contrato de préstamo o crédito.

La regulación de la mediación de seguros (Ley 26/2006)<sup>144</sup> nos permite considerar no solo que la función de asesorar es propia de la intermediación sino que además podemos valorar la independencia o no de la capacidad asesora. En mayor medida tras una de las últimas modificaciones que la norma sufrió con la aprobación de la Ley 2/2011<sup>145</sup>, que reconocía la figura de los auxiliares-asesores, dando a los auxiliares externos de los intermediarios de seguros la capacidad para poder asesorar

---

<sup>144</sup> Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, publicado en el BOE núm. 170 de 18 de julio de 2006

<sup>145</sup> Ley 2/2011 de 4 de marzo de economía sostenible, publicada en el BOE núm. 55 de 5 de marzo de 2011. Que a través de su Disposición Final Duodécima modificó determinados preceptos de la L. 26/2006.

---

sobre los productos que comercializan en nombre de estos. Ha sido necesaria la creación de una figura nueva para aceptar que una función propia de los intermediarios, pudieran ejercerla sujetos distintos a estos, además mayor relevancia adquiere la función de asesoramiento, cuando de manera expresa el legislador indica que los auxiliares “*no tendrán la condición de mediadores de seguros*” (art.8.2 L. 26/2006).

Queda pues, a nuestro parecer, clara la duda expuesta sobre si la función de asesorar puede considerarse independiente respecto al resto de funciones que realiza el intermediario, o si, por el contrario, está plenamente vinculada a ellas. Para el legislador catalán, que ha tenido la osadía de regular de modo independiente la figura del intermediario parece claro esta posibilidad, pero la normativa sectorial, estatal, no parece ir en el mismo sentido, dado que la vincula de un modo continuado con los actos que llevan a cabo los distintos intermediarios.

### **5.3 La realización del precontrato o actos previos al contrato**

Junto a la función de asesoramiento, y plenamente vinculada a ella, encontramos la función de la realización o perfeccionamiento de actos previos al contrato.

Estos actos previos están totalmente vinculados con la obligación del intermediario de informar de las gestiones que realiza y de la existencia de circunstancias que modifiquen o puedan alterar la futura relación contractual de las partes, que ,como es evidente, tiene un nexo directo con la anterior función descrita, la de asesorar . Estas funciones quedan evidenciadas con claridad en la mayoría de las normas sectoriales que hemos ido mencionando. Como punto de partida acudiremos a la normativa de contratación de productos financieros, en concreto a la regulación de la contratación de créditos hipotecarios y de la función de intermediación (Ley 2/2009).

---

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

Dicha norma obliga a los intermediarios a que presenten al posible adquirente de un crédito tres ofertas vinculantes, esto presupone que el intermediario ha llevado a cabo un estudio previo de los productos presentes en el mercado, y del perfil del futuro contratante, para presentar así tres posibles productos que se adecuen a sus necesidades<sup>146</sup>.

En el ámbito de la contratación de seguros también podemos encontrar una obligación semejante, aunque en este caso concreto son solo los corredores de seguros los obligados a presentar tres ofertas vinculantes al futuro tomador del seguro<sup>147</sup>. Los agentes exclusivos, al estar vinculados con una sola aseguradora no podrán actuar de manera objetiva, por lo que la exigencia legal es que actúen con honorabilidad comercial y profesional<sup>148</sup>. Para que esta “falta de imparcialidad” sea latente en su relación comercial, la Ley les obliga a informar al cliente de su modalidad específica<sup>149</sup>. Sin embargo, en el caso concreto de los agentes vinculados, a pesar de darse una situación casi análoga a la de los corredores, tener una relación comercial con más de

---

<sup>146</sup> Art. 22.4 y 5 de la Ley 2/2009. “*Obligaciones adicionales en la actividad de intermediación. 4. Las empresas independientes estarán obligadas a seleccionar entre los productos que se ofrecen en el mercado los que mejor se adapten a las características que el consumidor les haya manifestado, presentándoles, al menos, tres ofertas vinculantes de entidades de crédito u otras empresas sobre cuyas condiciones jurídicas y económicas asesorará al consumidor. 5. Las empresas, en la actividad de intermediación, están obligadas, en todo caso, a prestar al consumidor la información que resulte exigible por la normativa específica sobre el contrato o contratos de préstamo o crédito que ofrezcan al consumidor*”.

<sup>147</sup> El art. 26.1 con remisión al art. 42.4 de la Ley 26/2006, concretamente la obligación es la prestar un asesoramiento en base a un análisis objetivo, y este se presumirá si presenta tres ofertas vinculantes, concretamente la Ley exige que sean tres ofertas, como mínimo, de tres aseguradoras diferentes.

<sup>148</sup> El art. 10.1 de la Ley 26/2006 hace referencia a todas las clases de agentes, exigiéndoles así que actúen con honorabilidad comercial y profesional, respetando tanto las normas que les sean aplicables como las prácticas

<sup>149</sup> Es evidente que el cliente precisa saber que solo está vinculado con una aseguradora y que por lo tanto solo podrá contratar a través del productos de esta, en el caso de tratarse de un agente exclusivo autorizado para contratar con otra aseguradora (situación que explicaremos más adelante) también deberá comunicar dicha situación al futuro tomador. Art. 42.2 Ley 26/2006.

---

una aseguradora (aunque en su caso mediante una vinculación contractual y autorización), no se recupera la exigencia de actuar mediante un análisis objetivo, pero sí tienen que comunicar al cliente todas las aseguradoras con las que actúan, aunque aquí aparece una ambigua redacción de la Ley, porque la obligación no es la de informar con quien está vinculado, sino de notificar, al futuro tomador del seguro que le asiste el derecho a solicitar dicha información<sup>150</sup>.

Posiblemente incardinados dentro de los actos previos, pero con una relevancia que nos permite darles una entidad propia, encontramos la publicidad, que como medida de protección de los consumidores exige, a determinados sectores a indicar con claridad su condición de intermediario. Sin abandonar la regulación relativa a la mediación en los seguros, podemos resaltar el hecho relevante de la importancia que adquiere la información sobre la modalidad de intermediación ante la que se encuentra el consumidor<sup>151</sup>, es decir si quien le asiste es un agente, un corredor, etc... porque su nivel de representación y responsabilidad varía en cada caso concreto, así como su imparcialidad, tal y como ya hemos mencionado.

---

<sup>150</sup> Art. 42. 2 a Ley 26/2006. En el caso de los Operadores de Banca-seguros (OBS) la obligación de informar implica la de comunicar que el asesoramiento lo es tan solo para contratar un producto de seguro.

<sup>151</sup> Dicha obligación de comunicación en la publicidad está reflejada a lo largo de varios artículos de la Ley 26/2006, de manera que deben hacer figurar expresiones como “agente de seguros exclusivos”, art.17.1, o “agente de seguros vinculado”, art. 22; “operador de banca-seguros”, art. 25.

---

## **6 LA ACTIVIDAD DE LA INTERMEDIACIÓN**

### **6.1 La intermediación como servicio, en sentido amplio y como gestión de negocios ajenos en sentido estricto**

Uno de los aspectos más complejos a abordar es la calificación de la mediación. La solución más fácil para la doctrina, a lo largo de mucho tiempo, fue la de incardinar su contenido en el conjunto de la materia relativa al contrato de servicios. Esto es así por la consideración de que, en el fondo, el intermediario lo que presta al cliente, al consumidor, es un servicio, un trabajo como profesional independiente y cualificado que le aportará la confianza y seguridad que está buscando en la gestión que pretende llevar a cabo. Así, considerado en su generalidad, el contrato de intermediación se situaría en aquellos contratos, onerosos, que impliquen una obligación de hacer y cuyo objeto sea la realización de cualquier clase de servicio.

Pero, a pesar de esta aparente y sencilla ubicación normativa, ha sido precisamente, la insuficiente regulación contenida en el Código Civil y relativa al contrato de servicios, la que ha provocado que parte de las relaciones contractuales se llevasen a cabo mediante la aplicación de las normas del contrato de mandato, e incluso de otras normas afines, tanto al arrendamiento de servicios como al mandato, tanto del ámbito civil como del mercantil, aspecto este que iremos desarrollando a lo largo de nuestro estudio.

Esta multiplicación de normas aplicables, como el uso indistinto de la normativa relativa al mandato, el arrendamiento de servicios, como del que ha sido considerado el mandato en el ámbito mercantil, el contrato de comisión, ha conducido al debate de si,

---

en una relación de intermediación, era posible hablar de que estábamos ante un contrato de mandato.

A pesar de que el contrato de mandato nació, dentro del desarrollo del Derecho romano, para dar respuesta a toda situación que suponía un encargo de cualquier índole y a pesar de que el artículo 1709 del Código Civil no es nada restrictivo al definir el mandato, aspecto este que permitiría su uso, sin necesidad de introducir cambios, en un gran número de relaciones jurídicas, el uso de este ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. En el concepto actual se habla del mandato como un instrumento de cooperación<sup>152</sup> surgido de la imposibilidad de que un sujeto pueda llevar a cabo todas las actuaciones jurídicas que le incumben pudiendo, gracias a los mecanismos que nuestro ordenamiento jurídico aporta, solicitar la cooperación de otras personas para que lo sustituyan. De este modo por medio del contrato de mandato el mandatario pasa a ser el sustituto del mandante y podrá gestionar intereses ajenos<sup>153</sup>, pero quedando restringida su actuación a los actos de naturaleza jurídica. El elemento jurídico de la relación ha sido tratado y matizado por algunos autores, así algunos hablan de sustitución ante negocios jurídicos en sentido estricto<sup>154</sup>, y para otros lo es ante actos

---

<sup>152</sup> La cualidad de cooperación podemos reconocerla en la STS de 18 de enero de 2000 (RJ 2000/109), *“El artículo 1709 ha sido correctamente aplicado, ya que el contrato de mandato se presenta como de efectiva cooperación que tiene por objeto cumplir el encargo recibido para llevar a cabo cualquier acto, servicios o realización de alguna cosa, ya que el precepto citado tiene contenido amplio”*.

<sup>153</sup> La sustitución ha sido calificada como uno de los elementos característicos del contrato de mandato y así lo vienen reconociendo los Tribunales. STS de 14 de marzo de 1986 (RJ 1986/1252) que en su FD. 1 *“... en orden a la distinción del mandato con el arrendamiento de servicios, es básico para distinguirlos el criterio de la sustituibilidad, no confundible con el de la representación, de tal manera que sólo puedan ser objeto posible de mandato aquellos actos en que quepa la sustitución...”*. En una misma línea las STS de 25 de marzo de 1988 (RJ 1988/2429), y la Sentencia de 27 noviembre 1992 (RJ 1992/9596).

<sup>154</sup> En el sentido de considerar la cooperación como elemento del mandato como actúa por medio de la sustitución, LACRUZ BERDEJO, J.L. (Coord.) *Elementos de Derecho Civil II*. “Derecho de Obligaciones II. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito” Madrid, Ed. Dykinson, 2002. volumen 2º. Pág.211.

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

jurídicamente relevantes. En el centro podemos encontrar a aquellos que hablan de actos que simplemente alcanzan la gestión de negocios, tanto jurídicos como económicos<sup>155</sup>. Pero lo relevante es que del ejercicio del mandato frente a terceros, acabarán surgiendo efectos representativos, ya sean directos o indirectos, y en este caso se deberán trasladar los efectos del negocio al ámbito de patrimonial del mandante.

Este carácter representativo del mandato, que analizaremos en otro capítulo<sup>156</sup>, es uno de los referentes de la función de intermediación, cuando el intermediario asume la posición de su cliente para ejecutar su encargo. Pero además supuso el primer intento de determinación del objeto de la figura jurídica de la intermediación, aspecto este que le acercaba al ámbito civilista y lo alejaba de la noción económica. Y dentro de la noción civil del contrato admitir si ese carácter representativo, obligaba no solo al cumplimiento del encargo como una obligación de hacer de llevar a cabo una actuación diligente que culmine con la confección de un contrato entre las partes, o si en sí mismo es una obligación de dar, de entregar dicho contrato cumplimentado, porque la falta de confección del contrato implicaría el no cumplimiento de la obligación. Este aspecto quedaría reforzado con la doctrina de la representación, dado que al actuar como si fuese el propio consumidor, el fin de su actuación sería precisamente el mismo que perseguiría el propio consumidor, la finalización de las gestiones en un contrato efectivo.

---

<sup>155</sup> En este último sentido, CASTAN TOBEÑAS, J. “*Derecho Civil español, común y foral*”, tomo IV, Madrid, 1988. Pág.327. Mientras que para LACRUZ BERDEJO, J.L. (Coord.), “*Elementos de Derecho Civil II*”, *ob. Cit. supra*. Pág. 327; solo puede ser objeto de mandato aquellos actos en el que el mandatario puede sustituir al mandante. Para DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., “*Sistemas de Derecho Civil II*”, *cit.* Pág. 44, y para ALBALADEJO GARCIA, M.

*Derecho Civil II Derecho de Obligaciones Vol. Primero. La obligación... ob. cit.* Pág. 319; el mandato es cualquier acto de transcendencia jurídica.

<sup>156</sup> *Vid. Cap. IV apartado 2. De esta obra*

---

## 6.2 La función económica de la actividad del intermediario

La afirmación anterior, aparentemente tan clara, ha sido discutida también por la doctrina que defiende la función de la intermediación como una prestación de servicios. Un ejemplo es la opinión de VAQUERO PINTO, nos hace pensar que a pesar de que la calificación de la prestación de un contrato donde se ejecute un servicio sea de obligación de hacer, deba de estarse a cada caso, por si es necesaria una calificación particular del acto concreto como obligación de otro tipo<sup>157</sup>, ya que en muchos casos se ha vinculado el hacer con el dar, siendo necesario que ambas acciones estén unidas, de manera que la prestación de un servicio implique necesariamente la entrega de un bien o la obtención de un fin al final de la prestación.

Debe de tenerse en cuenta que el Código Civil otorga una relevancia especial a la obligación de dar. Esta aparece contemplada como la obligación por excelencia, base de la economía fundada en el “precio por cosa”, y ocupa el mayor número de articulado de las obligaciones y contratos del Código, teniendo los apartados relativos a las obligaciones de hacer o no hacer un carácter más secundario. Pero esta tenencia se está viendo superada hoy en día por el aumento de contratos del ámbitos servicios que están produciéndose en la esfera económica actual, alcanzando de este modo las obligaciones de hacer tanta relevancia o más que las de dar.

---

<sup>157</sup>VAQUERO PINTO, M.J. El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios. Colección de estudios de Derecho Privado. Ed. Comares. 2004. Pág. 38 y ss. A lo largo de su obra nos remite a consultar a una serie de autores que disciernen ante la posibilidad de que cuando en el contrato se entremezcla la obligación de hacer, con la de entregar una cosa, podríamos hablar de que nos encontramos también ante una obligación de dar. Un ejemplo de esta situación la podemos encontrar en los contratos de permuta, donde el intercambio tanto si es de bienes por servicios, o de servicios por servicios, o de cualquier otra combinación. La autora hace mención a diferentes casos y contratos que darían lugar al nacimiento de esta discusión.

---



## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

Es por eso que esta discusión se ha mantenido. Podemos tomar como ejemplo la actuación por parte de los profesionales liberales. Un abogado, por ejemplo, presta claramente un servicio a su cliente, y el fin del mismo ( una sentencia favorable, si es un juicio lo que lleva a cabo), no depende de la correcta y diligente prestación de su servicio, sino de la decisión final de un tercero, así que aunque el fin del servicio sea obtener un resultado favorable (obtener algo) este en ocasiones no se da pero el servicio sí que ha llegado a prestarse, y a cumplirse el objeto del contrato, en este caso parece evidente la calificación de los servicios profesionales prestados por abogados como de una obligación de “hacer”, pero que sucede cuando lo que solicitamos es un informe o un dictamen del abogado, es cierto que se contrata un servicio que implica un “hacer” por parte del abogado pero este debe finalizar con la entrega del informe o el dictamen, con un “dar”.

Todo ello nos plantea dudas sobre su clara ubicación entre las obligaciones de dar y lo hacemos aún sin tener en cuenta que el contrato de servicios tiene un trasfondo económico, es decir se presta el servicio a cambio de una contraprestación, lo que hace que debamos identificarlo con un contrato donde hay una la entrega de dinero a cambio de algo, y es aquí donde se agranda la duda de si estamos ante una obligación que debe ser calificada como de “dar”.

Es evidente la importancia que en el tráfico económico de hoy en día tienen los servicios, es tal su que han aumentado, de manera cuantiosa, los contratos, tanto civiles como mercantiles, cuyo objeto es la prestación de un servicio. Por ello debemos hablar del objeto de la obligación no solo como de la obligación del prestador del servicio de hacer alguna cosa, sino de la existencia de una contraprestación que destapa el trasfondo económico del servicio y su posible incardinación en las obligaciones de “dar” como una ejecución de las obligaciones de “hacer”.

---

Es esta clara interrelación entre el concepto jurídico y el económico, provocada por el hecho de que los contratos de servicios suelen identificarse con las formas de contratación del sector terciario de la economía<sup>158</sup>, la que nos hace hablar de que la obligación de hacer requiere de su ejecución, pudiéndose hablar de una obligación de hacer que acaba por centrar gran parte de las actividades del sector.

Como decíamos el creciente tráfico comercial de Internet es el que ha evidenciado de manera más clara esta fina línea entre el concepto jurídico y el económico de los servicios, incluso se discute si el concepto económico ha superado al jurídico, claro ejemplo de ello es la LSSI que en su Exposición de motivos acoge un concepto amplio de servicio y puntualiza la necesidad de que para que se califiquen de actividades de intermediación deben cumplir con el requisito económico: “... *siempre que representen una actividad económica para el prestador*”, de este modo parece eliminarse el concepto jurídico de servicio a favor de una concepción plenamente económica<sup>159</sup>.

### **6.3 La actividad material o intelectual de quien presta el servicio como elemento necesario de calificación**

La preparación del profesional que actúa en el mercado, así como el desempeño de una labor, ligada necesariamente a la formación recibida, parece ser una constante en su caracterización.... Tomando como ejemplo al profesional liberal, si por algo se distingue es por realizar una actividad siempre intelectual, excluyente de actividades

---

<sup>158</sup>VAQUERO PINTO, M.J. El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios. Colección de estudios de Derecho Privado. Ed. Comares. 2004

<sup>159</sup>ORTEGA DIAZ, J.F. Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general. En Revista Crítica de Derecho inmobiliario. Pág. 234

## Capítulo I:

### La función de la intermediación

---

manuales reservadas a otros profesionales. Y ello fue siempre así desde la antigua Roma, hasta tal punto que la figura del arrendamiento de servicios (*locatio conductio operum*) estaba reservada para la contratación de servicios generalmente manuales para los cuales, si bien se requería una formación técnica, no estaban marcados por la formación intelectual; mientras que el profesional liberal, daba su alto grado de formación, se regulaba por la figura del mandato, esencialmente gratuito en Roma, tal y como ya hemos referido anteriormente.

Es y será la capacidad intelectual o profesional del intermediario, la que de algún modo, ha provocado que, a lo largo de muchos años el consumidor lleve a cabo una gran parte de la contratación de determinados servicios, mediante el uso de esta figura. Pero además de haber sido el elemento calificador de la actividad, en la actualidad, este requisito de profesionalidad, que vinculamos al carácter intelectual, no es solo valorado por los consumidores y usuarios del servicio, sino que está siendo, como veremos en el próximo capítulo, uno de los requisitos indispensables para poder iniciar y desarrollar la actividad de intermediación.

## **CAPÍTULO II**

### **LAS RELACIONES CONTRACTUALES DE CONSUMO**



## **1 HETEROGENIDAD DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES**

El amplio espectro contractual en el que actualmente puede intervenir un intermediario hace necesario un ejercicio de selección de las relaciones de intermediación sobre las que realizar un estudio de las de intermediación, lo que permitiría extraer los aspectos básicos de una relación contractual de intermediación. De entre estas distintas modalidades de intermediación hemos seleccionado la intermediación turística, la intermediación inmobiliaria, la intermediación en materia bancaria, la intermediación en la comercialización de viajes turísticos, la intermediación de seguros y la intermediación de las telecomunicaciones.

A través de ellas, de su contenido heterogéneo, podremos llegar a determinar la calificación de los contratos que se celebran con los consumidores y constatar si existen elementos coincidentes que se repiten en cada una de las situaciones que analizamos, para poder así sustentar nuestra idea de una regulación común.

## **2 LA ACTIVIDAD DE LAS AGENCIAS DE VIAJES. LA INTERMEDIACIÓN COMO RELACIÓN CONTRACTUAL**

Las agencias de viajes participan en el mercado de la actividad de intermediación entre los consumidores y aquellos entes que prestan servicios turísticos. Su ámbito de actuación abarca tanto la distribución de los productos turísticos confeccionados, bien por ellos mismo bien por otra agencia, lo que denominamos “viajes combinados”, o la intermediación entre el consumidor y usuario y el prestador del servicio turístico.

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

La calificación de aquellas relaciones que se llevan a cabo en la contratación de servicios turísticos en una agencia de viajes, podemos extraerla de dos ámbitos, en primer lugar de la regulación existente, tanto a nivel estatal como autonómico, de las agencias de viajes y en segundo lugar de la jurisprudencia, concretamente de aquellas resoluciones relativas a la responsabilidad derivada del incumplimiento o de los daños sufridos por los consumidores al realizar un viaje turístico.

El producto que “vende” una agencia de viajes es el transporte, el alojamiento, la manutención y los servicios de entretenimiento en destino. Todos estos “productos o servicios” pueden ser vendidos de manera individual o como un paquete turístico, el llamado viaje combinado.

En la gran mayoría de las operaciones, una agencia mayorista será la encargada de contratar los servicios con cada uno de los vendedores finales (que podríamos denominar proveedores), hoteles, transportistas, excursiones, restaurantes, etc...., productos que posteriormente venderá a los consumidores directamente o a través de las agencias de viajes mayoristas, quien actuará, pues, como intermediario. La negociación que lleva a cabo la mayorista con los hoteles o empresas de transporte y otros facilita la obtención de un buen precio, al adquirir varios servicios a la vez y garantiza la prestación del servicio, además de su calidad, por la garantía que a su vez que ofrece la mayorista al “productor”, de un gran número de consumidores durante un mismo periodo de tiempo, acto este que le reduciría así mismo costes al productor. El mayorista diseña un paquete turístico que adquirirá el consumidor final a través de la agencia de viajes o intermediario, que habrá adquirido a su vez este paquete al mayorista.

## 2.1 La regulación de las agencias de viajes

En la actualidad la regulación de las agencias de viajes, tanto aquella de carácter estatal, que se ha mantenido vigente hasta el 2010, como autonómica, se ha visto afectada y condicionada por la normativa de Derecho comunitario y por las normas estatales de desarrollo de las mismas.

Entre otras debemos citar la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1.990<sup>1</sup> y la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006<sup>2</sup>, que son las que más han influido en la modificación y desarrollo de la actividad reguladora de los servicios de intermediación turística.

Ya a nivel estatal podemos acudir al Real Decreto 39/2010, de 15 de enero de 2010<sup>3</sup>, que con su aprobación derogó normas que se aplicaban de manera supletoria a las Comunidades Autónomas y que además está impulsando el desarrollo normativo en aquellas Autonomías que no lo habían realizado. Además el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que prevé en su contenido la regulación de los viajes combinados, en el Libro Cuarto, de los artículos 150 a 165. Debe tenerse en cuenta,

---

<sup>1</sup> Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, publicado en el DOCE núm. L 158 de 23-6-1990 p. 59-64.

<sup>2</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, publicado en el DOUE núm. L 376/36 de 27 de diciembre de 2006

<sup>3</sup> Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio. Publicado en el BOE núm. Núm. 30 de 4 de febrero de 2010. Con el que, y según su preámbulo “*se derogan diversas normas reglamentarias estatales que todavía regulan, por lo menos con carácter supletorio, el acceso a algunas actividades turísticas y su ejercicio*”, es decir con su aprobación se suprimen otros decretos, reales decretos y órdenes ministeriales, algunos previos a la Constitución, para que los servicios turísticos de las Comunidades Autónomas se adapten a las normas Europeas en este sector y que se recogen en la Directiva 2006/123/CE.

---



## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

también, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre<sup>4</sup>, por la que se incorporó al ordenamiento jurídico estatal la Directiva 2006/123/CE, que además de suponer una liberalización del sector, al facilitar el libre establecimiento de los prestadores de servicios en otros estados, implicó una importante modificación de la régimen jurídico de las agencias de viajes.

La competencia en materia de la regulación del turismo, pertenece a las CC AA en virtud del artículo 148.1.18 de la Constitución<sup>5</sup>, por el cual se les otorga la competencia en materia de promoción y ordenación del turismo, remarcando de un modo expreso que dicha competencia la realicen en su “ámbito territorial”. La mayoría de CC AA, previa atribución estatutaria y haciendo uso de esta prerrogativa constitucional, han llevado a cabo la regulación de la creación y funcionamiento de las Agencias de viajes<sup>6</sup>. Normativa autonómica que contiene tan solo una parte de la ordenación del mercado de la actividad turística.

---

<sup>4</sup> Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, publicada en el BOE de 24 de noviembre de 2009.

<sup>5</sup> Artículo 148. 1. *Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 18.ª Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.*

<sup>6</sup> ANDALUCIA: Decreto 301/2002, de 17 de diciembre, de agencias de viajes y centrales de reservas, publicado en el BOJA. 150, de 21 de diciembre, que deroga la Orden de 2 de marzo de 1998, reguladora de las obligaciones de las agencias de viajes en las visitas y viajes a colectivos. ARAGON: Decreto 51/1998, de 24 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de las Agencias de Viaje, publicado en el BOA de 6 de marzo de 1998 y Reformado por el Decreto 247/2008, de 23 de diciembre, publicado en el BOA de 29 de diciembre de 2008, que entre otras regulaba la instalación de establecimientos en grandes superficies. ASTURIAS: Decreto 31/1988, de 18 de febrero, por el que se aprueba la Ordenación de las Agencias de Viajes, publicado en el BOPA, 7 de marzo de 1988. Decreto 60/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las Empresas de Intermediación Turística en el Principado de Asturias, publicado en el BOPA de 21 de junio de 2007. BALEARES: Decreto 60/1997, de 7 de mayo de Reglamento de las Agencias de Viajes de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, publicado en el BOCAIB de 24 de mayo de 1997. CANARIAS: Decreto 135/2000, de 10 de julio, por el que se regulan las Agencias de Viajes, publicado en el BOIC núm. 91, de 24 de julio de 2000 modificado por el Decreto 215/2008, de 11 de noviembre, y complementado por el Decreto 89/2010, de 22 de julio, por el que se regula la actividad de intermediación turística, publicado en el BOIC núm. 149 de 30 de Julio de 2010. CANTABRIA: Decreto 50 /1990, de 3 de septiembre, por el que se aprueba la ordenación turística de las Agencias de Viajes. Modificado por el Decreto 49/2011 por el que se

---

---

En casi la totalidad de las regulaciones autonómicas se describe la naturaleza jurídica y la actividad de las agencias de viajes como de “actividades de mediación y/u comercialización y organización de servicios turísticos”, quedando evidenciada de manera clara que todos los legisladores autonómicos reconocen el carácter de intermediación de dichas agentes<sup>7</sup>. Este carácter de intermediación se ve claramente

---

regula la actividad de mediación turística, publicado en el BOC de 2 de junio de 2011. CASTILLA Y LEÓN: Decreto 25/2001, de 25 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de las Agencias de Viajes. Publicado en el BOCyL de 31 de enero del 2001. CASTILLA-LA MANCHA: Decreto 2/1988, de 12 de enero, que establece la ordenación turística de las Agencias de Viajes. Modificado por el Decreto 56/2007. CATALUÑA: Decreto 168/94, de 30 de mayo, sobre reglamentación de las Agencias de Viajes. Decreto 210/95, de 11 de julio por el que se modifica el reglamento de agencias de viajes. Decreto 300/1998, de 17 de noviembre, de modificación de los artículos 2 y 9 del Decreto 168/1994, de 30 de mayo, de reglamentación de las Agencias de Viaje. Decreto 158/2012, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 168/1994, de 30 de mayo, de reglamentación de las agencias de viajes, publicado en el DOGC de 5 de diciembre de 2012. EXTREMADURA: Decreto 119/1998, de 6 de octubre, por el que se regula el ejercicio de las agencias de viajes de la Comunidad Autónoma de Extremadura, publicado en el DOE de 17 de octubre de 1998. GALICIA: Decreto 42/2001, de 1 de febrero, de Refundición en materia de agencias de viajes, guías de turismo y turismo activo, publicado en el DOG de 20 de febrero de 2001. LA RIOJA: Decreto 14/2011, de 4 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja, publicado en el BOLR núm. 33 de 11 de Marzo de 2011. MADRID: Decreto 99/96, de 27 de junio, por el que se regula el ejercicio de actividades propias de las agencias de viajes en la Comunidad de Madrid, publicado en el BOCM 12 de julio de 1996, modificado por el Decreto 214/2000, de 21 de septiembre, por el que se modifica el Decreto 99/1996, de 27 de junio, por el que se regula el ejercicio de las actividades propias de las Agencias de Viajes de la Comunidad de Madrid, publicado en el BOCM de 3 de octubre de 2000. MURCIA: Decreto nº 100/2007, de 25 de mayo, por el que se regulan las agencias de viaje y centrales de reserva, Publicado en el BORM núm. 129 de 06 de Junio de 2007. NAVARRA: Decreto Foral 141/1988, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las Agencias de Viajes en la Comunidad Foral de Navarra. Modificado por la Decreto Foral 10/2011, de 14 de febrero, de modificación de diversos Reglamentos en materia de Turismo, Publicado en el BON núm. 49 de 11 de Marzo de 2011. PAIS VASCO: Decreto 81/2012, de 22 de mayo, de agencias de Viajes, modificado por el Decreto 202/2013, de 16 de abril, de modificación del Decreto de agencias de Viajes, publicado en el BOPV núm. 94 de 17 de mayo de 2013. VALENCIA: Decreto 20/1997, de 11 de febrero, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Agencias de Viajes de la Comunidad Valenciana, publicado en el DOCV núm. 2935 de 21 de febrero de 1997, modificado por el DECRETO 2/2013, de 4 de enero, del Consell, de modificación del Decreto 20/1997, de 11 de febrero, del Consell, por el que se aprobó el Reglamento de Agencias de Viajes de la Comunitat Valenciana publicado en el DOCV núm. 6937 de 7 de enero de 2013.

<sup>7</sup> Por poner algunos ejemplos, el art. 1 del Decreto 301/2002 de Andalucía:” El presente Decreto tiene por objeto la regulación de la empresas de mediación turística. .../... . Art. 1 Decreto 99/1996 de Madrid:” Tienen la consideración de agencias de viajes las empresas que, .../..., se dediquen profesional y comercialmente, de forma exclusiva, al ejercicio de actividades de mediación y/u organización de

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

fortalecido cuando al desarrollar las actividades que estas realizan, en las regulaciones se habla de “intermediación turística” como la de aquella “actividad empresarial de quienes se dedican comercialmente a la mediación en la venta y organización de servicios turísticos...” (Art. 2 del Decreto 89/2010)<sup>8</sup>.

Cabe mencionar que en la mayoría de las regulaciones autonómicas, se efectúa una clara distinción entre las clases de agencias de viajes existentes. De manera que se pueden reconocer tres clases de agencias de viajes en función de su volumen, las mayoristas, los minoristas y las mayoristas-minoristas<sup>9</sup>. De esta concreta clasificación nos interesan las dos últimas con mayor intensidad para nuestro estudio porque, aunque podemos considerar que las agencias de viaje mayoristas actúan como intermediarias entre los establecimientos hoteleros, las empresas de transporte y las agencias minoristas, al estar ante una relación empresarial y no empresa-consumidor no está dentro del objeto de nuestro estudio.

Tomando como referencia la norma citada resulta que las agencias de viaje minoristas, o las llamada también detallistas, *“son aquellas que o bien comercializan el producto de las agencias mayoristas vendiéndolo directamente al usuario o consumidor, o bien proyectan, elaboran, organizan o venden toda clase de servicios y*

---

servicios turísticos, pudiendo utilizar medios propios en la prestación de los mismos”; Repitiendo prácticamente las mismas palabras que el art. 2 del Decreto 166/1994 de Catalunya: *“L’agent de viatges és la persona, física o jurídica que, sota qualsevol forma empresarial, pot comercialitzar i organitzar viatges combinats i que té reservades en exclusiva aquestes activitats. Els agents de viatges poden dur a terme qualsevol activitat d’assessorament, mediació i organització en matèria de serveis turístics”*

<sup>8</sup> Art. 2 del Decreto 89/2010 de 22 de julio, por el que se regula la actividad de intermediación turística. En una línea parecida se posiciona el art. 2 Decreto 168/1994 de 30 de mayo de Reglamento de las agencias de viajes, de Catalunya, Publicado en el DOGC de 22 de julio de 1.994 (en su actual texto consolidado). El art 1.2 del Decreto 81/2012 de 22 de mayo, de agencias de viajes.

<sup>9</sup> Art. 3 Decreto 81/2012 de 22 de mayo, de agencias de viajes.; Art. 3 Decreto 99/1996 de Madrid y art 9 Decreto301/2002 de Andalucía.

---

*viajes combinados directamente al usuario.*”(Art. 3 b del Decreto 168/1996 de Catalunya)<sup>10</sup>. Esta definición se repite de manera más o menos extensa en todas las regulaciones autonómicas. De dicha definición podemos concluir, en una primera aproximación, que su función se divide en dos ámbitos:

- a) “comercializar los productos de las mayoristas”, es decir intermediar entre el consumidor y los mayoristas para que los primeros puedan llegar a adquirir los productos elaborados y organizados por los segundos. La duda, que posteriormente veremos existe en la doctrina jurídica, es si se pueden calificar como tales si estos adquieren el producto para comercializarlo.
  
- b) “Proyectar, elaborar y organizar para vender servicios directamente al usuario”. En este segundo caso podríamos hablar también de una función de intermediación, pero esta vez entre los hoteles, transportes, etc...., y los consumidores finales. Aunque en este caso también deberemos estar pendientes de que nos encontremos en la misma situación que en la primera función, sí adquieren el producto inicialmente para luego venderlo o sí solo median en la reserva y el pago del mismo.

Nos encontramos frente a dos funciones que no pueden ser clasificadas de otro modo más que de intermediación, pero que deberá ser matizada por el modo en que se lleven a término, es decir, diferenciando si el agente publicita y comercializa el “producto” sin haberlo adquirido previamente, tan solo haciendo una reserva previa de las habitaciones, vuelos, transportes u otros servicios o si por el contrario, los adquiere.

---

<sup>10</sup> Art. 3b Decreto 168/1994 de Catalunya; Art. 3b Decreto 99/1996 de Madrid; Art.9b Decreto 301/2002 de Andalucía.

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

Es evidente que la relación de la agencia con aquellos que prestarán efectivamente el servicio condiciona la relación de la agencia con los consumidores. Este ha sido siempre un elemento relevante a la hora de hablar de relación de intermediación, ya sea como arrendamiento de servicios, mandato, corretaje u otra figura jurídica similar o una compra venta. A nuestro parecer, una calificación u otro del contrato no debería influir en la calificación de la persona, física o jurídica, que lleve a cabo la prestación del servicio, el intermediario, por ello es relevante una regulación común con unos elementos generales que luego puedan ser desarrollados individualmente en la regulación de cada sector concreto.

Otro aspecto que relevante de la regulación es la calificación de la actividad prestada por las agencias. Esta debería sufrir una pequeña modificación en las referencias a la actuación “en exclusiva” (que se menciona en todas las normas) y que parece requisito necesario para la práctica de la actividad de intermediación turística. Este requisito debería entenderse como no obligatorio, es más, debería entenderse eliminado de la regulación.

La exclusividad en la prestación de un servicio es un elemento prohibido expresamente en el artículo 25 de la Ley 17/2009<sup>11</sup>, a nivel estatal y por aplicación de

---

<sup>11</sup>La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que traspone la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que establece una serie de principios de aplicación general que permitan un mejor funcionamiento de los mercados de servicios, eliminando límites y facilitando el establecimiento de los prestadores. También se pretende mejorar la prestación del servicio, mejorando su calidad y eficiencia. En relación a la característica de la exclusividad, el art. 25, incluido dentro del Capítulo V relativo a la “*Política de calidad de los servicios*” pretende garantizar una mejor calidad y oferta de los servicios: Art 1.1. No se podrá obligar a los prestadores de servicios al ejercicio de una única actividad de forma exclusiva, bien sea a través de la imposición de requisitos que obliguen a ejercer de forma exclusiva una actividad específica, bien sea mediante la imposición de requisitos que restrinjan el ejercicio conjunto o en asociación de distintas actividades.

---

esta normativa han sido derogadas<sup>12</sup> la totalidad de las normas preconstitucionales que regulaban los servicios turísticos, incluida la normativa estatal de la regulación de las agencias de viajes. La justificación legal a tal prohibición es la mejora de la calidad y oferta de los servicios.

## **2.2 El régimen de responsabilidad en la jurisprudencia**

A pesar de que legislativamente se reconozca la actividad realizada por una agencia de viajes como de intermediación, la necesidad de proteger al consumidor de una manera plena ha provocado un debate jurisprudencial en nuestros tribunales sobre la verdadera relación material de los agentes turísticos.

Por ello, y a pesar de estar definido legalmente, paradójicamente acudiremos a la respuesta que ha ido dando la jurisprudencia ante las distintas reclamaciones de responsabilidad de las agencias, donde para poder dar una respuesta que garantizase una protección más elevada de los consumidores, tal y como venía exigiendo la Comunidad Europea, y ha creado una doctrina donde aclara la calificación que de las agencias de viajes hace tanto la Orden de 14 de abril, en su artículo 3, como las distintas normas autonómicas.

---

<sup>12</sup> Derogación que se ha realizado a través del Real Decreto 39/2010, de 15 de enero de 2010, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio.

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

En Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001<sup>13</sup>, se rechaza finalmente la tesis que hasta ese momento de manera mayoritaria consideraba la existencia de un mandato entre mayorista y minorista o agencia; según la citada sentencia, se está negando la calificación de la agencia de intermediaria, no a efectos legales sino en base a la realidad existente, y considera el Tribunal que entre la agencia y el consumidor lo que existe es una relación de compraventa, de manera que esta adquiere los productos a la mayorista para luego venderlos, sin que entre ellas pueda exista relación de mandato, criterio este que podemos encontrar en otras Sentencias más actuales<sup>14</sup>. A nuestro parecer esta calificación era una respuesta necesaria para aclarar las dudas que provocaba la interpretación de la responsabilidad derivada del artículo 11 de la ley 21/1995, creando así una doctrina unitaria para los distintos tribunales, ya que hasta la aprobación del TRLDCU 1/2007 la responsabilidad que las agencias de viajes o los mayoristas tenían ante los consumidores frente a cualquier imprevisto (retrasos o anulación del viaje, servicio de hotel no prestado, excursión no realizada, daños personales, etc....) , era una responsabilidad que venía determinada por lo previsto en el

---

<sup>13</sup> STS núm. 748/200 de 23 julio de 2001 (RJ 2001/8411) FD 2º. *“De esta caracterización de la actividad que las agencias minoristas realizan en el tráfico turístico, se pone de manifiesto que éstas no actúan como comisionistas o mandatarias de las agencias mayoristas sino que venden directamente al usuario o consumidor los productos creados por las agencias mayoristas que, de acuerdo con el citado art. 3, párrafo primero, no pueden ofrecer sus productos al usuario o consumidor... La relación existente entre la agencia minorista y el usuario es la propia derivada de un contrato de compraventa, actuando la agencia como vendedora, en nombre y por cuenta propia, de los productos creados por ella o por una tercera agencia mayorista”*.

<sup>14</sup> También en la STS núm. 870/2009 de 20 de enero de 2009 ( RJ 2010/158) en su Fundamento Jurídico quinto determina el Tribunal: *“De esta caracterización de la actividad que la agencias minoristas realizan en el tráfico turístico, se pone de manifiesto que éstas no actúan como comisionistas o mandatarias de las agencias mayoristas sino que venden directamente al usuario o consumidor los productos creados por las agencias mayoristas que, de acuerdo con el citado art.3 párrafo primero, no pueden ofrecer sus productos al usuario o consumidor. La actividad de intermediación en esta en esta clase de tráfico mercantil de las agencias minoristas deriva de una regulación legal que así la impone y no de un contrato de comisión entre el comitente, la agencia mayorista y el comisionista, la agencia minorista; en conclusión, la relación existente entre la agencia minorista y el usuario es la propia derivada de un contrato de compraventa, actuando la agencia como vendedora, en nombre y por cuenta propia, de los productos creados por ella o por una tercera agencia mayorista”*. O la SAP de Barcelona, Sentencia núm. 270/2008 de 15 mayo de 2008 (AC 2008/1130).

artículo 11.1 de la ley 21/1995<sup>15</sup> y que permitía al Tribunal dudar ante sí estábamos frente a una responsabilidad solidaria o si por el contrario esta era mancomunada. Así lo muestra la existente jurisprudencia contradictoria de los tribunales<sup>16</sup> hasta que se dictó la STS de 20 de enero de 2009<sup>17</sup> que, en interés casacional, unificó la doctrina de la responsabilidad de las agencias minoristas y mayoristas, determinando la solidaridad como única aplicable. Doctrina que además ha quedado plenamente asentada tras la aprobación del TRLDCU 1/2007, norma que plasmó legislativamente, para así evitar dudas de interpretación, la responsabilidad solidaria de los organizadores y detallistas en todo caso, en su artículo 162 y aclarando así la redacción confusa del artículo 11. Pero que consideremos que fuese una respuesta necesaria no nos hace creer que sea la mejor respuesta, y esta duda también se plasmaba en los Tribunales, tal y como hemos mencionado, como muestra de ellos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 14 de julio de 2005<sup>18</sup>, (posterior a la resolución del TS del 2001) según la cual:” una

---

<sup>15</sup> La Ley 21/ 1995 de 6 de julio reguladora de los viajes combinados, que traspuso la Directiva 90/314/CEE, que en su art.11 establecía lo siguiente:

1. “Los organizadores y los detallistas de viajes combinados responderán frente al consumidor, en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones del contrato con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios, y sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios. La responsabilidad será solidaria cuando concurren conjuntamente en el contrato diferentes organizadores o detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos.

2. Los organizadores y detallistas de viajes combinados responderán, asimismo, de los daños sufridos por el consumidor como consecuencia de la no ejecución deficiente del contrato”

<sup>16</sup>Entre otras SAP de Vizcaya de 20 de enero de 1999, que habla de responsabilidad mancomunada, o las SAP de Málaga de 1 de junio de 2004, SAP Madrid de 23 de abril de 2004; SAP de Almería de 16 de julio 2004 y otras que se inclinan por la solidaridad como las SSAP de Zaragoza de 22 de julio de 2003 y 20 de febrero de 2002; SAP de Castellón de 1 de junio de 2002;SSAP de Barcelona de 20 de septiembre de 2002 y de 14 de marzo de 2000. O sentencias que admiten no reconocer atribución *opelegis* de responsabilidad solidaria de la lectura del art. 11 de la Ley 21/1995, como la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 de octubre de 2008.

<sup>17</sup> STS núm. 870/2009 de 20 de enero (RJ/2010/158) cuya ponente fue su Excm. Sra. Encarna Roca, que daba respuesta al recurso de casación núm. 1165/2005, siéndole aplicable aún el artículo 11 de la Ley 21/1995.

<sup>18</sup> SAP Sevilla de 14 de abril de 2005 (JUR 2005/138260)

---



## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

primera línea jurisprudencial entiende que mientras los organizadores del viaje turístico asumen una obligación de resultado, el detallista circunscribe su ámbito de gestión a la intermediación entre organización y consumidor, limitándose a la venta de viaje que aquél programa y éste solicita”. En esta línea jurisprudencial se ve claramente marcado el carácter de intermediario de la agencia, por ser la mayorista la que “crea” el producto o servicio y la agencia quien lo “vende”. Para fortalecer la idea de que a pesar de considerar intermediaria a la agencia esta debe responder, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2006<sup>19</sup> puntualiza que no es que no exista el trinomio mayorista-minorista-consumidor, sino que “es inadmisibles presentar esta relación como totalmente compartimentada o estanca...”, y que la ya creciente normativa en defensa de los consumidores y usuarios hace que todo el que participe en una relación contractual como parte pueda ser responsable solidariamente en ella. Aclaradas las dudas sobre la responsabilidad, creemos que no es necesario evitar la calificación como intermediaria de la mayorista, no solo legal sino material de la agencia de viajes, para eludir su responsabilidad; es más los argumentos a favor de la solidaridad que se aportan en la Sentencia de 20 de enero de 2009 son, tras la aprobación del TRLDCU, más que suficientes para fundamentarla. Se habla de la función independiente de la agencia, al margen de que actúe como intermediaria, de que la solidaridad persigue la protección del consumidor y finalmente y como argumento de cierre, “*tienen obligación de responder quienes se benefician con el precio pagado*”. Estos argumentos son suficientemente sólidos para evitar cualquier vía de escape, ante aquellas sentencias dictadas con anterioridad de la aprobación del TRLDCU 1/2007.

---

<sup>19</sup> STS de 21 de marzo de 2006 (RJ 2006/ 1593) “...Aunque sea cierto, y nadie lo discute, que las agencias minoristas o detallistas no pueden contratar directamente con las empresas hoteleras, y aunque sea igualmente cierto que a los hechos enjuiciados no les era todavía aplicable la Ley 21/1995 .../..., no lo es menos, de un lado, que en el año 1994 ya se había publicado la Directiva 90/314/CEE, relativa a los viajes combinados..., y de otro, que las Comunidades Autónomas habían dictado disposiciones sobre la materia orientadas primordialmente a la protección del usuario final como consumidor. De ahí que resulte de todo punto inadmisibles presentar la relación hotelero-mayorista (organizador)- minorista (detallista)- cliente (usuario final) como totalmente compartimentada o estanca...”

---

Con la vista puesta de nuevo en cómo calificar la relación contractual, es evidente que la función de la agencia es de intermediación, en algunos casos de la empresa mayorista, y en otros de los hoteles, medios de transporte u otros servicios que vende al consumidor. La agencia no crea ella misma los productos, ni puede prestar los servicios, ella selecciona cuales son los más idóneos para la clientela a la que pretende llegar y se los acerca de manera clara para que estos lleven a cabo la adquisición de los mismos a través de las gestiones de la agencia, siendo irrelevante si los adquirió para venderlos con posterioridad o si sencillamente publicita los paquetes turísticos y servicios y cobra luego una comisión según el número vendido de ellos.

### **2.3 La función de control de la administración. El Registro de las agencias de viajes**

*“El ejercicio de la mediación turística que no comprenda la organización y comercialización de viajes combinados se rige por la libre prestación del servicio y el libre establecimiento”.*

Esta previsión la encontramos en la última modificación de la normativa relativa a las agencias de viajes que prestan sus servicios en la Comunidad autónoma de Catalunya<sup>20</sup>. De su redacción podemos deducir dos elementos relevantes, el primero de ellos es la posibilidad de ejercer la mediación “turística” sin necesidad de establecerse como agencia de viajes, es decir mediante el ejercicio de la intermediación libre, o como cita textualmente el legislador, mediante la libre “*prestación de servicios*” y que no

---

<sup>20</sup> Decreto 158/2012, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 168/1994, de 30 de mayo, de reglamentación de las agencias de viajes.

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

deben someterse a control de la administración, dado que se les reconoce el “*libre establecimiento*”.

#### **2.3.1 La declaración responsable**

Uno de los primeros y principales requisitos legales, para poder iniciar la actividad económica es la constatación del cumplimiento de las exigencias legalmente previstas mediante la presentación de una “*declaración responsable*”. De entre los requisitos más relevantes están la certificación del alta fiscal y social de la empresa, la constitución de la fianza y del seguro y la identificación de los locales comerciales, si existiesen.

Estamos ante un acto de carácter personal en el que el responsable de la agencia declara cumplir los requisitos de legalidad<sup>21</sup>, con posterioridad a dicha declaración y con carácter previo a su inscripción en el Registro, deberá ser la propia administración la que compruebe que se cumple con todo lo expuesto<sup>22</sup>.

Con la simple presentación de esta declaración, se considera cumplido el requisito que permite iniciar la actividad económica, sin necesidad de esperar a la

---

<sup>21</sup> Vid. Entre otros el art. 4.1 del Decreto 81/2012, de 22 de mayo, de agencias de viajes., del País Vasco. “*Con carácter previo al inicio de la actividad deberá la persona titular presentar ante la Administración turística una declaración responsable en los términos establecidos en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Pública y del Procedimiento Administrativo Común*”. Art. 5 del Decreto 158/2012 de 20 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 168/1994, de 30 de mayo, de reglamentación de las agencias de viaje, de Catalunya (que modifica el art. 3 del citado Decreto).

<sup>22</sup> La norma solicita la inclusión de una serie de requisitos formales, nombre y número fiscal, apoderamiento, si lo hubiese, nombre del grupo al que se pertenece, establecimientos, ubicación.. así como los datos relativos a la fianza y el seguro.

---

inscripción registral, dado que el cumplimiento de esta obligación pertenece a la Administración, que deberá realizarla de oficio, una vez comprobada la veracidad de lo presentado por el Agente.

Consideramos que esta licencia temporal que autoriza la administración, se produce sin perjuicio de la responsabilidad por las posibles actuaciones fraudulentas que se lleven a cabo durante este tiempo, aunque cabría discutir aquí sobre la posibilidad de reclamar a la Administración por autorizar el ejercicio de una actividad económica sin haber lo comprobado suficientemente previamente a su inicio.

### **2.3.2 La garantía económica**

Uno de los requisitos incluidos en las normas de establecimiento es el de la constitución tanto de una fianza<sup>23</sup> como de un seguro de responsabilidad civil. Es evidente que el legislador, ante el aumento de situaciones de insolvencia por parte de las agencias de viaje, ha querido fortalecer las garantías de los consumidores y usuarios de las mismas, imponiendo la constitución, no de una, sino de dos garantías económicas.

La cuantía económica de la fianza variará en función del número de establecimientos abiertos al público que estas tengan, y el importe de la de la garantía, y en aplicación de la Directiva 90/314/CE<sup>24</sup>, será proporcional a los ingresos por la actividad propia de agentes de viajes.

---

<sup>23</sup> Ver, por ejemplo, el art 6 del DECRETO 81/2012, de 22 de mayo, de agencias de viajes, del País Vasco. El art. 3 Decreto 168/1994, de 30 de mayo, de reglamentación de las agencias de viajes de Catalunya.

<sup>24</sup> Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, publicada en el Diario Oficial n° L 158 de 23/06/1990 págs. 59 a 64.

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

Ambas garantías económicas son uno de los requisitos previos y necesarios para la obtención de la autorización administrativa, autorización que permitirá el inicio y desarrollo de la actividad económica.

#### **2.3.3 *La inscripción en el Registro***

La presentación de la declaración responsable citada anteriormente, da lugar al inicio del procedimiento de inscripción de la agencia en el Registro. Dicho registro será realizado, de oficio, por la propia Administración. La obligación de Registro debe plasmarse además en la publicidad de dicho acto, la Legislación obliga a que, consten los datos registrales en un lugar visible del establecimiento.

La idea del Registro implica, en otros ámbitos, la de control previo al inicio de la actividad económica, pero tal y como está regulado, en el de las agencias de viajes, es un control a posteriori, es decir, la agencia puede iniciar su actividad con anterioridad a su inscripción, pero una vez iniciada, toda modificación de la misma debe ser notificada al Registro para que así quede constancia de ello, del mismo modo que el cese de la actividad. El control previo queda limitado a la presentación de la documentación necesaria en la Administración competente.

## **3 INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA**

Todo y existir ya desde tiempo atrás, la figura de los intermediarios inmobiliarios adquiere una gran relevancia a partir del desarrollo económico que el mercado inmobiliario despliega entre los años ochenta y principios de los noventa.

---

La figura del intermediario inmobiliario, es una de las que quedó altamente distorsionada tras la sustancial modificación que, a partir del año 2000<sup>25</sup>, sufrieron las normas que regulaban el acceso a la profesión. La liberalización de la práctica profesional provocó la aparición en el mercado de un innumerable elenco de sujetos que se dedicaban a intermediar en la venta y alquiler de inmuebles, algunos de ellos titulados y colegiados, pero una gran mayoría que no, ya que la norma aprobada no imponía tal requisito.

### **3.1 La figura del intermediario: De la exclusividad de los API (agentes de la propiedad inmobiliaria) a la liberalización del sector**

Hasta la aprobación del mencionado RD 4/2000, fue el Decreto 3248/69<sup>26</sup>, sin perjuicio de la existencia de una normativa anterior que podríamos considerar

---

<sup>25</sup> A través del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes.

<sup>26</sup> Decreto 3248/69, de 4 de Diciembre de 1969, por el que se aprueba el Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su junta central, norma vigente hasta su derogación, excepto el Art. 1, por Real Decreto 1294/2007, de 28 de septiembre. En el Decreto 3248/1969 se regulaba, no solo la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria (API), sino también la de sus Colegios profesionales. En el artículo 1 se definen las labores o funciones que corresponden a un API, así *"Son funciones propias de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria la mediación y corretaje en las siguientes operaciones: Compraventa y permuta de fincas rústicas y urbanas Préstamos con garantía hipotecaria sobre fincas rústicas y urbanas Arrendamientos rústicos y urbanos, cesión y traspaso de estos últimos Evacuar las consultas y dictámenes que les sean solicitados sobre el valor en venta, cesión o traspaso de los bienes inmuebles a que se refieren los tres apartados anteriores"*.

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

precursoras de este Decreto<sup>27</sup>. Esta longeva norma, hasta el momento de su derogación definitiva, sufrió una continua modificación de su articulado<sup>28</sup>.

Las funciones previstas en el artículo 1 del RD de 1969<sup>29</sup> eran las que podían realizar los sujetos que adquiriesen la consideración de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, pero a pesar de que en ninguna parte del precepto se hablaba de que dichas funciones tuviesen un carácter exclusivo, eran únicamente ellos, los API, quienes las llevaban a la práctica en el transacciones o gestiones que en el mercado se llevaban a cabo y que supusiesen actividades de intermediación inmobiliaria.

Es cierto que esta falta de mención de un carácter exclusivo, será la que facilitará posteriormente al legislador la liberalización del sector, permitiendo de ese modo que sujetos distintos a los que inscritos en el Colegio y cumpliendo los requisitos establecidos en el mismo, pudiesen ser reconocidos como API, pudiendo así, según la normativa interna del Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, ejercer la función de la intermediación.

---

<sup>27</sup> Con anterioridad a la aprobación de este Decreto, y dada la necesidad de delimitar sus funciones, se creó en 1948 los Colegios oficiales de la propiedad inmobiliaria, aprobándose su primer Reglamento de funcionamiento en 1951, a través del Decreto de Trabajo de 6 de abril de 1951 por el que se aprueba el Reglamento de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, quedando regulada esta profesión.

<sup>28</sup> En concreto su artículo 3, que fue modificado por el Decreto de 10 de enero de 1975, número 55/1975. Posteriormente en 1981 se aprobó el Real Decreto 1613/1981 de 19 de junio, que derogaba el Decreto 3248/1969, pero que, en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre (RJ 1982/8081), recuperó su vigencia con las modificaciones incluidas en 1975. También Podría llegarse a considerar que algunos aspectos de la norma se ven modificados o alterados tras la aprobación de la Ley 2/1974 de 13 de febrero, Ley de los Colegios profesionales, (modificada por la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, de normas reguladoras de los Colegios profesionales, por la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios profesionales, por el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios) RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *El contrato de corretaje inmobiliario*. Ed. Thomson-Aranzadi. 2ª. Edición. Navarra 2005. Pág.35.

<sup>29</sup> Artículo 1 del Real Decreto 3248/1969: “*son funciones propias de la propiedad inmobiliaria la mediación y el corretaje en las siguientes operaciones...*”

---

El carácter exclusivo de la actuación de los API, en todas las tareas de gestión, administración e intermediación inmobiliaria, estaba provocado, en buena parte, porque en el Capítulo II, concretamente en el artículo 5, del Decreto 3248/1969, se exigía como requisito necesario para el ejercicio de la profesión “*estar en posesión del Título profesional expedido por el Ministerio de la Vivienda y..., además, estar inscrito en el Colegio correspondiente...*” Esta redacción que suponía la imposición de unos requisitos era considerada limitadora del ejercicio y estaba prevista en el articulado, de manera que suponía llegar a la conclusión que quedaba excluido de la actuación como intermediario inmobiliario, todo aquel que, al no cumplir los requisitos previstos, no pudiese ser calificado como un API.

Pero esta aparente obviedad en la práctica era discutida constantemente en los Tribunales, dando lugar a una diversidad de criterios, que, con el paso del tiempo, y en un grado muy elevado de los casos se decantaba por considerar la no exclusividad<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> STS de 31 de enero de 1990(RJ 1990/107) *Es muy cierto que el artículo 1 del Reglamento de 1969, relaciona, de manera casuística, las operaciones de mediación y corretaje que constituyen el objeto propio de las funciones que desempeñan los profesionales de dicha denominación los cuales para ser o quedar habilitados como tales han de reunir los requisitos detallados en el artículo 5: titulación profesional e inscripción colegial, como también es cierto que, con arreglo al artículo 3, la actividad profesional de los Agentes está atribuida a las personas físicas y a las sociedades colectivas y comunitarias que hubiesen cumplido los requisitos enumerados en el precepto, pero no deja de tener igual certeza, el dato de que la reglamentación aludida no dedica artículo alguno a proclamar la exclusividad de las “funciones propias de los Agentes de la propiedad inmobiliaria”, de tal manera que cupiera entender, inequívocamente al menos en el ámbito del ordenamiento jurídico privado, que sólo y únicamente ellos podían intervenir con plena validez en las operaciones de mediación y corretaje descritas en el artículo 1, característica ésta de la exclusividad que, en cierto modo, no resulta conciliable con la nota de voluntariedad asignada por el artículo 2 a la intervención de los mismos; y tampoco, ningún otro que estableciera las consecuencias de utilizarse en las operaciones de mediación y corretaje, persona distinta al Agente colegiado.” STS de 22 de junio de 1988, FD 3º. “es insostenible el argumento de la prohibición de realizar el cometido de la intermediación por quien no ostenta la condición de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, tal como resulta del citado Decreto de 4 de diciembre de 1969, destinado a regular la realización en situación profesional o de habitualidad de las actividades a que se refiere, pero no en supuestos distintos o en casos en los que de manera ocasional se pacte expresamente la entrega de una retribución a favor de una determinada persona para el caso de que se lleve a feliz término una concreta operación”. Y la STS de 6 octubre 1984 (RJ 1984/4760).*

---



## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

Lo cierto es que, a pesar de que la norma no implicaba exclusividad, ya que no existía tal concreción en su articulado, y que además no podía alegarse la prohibición de ejercer determinados servicios con carácter exclusivo, sí que era posible encontrar en normas con carácter o temática equivalentes, la intermediación en la contratación de determinados servicios, una cláusula que reconocía la exclusividad<sup>31</sup>. La similitud en la actuación de los “agentes” (los intermediarios inmobiliarios y los agentes de seguros) era el argumento que esgrimía la doctrina para permitir que durante un largo tiempo la labor de la intermediación inmobiliaria hubiese quedado limitada a aquellos profesionales que cumplieran los requisitos previstos en el Decreto, titulación y colegiación, y que no eran otros que los denominados API.

Esta interpretación sobre la posibilidad de reconocer la existencia o no del carácter exclusivo en la realización de la actividad de intermediación inmobiliaria por parte únicamente de los API, ha sido sustentada durante un largo periodo, tanto por el Tribunal Supremo<sup>32</sup> como por la doctrina jurídica<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Publicada en 1947, la regulación relativa a los Agentes de seguros (Orden de 7 de mayo de 1947) hacia tal previsión de exclusividad en su artículo 2, previsión que se mantienen hoy en día, dado que el artículo 5 de la Ley 26/2006 de 17 de julio prohíbe el ejercicio de mediación de seguros a todo aquel que no esté inscrito en el Registro, creándose así de este modo una apariencia de exclusividad legal.

<sup>32</sup> En la STS de 1 de junio de 1994 (RJ 1994/4569), se reconocía la legalidad constitucional del Decreto 3248/1969 y la imposibilidad legal de ejercicio de la mediación inmobiliaria por parte de personas jurídicas. Pero la doctrina jurisprudencial también discurría por un criterio contrario, así la STS Sentencia de 3 octubre 1995 (RJ 1995/6982) declaraba el Tribunal que “*El criterio de esta Sala, expuesto en la Sentencia de 31 enero 1990 (RJ 1990/107), que ahora reiteramos y consolidamos, acerca de que el concepto “funciones propias” de los agentes de la propiedad inmobiliaria, no equivale a “exclusividad” de manera que no sólo y únicamente ellos pueden intervenir con plena validez en las operaciones de mediación y corretaje descritas en el artículo 1.º del Reglamento*”. También negó el Tribunal, en otras ocasiones, que haya que poseer la titulación de agente de la propiedad inmobiliaria para realizar la mediación y tener derecho a exigir el cobro de tales servicios que puedan prestarse, así tenemos como ejemplo las SSTS, Sala 1ª. de 6 oct. 1990 (RJ 1990/ 7478), la de 3 de octubre de 1995 (RJ 1995/ 6982) o la de 11 de junio de. 2001 (RJ 2001/ 5675), entre otras.

<sup>33</sup> RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D., nos presenta la exclusividad como algo real en la norma y necesario en el tráfico jurídico, así analiza “*la intervención dictaminadora de los API en ciertos campos concretos, cuya importancia económica, jurídica y práctica es, a nuestro juicio, grande.*” Como vemos

---

Pero a pesar de este panorama de incertidumbre legislativa e interpretativa lo que resulta evidente es que hasta el año 2000, cuando el gobierno modificó la normativa que regulaba el acceso a la profesión del Agente Inmobiliario, liberalizando el citado sector, podía considerarse que la intermediación llevada a cabo por un API tenía un carácter más profesional, ya que para acceder al ejercicio era necesario estar inscrito en el Colegio y para ello antes había que superar un examen convocado por el Ministerio de Fomento, al cual solo podían acceder aquellos que ostentaban una formación universitaria. Este elenco de exigencias administrativas permitía hablar de una aparente garantía superior, que no absoluta, de control y de correcto ejercicio de la profesión respecto a los consumidores, ya que no podemos olvidar que el hecho de estar inscrito en un Colegio oficial implicaba quedar sometido al control que este realizaba sobre el ejercicio de la profesión, en este caso concreto de la profesión de API).

Esta misma argumentación de exigencia de titulación y colegiación, sobre todo a efectos de garantizar un mayor control sobre la actuación respecto a los “clientes”, es la que defiende RODRÍGUEZ DE VILLA<sup>34</sup>, llegando a la conclusión de primar la existencia, no solo la figura de los API, sino de su exclusividad en el ejercicio de la intermediación inmobiliaria, sobre todo en lo que él denomina “*dos supuestos*” concretos: la práctica de pruebas periciales, consistentes en la determinación del valor

---

considera que hay determinadas operaciones de intermediación cuya intervención debe ser competencia exclusiva de los API. Entre ellas la determinación del valor del bien inmueble, a efectos de su comercialización o subasta. RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *El contrato de corretaje inmobiliario*. Ed. Thomson-Aranzadi. 2ª. Edición. Navarra 2005, Págs. 110 y ss.

<sup>34</sup>RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *El contrato de corretaje inmobiliario*. Ed. Thomson-Aranzadi. 2ª. Edición. Navarra 2005, pág. 155 y ss. Reconoce a su parecer la necesidad de exclusividad en estos aspectos, para el resto de operaciones inmobiliarias, dice que la falta de unanimidad doctrinal hace más difícil su defensa, pero en la búsqueda de la defensa de la protección de los clientes, es necesaria la existencia de una regulación específica de la profesión de intermediación inmobiliaria. La exclusividad en definitiva, dice puede extraerse tanto, de la redacción del art. 3.2 de la Ley de los Colegios profesionales de 1974, (que considera “requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas estar incorporado al Colegio correspondiente”), como de la protección penal que otorga el artículo 403 del Código Penal del 95 a los API (aplicación indirecta del precepto, que persigue el intrusismo profesional).

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

del bien, a efectos de su comercialización o subasta; y la emisión de dictámenes sobre el valor del bien.

A pesar de que cuando nos referíamos al Real Decreto 3248/1969, estábamos ante una norma preconstitucional y que desde distintos sectores económicos se pedía su modificación o concreción para adaptarlo a la Constitución, esta estuvo vigente hasta el año 2000 cuando, dadas las innumerables situaciones de conflicto que llegaban a los Tribunales<sup>35</sup>, relativas a la ya mencionada exclusividad o no del ejercicio de la actividad del legislador llegó a la determinación que era necesaria llevar a cabo una modificación de la norma, situación que llegó incluso a provocar que alguna de ellas fuese calificada como delito penal de intrusismo profesional<sup>36</sup>, y sin que se alcanzase una posición unánime mayoritaria respecto a la exclusividad o no del ejercicio de la intermediación inmobiliaria.

El 23 de junio de 2000 se aprobó finalmente la esperada modificación, el Real Decreto 4/2000 de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, la relevancia de esta norma era que en su artículo 3 se enumeraban las condiciones necesarias para el ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> STS de 15 de marzo de 1978; STS de 31 de enero de 1990 (RJ 1990/107); STS de 3 de octubre de 1995 (RJ 1995/6982); La STS de 17 de noviembre de 1999(RJ 1999/8219).Pero las discusiones sobre la exclusividad llegaban más allá, el Tribunal de Defensa de la Competencia tubo que dictar resoluciones relativas a la exclusividad ostentada por los API y denunciada por otros sectores inmobiliarios, que acusaban a los API de desprestigiarlos a través de sus anuncios publicitarios, donde se mencionaban entre otros, “*la necesidad de ostentar un título para ejercer...*”, que “*el único título oficial es...*”, etc..... Entre otras la Resolución Expediente. 521/01 o la 531/02 de 12 de noviembre de 2002.

<sup>36</sup> El origen del conflicto lo encontramos en la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Alicante, de 8 noviembre 1990 y el recurso presentado contra esta que supuso la sentencia de la sección primera de la Audiencia Provincial de la citada capital, de 17 enero 1991que dio lugar finalmente a un Recurso de Amparo frente al Tribunal Constitucional que este resolvió con Sentencia de fecha 25 de marzo de 1993, Sentencia 111/1993 (RTC 1993/111).

<sup>37</sup> El artículo 3 del RD 4/2000 ampliaba la posibilidad de ejercer las actividades previstas en el artículo 1 del Decreto 3248/1969, así decía que las “*Condiciones para el ejercicio de la actividad de intermediación*”

---

A nuestro parecer, el legislador, equivocó el modo de modificar la regulación de la profesión, ya que intentó llevar a cabo una liberalización total, ni se hacía necesaria la Colegiación, ni la obtención de un título, quedando el posible control, sobre aquella persona que llevaba a cabo una actividad, económicamente tan relevante, limitado tan solo a que esta se diese de alta en el impuesto de actividades económicas.

Pero este error fue subsanado al tramitar el RD del 2000 como proyecto de Ley, el largo y complejo trámite parlamentario acabaría con la aprobación de Ley 10/2003 de 20 de mayo, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, que a pesar de que acabó manteniendo la línea liberalizadora iniciada por el Real Decreto-ley 4/2000, modificó el redactado del artículo relativo a las condiciones para el ejercicio de la función de intermediación inmobiliaria<sup>38</sup>, privó a los API de la exclusividad que venían ostentando hasta la fecha, exclusividad por otra parte ya limitada y matizada por los Tribunales<sup>39</sup>.

---

*inmobiliaria: Las actividades enumeradas en el artículo 1 del Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Junta general, podrán ser ejercidas libremente sin necesidad de estar en posesión de título alguno ni de pertenencia a ningún Colegio oficial”.*

<sup>38</sup> Art. 3 L. 10/2003, Las actividades enumeradas en el artículo 1 del Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Junta Central, podrán ser ejercidas: a) Por los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria conforme a los requisitos de cualificación profesional contenidos en su propia normativa específica. b) Por personas físicas o jurídicas sin necesidad de estar en posesión de título alguno, ni de pertenencia a ningún colegio oficial, sin perjuicio de los requisitos que, por razones de protección a los consumidores, establezca la normativa reguladora de esta actividad.

<sup>39</sup> STS 6 de octubre de 1984(RJ 1984/4760) donde se reconoce el derecho a cobrar la comisión por aquel que, no siendo un API, ejerce la intermediación inmobiliaria de manera ocasional; En la misma línea la STS de 22 de junio de 1988 (RJ 1988/5125); de 6 de octubre de 1990; de 17 de enero de 1990 (RJ 1990/7478), donde se reconoce la diferencia entre el “corredor civil” y el API, este último sometido a una normativa administrativa que no le es aplicable al primero, así consta en el FD 3º: “Operación propia del llamado “corredor civil” que actúa sólo por una parte con la cual únicamente tiene relaciones contractuales. Actuación en la que el mediador no promete la conclusión del contrato objeto del encargo, ya que ese hecho, aquí no discutido, como se dice en la Sentencia de 3 de marzo de 1967 (RJ 1967/1243), no depende de su voluntad sino de la de los interesados. La obligatoriedad para la entidad recurrida de tal contrato, “cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado” (art. 1278 del Código Civil) es

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

Tal y como hemos comentado anteriormente, la aprobación de la norma en las Cortes fue un proceso lento y complejo, que tuvo que superar el trámite de las enmiendas<sup>40</sup>, evidentemente el legislador, en esta ocasión, y alentado por las enmiendas, corregía su error anterior e incluía la previsión de que, en base a la “protección de los consumidores”, se crease una norma reguladora de la actividad de intermediación donde se puedan exigir determinados requisitos para el ejercicio de la misma, aportando así cierta tranquilidad a los sectores que consideraban que la liberalización, prevista en el RD del 2000, podía haber provocado situaciones de inseguridad a los consumidores. Pero no olvidemos que estamos tan solo ante una previsión de regulación y no de una

---

*evidente, como deriva de la libertad de contratación que establece el art. 1255 del mismo cuerpo legal y confirma el art. 1091 del propio Código. A ello no es en absoluto obstáculo que la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria está sujeta a una reglamentación oficial; en primer lugar, porque el contrato que gestionó el actor recurrente no es de los regulados por tal reglamentación (art. 1.º del Decreto de 4 de diciembre de 1969), y en segundo lugar, porque la existencia de una reglamentación administrativa no altera la naturaleza jurídica de contrato de Derecho civil que tiene la mediación o corretaje en todas sus variedades, sometidas o no a reglamentación administrativa, puesto que esta última no señala en ningún caso la nulidad de los contratos realizados en contravención a la misma...” y la STS de 3 de octubre de 1995, entre otras.*

<sup>40</sup> En la gran mayoría de las enmiendas se aprecia una preocupación por parte de los grupos parlamentarios hacia la aparición de un cierto descontrol en el ejercicio de la profesión, exigiendo requisitos de formación y solvencia a los “aspirantes”. Por poner algunos ejemplos: Enmienda nº 2.- (Grupo Parlamentario Mixto - Esquerra Republicana de Catalunya) Propone una disposición adicional en la que se introduce una regulación de carácter básico de la mediación inmobiliaria. Se respeta los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y su denominación, se exige una formación mínima, la suscripción de una póliza de responsabilidad civil de la que se exonera a los agentes colegiados y se crea un registro. Enmienda nº 3.- (Grupo Parlamentario Mixto - Esquerra Republicana de Catalunya) Propone otra disposición adicional que contiene el régimen legal de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria. Contempla la colegiación voluntaria de los poseedores del título, de quienes acrediten una determinada titulación (derecho, Arquitectura...) y de quienes acrediten una formación relativa a estudios inmobiliarios impartidos por centros universitarios. Respeta la convocatoria de examen para la obtención del título por parte del Ministerio o por delegación del Consejo General. Enmienda nº 42.- Grupo Parlamentario Mixto. (Izquierda Propone suprimir la totalidad del artículo 3 por considerar que su mantenimiento supone la pérdida de garantías para los ciudadanos. Enmienda nº 43.- Grupo Parlamentario Popular Propone introducir 2 apartados a la redacción del artículo 3 de forma que se especifique que las funciones recogidas en el Decreto del año 69 podrán ser ejercidas en primer lugar por los Agentes de la propiedad Inmobiliaria según su cualificación profesional y en segundo lugar por todas aquellas otras personas que resulten interesadas sin necesidad de titulación ni colegiación. Considera que al no haber tenido 'nunca' la exclusividad de las funciones, con la introducción de dos apartados se "realza" la labor de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y se hace especial referencia a su cualificación profesional

regulación en sí, lo que nos continúa dejando un panorama curioso, la existencia de un grupo de intermediarios controlado y de otro que actúa con plena libertad con la única exigencia administrativa de su inscripción con efectos fiscales.

Es un aspecto relevante, la no desaparición de la figura del API, ni los requisitos exigidos, a través de su regulación particular, necesarios para serlo, ya que este hecho provoca que se mantengan ambas figuras, que convivirán a partir de ese momento en la realización de la intermediación inmobiliaria, las estadísticas revelan que en la en el 2006 habían 95.000 intermediarios inmobiliarios, de los cuales tan solo 8.000 eran Agentes de la Propiedad Inmobiliaria<sup>41</sup>, es evidente que la liberalización del sector, además de permitir la convivencia de ambas figuras, ha provocado que un gran número de la población convirtiesen su profesión en la mediación, el hecho de que solo un 10% se acogiese a verse controlado y sometido a unas normas colegiales, debería hacer pensar a nuestros legisladores sobre la necesaria aprobación de una norma que, permitiendo la libre competencia de la intermediación inmobiliaria, controle su ejercicio.

### **3.2 La intermediación inmobiliaria a través de la regulación estatal y autonómica**

Ha quedado claramente evidenciado que tras la aprobación del Real Decreto-Ley 4/2000<sup>42</sup>, de 23 de junio, y la Ley 10/2003<sup>43</sup>, de 20 de mayo, se inició el proceso de

---

<sup>41</sup> Datos aportados por GALINDO, C. “El Gobierno quiere acabar con los abusos de los intermediarios en la venta de pisos” en *El País*. Sección Economía, del 3 de abril de 2006. Madrid

<sup>42</sup> Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes.

<sup>43</sup> Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes. Publicado en BOE núm. 121 de 21 de mayo de 2003.

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

liberalización de la intermediación, porque se facilitó que la actividad de intermediación inmobiliaria pudiera ser ejercida, no sólo por los denominados “agentes de la propiedad inmobiliaria” (API), sino también, por cualquier persona física o jurídica, sin que a estos se les aplicase requisito alguno de estar en posesión de título habilitador, ni de que tuviesen que pertenecer a un colegio profesional. Para algunas voces críticas, a las que nos acogemos, eso supuso la aparición en el mercado de “agentes oportunistas”, que operaban sin la necesaria capacidad, causando perjuicios y vulnerando los derechos de los consumidores<sup>44</sup>

Pero esta libertad de actuación ha sido limitada o controlada, desde determinadas autonomías, bajo el amparo de las competencias que sobre vivienda tienen atribuidas, a pesar de que el Estado ha invadido siempre esta competencia alegando intereses económicos estatales<sup>45</sup>, lo que influía solo, aunque directamente, en el ámbito económico de la materia, el fomento de la vivienda<sup>46</sup>, todo esto a través de los artículos 149.1.1 y 149.1.13 CE, este último reserva al Estado la competencia sobre coordinación

---

<sup>44</sup> ABELLÒ, J. “Los requisitos para el ejercicio de la actividad de la actividad de agente inmobiliario en Catalunya y el Registro de Agentes Inmobiliarios de Cataluña”. Noticias Jurídicas, Artículos doctrinales. Marzo 2010

<sup>45</sup>El punto de partida de esta argumentación se encuentra en una Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia de 20 julio RTC 1988/152: señaló en el FJ 2 que “*es indiscutible que la Comunidad Autónoma del País Vasco ostenta la titularidad de la competencia en materia de vivienda.*”.../... “*la misma se halla limitada por las competencias del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y sobre las bases de la ordenación del crédito. En efecto, tanto el Art. 149 de la Constitución como los Estatutos de Autonomía dejan a salvo las facultades de dirección general de la economía y, por tanto, de cada uno de los sectores productivos, que han de quedar en poder de los órganos centrales del Estado*”. Sentencia esta que sienta las bases de la competencia exclusiva del Estado en materia de subvenciones o créditos vinculados a la vivienda y con ello la de su fomento, dada la relevancia de la vivienda en la para la economía. Esta doctrina fue continuada con la STC de 17 de marzo RTC 59/1995 (Sentencia esta que provocó una discusión en torno a si la competencia estatal afectaba solo al fomento público o también a la promoción privado de la vivienda).

<sup>46</sup>PONCE SOLÉ, J. “La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda”. Revista d’estudis autonòmics i federals, ISSN 1886-2632, n. 7, 2008, pp. 145-195.

---

de la planificación general de la economía y con base a este título competencial el Estado puede incidir, en el ámbito de la vivienda<sup>47</sup>.

¿Cuál es el motivo de la regulación autonómica? Evidentemente no solo garantizar a los ciudadanos el acceso a un bien de primera necesidad, como es la vivienda, sino que este acceso se haga con unas plenas garantías. Por ello no solo considera que, haciendo uso de la prerrogativa Constitucional y Estatutaria, debe de ser controlado el suelo, su distribución, la vivienda de protección oficial, los constructores y los promotores de las viviendas de primera mano, sino que, dada la importante incidencia que tienen en el mercado, deben serlo también los intermediarios que actúan en este tráfico comercial.

Pero no todas las comunidades han optado por la regulación de la intermediación, incluso evitan, en su normativa relativa a la vivienda, mencionar a los intermediarios, algún ejemplo de ello son las Comunidades de Galicia<sup>48</sup>, la de Valencia<sup>49</sup> o la de Extremadura<sup>50</sup>; por otro lado hay una serie de Comunidades que

---

<sup>47</sup>La ordenación del territorio viene definida como competencia exclusiva de la Generalitat en el art. 149 del Estatuto de Autonomía, Ley Orgánica 6/2006 de 19 de julio, que incluye en el citado artículo una lista de funciones que podrá ejercer la Generalitat. El Art. 137 EA especifica todo lo concerniente a la vivienda, pero puntualizando el necesario respeto de lo que compete únicamente al Estado. Para PONCE, J. “La competencia en materia de vivienda...”: a esta limitación de desarrollo autonómico, de la competencia exclusiva en materia de vivienda, frente a la regulación estatal debe añadirse “la limitación de la expansividad de las competencias básicas estatales, art. 111, desde una perspectiva formal y material y la incorporación de la doctrina del TC en relación con la actividad de fomento, art. 114”.

<sup>48</sup> Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia, A pesar de que estamos ante una norma de reciente creación, el legislador autonómico no ha creído conveniente introducir en ella aspectos relativos a la figura del intermediario, limitándose a regular la información a percibir pro los posibles compradores y la publicidad que de la vivienda se pretende realizar, tanto para su compra como para su alquiler, como aspectos relevantes en la protección de los posibles adquirentes o usuarios, Información que se haya contenida en el Capítulo IV. “La protección de las personas adquirentes y usuarias de vivienda”.

<sup>49</sup> Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana. Del mismo modo que el legislador gallego el valenciano omite toda referencia a la figura del intermediario. Su normativa no ha sido modificada para poder regular de manera más amplia la función de mediación en el sector inmobiliario, tan solo menciona la figura de la mediación al decir que en la oferta de venta de los

---



## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

aunque no la regulan, menciona la existencia de unos posibles sujetos mediadores<sup>51</sup>. La comunidad de Navarra prevé la figura de la intermediación, pero actuando como tal la Administración y tan solo en las operaciones de alquiler<sup>52</sup>.

Por ello, por la falta real de una específica normativa común de carácter autonómico, tomaremos como ejemplo y punto de partida la regulación existente en Catalunya, extraeremos de esta las indicaciones que nos permitan llevar a cabo un

---

inmuebles de segunda mano se deberá mencionar la persona física o jurídica que interviene en la mediación (art.12.2.a).

<sup>50</sup> La Comunidad autónoma de Extremadura publicó la Ley 3/2001, de 26 de abril, de la Calidad, Promoción y Acceso a la vivienda de Extremadura, que prevé la creación del Consejo Asesor de Vivienda de Extremadura, en su artículo 74, pero su regulación no llegó hasta noviembre del 2012, (La Consejería de fomento, vivienda, ordenación del territorio y turismo lo aprobó a través del Decreto 224/2012, de 9 de noviembre, por el que se regula el Consejo Asesor de Vivienda de Extremadura) en él no hay tampoco una referencia concreta a la figura del intermediario, pero entre sus funciones está la de controlar la información que prestan los “profesionales del sector”, (Art. 3 *funciones, c) Formular propuestas y sugerencias sobre cualquier asunto en materia de vivienda, y en particular sobre la gestión administrativa en materia de actuaciones protegidas, y acerca de los sistemas de información dirigidos a los ciudadanos y demás profesionales del sector*).

<sup>51</sup> Entre ellas la Comunidad de Castilla y León que a través de la Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León, hace una pequeña mención a la posible existencia de un mediador en la venta de la vivienda, pero de nuevo se limita a los detalles sobre la información, en este caso a la información sobre la existencia o participación de un mediador profesional, (Art. 28. *Información para la venta en segunda y posteriores transmisiones. La información de la oferta para la venta de viviendas en segunda o posteriores transmisiones deberá contener, al menos, los siguientes aspectos: a) Identificación del vendedor y, en su caso, de la persona física o jurídica que intervenga, en el marco de una actividad profesional o empresarial, para la mediación entre el vendedor y el comprador de la vivienda*). Del mismo modo actúa la Comunidad de La Rioja, con la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja. En la norma hay una mención a la posible participación de un mediador profesional en la venta de la vivienda, en dicho caso deberán respetarse unas normas de información y publicidad, (Art.20. 2. *La información de la oferta para la venta de viviendas en segunda o posteriores transmisiones deberá hacer referencia a los siguientes aspectos: a) Identificación del vendedor y, en su caso, de la persona física o jurídica que intervenga en el marco de una actividad profesional o empresarial, para la mediación entre el vendedor y el comprador de la vivienda*).

<sup>52</sup> La Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra. La administración deberá ser quien facilitará y garantizará un correcto alquiler de las viviendas vacías cedidas por sus propietarios para tal fin. Lo encontramos en el Art.13. *Programa de intermediación para el alquiler de viviendas desocupadas: Bolsa de alquiler*.

---

estudio, sobre la actuación del resto de los legisladores autonómicos, respecto al contenido de las normas.

La legislación que hemos escogido para realizar este análisis, sobre la incidencia de la intermediación en la regulación autonómica relativa al suelo o la vivienda, es la Ley 18/2007 del derecho a la vivienda<sup>53</sup> y su posterior desarrollo reglamentario, que se llevó a cabo a través del Decreto 12/2010<sup>54</sup>. Decreto este que culminaba determinadas exigencias de la Ley 18/2007 y también completa determinados aspectos ya regulados en la Ley

Extraeremos de esta normativa, y analizaremos, conceptos como, los requisitos de acceso a la profesión, el título, la pertenencia o no a un colegio profesional y el control de la Administración; tanto a través de sanciones como, y acto este más relevante, la inscripción del intermediario en un registro.

### ***3.2.1 El acceso a la profesión de la intermediación***

Todo individuo que actúa de una manera estable en el mercado de la intermediación inmobiliaria está sujeto, inicialmente, a la normativa estatal de dicha materia, que como hemos visto, liberalizó el sector a partir del año 2000, de manera que los requisitos para llevar a cabo dicha profesión, serán los impuestos por la Administración a efectos fiscales, sin una obligatoriedad de cumplir otros requisitos de profesionalidad, colegiación o registro.

---

<sup>53</sup>Aprobada por el Parlamento de Cataluña el 19 de diciembre de 2007. Con ella se pretendía restablecer el orden en el ejercicio de la actividad de la intermediación inmobiliaria, con la principal intención del legislador de conseguir con ello una mayor protección de los consumidores.

<sup>54</sup> Decreto 12/2010, de 2 de febrero, por el que se regulan los requisitos para ejercer la actividad de agente inmobiliario y se crea el Registro de Agentes Inmobiliarios de Cataluña. Publicado en DOGC núm. 5563 de 9 de febrero de 2010.

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

Pero algunas Comunidades optaron por realizar un desarrollo legislativo propio de dicha profesión, aprovechando que a través del art. 148.1.3 CE<sup>55</sup>, se les otorgaba la competencia en materia de vivienda, lo que implica que, dado que la intermediación inmobiliaria afecta de un modo directo a las transacciones que se realizan sobre la vivienda, el intermediario estará plenamente vinculado a ella y podrá formar parte de esta legislación autonómica.

De este modo si acudimos al legislador catalán podemos observar que este, en el Capítulo II del Decreto 12/2010, no solo preveía la existencia del intermediario sino que además regulaba el acceso a dicha actividad. Concretamente podemos distinguir tres clases de requisitos distintos que deberán cumplirse para así poder ejercer la actividad de intermediación inmobiliaria, el requisito de Ubicación y atención, el de capacitación profesional y por último el requisito de solvencia. En las siguientes líneas realizaremos un análisis y desarrollo de cada uno de ellos.

---

<sup>55</sup> Artículo 148.1. CE: *Las comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 3. Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.*

---

### 3.2.1.1 Ubicación y atención<sup>56</sup>

El primero de ellos es el relativo a la necesidad que el consumidor pueda reconocer al intermediario como una entidad estable, por ello debe disponer de un “*establecimiento abierto al público*”, esta expresión requiere de una puntualización, el legislador al hacer referencia a un establecimiento, no lo hace solo de un espacio físico, sino de un espacio fiscal, es decir, el intermediario debe de estar al corriente de sus deberes administrativos<sup>57</sup>, tanto si dispone de un despacho o establecimiento físico, como si solo tiene una dirección profesional a la que podrán acudir los usuarios de sus servicios para reclamar<sup>58</sup>.

El requisito de ubicación, aunque no exactamente como tal requisito exigible, pero si como elemento que permite reconocer a tal sujeto físico o jurídico como tal, es el que podemos encontrar en la regulación de Andalucía, el Decreto 33/2005<sup>59</sup>. El

---

<sup>56</sup> Decreto 12/2010. Art. 3. *Requisitos de ubicación y de atención. 3.1 Los agentes inmobiliarios tienen que disponer de establecimiento abierto al público, a menos de que se presten los servicios a distancia por vía electrónica o telemática. Tienen la consideración de establecimiento abierto al público el domicilio profesional, los locales comerciales y las oficinas o despachos que cumplan todos los requisitos y dispongan de los permisos, las licencias y las altas fiscales requeridas legalmente para ejercer la actividad. 3.2 Los agentes que prestan servicios exclusivamente por vía electrónica o telemática han de disponer de una dirección física. 3.3 En estos establecimientos, o en la dirección física de la persona que preste los servicios por vía electrónica, se deben atender las consultas, quejas y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias en relación con los servicios del agente inmobiliario.*

<sup>57</sup> Deberán estar al corriente en la obtención y pago de todos los permisos e impuestos necesarios.

<sup>58</sup> No olvida el legislador la actual situación del mercado de la intermediación, es decir la posibilidad de que la función de intermediación se lleve a cabo mediante una página Web u otro sistema de telecomunicaciones que le permita llegar al consumidor de un modo no presencial. El deber de atención es tanto relativo a que el posible cliente, consumidor o usuario, pueda acceder a la información necesaria, tanto de las viviendas, a través de su publicidad, como de los servicios alternativos que podría solicitar, como la contratación del préstamo, el seguro de vivienda o personal, etc.... Así como que tenga un referente físico o digital al que poder enviar las dudas o reclamaciones.

<sup>59</sup> Andalucía: Decreto 33/2005, de 15 de febrero, por el que se regulan las Agencias de Fomento del alquiler, publicado en el BOJA núm. 43, Sevilla, el 3 de marzo de 2005. Decreto aprobado para regular a una serie de agencias que podrán actuar el mercado inmobiliario de alquiler. Dicha actuación se realizará

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

Decreto andaluz se mueve en la misma línea que la regulación catalana<sup>60</sup>. La finalidad de la norma andaluza es, tal y como dice su exposición de motivos, “*establecer unas condiciones que favorezcan la calidad del servicio de intermediación que realizan los distintos agentes que participan en el mercado de alquiler*”, y esto se pretende alcanzar llevando a cabo una serie de actuaciones, entre ellas la que nos afecta directamente para este estudio, la homologación de los agentes de la intermediación<sup>61</sup>.

#### 3.2.1.2 Capacidad profesional<sup>62</sup>

El segundo de los requisitos es el que afecta de un modo más directo al acceso al ejercicio de la profesión, ya que tanto el descrito anteriormente como el que describiremos a continuación son requisitos que complementan a este. Todo sujeto que

---

bajo el control y supervisión de la Junta de Andalucía. En él se describe que son exactamente dichas agencias así lo podemos encontrar en su art.2. *A los efectos de este Decreto, son Agencias de Fomento del Alquiler, de conformidad con lo establecido en el artículo44 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, aquellas personas físicas o jurídicas legalmente constituidas cuya actividad principal o complementaria sea la intermediación inmobiliaria, que reúnan los requisitos que se establecen en el presente Decreto, sean homologadas por la Consejería competente en materia de vivienda e inscritas en el Registro Público de Agencias de Alquiler, creado por la disposición adicional quinta del Decreto463/2004, de 27 de julio.*

<sup>60</sup> Lo que en este caso limitando el legislador su campo de actuación tan solo a las operaciones de intermediación que se realicen en el alquiler de viviendas.

<sup>61</sup> Para obtener esta homologación, entre otros requisitos que iremos añadiendo más adelante, pide la norma tener establecimiento dentro de la Comunidad y estar al corriente de pago con la Administración. Tal y como está previsto en el Decreto 33/2005, en su art 3. b) *Tener el domicilio social o fiscal, sede o delegación en el ámbito territorial para el que solicita la homologación.* c) *Estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales con la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como no ser deudor de la misma por cualquier otro ingreso de Derecho Público.*

<sup>62</sup> Decreto 12/2010. Art. 4. *Requisitos de capacitación y actuación profesional.4.1 Los agentes inmobiliarios han de tener capacitación profesional para el ejercicio de la actividad, de acuerdo con los contenidos básicos de formación que describe el anexo 1.4.2 Los agentes inmobiliarios tienen que cumplir las obligaciones y los principios de actuación establecidos en la legislación vigente y en los códigos profesionales de conducta.4.3 En el caso de personas jurídicas, tienen que cumplir ambos requisitos las personas administradoras o, en su caso, las personas miembros del Consejo de Administración de la sociedad, y también la persona responsable de cada establecimiento abierto al público.*

---

quiera actual como intermediario inmobiliario debe tener la “capacitación profesional”, dicha capacitación ha quedado determinada a través de la Ley 18/2007, del derecho a la vivienda que exige a todos los intermediarios inmobiliarios, colegiados o no, el cumplimiento de determinados requisitos para el ejercicio de la profesión.

Volviendo a la normativa catalana y entrando a analizar en este caso el contenido de la Ley 18/2007, donde encontramos descritos los sujetos cuyas actividades profesionales están vinculadas con la vivienda, vemos que distingue una diversidad de agentes que intervienen en el ámbito inmobiliario definiéndolos y relacionando cada uno con su ámbito de actuación concreto.

De este modo dentro del Título IV que el legislador llama la “*protección de los consumidores y los usuarios de viviendas en el mercado inmobiliario*” dedica un Capítulo a los sujetos que actúan en el campo inmobiliario, considerándolos en todo momento “profesionales” y por lo tanto tenedores de una capacitación que les hace susceptibles de control por la Administración para garantizar que actúan correctamente frente a los consumidores. Distingue dos clases, en la sección I del Capítulo II, describe a los “*Agentes que intervienen en el proceso de edificación y rehabilitación de viviendas*” distinguiendo entre estos a tres tipologías de sujetos y los describe a ellos y sus funciones, obligaciones y derechos:

- a) Los promotores de viviendas<sup>63</sup>.
- b) Los promotores sociales de viviendas<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup>Art. 50. Los promotores de viviendas. 1. Son promotores de viviendas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que, individual o colectivamente, deciden, impulsan, programan y financian, aunque sea ocasionalmente, con recursos propios o ajenos, obras de edificación o rehabilitación de viviendas, tanto si son para uso propio como si son para efectuar posteriormente su transmisión, entrega o cesión a terceros por cualquier título.

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

#### c) Los constructores<sup>65</sup>

Por otro lado en la Sección II, relativa a los “*Agentes que intervienen en la prestación de servicios inmobiliarios*”, encontramos los que podríamos reconocer como intermediarios<sup>66</sup>. El legislador hace una distinción entre ellos y nos describe a los administradores de fincas y los agentes inmobiliarios:

a) los administradores de fincas<sup>67</sup>, que son aquellas personas físicas que, de manera habitual y retribuida, se dedican a prestar servicios de administración y asesoramiento a los titulares de inmuebles y comunidades de propietarios. Estos tienen que tener la capacitación profesional y cumplir las condiciones legales y reglamentarias.

---

<sup>64</sup>Art. 51. Los promotores sociales de viviendas. 1. A efectos de la presente Ley, son promotores sociales de viviendas los promotores que, cumpliendo los requisitos establecidos por el artículo 50, llevan a cabo promociones de obra nueva o de rehabilitación de viviendas que, al amparo de los planes de vivienda, se orientan a incrementar la oferta de viviendas de protección oficial en Cataluña, de forma principal, habitual, estable en el tiempo y concertada con el Gobierno.

<sup>65</sup> Art. 52. Los constructores de viviendas. 1. A efectos de la presente Ley, son constructores de viviendas las personas físicas o jurídicas que asumen contractualmente ante los promotores de viviendas el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, obras totales o parciales de edificación o rehabilitación de viviendas, con sujeción a los correspondientes proyecto y contrato.

<sup>66</sup> Art. 53. Agentes que intervienen en la prestación de servicios inmobiliarios. Régimen jurídico. 1. A efectos de la presente Ley, los agentes que intervienen en la prestación de servicios inmobiliarios son los administradores de fincas y los agentes inmobiliarios. 2. Los agentes que intervienen en la prestación de servicios inmobiliarios están sujetos al régimen jurídico y obligaciones establecidos por la presente Ley, sin perjuicio de lo que determina la normativa sectorial específica.

<sup>67</sup>Art. 54. Los administradores de fincas. 1. A efectos de la presente Ley y de las actividades que regula, son administradores de fincas las personas físicas que se dedican de forma habitual y retribuida a prestar servicios de administración y asesoramiento a los titulares de bienes inmuebles y a las comunidades de propietarios de viviendas.

---

b) En segundo lugar la ley nos presenta a los denominados agentes inmobiliarios<sup>68</sup>, que son aquellas personas tanto físicas como jurídicas que se dedican de manera habitual y retribuida a prestar servicios de mediación, asesoramiento y gestión en transacciones inmobiliarias de compra o venta, alquiler, permuta o cesión de bienes inmuebles. Dentro de esta topología de sujetos, el legislador catalán, reconociendo la legislación estatal vigente, distingue dos subtipos de personas, físicas o jurídicas, que podrán actuar como agentes inmobiliarios, los agentes de la propiedad inmobiliaria (los que hemos venido describiendo y reconociendo como API) y todo profesional que cumpla los requisitos legalmente establecidos.

Pero el legislador, a pesar de distinguir dos clases diferenciadas de sujetos intermediarios, de algún modo podemos decir que los unifica cuando considera que actúan en un mismo campo, para llevar a cabo esta unificación, lo hace concretamente imponiendo, a los primeros, la calificación y los requisitos previstos para los segundos en el art. 55, si las operaciones que llevan a cabo implican compraventa, permuta, cesión de inmuebles<sup>69</sup>, añadiendo además la de mediación en el arrendamiento de los bienes que no administra<sup>70</sup>. Si cumplen todos los requisitos legalmente previstos, su calificación, a efectos solo de la aplicación de la Ley, será la de agentes inmobiliarios.

---

<sup>68</sup> Art. 55. Los agentes inmobiliarios. 1. A efectos de la presente Ley y de las actividades que regula, son agentes inmobiliarios las personas físicas o jurídicas que se dedican de forma habitual y retribuida, dentro del territorio de Cataluña, a prestar servicios de mediación, asesoramiento y gestión en transacciones inmobiliarias en relación con operaciones de compraventa, alquiler, permuta o cesión de bienes inmuebles y de los correspondientes derechos, incluida la constitución de estos derechos.

<sup>69</sup> Art. 54.3. Los administradores de fincas que compatibilizan su actividad con la prestación de servicios de transacción inmobiliaria de operaciones de compraventa, permuta o cesión de bienes inmuebles distintos del traspaso o arrendamiento de los bienes que administran tienen la condición de agentes inmobiliarios, a efectos de la presente Ley, y deben cumplir los requisitos establecidos por el artículo 55.

<sup>70</sup> Art. 54.4. Los administradores de fincas que prestan servicios de mediación en operaciones de arrendamiento respecto a los bienes sobre los que tienen encomendada la administración no están sujetos al cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 55.

---



## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

La actuación de estas dos clases de agentes será en todo momento, en consideración con la protección de los derechos de los consumidores, diligente, responsable e independiente.

Consideramos que el reconocimiento que la norma hace de la distinción entre las labores de administración o asesoramiento de la de transmisión en la intermediación de un administrador es, a nuestro parecer, un aspecto que si ya era importante al aprobarse esta Ley adquiere una mayor relevancia con la aparición del *Codi de Consum de Catalunya*, donde la función de asesoramiento puede independizarse del resto de las funciones que realiza un intermediario pero sin que al hacerlo se pierda la calificación como tal.

#### 3.2.1.3 Solvencia<sup>71</sup>

Este requisito se ha convertido en necesario tras las innumerables situaciones fácticas que han dejado desprotegidos a muchos consumidores ante la entrega de cantidades en concepto de arras y la dificultad e incluso, en algunos casos, imposibilidad de recuperarlas.

La Sección II del Decreto está dedicada a las “Garantías y seguros”. Los agentes están obligados no solo a constituir una garantía sino a mantenerla activa durante todo el periodo de vigencia de su actividad de intermediación. Teniendo que informar, si se lo solicita el consumidor sobre la misma<sup>72</sup>. Es decir, deberán constituirla al inicio de la

---

<sup>71</sup>Decreto 12/2010. Art. 5. Requisitos de solvencia. Los agentes inmobiliarios tienen que disponer de garantías y seguros en las condiciones que establece la sección segunda de este capítulo.

<sup>72</sup> Art. 6. Decreto 12/2010. Obligaciones de los agentes de constituir una garantía y de informar. 6.1 Los agentes inmobiliarios tienen que constituir una garantía y mantenerla vigente durante todo el tiempo que

---

actividad de intermediación, Respondiendo en cada situación concreta, con ella, de las cantidades que reciben. Es importante el inciso final del artículo en el que se menciona que la garantía dejará de actuar como tal cuando se entreguen dichas cantidades a las personas destinatarias. Esto debería dar respuesta, a partir de ahora, a alguna situación que nos encontrábamos en los Tribunales relativa a la responsabilidad de los agentes respecto a las cantidades entregadas a cuenta, si responden por ellas en todo momento o sí una vez entregadas a la contraparte, dejan de responder por ellas, teniendo que ser reclamarlas solo a quien las posea, aspecto este que parece deducirse del hecho en que la garantía dura desde que recibe el intermediario las arras, hasta que las entrega a la parte interesada<sup>73</sup>, e incluso podría dar respuesta a si de la comisión percibida debe o no cobrarse las cantidades entregadas a cuenta<sup>74</sup>.

Lo que si deja abierto el legislador es al modo en que se puede constituir dicha garantía, no vaciando de contenido las prerrogativas que hasta el momento tenían muchos Colegios profesionales de ser ellos mismos los que las tramitasen, ya fuese bien a través de una aseguradora propia o de una externa<sup>75</sup>.

---

desarrollen su actividad mediadora para responder de las cantidades que reciban en el ejercicio de la actividad, hasta que dichas cantidades sean puestas a disposición de las personas destinatarias. 6.2 Los agentes inmobiliarios tienen que informar, a quien lo solicite, sobre los datos identificadores de la garantía. Como mínimo, tienen que facilitar el nombre de la entidad aseguradora o financiera y el número de referencia de la garantía.

<sup>73</sup> En sentencias como la del TS de 6 de marzo de 2008 (RJ 2008/4462) El Tribunal entre otros asuntos declaró que si no existe contrato de Compraventa es el intermediario el obligado a la devolución de las arras entregadas. Así mismo la STS de 8 de abril de 1991 (RJ 1991/2678).

<sup>74</sup> SAP de Murcia de 17 marzo (AC 2011/1035). Donde se declaró el derecho del intermediario al cobro de la comisión a pesar de que el vendedor desistió de la venta del inmueble con posterioridad a la consumación del precontrato. En la misma línea las SSAAPP de Madrid de 20 diciembre 2002 (AC 2003/384), de Madrid (Sección 12ª), sentencia núm. 214/2009 de 31 marzo. AC 2009/939, de Murcia de 9 febrero (JUR 2012/88433), de Tarragona de 7 mayo (AC 2008/1092) Y las SSTS de 30 marzo (RJ 2007/2412), de 13 junio (RJ 2006/3368), de 5 noviembre (RJ 2004/6657).

<sup>75</sup> Art. 7 Decreto 12/2010.

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

Pero la creación de una garantía no ha parecido suficiente requisito de solvencia, más en cuanto esta tan solo es efectiva durante el periodo de tiempo en que las arras o cantidad entregada a cuenta, están en poder del intermediario, y solo responde sobre y para estas cantidades. Es por eso que el legislador obliga al intermediario a contratar un seguro, para que exista una garantía que responda por aquellos daños y perjuicios que el intermediario pueda provocar durante el ejercicio de su actividad<sup>76</sup>. Este seguro deberá estar activo durante todo el tiempo en que se desarrolle la actividad de intermediación, es decir, mientras el Intermediario actúe como tal. La tipología de seguro que exige la Ley es la “responsabilidad civil” (que basa su fundamento en el art. 1902, 1903 y ss. del Código Civil).

Ambas modalidades de garantías están supeditadas al número de establecimientos que tenga abiertos al público el intermediario o a si la intermediación se lleva a cabo mediante medios electrónicos o telemáticos<sup>77</sup>. Ampliando de este modo el nivel de protección en función del riesgo a que el perjuicio pueda ser mayor o más sujetos.

Acudimos de nuevo a la legislación autonómica andaluza vemos que también se les exige para su homologación, a las Agencias de fomento del alquiler, la contratación de un seguro que cubra cualquier contingencia que por su profesión pueda provocar<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Art. 10 del Decreto 12/2010.

<sup>77</sup> Artículos. 8 y 11 del Decreto 12/2010

<sup>78</sup> Decreto 33/2005, Art 3 e) *Presentar un contrato con una compañía de seguros de responsabilidad civil que cubra los riesgos propios de la actividad.*

---

### **3.2.2 *El control de la administración.***

El control de la Administración debe de ser doble: un control que se pueda llevar a cabo de un modo previo a la actuación del intermediario, relativo a su capacidad para actuar como tal y al cumplimiento de determinados requisitos, que en el caso de la actuación como intermediario en alguna Comunidad Autónoma se realizará a través de la obligación de inscribirse en un Registro, y un control que se realice de forma continuada, a lo largo de la vida profesional del intermediario, con la posibilidad de imponer sanciones ante el incumplimiento de las normas.

#### **3.2.2.1 *El control previo: El Registro.***

La previsión que el legislador de la Ley 18/2007 realizó en el apartado 4 del art. 55, de creación de un Registro “*a fin de favorecer la transparencia en el sector de la vivienda y garantizar la protección de los consumidores*” tomó forma con el desarrollo reglamentario de la Ley, a través del Decreto 12/2010<sup>79</sup>. El Capítulo III desarrolla la naturaleza, funciones, funcionamiento y efectos del Registro de Agentes Inmobiliarios de Catalunya.

---

<sup>79</sup> El Art. 1.2 del Decreto 12/2010 transcribe como obtener sus objetivos de control: “*Con el fin de favorecer la transparencia en el sector de la vivienda y garantizar la protección de los consumidores, este Decreto crea el Registro de Agentes Inmobiliarios de Cataluña.*”. Por su redacción, para el Legislador la creación del Registro parece ser el mecanismo a través del cual podrá otorgar el nivel máximo de protección a los consumidores

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

El Registro es público<sup>80</sup>, tiene naturaleza administrativa y es de carácter obligatorio para las personas físicas y jurídicas que ejerzan o quieran ejercer como agentes inmobiliarios de forma habitual, en el territorio catalán. De manera que deberán inscribirse en él todos los profesionales y las empresas que se dedican habitualmente y de manera retribuida a “*prestar servicios de mediación, asesoramiento y gestión en transacciones inmobiliarias en relación con operaciones de compraventa, alquiler, permuta o cesión de bienes inmuebles y de los derechos correspondientes*”. Lo dice la norma claramente, solo para aquellos que prestan sus servicios desde el territorio catalán y de un modo continuado<sup>81</sup>; con la primera previsión se quiere esquivar el riesgo a incurrir en el incumplimiento de la Regulación comunitaria relativa a la prestación de servicios, que impide a los Estados imponer normas que limiten el libre ejercicio<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Con la creación del registro el legislador da salida a su deseo de favorecer la transparencia y al de garantizar la protección de los consumidores. Consideramos que esta protección se traduce en el hecho en que, en la medida en que es público, pueden los consumidores acceder a él y así verificar si el agente inmobiliario al que acuden está inscrito en él, de manera que lo es efectivamente que tiene capacitación profesional y que además dispone de la solvencia necesaria para responder ante cualquier actuación irregular dentro de su ámbito profesional de la que pudiera derivarse algún perjuicio.

<sup>81</sup> Artículo 2. Ámbito de aplicación. 2.1 Este Decreto es de aplicación a las personas físicas o jurídicas que ejercen o quieren ejercer de agentes inmobiliarios, tal y como los define el artículo 55.1 de la Ley 18/2007, del derecho a la vivienda, dentro del territorio de Cataluña de forma habitual. 2.2 El Decreto no es de aplicación a las personas físicas o jurídicas siguientes: a) Administradores de fincas que desarrollan exclusivamente las actividades reguladas en el artículo 54 de la Ley 18/2007, del derecho a la vivienda. b) Agentes inmobiliarios que actúan en Cataluña de forma habitual desde algún estado de la Unión Europea o desde fuera de Cataluña, sin establecimiento abierto al público en este ámbito territorial. c) Personas que actúan en Cataluña en la prestación de servicios relacionados con las transacciones inmobiliarias de forma no habitual y sin retribución, según lo que establece el artículo 55.1 de la Ley 18/2007, del derecho a la vivienda.

<sup>82</sup> El 28 de diciembre de 2006 entró en vigor la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior. En su Considerando 33 incluía los servicios inmobiliarios dentro del alcance de la misma. Así extraemos de su Art. 16.2.a. que no se pueden imponer obligaciones de disponer de establecimiento en el territorio en el que se preste el servicio. Tales requisitos niegan el derecho a prestar servicios transfronterizos consagrado en el art. 49TCE, ya que imposibilitan la prestación al imponer al prestador la obligación de contar con una infraestructura estable en el EM receptor. Del 16.2.b. Que no se impondrán requisitos a los prestadores de otros EM a someterse a un procedimiento administrativo relativo a la obtención de una autorización o la inscripción en un registro antes de iniciar en la práctica la prestación de servicios. Estos dos apartados matizados por el Art 16.2.c que garantiza que pueda establecer una infraestructura que le permita llevar a cabo las correspondientes prestaciones.

---

La obligación de Registro es requisito previsto únicamente a nivel autonómico, concretamente de la Comunidad autónoma de Catalunya, que ha sido pionera en imponer dicho requisito como elemento de protección de los consumidores, no está prevista, de momento, a nivel estatal para los intermediarios inmobiliarios.

La inscripción en el Registro puede realizarse de manera individual, es decir cada uno de los intermediarios individualmente, o de manera colectiva<sup>83</sup>, al aceptar este acto el legislador está dando de nuevo un plus de capacidad a los colegios y asociaciones, al poder actuar en nombre de sus asociados ya que uno de los requisitos para poder Registrarse es presentar la contratación del seguro de caución, si el registro es colectivo se acepta que el seguro sea contratado por el Colegio y que cubra a todos sus colegiados.

En la legislación andaluza podríamos considerar el control previo la exigencia que pone el legislador a no haber sido sancionado en los dos años anteriores a la solicitud de la homologación, por incumplimiento de normas de protección de los consumidores<sup>84</sup>. Lo que no queda muy especificado es como lleva a término la Administración el control de dicho requisito.

### 3.2.2.2 *El control continuado*

Pero sin un seguimiento continuado de la actuación de los intermediarios, ese control previo de la Administración perdería todo sentido, por ello el legislador ha

---

<sup>83</sup>Art. 16 del Decreto 12/2010.

<sup>84</sup> Decreto 33/2005, Art.3 h) *No haber sido sancionado, en los dos años anteriores a la solicitud de la homologación, por infracción tipificada como grave o muy grave por incumplimiento de la normativa de protección y defensa de los consumidores y usuarios.*

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

previsto que pueda realizarse una serie de inspecciones, ejercidas por técnicos especializados que tendrán, según la Ley, la condición de “agentes de la autoridad”, agentes que podrán realizar actos de inspección<sup>85</sup> que darán lugar, en caso de determinarse alguna clase de incumplimiento legal, a una serie de sanciones.

Todo incumplimiento de la norma podría dar lugar a una infracción administrativa que llevará aparejada una sanción, cuya cuantía variará en función de la calificación, como leve, grave o muy grave de esta<sup>86</sup>.

La aplicación de una sanción podrá dar lugar, en última instancia a la inhabilitación temporal de las funciones del intermediario y a su, evidentemente, suspensión temporal de la inscripción<sup>87</sup>.

#### ***3.2.3 Las funciones del intermediario inmobiliario***

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han ido delimitando las funciones de la intermediación inmobiliaria y a pesar de que inicialmente uno de los elementos dio lugar a una discusión, la exclusividad o no de los API en la realización de las

---

<sup>85</sup>Ley 18/2007. Art. 108.Inspección. El personal técnico al servicio de las administraciones públicas competentes al que se encomiende expresamente el ejercicio de las tareas de inspección en materia de vivienda tiene la condición de agente de la autoridad. Los hechos que constatan los agentes, formalizados en actos de inspección, gozan de la presunción de certeza a efectos probatorios. A tales efectos, en el marco de las exigencias que establece el ordenamiento jurídico, estos agentes pueden realizar todas las actuaciones imprescindibles para comprobar el cumplimiento de la presente Ley.

<sup>86</sup> Régimen sancionador previsto en la Sección III de la Ley de la Ley 18/2007.

<sup>87</sup> Artículo 21. Suspensión o cancelación de la inscripción de oficio. 21.1 Se suspenderá temporalmente la inscripción de los agentes inmobiliarios por inhabilitación del agente como resultado de una resolución sancionadora prevista en el artículo 116 de la Ley 18/2007, del derecho a la vivienda, que tiene que ser acordada por el órgano competente en materia sancionadora.

---

funciones de intermediación<sup>88</sup>, como hemos podido ver al inicio de este apartado, la no exclusividad ha quedado claramente asentado por la jurisprudencia.

De la lectura de la normativa, tanto estatal como autonómica, se extrae que la actividad de intermediación inmobiliaria es toda aquella que realiza una persona física o jurídica que se dedica de un modo habitual y retribuido a prestar servicios de mediación asesoramiento y gestión en toda transacción inmobiliaria<sup>89</sup>.

La denominación transacción inmobiliaria incluye toda operación que implique gestión de transmisión de la propiedad o de alguno de los derechos que estén vinculados

---

<sup>88</sup>La doctrina asentada al respecto por el Tribunal Constitucional en sentencia (RTC111/1993) hacía referencia a la interpretación de “título oficial” y su polémica aplicación a determinadas profesiones para considerar exclusiva la actuación de quien ostentase dicho título de quien no lo ostentase; zanjó el Tribunal la polémica al declarar “que la confianza de los ciudadanos se basa en una preparación académica precisa y específica, y, por lo tanto, las profesiones tituladas pero que no se correspondieran con ese contenido académico no podían aspirar a la exclusión de otros ciudadanos de la realización de aquellas actividades”, doctrina esta seguida por otras sentencias del TC, todas ellas de 1993 (RTC 1993/131;RTC 1993/132;RTC 1993/133;RTC 1993/134;RTC 1993/135;RTC 1993/136;RTC 1993/137;RTC 1993/138;RTC 1993/139yRTC 1993/140). El Tribunal Supremo y también se vio abocado a dar respuesta a polémicas semejantes, así entre otras las SSTs de 31 de enero de 1990 (RJ 1990/107) y de 3 de octubre de 1995 (RJ 1995/6982), ratificando en esta última el criterio ya expresado en la primera de que la intervención de mediación y corretaje en negocios inmobiliarios no está reservado en exclusividad a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria. Y, entre otras ratificado por las Sentencias del Tribunal de la Audiencia Provincial de Granada, de 2 mayo del 2000,(JUR 2000/221110); SAP de Málaga de 23 noviembre de 1999(AC 1999/2600); SAP Zaragoza de 28 abril de 1999 (ARP 1999/490); SAP Zaragoza de 10 marzo de 1999(ARP 1999/786); SAP Pontevedra de 18 octubre de 1996 (AC 1996/1936). Y la Resolución del Tribunal de la Competencia (TDC) de 28 julio 1998(AC 1998/9042) Seguida por otras resoluciones en la misma línea, Resolución de 9 marzo 2001( AC 2001/1435); Resolución de 4 julio 2003. (AC 2003/1108).

<sup>89</sup> Extraído de la lectura del Art. 1 del D 3248/1969; el Art. 55.1 Ley 18/2007 de Catalunya. Art. Y por último del Art. 231-1.de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña: “*Concepto de intermediario o intermediaria. Se entiende por intermediario o intermediaria cualquier empresario o empresaria que por cuenta ajena y a cambio de una remuneración, de carácter pecuniario o en forma de cualquier otra ventaja económica convenida, se dedica habitualmente a cualquiera de las siguientes actividades: Presentar u ofrecer la posibilidad de adquirir bienes o servicios a las personas consumidoras. Hacer los tratos preliminares para la formalización de un contrato con personas consumidoras. Formalizar el contrato con las personas consumidoras. Asesorar a las personas consumidoras con relación al negocio jurídico en que interviene*”.

---



## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

a la misma. Así si interviene ante una compraventa, total o parcial de la propiedad, el arrendamiento, la permuta o la cesión de bienes inmuebles y de los derechos correspondientes a estos.

Pero tal y como hemos descrito en la primera parte de este capítulo, el simple asesoramiento o la emisión de informes pueden ser considerados actos de intermediación. En el caso de la intermediación inmobiliaria podemos reafirmarlo por lo previsto en el apartado d) del art. 1 del Decreto 3248/1969<sup>90</sup>, o en el contenido del art. 55 de la L 18/2007<sup>91</sup>. Pero además así ha sido reafirmado por el legislador catalán en el Código de consumo de Catalunya<sup>92</sup>

La participación en la compra venta de un inmueble podría considerar que abarcaría una gran diversidad de aspectos, podríamos hablar de intermediación por el simple hecho de localizar a un posible vendedor un posible comprador, hasta dos posibilidades confrontadas, un encargo de venta o un encargo de compra. Estos dos últimos aspectos darán lugar a un amplio estudio en el próximo apartado.

## **4 LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS MEDIANTE INTERMEDIARIOS**

El sector de los servicios financieros es uno de los más complejos del mercado

---

<sup>90</sup>Decreto 3248/1969 Art.1 d) Evacuar las consultas y dictámenes que les sean solicitados sobre el valor en venta, cesión o traspaso de los bienes inmuebles a que se refieren los tres apartados anteriores

<sup>91</sup> Ley 18/2007, Art. 55. Los agentes inmobiliarios. 1. A efectos de la presente Ley y de las actividades que regula, son agentes inmobiliarios las personas físicas o jurídicas que se dedican de forma habitual y retribuida, dentro del territorio de Cataluña, a prestar servicios de .../..., asesoramiento .../...

<sup>92</sup> Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña. Art. 231-1. Concepto de intermediario o intermediaria d) Asesorar a las personas consumidoras con relación al negocio jurídico en que interviene.

---

en lo que a la contratación se refiere. En la mayoría de los casos, los consumidores, aunque reciban toda la información legalmente exigida, no son capaces ni de asimilarla ni de comprenderla, poniéndose, en innumerables ocasiones, en manos de intermediarios, para que les lleven a cabo gestiones de carácter financiero, pero sin tener un conocimiento claro de si estos intermediarios pertenecen a la entidad bancaria o son comisionistas independientes.

Del mismo modo que en el campo de los seguros es necesaria la figura del mediador para el desarrollo y expansión del sector, pero viendo al mediador como una persona cercana que vela, no solo por “conseguir” una póliza y, aunque sea por su propio beneficio, de mantener al cliente y con él a la prima que percibe, sino que además le asesora durante la duración del seguro (en el caso de los mediadores que no son agentes exclusivos, le ofertan aquel producto que en cada momento es mejor, no teniendo porque ser productos de la misma compañía aseguradora) en el sector de los servicios financieros también es necesaria la figura de un mediador independiente, que sin vinculación directa con ninguna entidad bancaria, de un asesoramiento libre al cliente final sobre cuál es el producto y entidad que mejor se adapta a sus necesidades. Y Esta figura debe de estar, evidentemente, regulada para asegurar una protección al consumidor.

#### **4.1 La figura del intermediario financiero en la regulación relativa a los contratos de crédito**

Dada la importancia del sector servicios en el que operan, se hace imprescindible que el sector financiero se vea constantemente controlado legalmente y sujeto a modificaciones legales para adaptarlo a la realidad socio-económica existente y continuamente cambiante y, cada vez más, para poder proteger a la parte contractual

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

más débil, el consumidor<sup>93</sup>.

Las entidades de crédito tienen una importancia relevante por su directa relación con el consumidor y su influencia sobre él para re-direccionar su capital, de ahorro a inversión, por ello en los últimos años ha sido el que más reformas ha sufrido, sobre todo provocadas por la internacionalización de los movimientos económicos, viéndose de algún modo obligada la Comunidad Europea a intervenir en el sector iniciando una regulación unitaria para todos los Estados. A nivel estatal esta intervención se refleja en la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo<sup>94</sup>, cuyo contenido también estudiaremos en todo aquello relativo a la intervención de los intermediarios.

Pero antes de esta se produjo otra importante modificación que afectaba a la intermediación financiera, la Directiva 2008/48/CE<sup>95</sup> y su reflejo en nuestra legislación,

---

<sup>93</sup> A pesar de no ser completa y protegerlos completamente, a nivel de protección de los consumidores hay diferentes normativas vinculadas a la negociación del ámbito financiero. La mayor protección la facilita el Banco de España, a través de la Ley 26/1988 de 29 de julio de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito. La Ley 28/1998 de 13 de julio de Venta a plazos de Bienes Muebles; La Ley 22/2007 de 11 de julio, sobre comercialización a Distancia de Servicios Financieros. Para cada producto financiero, préstamos, hipotecas, créditos, etc..., hay normas específicas que deben ser tenidas en cuenta.

<sup>94</sup> Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, publicada en el BOE nº 151 de 25 de junio de 2011, que incorporará a nuestra legislación la Directiva 2008/102/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y que deroga la anterior Directiva 87/102/CEE.

<sup>95</sup> Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 22 de mayo de 2008. La presente Directiva deroga la Directiva 87/102/CEE, que, dado el largo procedimiento de elaboración y aprobación, es la que ha tenido en cuenta nuestro legislador a la hora de desarrollar la Ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. En la anterior Directiva no se mencionaba la figura de los intermediarios financieros.

---

la Ley 2/2009<sup>96</sup> que ahora analizaremos.

#### **4.2 La Ley 2/2009 o el intento de regulación de la intermediación en la celebración de contratos de préstamo o crédito**

El preámbulo de la Ley nos da la idea clara del porqué de la necesaria existencia de esta regulación, la *protección de los consumidores en el sector financiero*, pero no una protección del consumidor en sí, una defensa de sus intereses económicos individuales, sino una protección que indirectamente abarcará a todo el sector financiero, que ante las malas prácticas actuales, vea desestabilizarse todo su sistema.

La participación en el mercado financiero, en la contratación de créditos o de otros productos financieros, de agentes independientes de la banca, es posible porque no existe, en nuestra legislación, una reserva de dicha función hacia las entidades bancarias. Estamos ante la práctica libre de una actividad, que dada su gran relevancia, debería estar en todo momento bajo el control del Banco de España<sup>97</sup>, cosa que no

---

<sup>96</sup> Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Ley publicada en el BOE nº 79 del día 1 de abril de 2009.

<sup>97</sup>Respecto a la comercialización de los productos y servicios ofrecidos por las entidades de crédito a los consumidores, sí que estamos ante una actividad controlada por el Banco de España, según lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Los intermediarios no son entidades de crédito, ya que la calificación de las entidades de crédito nos la proporciona el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre Adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas. Art.1A *efectos de la presente disposición, y de acuerdo con la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, se entiende por "entidad de crédito:" a) Toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza. b) Toda empresa o cualquier otra persona jurídica, distinta de la recogida en el párrafo a) anterior que emita medios de pago en forma de dinero electrónico. 2. Se conceptúan entidades de crédito: a) El Instituto de Crédito Oficial. b) Los Bancos. c)*

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

sucede. Lo cierto es que estamos ante empresas que no pueden ser calificadas como entidades de crédito. Para MARTINEZ ESPÍN, este hecho provoca que estas empresas intermediarias queden sometidas únicamente al control de la legislación general de protección de los consumidores y usuarios no pudiéndoseles aplicar obligaciones relativas a la transparencia en las operaciones, ni exigir garantías respecto a los consumidores que contratan créditos<sup>98</sup>

Pero la ley 2/2009 nace con el objetivo fundamental de mejorar la protección de los consumidores respecto a estas empresas que hasta ahora gozaban de una libertad normativa, extendiendo hasta ellas la posición de determinadas obligaciones que hasta ahora solo debían soportar las entidades de crédito.

Algo que llama nuestra atención es el hecho que la Ley no otorgue un posible poder de representación al intermediario, esto choca con el artículo 3f de la Directiva 48/2008, donde sí que está previsto que el intermediario celebre contratos de crédito con los consumidores en nombre del prestamista, para GRAMUNT FOMBUENA, este hecho deberá ser corregido e incluir tal previsión en la norma cuando se lleve a cabo la transposición de la Directiva<sup>99</sup>.

Otros aspectos que adquieren relevancia en la norma, y acercan la figura del intermediario financiero a la del mediador de seguros, es la obligación de inscribirse,

---

*Las Cajas de Ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros. d) Las Cooperativas de Crédito. e) Los Establecimientos Financieros de Crédito. d) Las Entidades de Dinero Electrónico.*

<sup>98</sup>MARTINEZ ESPÍN, P. *Contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*. En Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla La Mancha. [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco). Febrero 2009.

<sup>99</sup>GRAMUNT FOMBUENA, M. *La intervención de intermediarios en la comercialización del crédito al consumo*. En Rizzo, V.; Caterini, E.; Di Nella, L.; Mezzasoma, L. (coord.) *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*. Edizioni Scientifiche Italiane, s.p.a. 2010

---

previamente al inicio de la actividad, en el registro de la Comunidad Autónoma correspondiente al domicilio social<sup>100</sup>. El deber de control que la Directiva 2008/48/CEE, que en su artículo 20 impone a los Estados “*la obligación de velar que los prestamistas sean supervisados por un organismo o autoridad independiente*”, no podríamos considerarlo que es uno de los argumentos que ha utilizado el legislador estatal para crear esta figura. Este deber de control no es aplicable a los intermediarios, hacemos esta consideración en base a la ubicación del artículo, el primero del Capítulo VI, bajo la rúbrica “*prestamistas e intermediarios de crédito*”, el capítulo está formado por dos artículos, en el segundo se hace mención expresa de las obligaciones de los intermediarios y es aplicable únicamente a estos, y el segundo, que el legislador comunitario titula “*regulación de los prestamistas*”, es evidente que, por la misma razón que el segundo no puede aplicarse a los prestamistas, el legislador está excluyendo expresamente a los intermediarios. Esta teoría quedaría reforzada por la remisión que el propio artículo hace a la Directiva 2006/48/CE, donde se regula el acceso y ejercicio de las entidades de crédito, recordemos que los intermediarios financieros no son calificados en ningún momento como entidades de crédito<sup>101</sup>.

Debemos de tener en cuenta que la instauración de un Registro de intermediarios financieros, como mecanismo obligatorio para poder llevar a cabo esta actividad en un Estado de la Unión Europea, no se contradice con la previsión hecha en la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior<sup>102</sup>, porque esta no es

---

<sup>100</sup>Previsto en el artículo 3 de la Ley 2/2009. Respecto a las empresas cuyo domicilio social esté en otro Estado deberán realizar su inscripción en un Registro central de carácter estatal.

<sup>101</sup> En la misma línea argumental GRAMUNT FOMBUENA, M. “La intervención de los intermediarios de crédito en la comercialización de créditos al consumo”.

<sup>102</sup>DIRECTIVA 2006/123/CEE de 12 de diciembre de 2006. Actualmente se está tramitando la Ley de Transposición, con fecha 27 de marzo de 2009 se ha elevado en segunda vuelta al Consejo de Ministros, para su aprobación como proyecto de Ley, el anteproyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

aplicable a los servicios financieros, tal y como consta en su considerando 18, estos *son objeto de legislación comunitaria específica*. Tampoco podemos decir, como argumenta MARTINEZ ESPÍN, que, y haciendo mención también a la citada Directiva de servicios, el registro pueda ser un escollo para que los empresarios desarrollen su actividad<sup>103</sup>. Estamos ante un mecanismo de control y no ante una autorización administrativa de la actividad, mecanismo por otro lado que da garantías continuas a los consumidores, dado el carácter público del mismo. Para CORDERO, contraria a la tesis de MARTINEZ ESPÍN no son incompatibles con la Directiva 2006/123/CE porque concurren los requisitos impuestos en el artículo 9.1 de la Directiva<sup>104</sup>.

Se impone en la Ley a los intermediarios la contratación de un seguro de responsabilidad civil o un aval bancario, acercándose de nuevo a la normativa de los mediadores de seguros.

Otro aspecto relevante y con un cierto paralelismo con las distintas regulaciones

---

<sup>103</sup>MARTINEZ ESPÍN, P. “Contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito”. En Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla La Mancha [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco). Febrero 2009. Considera el autor que la implantación del registro va en contra de la libertad de establecimiento que proclama la Directiva de Servicios de la UE, que de otro modo les sería aplicable porque la Ley 2/2009 no considera estos servicios financieros. No podemos posicionarnos del lado del autor, porque no consta en la Ley esta previsión. La Ley lo que hace es referirse a los intermediarios de productos financieros, no siendo aplicable a las entidades de crédito y la Directiva precisamente no es aplicable los servicios financieros en general, enumerando una serie de servicios, pero el iniciar la frase con un “*como*” hace que el listado sea abierto. Debemos mencionar que el Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en su artículo 2a, relativo al ámbito de aplicación, exceptúa a los “*servicios financieros*”. Pero la calificación de la intermediación financiera no es el único motivo de rechazo del Registro de MARTINEZ ESPÍN, razones como el coste administrativo público, no solo de recursos sino del tiempo que se deberá invertir para garantizar que los intermediarios cumplan con las obligaciones que les incumben respecto a los consumidores. Para otros autores sencillamente no son incompatibles con la Directiva 2006/123/CE porque concurren los requisitos de

<sup>104</sup> CORDERO, E. “Las cláusulas en la contratación de préstamos hipotecarios y en la intermediación financiera conforme a la Ley 2/2009”. En Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla La Mancha.

---

de intermediación, es la clasificación que la norma hace de los intermediarios. El criterio de calificación que usa el legislador es el grafo de afección del intermediario con el comercializador del crédito o préstamo, en realidad lo que hace es agrupar de un lado a aquellos intermediarios que si tienen un grado de vinculación y del otro a los que actúan de manera independiente, siéndole impuestas todas las obligaciones previstas en la Ley tan solo al segundo tipo. Pero no hace la Ley tal distinción de manera expresa en un articulado creado al respecto, sino que dentro del artículo dedicado a las comunicaciones comerciales y publicidad<sup>105</sup>, aprovecha para aclarar cuando estamos ante un intermediario exclusivo o independiente y darnos su definición. Son agentes exclusivos aquellos que “trabajan en exclusiva para una entidad de crédito o empresa o vinculadas con varias entidades de crédito u otras empresas” y lo son exclusivos cuando no existe este vínculo de afección con ninguna empresa o entidad de crédito. Así podemos ver que el intermediario independiente se asimila al corredor de seguros y el intermediario en exclusiva, al agente, en este caso la norma no distingue entre la afección del intermediario con una sola empresa (que sería el equivalente al agente en exclusiva) o con más de una (como el agente vinculado) incluyendo ambas posibilidades bajo un mismo tipo. GRAMUNT FOMBUENA<sup>106</sup> distingue dos tipos de intermediación en exclusiva, “*la exclusividad singular o la exclusividad en sentido estricto, y la exclusividad plural o exclusividad en sentido lato*”.

---

<sup>105</sup>Ver el art. 19.3 de la L.9/2009. En su contenido encontramos la calificación del Intermediario independiente, “*Las empresas deberán indicar, en sus comunicaciones comerciales y publicidad, el alcance de sus funciones y representación, precisando, en particular, si trabajan en exclusiva con una entidad de crédito o empresa o vinculadas con varias entidades de crédito u otras empresas, o como intermediarios independientes. Son intermediarios de préstamos o créditos independientes las empresas que, sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades de crédito o empresas que comercialicen créditos o préstamos, ofrezcan asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden su intervención para la obtención de un crédito o préstamo. Se presume, en todo caso, que ha existido asesoramiento independiente, profesional e imparcial cuando se presenten las tres ofertas vinculantes previstas en el artículo 22.4.*”

<sup>106</sup>GRAMUNT FOMBUENA, M. “La intervención de los intermediarios de crédito en la comercialización de créditos al consumo”. en *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e di crédito.Op. cit.*

---



## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

Los requisitos de transparencia en las comunicaciones y la publicidad, obligan a indicar si el agente intermediario lo es en exclusiva o no.

El siguiente mecanismo de control impuestos a los intermediarios está directamente relacionado con los precios, las tarifas, nos interesa porque es un límite al libre ejercicio de la actividad, no solo por la determinación de la cuantía de la comisión, sino porque esta se vincula a los servicios, tanto los solicitados como los prestados, de manera que solo podrá ser cobrado aquel servicio que cumpla los requisitos de haber sido prestado efectivamente y además haya sido solicitado expresamente el consumidor. Se precisa un “mandato” expreso y conciso del encargo para luego poder tarificarlo y cobrarlo<sup>107</sup>. Además distingue aquí también la norma si estamos ante un intermediario independiente, que actúa con plena libertad en el mercado, y puede cobrar la comisión directamente del consumidor<sup>108</sup>, siendo a él a quién va dirigido el deber de informar con claridad las comisiones y gastos de la operación al consumidor, algo evidente dada la falta de vinculación contractual entre el intermediario y la entidad de crédito<sup>109</sup>; o si por el contrario nos prestará el servicio un intermediario en exclusiva, quien si tiene una limitación clara, la de no poder percibir la remuneración por parte del cliente, esta deberá estar pactada en el contrato de vinculación de la entidad y el intermediario<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup>Para GRAMUNT FOMBUENA, esta limitación responde claramente a la necesidad de consentimiento en la contratación de bienes o servicios, tal y como ya ponen de relieve diversas normas de protección de los consumidores, como por ejemplo los artículos 49.2.b y 89.4 y 100 de la LGDCU y el artículo 13 de la LCDSF.

<sup>108</sup>Véase art. 22.2 Ley 2/2009. La percepción de la comisión estará vinculado a que esta esté determinada de manera específica en el contrato, y se hubiesen cumplido los requisitos de información precontractual previstos en el artículo 5 de la Ley.

<sup>109</sup>GRAMUNT FOMBUENA, M. “La intervención de los intermediarios de crédito en la comercialización de créditos al consumo”. en *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e di credito. Op. cit.*

<sup>110</sup>Sobre la tipología de contratos que pueden vincular al intermediario y la empresa crediticia, véase lo expuesto en el capítulo 3.

---

No ha conseguido el legislador tampoco en esta regulación de la intermediación, calificar ni regular el contrato que vinculará al intermediario con el cliente. La previsión que respecto al contrato hace el legislador es relativa a su contenido mínimo, previsto en el artículo 20, y que debe ser incluida de manera obligatoria en el contrato, según el artículo 21.1. Pero al buscar qué es la intermediación financiera, nos encontramos que el artículo 20.1.b, dice que uno de las informaciones previas al contrato (y que de nuevo por aplicación del artículo 21.1, deberá incluirse en el contrato de intermediación) es la de “*describir las características de los contratos de intermediación*”, pero estas características no están reguladas, así que de nuevo perdemos la oportunidad de que el legislador regule una forma única, o con características afines, del contrato de intermediación.

#### **4.3 El intermediario en la Ley 16/2011. La Ley de los contratos de crédito al consumo**

La realidad normativa existente en la Comunidad Europea, en materia de contratación de créditos, hizo necesaria la aprobación de la Directiva 2008/48/CE. La citada Directiva nace con el objeto de armonizar determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de contratos de crédito al consumo, tal y como se desarrolla tanto en su Considerando como en el art. 1 de la Directiva<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Directiva 2008/48/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. Art. 1 Objeto. *La presente Directiva tiene por objeto armonizar determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de contratos de crédito al consumo.*

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

Debe de tenerse en cuenta el valor que ha adquirido el crédito al consumo en al avance del mercado, configurándose la financiación de los productos como un elemento determinante en la vida de los consumidores, el acceso a estos créditos se lleva a cabo en muchas ocasiones a través de los intermediarios o de las empresas de intermediación, y este es uno de los motivos por el cual está incluida en la Directiva la figura del intermediario financiero.

La Ley 16/2011 de 24 de junio de contratos de crédito al consumo<sup>112</sup>, ha facilitado la introducción, en nuestro ordenamiento jurídico, de la citada Directiva 2008/48/CE.

De ese modo respetando los principios por los que se realizó la Directiva, armonizar aspectos legales, administrativos y reglamentarios de los distintos Estados en materia de crédito al consumo, se aprueba la Ley 16/2011. Pero a pesar de que se habla de una Directiva de armonización total, y tal y como además acertadamente introduce nuestro legislador en el preámbulo de la misma, *que no se permita introducir normas contrarias o distintas a las armonizadas por la Directiva*, eso no impide que no se pueda llegar a regular acerca de toda aquella materia no prevista en la armonización, ni que aquellas normas estatales ya existentes, que aporten una mayor protección al consumidor, puedan mantener su vigencia<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> Ley 16/2011 de 24 de junio de contratos de crédito al consumo, publicada en el BOE nº151 de 25 de junio de 2011. Ley que deroga la Ley 7/1995 de 23 de marzo de crédito al consumo, y tal y como leemos en su Disposición Derogatoria, “*cuantas normas de igual o inferior rango se opondrán a esta ley*”.

<sup>113</sup> Así se remarca en el Preámbulo que por este motivo se ha mantenido las previsiones relativas a la oferta vinculante (art.8 de la Ley 16/2011), a la eficacia de los contratos vinculados a la obtención de un crédito (arts. 28.3 y 29), al cobro indebido y a la penalización por falta de forma y por omisión de cláusulas obligatorias en los contratos (art.21), previsiones ya reguladas en la anterior Ley de crédito al consumo, la Ley 7/1995.

---

Al realizar la descripción de la aplicación de la Ley en el Preámbulo, en su apartado tercero<sup>114</sup>, el legislador se centra en “*delimitar el ámbito objetivo de aplicación de la ley*” del contrato llevado a cabo por el prestamista. Parece olvidar el legislador la figura del intermediario, a quien tan solo menciona en el tercer párrafo del apartado, al hablar de la obligación de informar al consumidor a cerca de su intervención en la contratación, de la mejora en la información de cara a una correcta toma de decisión a la hora de contratar por parte del consumidor. Sin embargo el legislador comunitario, al describir el ámbito de aplicación de la misma, indica claramente la necesaria aplicación de determinados preceptos a los intermediarios<sup>115</sup>, además a lo largo de todo el considerando cita la participación del intermediario en distintos momentos, tanto en el relativo a su calificación como su remuneración, como, evidentemente, en los deberes de información precontractual.

Sin embargo al desarrollar la norma reconoce su relevancia, en el artículo 2, al describir las partes contractuales, donde el legislador sí da un papel relevante al Intermediario convirtiéndolo en una de las partes del contrato.

---

<sup>114</sup> Apartado III del preámbulo, La Ley se aplica a aquellos contratos en que el prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación. La consideración de consumidores se circunscribe a las personas físicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional

<sup>115</sup> Directiva 2008/48/CE. Considerando 16. *Determinadas disposiciones de la presente Directiva deben aplicarse a las personas físicas y jurídicas (intermediarios de crédito) que en su actividad comercial, empresarial o profesional, a cambio de una remuneración, presentan o proponen contratos de crédito al consumo, asisten a los consumidores en los trámites previos de los contratos de crédito o suscriben contratos de crédito con los consumidores en nombre del prestamista. Las organizaciones que permiten que se utilice su identidad para promover productos de crédito, por ejemplo, tarjetas de crédito, y que también pueden recomendar a sus miembros dichos productos, no deben ser consideradas intermediarios de crédito a efectos de la presente Directiva.*

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

#### **4.3.1 La calificación del intermediario.**

La descripción de quien puede ser considerado intermediario en un contrato de crédito al consumo lo hayamos en el artículo 2.3 de la Ley. El contenido del artículo 2<sup>116</sup> es una copia literal de lo previsto en el artículo 3 de la Directiva<sup>117</sup>.

Así de su lectura podemos extraer que el intermediario podrá ser tanto una persona física como jurídica, siempre que no actúe directamente como prestamista, que además debe llevar a cabo las funciones descritas dentro de su ámbito comercial o profesional; esta aclaración es importante porque en la Ley se reconoce la posibilidad de que los propios prestadores de bienes o servicios puedan actuar como intermediarios, aunque no serán considerados como tales (artículo 13), si su actividad comercial empresarial o profesional no tiene como objeto principal la intermediación financiera, tan solo si actúan como intermediarios de manera subsidiaria.

Por su actuación se reconocen dos tipos de intermediarios, así, podemos

---

<sup>116</sup> Art. 2.3 L 16/2011: Partes del contrato de crédito: El intermediario de crédito es la persona física o jurídica que no actúa como prestamista y que en el transcurso de su actividad comercial o profesional, contra una remuneración que puede ser de índole pecuniaria o revestir cualquier otra forma de beneficio económico acordado: 1º Presenta u ofrece contratos de crédito, 2º asiste a los consumidores en los trámites previos de los contratos de crédito, distintos de los indicados en el inciso 1º, o 3º celebra contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista.

<sup>117</sup> El artículo 3f de la Directiva nos da una definición de intermediario de crédito: “*persona física o jurídica que no actúa como prestamista y que, en el transcurso de su actividad comercial o profesional y contra una remuneración, que puede ser de índole pecuniaria o revestir cualquier otra forma de beneficio económico acordado: presenta u ofrece contratos de crédito al consumo, asiste a los consumidores en los trámites previos de los contratos de crédito, distintos de los indicados en el inciso i), o celebra contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista*”. De la lectura del precepto podemos extraer aspectos básicos de las características de los intermediarios, así vemos que podrán actuar como intermediarios tanto personas físicas como jurídicas y que deberán llevar a cabo su labor, dentro su ámbito comercial o profesional, a cambio de una remuneración; que su intervención es previa a la celebración del contrato, asistiendo e informando al consumidor, otro elemento característico de la intermediación.

---

englobar los apartados 1 y 2 del artículo 2 en una sola calificación o actuación, de este modo cuando el intermediario “*presenta u ofrece*” contratos de crédito o cuando “*asiste a los consumidores en los trámites previos*” está actuando en su calidad de asesor y cuando “*celebra contratos de crédito...*” está actuando como representante<sup>118</sup>. Con ello se reconoce, definitivamente, como intermediario no solo a quien asesora y asiste, sino también a quien celebra el contrato de crédito con los consumidores en nombre del prestamista, admitiéndose así la función de representación en el intermediario, tal y como indicábamos anteriormente como una omisión del legislador al redactar la Ley 2/2009 de 31 de marzo.

También reconoce como intermediario, aunque subsidiario, a quien no actúa profesionalmente como tal, pero que en una situación concreta deberá llevar a cabo funciones de intermediación, el proveedor de bienes y servicios, aplicándole una serie de excepciones relativas a las obligaciones de información (art. 13), pero el consumidor no debería quedar desprotegido, no olvidemos que la obligación de información la tiene siempre el prestamista

#### **4.3.2 El cobro de remuneración.**

Además, el intermediario, deberá percibir por su actuación una remuneración, pecuniaria o de otra índole. El problema reside en quien debe pagar la. En el Capítulo VI donde se describen las obligaciones del intermediario de crédito, entre estas hayamos en el apartado 1b, la de “*en caso de que el consumidor deba pagar una remuneración al intermediario de crédito por sus servicios, informar de ella al consumidor y acordar*

---

<sup>118</sup> Del mismo modo en la regulación prevista en la Directiva es posible que el intermediario participe en la celebración del contrato de crédito o préstamo solicitado, actuando de este modo en nombre del prestamista, en este caso estamos ante una ampliación del poder del intermediario, convirtiéndolo en un verdadero poder de representación.

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

*con éste el importe de la misma...*” Pero no detalla ni indica cuando deberá pagar el consumidor y cuando no, es evidente que en este caso deberemos aplicar la Ley 2/2009 de 31 de marzo, que en su artículo 22.1 especifica que “*aquellas empresas que trabajen en exclusiva para una o varias entidades de base a esta especificación la comisión será abonada ,por el consumidor o por el prestamista, dependiendo del carácter exclusivo o no del intermediario, es decir, en el caso de aquellos intermediarios que trabajen en exclusiva para una o varias entidades financieras la comisión será percibida siempre a través de estas y nunca será prestada por el consumidor, mientras que cuando estemos ante un intermediario independiente, la comisión será abonada por el consumidor, siempre que se cumplan los requisitos legalmente establecidos, comunicación al prestamista (art. 33.1.c Ley 16/2011), pacto por escrito con el consumidor con anterioridad al contrato (arts. 33.1. b Ley 16/2011 y 22.2 Ley 2/2009).*”

#### **4.3.3 Los deberes de información.**

Lo que queda claro en todo momento a lo largo de la lectura de la Ley 16/2011 es la importancia de la información, el consumidor debe estar claramente informado en todo momento, no solo del contrato de crédito que probablemente llevará a cabo, sino de con quien lo celebrará y quien intermediará para que esto sea posible. Así el legislador impone unas obligaciones de obligado cumplimiento tanto al prestamista como al intermediario, de manera que cuando dice “*el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito, deberán facilitar...*”, no crea una obligación opcional a uno u otro sino que obliga a ambos a prestarla, por duplicado, el prestamista siempre y el intermediario si interviene en el negocio jurídico. La Directiva prevé así mismo este deber de información del intermediario, si interviene en la contratación, y dicha<sup>119</sup>

---

<sup>119</sup> La actividad de información y asesoramiento debe permitir que el consumidor tome su decisión de contratar con autentico conocimiento de causa de la operación comercial que está realizando, por ello esta

---

Por la importancia de que el consumidor tome la decisión de contratar de una manera segura, sabiendo y conociendo en todo momento cuál es la mejor opción para su economía, es sumamente relevante que esté correctamente informado en todo momento.

El consumidor no solo debe saber que contrata, sino con quien contrata, en el caso del intermediario, la Ley 16/2011 obliga a que la información se presente por escrito o en soporte duradero, penalizando el incumplimiento de dicha obligación con la anulabilidad del contrato (art. 7).

Respecto al contenido de la información, previa al contrato, deberán aportar al consumidor *“la que sea precisa para comparar las diversas ofertas y adoptar una decisión informada sobre la suscripción de un contrato de crédito”* (art.10), pero este artículo está complementado por el art. 11 en el que se obliga a asesorar, así no solo basta con aportar la información descrita en el artículo anterior, sino que deberán asesorarle sobre si además le es recomendable su contratación, valorando si *“se ajusta a sus intereses”*, el problema será determinar si este requisito se ha cumplido o no porque, es un deber de asistencia que no está previsto que tenga reflejo alguno por escrito ni en soporte, ni tan solo está previsto en el modelo normalizado un apartado para la misma. Llegado el momento en que nuestros tribunales se encuentren ante un litigio sobre el deber de asesorar, que solución aportarán al mismo.

Como ya hemos comentado, los proveedores de bienes y servicios, que

---

información está controlada en los artículos 4 y 5 de la Directiva, siendo el artículo 5 el que prevé que el intermediario también deba aportar la información necesaria. Art. Artículo 5. *“Información precontractual 1. Con la debida antelación, y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito, el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito deberán facilitar al consumidor...”*

---



## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

eventualmente actúen como intermediarios, no están obligados a cumplir determinados deberes de información ni asesoramiento, quedando esta obligación en manos del prestamista.

#### **4.3.4 El desistimiento del contrato de crédito al consumo.**

En el derecho de desistimiento (art. 28) podemos encontrar uno de los puntos contradictorios entre la Ley 16/2011 y la Ley 2/2009. Según el artículo 28 de la Ley 16/2011 el consumidor tiene la facultad de dejar sin efecto el contrato en un plazo máximo de 14 días desde su suscripción o, si fuese posterior, desde la recepción de las condiciones contractuales. Según el artículo 21 de la Ley 2/2009 el consumidor tiene 14 días para desistir del contrato de intermediación.

Teniendo en cuenta que ambas normas son aplicables a un contrato de crédito, ya que la Ley 16/2011 no deroga ningún artículo de la Ley 2/2009, que sucede cuando el intermediario tan solo actúa como tal, sin el poder de representación, y lleva a cabo su labor de intermediación de un crédito, con un contrato de intermediación regulado según por la Ley 2/2009 y superado el plazo de 14 días previsto en ella obtiene de pleno derecho su remuneración, pero con posterioridad a la firma del contrato de crédito con el prestamista, y antes de cumplirse los 14 días de plazo, desiste del mismo, ¿debería devolver el intermediario la remuneración para que no se considere penalizado el consumidor?.

A nuestro parecer nos encontramos ante la eterna pregunta sobre si el cobro de remuneración del intermediario depende de la celebración o no del contrato perseguido con la intermediación, es decir si estamos ante dos contratos o si estamos ante la vinculación del contrato de intermediación con el contrato fin, el contrato perseguido

---

por el cliente, dependiendo el primero de la celebración del segundo.

A pesar de que la respuesta debería de ser una y única, creemos que esta depende de la actuación del intermediario, si este, en aplicación de la Ley 2/2009 realiza un contrato de intermediación financiera cuyo objeto es el de presentar 3 ofertas vinculantes al consumidor, si además lleva a cabo de manera correcta su labor de asesorar, estará dando pleno cumplimiento al objeto del contrato y por lo tanto deberá considerarse independiente, de tal manera que si está supera el plazo establecido de los 14 días se considerará cumplido por el intermediario y tendrá derecho a percibir la remuneración, al margen de lo que suceda con el posterior contrato de préstamo o crédito.

Por el contrario si el consumidor actúa con poder de representación y lleva a cabo la firma del contrato estará alargando su deber y por ende el cumplimiento del contrato a la realización del contrato de préstamo o crédito, que es el que en este caso nos interesa, y por lo tanto le podrá ser aplicable el plazo de los 14 días de desistimiento desde la celebración del contrato de crédito previsto en la Ley 16/2011.

Esta teoría se ve reforzada, creemos, por el hecho que cuando el legislador regula el derecho de desistimiento en el artículo 28 de la Ley 16/2009, habla siempre de la obligación de comunicación al prestamista y del deber de devolver a este el capital más intereses sin que este, por el contrario, perciba ningún otro tipo de compensación (salvo los gastos no reembolsables abonados a la Administración pública).

#### ***4.3.5 Otro aspecto relevante: El control de la solvencia del consumidor.***

En el artículo 14 de la Ley se impone una de las obligaciones más relevantes

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

previstas en la Directiva 2008/48/CE, la de evaluar la solvencia del consumidor, futuro prestatario, como una característica más de la profesionalidad del prestamista y del intermediario, de manera que dentro de una actuación responsable por parte de cualquiera de ellos, está la de garantizar que el consumidor puede asumir el préstamo o crédito que va a contratar.

La Ley deja el control efectivo de esta obligación al prestamista, ya que el intermediario solo tiene la obligación de solicitar al consumidor la documentación necesaria para evaluar su solvencia, que pudiese estar en poder del consumidor o que le fuese accesible a este, es el prestamista quien debe ejercer la evaluación de la solvencia de manera efectiva y quien además debe determinar el alcance de esta evaluación.

## **5 LA INTERMEDIACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS<sup>120</sup>**

Otro de los grandes puntales de la intermediación, en el ámbito del consumo, es la que se realiza en la contratación de seguros<sup>121</sup>. La labor de los intermediarios de

---

<sup>120</sup> Es necesario aclarar de un modo inicial que a lo largo de este apartado hablaremos de la intermediación y no de la mediación de seguros, mientras que las normas relativas a la regulación del ámbito del seguro habla en todo momento del mediador. La diferencia etimológica es prácticamente imperceptible, pero en la actualidad, legalmente hablando, hablar de mediación es hablar de intervención no judicial en la resolución de conflictos, por ello y para no dar lugar a confusión alguna, para hablar de la intervención en la contratación de un seguro por quien intermedie entre el futuro asegurado y la aseguradora, hablaremos de intermediarios.

<sup>121</sup> Los operadores de banca-seguros, con un 40,77% de las primas, y los mediadores tradicionales (agentes y corredores), con un 39,77%, son los canales que mayoritariamente distribuyen el negocio asegurador en 2011, según las cifras contenidas en el último 'informe anual de mediación publicado por la DGSFP en Diciembre de 2012 con los datos del ejercicio de 2011. En este informe la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones dispone de datos relativos a la estructura, negocio intermediado y datos contables de los corredores y sociedades de correduría de seguros, de conformidad con los modelos y exigencias establecidas por el RD 764/2010, de 11 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional, presentados por los corredores y corredurías de seguros y de reaseguros inscritos por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (téngase en cuenta que el siguiente análisis no considera el negocio intermediado por los

---

seguros es, a día de hoy, uno de los elementos más importantes del actual desarrollo del sector seguros, no solo por su participación activa en la comercialización y venta del producto, sino además por la posición que toman, los intermediarios de seguros respecto al cliente, tanto ante un siniestro sufrido, la renovación del contrato o al llevar a cabo su modificación por posibles variaciones en el riesgo.

La función de los intermediarios de seguros aporta ventajas tanto para la aseguradora como para los consumidores. Para la aseguradora es un modo de estar “cerca” del cliente, y no estamos hablando solo de una cercanía física de la persona (agente vs. consumidor), sino de la cercanía al “producto” que se vende. Cuando pensamos en “el seguro”, vemos que de inicio es un bien intangible, es un servicio intangible, que, a la hora de ser contratado no puede ser mostrado físicamente, y la labor de asesoramiento que el mediador realiza ayuda a que el cliente lo entienda de un modo más sencillo, sus complicaciones jurídicas, que implica la contratación de un seguro, etc..... Además de intangible es un producto complejo y múltiple, el intermediario se encarga de acercar al consumidor la comprensión del producto que adquiere, respecto del asegurado lleva a cabo una función de “personalización del producto”, al realizar una labor de adaptación del producto a las necesidades del cliente.

La referencia a la existencia y reconocimiento del intermediario de seguros podemos encontrarla en la regulación del contrato de seguros, Ley 50/1980 de 8 de octubre<sup>122</sup>, que en su artículo 8, entre los contenidos mínimos que debe tener la póliza del seguro, se incluye el de los datos del mediador, si hubiese intervenido en la

---

corredores de seguros, personas físicas y jurídicas, cuya supervisión se ejerce por las comunidades autónomas con competencia en la materia) sobre el grado de cumplimiento de la obligación. En la Web: [www.dgsfp.mieneco.es](http://www.dgsfp.mieneco.es).

<sup>122</sup> Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Publicado en el BOE de 17 de Octubre de 1980.

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

realización del contrato<sup>123</sup>. Esta mención hace evidente el hecho de la importancia de la figura del mediador de seguros.

La relevancia que el campo de los seguros supone ha provocado que su regulación se convirtiese en una de las más detalladas y exigentes, tanto la materia relativa al seguro en sí, su distribución, alcance, sujetos, etc... como la propia regulación de los sujetos que intermedian en su puesta en circulación en el mercado, se convierte en un elemento necesario para garantizar una alta protección de los consumidores, ya sea el ciudadano individualmente como los sujetos jurídicos, las empresas, que ponen en manos de las aseguradoras la protección de sus bienes más preciados, tanto patrimoniales como la vida misma.

Por ello, por la delicada materia que trata, encontramos, dentro de este entramado de regulación, una norma que reconoce y regula la figura de los intermediarios en seguros, la Ley 26/2006<sup>124</sup> otra cosa distinta será valorar si esta norma abarca todas las posibilidades existentes o si regula totalmente todos los ámbitos de la intermediación.

---

<sup>123</sup> Art 8.9 Ley 50/1980. *Si interviene un mediador en el contrato, el nombre y tipo de mediador*. El apartado 9 del artículo fue incluido en la Ley a través de la Disposición adicional 10ª de la Ley 26/2006 de julio de mediación de seguros y reasegurados privados.

<sup>124</sup> Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, publicada en el BOE n.º 170 de 18 de julio de 2006, que ha derogado la anterior ley de Mediación de seguros de 9/1992. Esta norma es resultado de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2002/92/CE de 9 de diciembre de 2002 y responde a la necesidad de establecer un marco legal comunitario que contribuya al correcto funcionamiento del mercado único de seguros, garantizando al mismo tiempo la protección de los consumidores en este ámbito. Además hay que tener en cuenta el Real Decreto 301/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los libros-registros y el deber de información estadístico-contable de los corredores de seguros y las sociedades de corredurías de seguros

---

### 5.1 El intermediario de seguros: su calificación legal

La figura del “mediador” de seguros, como lo denomina el legislador, apareció por primera vez en la Ley del seguro privado de 14 de mayo de 1908<sup>125</sup>. Con posterioridad a la vigencia de esta Ley y hasta el día de hoy, aparecieron un gran número de normas que reconocían y regulaban esta figura<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup>La Ley reconocía en su Art.29 la creación de un cuerpo de los mediadores de seguros en todo contrato de seguro. Pero a pesar de ello el legislador no reguló dicha actividad ni en la Ley ni en su reglamento de desarrollo, de 2 de febrero de 1912.

<sup>126</sup> La primera la Ley de 29 de diciembre de 1934, reguladora de la colegiación obligatoria de los agentes libres, que fue desarrollada por un reglamento de 25 de junio de 1935. En ella se distinguían dos figuras, los agentes libres y los agentes afectos, los primeros sin ningún vínculo con la aseguradora y los segundos que operaban para una sola aseguradora (8 existía la posibilidad de que estuviesen vinculados a más de una si estas no abarcaban los mismos ámbitos de aseguración). Pero el aspecto más relevante de esta normativa era la obligatoriedad de colegiación. Esta regulación se amplió y desarrollo con la Orden de 7 de mayo de 1947 por la que aprobó la “reglamentación de la producción de seguros”, Orden que amplió la figura de los agentes afectos, creando una serie de subespecies, podían ser representantes, no representantes e inspectores productores. Destacamos de esta norma que por primera vez se reserva con carácter exclusivo la actividad de intermediación a los agentes de seguros. La Ley de producción de seguros privados de 30 de diciembre de 1969, mantiene la línea iniciada por las anteriores regulaciones, pero introduce lo que venimos denominando el control previo, regula con detalle el acceso a la profesión. Pero la corriente liberalizadora también llegó al campo de los seguros, y con la aprobación de la Ley 33/1984 de 2 de agosto, de Ordenación de los Seguros Privados, se pretendió liberalizar la mediación en seguros facilitando la actividad mediadora de los agentes afectos eliminando su colegiación obligatoria cuando no les fuera exigido título y permitiendo la utilización de subagentes. Además otro “hito” de esta norma fue la de renombrar las figuras de agentes, apareciendo por primera vez la denominación de “corredor de seguros”, que sustituirá a la de agente libre; por último hacer mención a que se reconocía la posibilidad a personas jurídicas a actuar como agencias o corredurías. La liberalización del sector se continuó con el Texto refundido de la Ley reguladora de la Producción de Seguros Privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1347/1985, de 1 de agosto, que fue desarrollado por el Real Decreto 690/1988, de 24 de julio, en este caso el sujeto liberalizado fue el agente de seguros que podría actuar como agente afecto no representante, sin necesidad de llevar a cabo la colegiación y sin ostentar título alguno que le habilitase para tal función. Tan solo los corredores, las agencias personas jurídicas y, evidentemente las corredurías. Por otro lado y en aplicación de la Directiva de 13 de diciembre de 1976, todo ciudadano comunitario que acreditase su calidad como profesional del sector en su país podía actuar como tal en el nuestro. El mayor cambio legislativo se produjo con la aprobación de la Ley 9/1992, de 30 de abril de mediación en seguros privados, que mantuvo y mejoró la liberalización del sector pero, en este caso, no en pro de proteger los intereses de las agencias o aseguradoras, sino con la idea de proteger a los asegurados, el propio legislador se encargó de dejar claro este aspecto en el apartado 1 de la exposición de motivos. *“Estas normas del período 1969-1971 estaban en gran parte enfocadas a la defensa de los intereses profesionales de los agentes de seguros, respondían a una concepción intervencionista en el control por la Administración de la actividad aseguradora privada y, finalmente, estaban pensadas para*

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

La actividad de la intermediación de seguros se vio altamente alterada con la aprobación de la Directiva la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros, incorporada a nuestra legislación a través de la Ley 26/2006. La citada directiva supuso la regulación, por primera vez en el derecho comunitario, de la figura del intermediario de seguros, no del mediador<sup>127</sup>. Los principios que sustentan la Directiva son registro, competencia profesional, seguro de responsabilidad civil, obligaciones de información, libre prestación de servicios e incorporación a la mediación en seguros a los corredores de reaseguro

La Ley 26/2006 nos aporta una descripción y la regulación de la función de la mediación, y es a través de ella como tendremos que acabar delimitando la figura del intermediario en la materia de la aseguración.

La definición de la actividad de intermediación la encontramos en el artículo 2.1 de la Ley: *“se entenderá por mediación aquellas actividades consistentes en la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro o reasegura, o de celebración de estos contratos, así como la*

---

*un mercado de seguros muy distinto al que hoy existe y al del entorno manifiestamente más competitivo en que habrá de desenvolverse el seguro español en el futuro más inmediato por nuestra integración en la Comunidad Económica Europea. Esta legislación entorpece en definitiva la expansión de la industria aseguradora, favorece la rigidez a la baja del precio del seguro y sin embargo no conduce, como contrapartida, a un mayor grado de protección a los asegurados”*. Por ello con la aprobación de esta norma, y en los aspectos relativos a la mediación, se regularon mecanismos de control de la mediación, se delimitaron dos categorías de mediadores de seguros, los agentes y los corredores de seguros, sometiendo a estos últimos a un requisito de solvencia y profesionalidad para poder actuar.

<sup>127</sup>El legislador comunitario, en las primeras líneas del Considerando de la Directiva, ya nos habla de la figura de los intermediarios:(1) *“Los intermediarios de seguros y reaseguros desempeñan un papel fundamental en la distribución de productos de seguros y reaseguros en la Comunidad”*, y mantiene dicha denominación a lo largo de toda la normativa. Pero la función que llevan a cabo, sigue siendo la de actividad de mediación. No lleva a término el legislador el cambio total de denominación

---

*asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular, en caso de siniestro”.*

La lectura del precepto anterior nos deja entrever que estamos frente a un concepto amplio<sup>128</sup>, la participación del intermediario de seguros, no se limita a una simple función de mediación vista como “puesta en contacto” de las partes, el agente o corredor además debe llevar a cabo la búsqueda de la mejor opción para que el cliente lleve a cabo la contratación, (asesorar), y seleccionar, de entre las opciones que ofrece la aseguradora, aquel entramado de soluciones, (labores de gestión) que mejor se adapte a las expectativas del cliente-consumidor, futuro asegurado.

Los mediadores de seguros son profesionales, reconocidos legalmente, que colaboran con las entidades de seguros en la distribución de sus productos. Tal y como hemos comentado el mediador no solo acerca el producto al futuro asegurado, sino que además ofrece un servicio de asesoramiento, la búsqueda de la póliza y gestiona el contenido de la misma, frente a la compañía de seguros para poder efectuar su contratación. Pero su labor no finaliza con la contratación, sino que además gestiona toda posible variación que afecte a la póliza respecto al cliente, a lo largo de la vida de la misma y lleva a cabo su renovación y modificación, si fuese necesario.

A lo largo de los últimos años se han ido produciendo una serie de cambios en el sector asegurador que han supuesto una enorme diversificación de la oferta de los seguros y una apertura de los canales de distribución tradicionales. Las aseguradoras han adoptado como política comercial para la captación de demanda la distribución basada en la venta directa de sus productos o llevar a cabo la distribución mediante la venta de

---

<sup>128</sup> HILL PRADOS, M.C. *La mediación de seguros tras la Ley 26/2006: esa gran desconocida*. Revista jurídica de Catalunya, Núm. 1-2010, Págs. 63-94



## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

diferentes paquetes de seguros a través de agentes mediadores independientes, los Corredores de Seguros o a través de la Banca-seguro<sup>129</sup>). A todo esto debemos añadir que en la actualidad la contratación de seguros, ya tanto la directa como la que llevan a cabo agentes o corredores de seguros, está encontrando su expansión a través de otros canales como Internet.

En el caso de la mediación de seguros el empresario precisa de la ayuda o colaboración de los intermediarios para poder promover la contratación de sus “productos”. De la lectura actual de nuestro ordenamiento jurídico, en materia de seguros, observamos que hasta la aprobación de la Ley 26/2006 se podían distinguir dos tipos de intermediarios, los que mantenían una relación de vinculación con la compañía aseguradora (los antiguos agentes afectos) y los que podríamos considerar verdaderos intermediarios, tal y como los venimos describiendo en este estudio, los corredores (antiguamente identificados como agentes afectos). Tras la aprobación de la Ley el número de sujetos que intermedian, entre las empresas aseguradoras y los consumidores, se amplía, apareciendo los auxiliares externos (art.8), los operadores de Banca-seguros (art. 25) y los corredores de reaseguro (art 34). Por otro lado los dentro de los agentes se reconocen y regulan los agentes exclusivos y los vinculados. Será el estudio de estos sujetos el que nos llevará a comprender aspectos de la figura jurídica de la intermediación.

---

<sup>129</sup>mediante la asunción o distribución por parte de los Bancos y Cajas de paquetes de seguros vinculados a entidades aseguradoras pertenecientes a su mismo grupo financiero, convirtiéndose estos en intermediarios pero, y dado su enorme potencial económico, un intermediario de primer nivel con acceso a una amplia cartera de clientes

---

Cabe destacar la puntualización que le legislador hace en el art. 7 respecto a la incompatibilidad del ejercicio como más de una de las figuras descritas<sup>130</sup>. Nos parece relevante destacar que esta incompatibilidad de funciones choca con la idea que el legislador catalán plasma en la regulación del intermediario inmobiliario en la Ley 18/2007, al reconocer la posibilidad de que un administrador de fincas pueda actuar como agente inmobiliario<sup>131</sup>.

## **5.2 El reconocimiento del intermediario: Concepto, clases y tipo de vinculación con la aseguradora**

La actual regulación de la mediación de seguros ha tenido que adaptarse tanto a la evolución del mercado de la mediación de seguros como a la Directiva 2002/92/CE<sup>132</sup>, que además de pretender mejorar la defensa de los consumidores en esta materia, persigue, tal y como describe en su exposición de motivos, “*la necesidad de establecer un marco legal comunitario que permita a los mediadores de seguros ejercer libremente en toda la Unión, con la finalidad de contribuir al correcto funcionamiento del mercado único de seguros*”.

La actual regulación de la mediación de seguros, (tal y como la denomina el legislador), reconoce en el artículo 7 de la Ley 26/2006 dos figuras contrapuestas de

---

<sup>130</sup> Artículo 7. 1... /... *La condición de agente de seguros exclusivo, de agente de seguros vinculado y de corredor de seguros son incompatibles entre sí en cuanto a su ejercicio al mismo tiempo por las mismas personas físicas o jurídicas. Cualquier mediador de seguros podrá cambiar su inscripción en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, de corredores de reaseguros y de sus altos cargos para ejercer otra clase de mediación de seguros si acredita previamente el cumplimiento de los requisitos que sean exigidos para ella*

<sup>131</sup> Art. 54.3. L.18/2007.

<sup>132</sup> Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

intermediarios de seguros, los agentes y los corredores<sup>133</sup>. Cualquiera de las dos figuras podrá ser ejercida tanto por una persona física como por una persona jurídica, teniendo que cumplirse en ese caso el régimen de profesionalidad e incompatibilidades regulado expresamente para ello.

No podemos decir que estemos ante una definición de la figura del mediador de seguros, sino que lo que hace es una remisión directa a la actividad descrita en el art. 2 de la misma Ley, limitándose así a describir tan solo la tipología de mediadores. Lo que encontramos, además, en el desarrollo del artículo es la introducción de la figura de operador de banca-seguros, con ello se pretende hacer referencia a la actividad que las entidades de crédito realizaban en el campo de la mediación de seguros y dándoles por fin acogida dentro de la regulación de la mediación de seguros, quedando claro que son una modalidad de agentes, ya que así lo cita expresamente el legislador<sup>134</sup>.

Cabe destacar dos aspectos relevantes de la nueva normativa, en primer lugar el pleno reconocimiento y la inclusión del agente vinculado en la Ley<sup>135</sup>, directamente en la clasificación de los mediadores; y en segundo lugar, la aparición de los corredores de reasegurados, que si bien no los incluye dentro de la clasificación del art. 7, sí que los incluye en un capítulo propio y los reconoce como mediadores<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup>La figura de los mediadores de seguros apareció como tal en 1934 con la Ley de Agentes Libres de Seguros e irá evolucionando con el tiempo aceptando la dualidad agente-corredor, aunque con otras denominaciones, que ha persistido hasta nuestros días.

<sup>134</sup> Art 7.2 L.26/2006 “*Las entidades de crédito y, en su caso, las sociedades mercantiles controladas o participadas por éstas, cuando ejerzan la actividad de agente de seguros...*”

<sup>135</sup>En la anterior legislación de la mediación de seguros, la Ley 9/1992 de mediación de seguros privados, la figura del agente vinculado no estaba prohibida pero tampoco reconocida de un modo directo, reconocía solo dos clases de mediadores y limitaba a los agentes (regulados del art. 4 al 13) a actuar con una sola aseguradora, dejando en manos de esta que pudieran autorizarlos, de manera expresa, a que sí lo estuviesen (art. 8).

<sup>136</sup>Art.34 y siguientes de la Ley 26/2006.

---

La contraposición, agente-corredor, se ve identificada porque la regulación de la mediación de seguros no permite el ejercicio simultáneo de ninguna de las clases reconocidas de intermediarios de seguros. Así el Agente solo podrá ser agente, o exclusivo o vinculado, y el corredor solo podrá ser corredor<sup>137</sup>, y evidentemente, si ejercen como intermediarios en alguna de sus figuras, no podrán actuar como auxiliares externos de otro intermediario de seguros. La única excepción, legalmente reconocida, es la que se prevé en el Cap. II del Título II, en la que se describe la función de los corredores de reasegurados, dada la específica tipología de esta figura jurídica quien actúe como tal podrá también actuar, si así se Registra, como mediador de seguros. Pero este régimen de incompatibilidades no ha estado exento de discusión.

Lo que sí es posible llevar a cabo es un cambio de especialidad, corredor-agente, en cualquier momento, siempre que se cumplan los requisitos concretos de la modalidad a la que se pretende acceder, y sí se modifica la inscripción en el Registro. Cosa distinta será, en qué modo afectará tal modificación en su vinculación con la aseguradora y la cartera de clientes, así como en el cobro de comisiones generado por esta, sobre todo cuando pasa de corredor a agente exclusivo<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup>Art 7.1 ley 26/2006. párrafo 2º. “La condición de agente de seguros exclusivo, de agente de seguros vinculado y de corredor de seguros son incompatibles entre sí en cuanto a su ejercicio al mismo tiempo por las mismas personas físicas o jurídicas.”. De un modo más específico en la regulación concreta de cada figura se especifica el régimen de incompatibilidades, como ejemplo ver el art. 19.1, para los agentes y el art. 31 para los corredores. Por último la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible contiene en su regulación, entre otros aspectos, las incompatibilidades de agentes exclusivos y vinculados cuando no son personas físicas.

<sup>138</sup>Ejemplo de esta problemática es la respuesta que desde la DGSFP se dio a determinadas consultas ante situaciones de cambio de posición, entre ellas la N°.4570/2009 relativa a una consulta sobre *Cambio de figura, de corredor de seguros a agente exclusivo, y criterios de derechos económicos frente a las aseguradoras*. Que fue contestada el 7 enero 2010.

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

Este límite al ejercicio simultáneo está plenamente vinculado al requisito de transparencia perseguido por el legislador, y se extiende a todos los ámbitos<sup>139</sup>, incluida la publicidad que realicen los intermediarios, quienes deben identificar de un modo claro la modalidad de intermediario ante la que se encuentra el consumidor, ya que su deber de información varía sustancialmente si estamos ante un agente, que deberá especificar si actúa exclusivamente para una agencia o si es agente vinculado, y en este caso incluyendo los nombres de todas las aseguradoras con las que puede contratar, y si es corredor porque su análisis de la situación concreta de un cliente potencial, será siempre de carácter objetivo<sup>140</sup>.

La información alcanza también a la publicidad, en el caso concreto de la información que se transmite en la publicidad, el control de esta, no solo va en una sola dirección, la positiva, de modo que quienes actúan legalmente como Intermediarios deben indicar claramente en su publicidad si lo hacen como agente, como corredor o como “operador de banca-seguros” (OBS)<sup>141</sup>, sino que también va en una dirección negativa, es decir que se protege también el uso fraudulento de las denominaciones prohibiéndolo, de manera que solo están autorizados a utilizar las denominaciones,

---

<sup>139</sup> Relevante es la Resolución de 25 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles de Toledo, por la que se suspende la inscripción de una escritura de constitución de sociedad limitada: pues su escritura de constitución de sociedad cuyo objeto se expresa en los siguientes términos: “Intermediación en la venta de todo tipo de seguros, con sometimiento a la legislación específica de mediación en seguros privados”. La registradora califica negativamente pues “se tiene que aclarar a cuál de las dos actividades de mediación de seguros –agencia o correduría–, se va a dedicar la sociedad, porque ambas son incompatibles entre sí (art. 7 Ley 26/2006).

<sup>140</sup> Art. 42 L. 26/2006.

<sup>141</sup> Art 7.2 L. 26/2006, párrafo 2º. *Las entidades de crédito y, en su caso, las sociedades mercantiles controladas o participadas por éstas cuando ejerzan la actividad de agente de seguros adoptarán la denominación de “operador de banca-seguros exclusivo” o, en su caso, la de “operador de banca-seguros vinculado”, que quedará reservada a ellas.*

---

contenidas en la norma, aquellos sujetos que queden sometidos a la aplicación de la Ley<sup>142</sup>

### 5.2.1 *El agente de seguros*

Tal y como hemos comentado, la actual normativa de mediación de seguros, reconoce y regula varias tipologías de agentes de seguros; por un lado encontramos los clásicos agentes de seguros, pudiéndose dividir estos a su vez en exclusivos o vinculados (desarrollando para cada uno de ellos un entramado de requisitos de obligado cumplimiento, relativos a su formación, registro, etc....) y por otro lado los operadores de banca seguros (OBS), que, como hemos indicado, considera el propio legislador agentes, pudiéndose también dividir estos a su vez, en exclusivos y vinculados.

Los agentes y los OBS exclusivos<sup>143</sup> llevan a cabo la mediación para una sola compañía de seguros, mientras que los agentes de seguros y los OBS vinculados lo hacen para dos o más compañías aseguradoras (Los OBS operan en un régimen jurídico paralelo al de los agentes de seguros). Pero esta aparente y clara diferenciación entre unos sujetos y otros, ha dado lugar a una discusión sobre si los consumidores son capaces de distinguir con claridad cuando están ante una figura u otra, y que diferencia existe entre ellas<sup>144</sup>. Sin olvidar tampoco las situaciones que se dan dentro de las personas jurídicas que ejercen como agentes o corredores y que dan lugar a actos que

---

<sup>142</sup> Art.7.2 L. 2672006

<sup>143</sup>Se ha mantenido, tal y como se indica en la Exposición de motivos, el régimen existente en la Ley 9/1992 relativa a los *agentes* (Arts. 4 a 13)

<sup>144</sup>BATALLER GRAU, J. “La incesante reforma del derecho de seguros. ¿último acto?” en CUÑAT EDO, V., BATALLER GRAU, J. (Dir.) *Comentarios a la ley de mediación de seguros y reasegurados privados*. Ed. Civitas, Madrid. 2007. Pág. 80.

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

podrían ser considerados ilegales o contrarios a una actuación diligente o profesional<sup>145</sup>.

Pero el legislador del 2006, siguiendo la línea de la anterior regulación, mantiene la posibilidad de que el agente exclusivo pueda contratar con más de una aseguradora, siempre autorizado debidamente por aquella aseguradora con la que está vinculado inicialmente. Evidentemente esta posibilidad tiene una motivación clara, y es el hecho que en muchas ocasiones una compañía aseguradora no abarca todos los tipos de seguros existentes en el mercado, y el agente puede verse en la tesitura de que un cliente precise contratar un tipo específico de cobertura, que no abarca dicha aseguradora, y por ello tenga que acceder a otra compañía para facilitárselo. La redacción de la Ley, al usar el término “únicamente”, limita que tan solo se podrá contratar con una aseguradora<sup>146</sup>. En este caso, y a pesar de que continuamos ante la figura descrita en los Arts. 9 y siguientes de la Ley 26/2006, podríamos hablar de un sub-tipo dentro de los agentes de seguros exclusivos.

Es evidente que la línea liberalizadora de la mediación de seguros iniciada por el legislador, encuentra su respuesta en la regulación del agente vinculado, quien, a pesar de estar ligado a la empresa aseguradora del mismo modo que el agente exclusivo, tiene

---

<sup>145</sup>Prueba de ello es la Respuesta de la DGSFP a la consulta presentada el 14 de junio de 2010, N° 3546/2010, sobre si un socio de una agencia de seguros exclusivos puede tener contrato con otra aseguradora. En este caso era compatible porque el socio no ejercía simultáneamente labores de dirección y de administración. Pero en la misma respuesta aprovecha la DGSFP para recordar que la incompatibilidad existiría “si se utiliza el contrato de dicha persona para eludir las restricciones de los arts. 13 y 14 y se media con más de una aseguradora cuando se está en un régimen de exclusividad.

<sup>146</sup>Art. 14. L. 26/2006. Cabe resaltar que en la anterior regulación se admitía la posibilidad de contratar con más de una aseguradora (la redacción del art. 8.1 de la Ley 9/1992 permitía interpretarlo en este sentido: “Ningún agente podrá estar simultáneamente vinculado por contrato de agencia de seguros con más de una entidad aseguradora, a menos que sea autorizado por la misma para operar con otra entidad aseguradora en determinados ramos, modalidades o contratos de seguros que no practique la entidad autorizante”.) así que podemos decir que el límite actual impuesto de una sola entidad con la que contratar, se debe al hecho de que se ha reconocido y regulado la figura del agente vinculado que, este sí, puede contratar con más aseguradoras.

---

unos deberes de actuación y de responsabilidad que se aproximan a los del corredor de seguros y que nos permite hablar de él, con más rotundidad, de que se aproxima a la figura clásica de la mediación. La más clara diferenciación con respecto al corredor, siempre respecto a su actuación, la encontramos en el hecho que el agente vinculado no tiene que asesorar al cliente en base a un análisis objetivo<sup>147</sup>.

Parece entonces necesario entender qué tipo de vinculación existe entre las clases agentes con la aseguradora para poder entender ante quien estamos en una relación de intermediación de seguros. Todas las tipologías de agente de seguros están vinculadas con la compañía de seguros a través de un contrato de naturaleza mercantil, el contrato de agencia<sup>148</sup>. A través de este contrato se delimitarán específicamente sus funciones de intermediación, aspectos como la retribución y que sucede con la cartera en caso de cambio de situación jurídica (agente por corredor, etc...) o cese de la actividad. El estudio de este vínculo lo llevaremos a cabo en el siguiente capítulo de nuestro estudio.

Por último cabe hablar de la figura de los Operadores de banca seguros (OBS), que el legislador ha incluido en la Sección II de la Ley, “de los agentes de seguros”, equiparándolos de un modo directo con la figura del agente. La inclusión de dicha figura en la Ley se produce, tal y como expresa la Exposición de motivos porque se “*pretende contemplar una realidad consolidada en el mercado español y dotar a esta forma de distribución de mayor transparencia*”, dado el aumento considerable de aseguradoras que contratan la distribución y contratación de sus servicios a través de las

---

<sup>147</sup>El corredor debe prestar un asesoramiento independiente (art. 26.1 Ley 2672007) “*se entenderá por asesoramiento independiente, profesional e imparcial el realizado conforme a la obligación de llevar a cabo un análisis objetivo...*” mientras que el agente vinculado no tiene dicha obligación.

<sup>148</sup> Art. 10.1 L 26/2006: “*En virtud del contrato de agencia, se adquiere la condición de agente de seguros de la entidad aseguradora con la que se celebre*”.

---



## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

redes de distribución de las entidades financieras.

El art. 25 de la Ley 26/2006 regula los OBS, en dicho artículo se especifican los requisitos específicos requeridos para poder actuar como tales. Cabe recordar que, al igual que para los agentes, existe la posibilidad de que el OBS actúe como vinculado o exclusivo de una sola aseguradora<sup>149</sup>. Una de las dudas que surgieron inicialmente, y a la que dio respuesta la DGSFP fue la de que podía o no ser considerado una red de distribución, la respuesta fue que no todos los operadores del mercado podrían ser considerados una red de distribución, y siendo la banca telefónica y la banca de Internet simples medios de distribución<sup>150</sup>, con la reciente aprobación de la Ley 2/2011<sup>151</sup> se acabó de aclarar del todo el concepto y provocó la modificación del art. 25.1 de la Ley de Mediación de seguros<sup>152</sup>. El régimen de incompatibilidades de los OBS destaca por la prohibición expresa de que las redes de distribución puedan actuar como auxiliares de

---

<sup>149</sup> En la contestación a una consulta presentada ante la DGSFP, relativa a un contrato de agencia con una aseguradora para distribuir seguros de vida, en documento Ref. AG-104/2007 de 1 de febrero de 2007, la subdirectora general contestó que al estar ante un producto complejo cabía la posibilidad de contratar con más de una aseguradora para su distribución, siempre con consentimiento de la primera aseguradora vinculada con el OBS pero pasando a ser desde ese momento un agente vinculado al tratarse de una misma clase de producto.

<sup>150</sup> Criterio verbal de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones respecto a las diversas cuestiones formuladas por parte de las Entidades aseguradoras, en la jornada de mediación celebrada el 24 de julio de 2006, tras la aprobación de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados “*Dentro del concepto de red entran las oficinas y los agentes financieros. La banca telefónica e Internet son solo medios de distribución. Las entidades participadas por la entidad financiera no constituyen red de distribución de la misma. La forma de incorporarlas a la cadena de distribución es constituir un operador de banca-seguros a nivel de grupo*”. En <http://www.dgsfp.mineco.es/>.

<sup>151</sup> Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible.

<sup>152</sup> Ley 26/2006. Artículo 25. Ejercicio de la actividad de agente de seguros como operador de banca-seguros. 1. *Tendrán la consideración de operadores de banca-seguros las entidades de crédito y las sociedades mercantiles controladas o participadas por éstas conforme a lo indicado en el artículo 28 de esta Ley que, mediante la celebración de un contrato de agencia de seguros con una o varias entidades aseguradoras y la inscripción en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos, realicen la actividad de mediación de seguros como agente de seguros utilizando las redes de distribución de las entidades de crédito. La entidad de crédito sólo podrá poner su red de distribución a disposición de un único operador de banca-seguros.*

otros mediadores (art. 25.4).

### 5.2.2 *El corredor de seguros.*

Su definición la encontramos en el artículo 26, en la sección tercera del Título II de la Ley 26/2006 de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados. Hemos de decir que el corredor de seguros no está vinculado con la empresa aseguradora a través de ningún contrato, como si sucede con el agente, de manera que no se *crean vínculos de afección* entre el corredor y la aseguradora. No podemos afirmar que la Ley prohíba que pueda existir una relación contractual, sino que lo que si prevé el legislador es que “*si este vínculo contractual existiese*”, este no deberá implicar la pérdida ni limitación de la independencia e imparcialidad que se espera de un corredor respecto al cliente<sup>153</sup>.

Que el corredor de seguros es una figura que actúa de manera independiente tiene su reflejo más evidente en el acto mismo del cobro de los recibos, respecto a la aseguradora, los pagos que lleva a cabo el tomador del seguro al corredor no se consideran realizados a la aseguradora<sup>154</sup>, tan solo se verá liberado el tomador cuando reciba del corredor el recibo de la aseguradora<sup>155</sup>. Pero la verdadera independencia la debe demostrar en la labor de asesoramiento, labor esta que a lo largo de este estudio venimos vinculado de un modo directo con la función de intermediación, como una característica más. El corredor está legalmente obligado a presentar al consumidor,

---

<sup>153</sup> La redacción exacta del artículo 26 Ley 26/2006 habla de “*sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades aseguradoras,*” de este modo se asegurará que “*ofrece asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden la cobertura de riesgos...*”

<sup>154</sup> Inicialmente la relación con la empresa aseguradora no le otorga ese poder de representación, aunque se deberá estar a lo previsto en la carta de condiciones que les une.

<sup>155</sup> Art. 26.4 L. 26/2006

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

futuro tomador del seguro, un número suficiente de ofertas vinculantes que se ajusten debidamente a sus necesidades, para que entre ellas pueda escoger aquella para el tipo de cuya cobertura ha solicitado<sup>156</sup>.

Es evidente que la principal finalidad de la regulación actual sobre el corredor de seguros persigue profesionalizarlo pero sin que este pierda el carácter independiente respecto al cliente carácter que le permite prestar un asesoramiento imparcial respecto al seguro que pretende contratar, pero pudiendo ofrecer al cliente consumidor una máxima garantía y transparencia sobre la persona con la que va a contratar, aspectos tan delicados como el producto que “vende” el seguro sobre vida, la de su familia o la de sus bienes.

También respecto a los corredores se hace necesario entender, cuál es el nexo de unión con las partes contractuales, pero en este caso tanto el vínculo con la aseguradora como con los futuros asegurados o tomadores del seguro. Como hemos comentado el corredor de seguros no necesita de la existencia de un contrato de agencia para actuar, puede hacerlo sin existir relación contractual alguna, sin embargo la posibilidad de que se cree el contrato existe, y su naturaleza jurídica es algo que no está se ha previsto en la actualidad<sup>157</sup>, por eso podríamos decir que nos encontramos ante un contrato atípico, pero, según GARRIGUES, con rasgos que lo acerca directamente al contrato de agencia más que al contrato de corretaje o al contrato de comisión<sup>158</sup>. Pero lo cierto es que dada

---

<sup>156</sup> El art. 42.4 fija su número en tres, pero no tiene en cuenta excepciones relativas a la posibilidad de que determinados riesgos solo puedan ser cubiertos o solo sean cubiertos por determinado número de aseguradoras, de modo que no esté al alcance del corredor el conseguir dicho número de ofertas.

<sup>157</sup> La Ley 9/1992 sí que hacía una previsión de aplicación supletoria de las normas del Código de Comercio en la Disposición Adicional Cuarta.

<sup>158</sup> PEREZ GARRIGUES, M. “El corredor de seguros”. En CUÑAT EDO, V. BATALLER GRAU, J. (Directores) *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*. Ed. Thomson-Civitas. 2007, Pág. 211.

---

la falta de norma que lo regule este contrato se regirá por la voluntad de las partes con la única limitación de que su clausulado no cree un “*vinculo de afección*” con la empresa, por lo que estaríamos ante una aplicación abierta de relación contractual, teniendo cabida en ella cualquier figura jurídica que permita la relación intermediario-aseguradora, ya que para dicha relación existe una previsión legal directa ni supletoria de su calificación: pero respecto a la relación prevista entre el mediador y el tomador del seguro sí, de carácter supletorio. En un principio las relaciones de mediación de seguros entre los corredores de seguros y su clientela se regirán por los pactos que las partes acuerden libremente y supletoriamente, por los preceptos que el Código de Comercio dedica a la comisión mercantil<sup>159</sup>.

### **5.2.3 *El corredor de reasegurados***

Figura introducida en la Ley como una tipología más de mediador, pero no incluida en la descripción del artículo 7, a pesar de que reúne rasgos que le asimilan a la figura del corredor. Quizás dicha distinción tiene que ver con los sujetos que participan de dicho contrato, ya que ambas partes contractuales son aseguradoras. Pero a pesar de ello el legislador permite que un corredor de seguros pueda actuar como corredor de reasegurados (tras su inscripción en el Registro correspondiente)<sup>160</sup> y aunque los regula separadamente, hace una remisión expresa a los requisitos exigidos para los corredores de seguros, como requisitos propios de los corredores de reasegurados<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> Art. 29.2 L. 26/2006.

<sup>160</sup> Art. 35.3 L. 26/2006.

<sup>161</sup> Art. 35.1 L.26/2006.

#### **5.2.4 Los colaboradores de los intermediarios.**

Tanto los agentes como los corredores regulados en la Ley pueden tener bien auxiliares externos como otra tipología de personal, que puede actuar en las tareas de mediación, bien en las funciones de gestión administrativa, en la de soporte, en la de distribución de los productos de seguros.

De este modo los agentes de seguros pueden verse asistidos tanto por Los auxiliares<sup>162</sup>, como por una serie de administrativos o empleados<sup>163</sup>, a los que se les exigen unos mínimos conocimientos e incompatibilidades en su actuación.

Respecto a la figura de los auxiliares, y a pesar de que no estaba contemplada en la Directiva, el legislador español la introdujo en la Ley de mediación de seguros para aclarar aspectos controvertidos relativos a la actuación, que hasta el momento, estaban realizando determinados colaboradores de los mediadores<sup>164</sup>. Pero con el paso del

---

<sup>162</sup> Regulados en el art. 8 de la Ley 26/2006, que se vio modificado por la Ley 2/2011 de 4 de marzo.

<sup>163</sup> A lo largo de la redacción de la Ley y dentro de cada una de las figuras concretas de intermediarios, encontramos que se contempla y menciona al personal vinculado a estos, tanto al órgano de dirección, en caso de estar ante una persona jurídica, como de los empleados. La importancia y complejidad de los productos que se ofertan, los seguros, implica una necesaria formación de la mayoría de los sujetos que actúan junto con los intermediarios de seguros. Encontramos la obligación de formarse adecuadamente, dada la intervención con el Tomador, ya sea en la tramitación inicial del contrato de seguro, como en la tramitación de los cobros de las primas o la intervención ante un siniestro. Arts. 8.1; 13.4, 21.3.b; 25.2.b; 27.1.b; 35.1 (con remisión al 27). En el caso de los órganos de dirección, queremos recordar aspectos controvertidos como el de la compatibilidad o no de formar parte de un órgano directivo de una persona jurídica titular de una agencia concreta y la posibilidad de contratar con otra aseguradora distinta o actuar el mismo como agente o corredor pero no de esta agencia concreta. Recordar que la DGSFP (Respuesta de la DGSFP a la consulta presentada el 14 de junio de 2010, *ob cit* p.p nº 163) es contraria a dicha actuación porque supondría una falta grave al aprovechar

<sup>164</sup> En la Exposición de motivos se nos relaciona el porqué de esta regulación novedosa: Apartado VI b) *La regulación de una figura única, los auxiliares externos de los mediadores de seguros, que por no tener la condición de mediadores de seguros tienen limitadas sus funciones a la mera captación de clientela y que actúan bajo la responsabilidad del mediador de seguros por cuenta del que trabajan. Esta regulación obedece a un intento de aclarar la confusión generada en el mercado en los últimos*

tiempo se ha hecho necesario llevar a cabo una reforma de esta figura, el auxiliar externo tenía otorgada la función de distribución de los productos de seguros ofertados por el intermediario, pero un producto tan complejo debe llevar incorporada la posibilidad de asesorar sobre el mismo, aspecto este que le estaba limitado, por no decir prohibido<sup>165</sup>.

Para poder evitar dudas sobre actividad que realizan o sobre su calificación, el legislador aclara que no son ni pueden ser calificados como mediadores<sup>166</sup>, por lo que su actuación será guiada por los intermediarios, y serán estos los que responderán por ella<sup>167</sup>.

Dejando al margen la intromisión comunitaria que permitiría actuar dentro del territorio nacional a agentes mediadores de seguros de otros Estados, y centrándonos en los requisitos necesarios para actuar como tales, de la lectura de la Ley podemos extraer estos requisitos que permiten o, digamos mejor, habilitan para la práctica de la mediación de seguros, como son su carácter profesional y su inclusión en un Registro.

---

*años por la actuación desarrollada por los denominados subagentes y colaboradores previstos en la legislación que se deroga.*

<sup>165</sup> Con la aprobación de la Ley 2/2011, se han introducido cambios en la Ley 26/2006 que permiten diferenciar dos modalidades de asesores externos, el sencillamente denominado auxiliar-externo (párrafo primero del Art 8.1) y el auxiliar-asesor (párrafo segundo). A estos últimos se les exige la acreditación de determinados conocimientos y no incurrir en incompatibilidades. El auxiliar-asesor podrá prestar, por cuenta del intermediario, tanto asistencia en la gestión, ejecución y formalización de los contratos de seguros, como intervención en la gestión, en caso de siniestro. Ambas tipologías de auxiliares están vinculadas con los intermediarios a través de un contrato, y serán los propios intermediarios los que tendrán que comprobar que cumplen todos los requisitos. Incluirlos en un Libro Registro propio y trasladar sus datos a la DGSFP (Dirección general de seguros y fondos de pensiones).

<sup>166</sup> La norma declara de un modo específico que “no tendrán la condición de mediadores de seguros ni podrán asumir funciones reservadas por esta Ley a los referidos mediadores”. Art 8.2 Ley 26/2006.

<sup>167</sup> Por ello no podrá colaborar con otros intermediarios de clase distinta a la de aquél que le contrató en primer lugar y, además, si es auxiliar-asesor de un agente exclusivo, sólo podrá colaborar con otros agentes exclusivos de la misma aseguradora.

---

### **5.3 Control y autocontrol de la actividad de intermediación de seguros: el registro**

Tal y como hemos ido observando a lo largo de este capítulo, se ha reconocido la necesidad de realizar un control sobre determinadas profesiones que ejercen su actividad de cara a los consumidores, estos, dada su clara condición de sujeto débil, precisan de una máxima protección, sobre todo en las situaciones contractuales descritas hasta el momento. En el ámbito de la regulación del intermediario de seguros, el legislador ha previsto una serie de requisitos obligatorios y necesarios para poder ejercer la profesión, requisitos estos que nos permiten afirmar la existencia de este sistema de control que estamos mencionando.

El primero y principal de los requisitos es la inscripción en el Registro; podríamos considerarlo en sí mismo un sistema de control previo dado que no puede iniciar el intermediario su actividad sin estar previamente inscrito, pero además para poder acceder a él es necesario cumplir con las condiciones establecidas para cada uno de los modelos de intermediación, condiciones estas que son cada una de ellas en sí mismas un requisito concreto que permite ejercer parte del control previo.

Una vez inscrito en el Registro se inicia el denominado control continuado. Control que podríamos considerar “autocontrol” dado que implica la necesidad por parte del intermediario de mantener efectivos y actualizados los requisitos previos, mantenerlos durante todo el tiempo en el que se ejerza la profesión. Lo consideramos autocontrol, porque todo y que en un momento final será la administración quien deba verificar el cumplimiento de la norma, será el propio intermediario quien deberá poner la suficiente diligencia para que estos se cumplan durante todo el periodo de vigencia de su actividad comercial.

---

Para todos las modalidades (agente de seguros vinculado o exclusivo y corredor de seguros o reaseguros), es necesaria la inscripción previa, al inicio de la actividad, en el Registro Administrativo, cuyo control se lleva en la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, regulado tal y como está previsto en el art. 52 de la Ley.

La obligatoriedad de constar en el Registro, es requisito previo a la actuación como mediador<sup>168</sup>, y con él el legislador otorga a todos los intermediarios, sean de la clase que sea, una de las características que iguala todas las tipologías de intermediarios, junto con el de la profesionalidad, de manera que no será esto lo que los diferencie en el mercado. De algún modo con esta actuación legislativa se está dando una evidente transparencia a la figura del intermediario de seguros respecto a los consumidores, que adquieren un plus de seguridad.

Cabe recordar que a pesar de que la Constitución otorga al Estado el control de ámbitos como el del seguro<sup>169</sup>, sí que prevé una competencia compartida en la casi todas las CCAA han desarrollado la potestad que tienen otorgada, para crear un Registro administrativo propio<sup>170</sup>, para que en él se inscriban, aquellos intermediarios de seguros

---

<sup>168</sup> Artículo 6.4. Obligaciones generales. 4. Los mediadores de seguros, antes de iniciar su actividad, deberán figurar inscritos en el Registro especial administrativo de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos, a que se refiere el artículo 52.

<sup>169</sup> El artículo 149.1.11 de la Constitución Española otorga al Estado la competencia exclusiva sobre el sistema monetario, que comprende las bases de ordenación del crédito, banca y seguros; sin embargo, las Competencias administrativas sobre el control de la actividad de mediación de seguros privados, corresponden tanto a la Administración General de Estado, a través de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, como a las Comunidades Autónomas que así lo asuman a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

<sup>170</sup> Por poner algunos ejemplos más actuales de regulación: el de la Comunidad Autónoma de Andalucía lo ha creado a través del Decreto 322/2011, de 18 de octubre, *por el que se crea y regula el Registro Administrativo Especial de Mediadores de Seguros, Corredores de Reaseguros y de sus altos cargos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como las obligaciones contables y el deber de información de las personas y entidades mediadoras de seguros y corredoras de reaseguros inscritas*. (BOJA de 2 de

---



## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

que operen solamente dentro del territorio de dicha Comunidad. Cabe recordar que dicha inscripción no limita su campo geográfico, sino la declaración propia que, sobre su ámbito de actuación hace la aseguradora. Digamos que estamos ante un modo más efectivo y cercano de ejercer el control de los sujetos que intervienen en el mercado. Esta libertad de actuación queda en parte garantizada porque la DGSFP dispone de un punto único de información, donde todo usuario puede comprobar de la veracidad de los datos facilitados por el agente o el corredor.

La diferencia más evidente, que afecta a los agentes y corredores, no es la relativa a si se inscriben en el Registro central o autonómico, ambos pertenecientes a la Administración, sino que la diferencia la encontramos en si se registran directamente en él o en el que, por Ley, deben tener las Aseguradoras:

- Los agentes de seguros deben registrarse en el Registro propio de la entidad aseguradora, quien actualizará puntualmente sus datos, posteriormente a su Registro, la aseguradora transmitirá los datos a la DGSFP quien procederá a su inscripción, ahora sí, en el Registro administrativo previsto en el art. 52, siendo este el momento en que el agente de seguros podrá iniciar su actividad<sup>171</sup>.

- Los agentes de seguros vinculados, al tener una relación contractual con más de una aseguradora, deberán estar inscritos en el Registro de la Administración, para garantizar así una mayor transparencia y, de algún modo, facilitar los trámites. Debemos tener en cuenta que puede darse el caso de que un agente de seguros vinculado se cree a través de uno exclusivo, en cuyo caso precisará de la autorización de la primera para

---

noviembre de 2011) o el de Cataluña: Decreto 127/2008, de 1 de julio, de regulación de las competencias de la Generalitat en materia de mediación en seguros y reaseguros privados (Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña N°. 5165-03.07.2008).

<sup>171</sup>Arts. 13.1 y 15 de la Ley 26/2006

---

que pueda vincularse con otras aseguradoras, ello provocaría una modificación en su inscripción inicial, dado que ya estaría inscrito como agente en el Registro. Para ser inscrito como tal deberá cumplir todos los requisitos legalmente establecidos en el apartado 3 del art.21 de la Ley<sup>172</sup>, entre ellos el garantizar que todas y cada una de las entidades aseguradoras, con las que está vinculado, asumen la responsabilidad civil profesional derivada de su actuación, requisito este que de algún modo garantiza doblemente el control de una correcta actuación del intermediario, ya que controla la administración su capacidad, pero también la controla la aseguradora que se compromete a responder directamente por ella.

Sin la contestación afirmativa expresa de la Administración, no podrá iniciar su actividad.

Antes de pasar a la siguiente figura, y siguiendo el propio orden que el legislador ha mantenido en la Ley, debemos mencionar el caso concreto de los operadores de banca-seguros, para ellos existe también la obligación de estar inscritos, directamente en el Registro de la Administración<sup>173</sup>, cumpliendo una serie de requisitos concretos vinculados exclusivamente con su calidad de ente crediticio<sup>174</sup>. La obligatoriedad de inscripción se duplica al obligárseles, así mismo, a hacer constar dicha circunstancia en su documentación y publicidad<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup>El art. 21.3 presenta un listado de requisitos necesarios para que un agente sea reconocido como vinculado, entre ellos el de la capacidad legal o jurídica, para el caso de las sociedades, la acreditación de superación de un curso de formación, tanto del agente como de sus colaboradores, requisitos de honorabilidad e incompatibilidad. Presentar documentación sobre la tipología y ámbito geográfico de actuación en la venta de los seguros y la capacidad económica.

<sup>173</sup> Mención curiosa del art. 25.1, ya que en el apartado final de este artículo somete el ejercicio de la actividad al régimen general de los agentes de seguros regulados en la Subsección 1ª y, según actúe como exclusivo o vinculado, al régimen específico de cada una de esas figuras.

<sup>174</sup> Vid. el Art. 25.2 Ley 26/2006.

<sup>175</sup> Art. 25.3. Ley 26/2006.

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

- Los corredores. Se les obliga a ejercer un doble registro, en primer lugar deben estar registrados en el Registro Mercantil y es imprescindible que como objeto social se prevea la “correduría de seguros”, este será requisito previo y continuado para poder ser inscrito en el Registro administrativo de la mediación de seguros<sup>176</sup>, es decir que no solo deberán inscribirse inicialmente en el Registro mercantil, sino que deberán mantener activa dicha inscripción a lo largo de su actividad como intermediario de seguros, la pérdida de dicha inscripción supondría la pérdida de la inscripción en el Registro de la DGSFP. Así mismo y del mismo modo que al resto de intermediarios, se le exige un listado de condicionantes para poder ser admitida su solicitud en el registro<sup>177</sup>, en este caso cabe mencionar como requisito remarcable la exigencia de contratar un seguro de responsabilidad civil profesional, como control necesario de la actuación diligente, es contrastable este requisito con el de los agentes, vinculados o exclusivos, que requieren que sea la aseguradora quien ejerza de garante de dicha responsabilidad.

Los corredores de reasegurados, deberán cumplir los mismos requisitos que los corredores. En este caso, y como veremos a la hora de describir con detalle las diferentes clases de intermediarios, es la única de las modalidades que puede estar inscrito en el Registro administrativo en dos formas, como corredor de reasegurados y como mediador de seguros<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> Art. 27.1. Ley 26/2006.

<sup>177</sup> El art. 27 de la Ley no omite ninguna de las exigencias que ha previsto para el resto de intermediarios, así tanto la acreditación de superación de cursos, del corredor y sus colaboradores, como la honorabilidad o incompatibilidad, o la presentación de un programa de actividades, donde conste su ámbito material y geográfico de actuación y de formación continuada, son requisitos exigibles, así como su capacidad financiera (deberá alcanzar esta el 4% de las primas anuales percibidas, siendo posible excepcionar este requisito si la aseguradora cobra las primas directamente).

<sup>178</sup> Art. 35.3. Ley 26/2006.

---

Cabe mencionar en último lugar la figura de los Auxiliares- asesores de los mediadores de seguros, aportados por la Ley 2/2011 a la Ley. Es una figura híbrida que actúa como mediador sin serlo porque está contratado por él y no por la aseguradora, Pero como realiza funciones propias de la intermediación de seguros el legislador le incluye en la obligación de inclusión en el Registro administrativo<sup>179</sup>, para mantener el deber de transparencia y control también sobre esta figura.

Como hemos dicho, al entrar a valorar uno a uno los requisitos de acceso al registro, apreciamos que determinados de ellos implican en sí un control adicional, tanto inicial como continuado, el propio registro, la profesionalidad y la formación. En el caso concreto de los agentes exclusivos, la agencia deberá comprobar, con carácter previo a la constitución del contrato de agencia<sup>180</sup>, que el futuro agente de seguros cumple los requisitos de profesionalidad y honorabilidad<sup>181</sup>. Podemos decir que en este caso la administración no ejerce directamente el control de dicho requisito, sino que traslada la obligación de realizarlo a las propias aseguradoras, estando así ante un ejemplo de autocontrol, ya que cuando los datos llegan a la administración lo hacen ya verificados por la aseguradora, que previo a la celebración del contrato de agencia comprobará de su cumplimiento, posteriormente lo ratificará, al inscribirlo en su propio Registro y finalmente, cuando lo traslade a la Dirección General de Seguros y Pensiones, para que, esta vez sí la Administración, lo inscriba en el Registro

---

<sup>179</sup> Art. 8.4 Ley 26/2006. Incorporación al Registro administrativo, remisión de sus datos a la DGSFP por la aseguradora, en el caso de los agentes exclusivos o por cada uno de los intermediarios en su caso. Su actividad se iniciará una vez inscrito en el Registro de la DGSFP.

<sup>180</sup> Los agentes de seguros exclusivos y los vinculados precisan necesariamente de un vínculo contractual con la aseguradora, y este se alcanza a través del contrato de agencia. El art. 9 y 10 de la Ley 26/2006 describen con precisión la necesidad de dicho contrato, su naturaleza y forma.

<sup>181</sup> El agente si es persona física, y la mitad del órgano de dirección si lo es jurídica. Art. 13.4 Ley 26/2006.

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

administrativo, se dé por finalizando el control previo y pudiendo de ese modo, el intermediario, iniciar su actividad profesional.

Para el caso de los auxiliares externos de los mediadores de seguros, este autocontrol tanto sobre su formación, como sobre el cumplimiento del régimen de incompatibilidad, deberá ser ejercido por los propios mediadores de seguros<sup>182</sup>.

El inconveniente más relevante que encontramos respecto a la capacidad de control, es la ambigua redacción de los preceptos dedicados a la formación. No permiten extraer, de un modo claro, que tipo de formación es realmente la obligatoria, ni tan solo cuál es la necesaria. Entre todas resaltamos el caso de los agentes vinculados, el legislador tan solo exige que la aseguradora sea la que expida el certificado que acredite, no que ha superado determinados cursos, sino que “*posee los conocimientos necesarios para el ejercicio de su trabajo*”, tal y como expresa la Ley<sup>183</sup>. Pero esta aparente degradación de exigencia, creemos que está suplida por el hecho que, en el caso de este tipo concreto de intermediarios, es la propia aseguradora la que debe responder directamente de su actuación negligente o no profesional, esa responsabilidad, nos lleva de nuevo al autocontrol ejercido por la aseguradora, quién exigirá el máximo cumplimiento de los requisitos para evitar futuras reclamaciones.

El extremo contrario son los corredores y los agentes de seguros vinculados<sup>184</sup>, para ejercer como tales, sí deben acreditar la superación de un “*curso de formación o una prueba de aptitud en materias financieras y de seguros privados que reúnan los*

---

<sup>182</sup> Art. 8.1 párrafo tercero. Ley 26/2007 respecto al control, y art. 8.5 respecto a la incompatibilidad.

<sup>183</sup> Art 13.5 in fine.

<sup>184</sup> Art. 21. 3. b de la Ley 26/2006, para los Agentes vinculados y art. 27.1.b para los corredores.

---

*requisitos establecidos por la resolución de la DGSFP*<sup>185</sup>, queda evidenciado que en este caso el control pertenece totalmente a la Administración quien establece los requisitos de los programas de formación<sup>186</sup>, cuyos cursos deberán ser reconocidos bien por la administración central (DGSFP) o bien por la Autonómica con competencia en la materia.

Pero del mismo modo que para los auxiliares externos, el personal de los corredores de seguros y de los agentes vinculados, deberán estar debidamente formado, y los responsables de que reciban esta formación serán los propios corredores, que están obligados a introducir el programa de formación en el programa de actividades que deben presentar para su inscripción<sup>187</sup>. Aunque el control de inscripción en el Registro, es directo para la administración, el de la formación lo será del corredor, quien solo deberá incluir el programa de formación en la solicitud de registro<sup>188</sup>.

El control previo del ejercicio de la intermediación de seguros, incluye también el control sobre la incompatibilidad de un ejercicio paralelo de más de una de las

---

<sup>185</sup> El Real Decreto 764/2010, de 11 de junio, *por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional* establece los requisitos de acceso a los cursos de formación y pruebas de aptitud; el contenido y duración de los mismos en función de tres categorías diferentes que clasifican a estas personas en función de la responsabilidad y actividad que desempeñan en relación con la labor de mediación

<sup>186</sup> Resolución de 18 de febrero de 2011, publicada en el BOE de 5 de marzo de 2011, de la DGSFP, *por la que se establecen los requisitos y principios básicos de los programas de formación para los mediadores de seguros, corredores de reaseguros y demás personas que participen directamente en la mediación de los seguros y reaseguros privados*. Que deroga la Resolución de 28 de julio de 2006. Marca unos objetivos mínimos, que serían la de establecer las líneas generales y los requisitos a exigir a los programas de formación y de qué modo garantizar la formación continuada de todos los sujetos implicados en la intermediación de seguros.

<sup>187</sup> Art. 21.3.e para los Agentes vinculados y el 27.1.g para los corredores de la Ley 26/2006.

<sup>188</sup> La responsabilidad del Corredor respecto a los actos de sus empleados o auxiliares está reconocida plenamente, tanto a nivel civil como penal, arts. 1.903.4CC y 120.4 CP.

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

tipologías. De nuevo encontraremos que el legislador, dependiendo de ante que sujeto concreto nos encontremos, cede dicho control. Así vemos que la administración solo ejerce el control directo del cumplimiento de dicho requisito sobre los corredores<sup>189</sup>, ya que sobre el resto de sujetos, como para el resto de requisitos, serán, en unos casos la aseguradora y en otros los agentes o corredores los que ejercerán el autocontrol.

El control continuado viene exigido por Ley, al exigirse a todos los sujetos que realicen la función de la intermediación de seguros, que mantengan todos los requisitos exigidos para la inscripción activos y al día<sup>190</sup>. Además está previsto un control de la formación continuada, de manera que deberá presentarse trienalmente un programa de dicha formación<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Art. 27.1.h Ley 26/2006 junto a los artículos 31 y 32 donde se describe el régimen de incompatibilidades de los corredores.

<sup>190</sup> El legislador, a lo largo de toda la Ley de mediación, al describir en el capítulo I los distintos mediadores de seguros, introduce el requisito necesario de su inscripción en el Registro, para la cual, tal y como hemos ido viendo, es necesario el cumplimiento de otra serie de requisitos necesarios, que varían en función de ante qué tipo de mediador estamos, pero la exigencia que todos y cada uno de ellos tiene, es la de mantener activos dichos requisitos, así lo exige para los agentes exclusivos en el art. 15.2, para los vinculados en el 21.3 y para los corredores en el 27.1.

<sup>191</sup> Art. 6 de la Resolución de 18 de febrero de 2011. *Requisitos de la formación continuada para el ejercicio de las funciones de las personas que participan en la mediación de seguros y de reaseguros. Para cada período trienal al que se hace referencia en el artículo 14 del Real Decreto 764/2010, de 11 de junio, las entidades aseguradoras, los agentes vinculados, los corredores de seguros y los corredores de reaseguros, con relación a las personas comprendidas en las categorías B y C del artículo 10 del citado Real Decreto, de las que son responsables frente a la Administración, de acuerdo con lo establecido en los artículos 18, 23, 30 y 38 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, deberán elaborar una memoria en la que se recoja el contenido de los programas de formación continua, su duración y las personas que han recibido esta formación. La memoria estará a disposición de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.*

---

## **6 LA INTERMEDIACIÓN EN LAS TELECOMUNICACIONES Y LOS SERVICIOS DE MARCA**

### **6.1 Los servicios de telecomunicaciones: El efecto en el mercado de su liberalización**

Dada su gran relevancia, los servicios de telecomunicaciones, habían sido considerados siempre servicios públicos, y como tales, su prestación debía ser realizada por el Estado. En España se ha mantenido durante muchos años la existencia de una empresa privada que actuaba como un monopolio, controlado por el Estado, para la prestación de los servicios de telefonía, tanto para los propios entes y empresas del Estado como para los ciudadanos en general.

Esta situación existente provocó sin embargo, que el sector de las Telecomunicaciones se convirtiese en uno de los sectores que sufrió un cambio evolutivo y legislativo más relevante, al pasar de dicha situación de monopolio al de la libre competencia<sup>192</sup>. La evolución de esta figura de servicio público a “servicio de interés general se llevó a cabo a través del derecho europeo. Europa veía los monopolios como un límite al desarrollo del Mercado Único, que además precisaba adaptarse rápidamente a los innumerables avances tecnológicos

---

<sup>192</sup> Desde que en 1924 el Estado concedió el derecho exclusivo para la prestación del servicio telefónico en todo el territorio nacional a la Compañía Telefónica Nacional de España, hasta que en 1998 se inició la liberalización del sector, Telefónica y su filial de telefonía móvil, Movistar, han ejercido la prestación de los servicios telefónicos en régimen de Monopolio.



## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

La entrada en vigor de la Ley 11/1998, en especial su artículo 2<sup>193</sup>, estableció lo que podríamos denominar la liberalización de los servicios de telefonía, al considerar que las telecomunicaciones se podían prestar en un régimen de libre competencia. Desde ese momento se inició el establecimiento de nuevas empresas de telecomunicaciones, que rompían finalmente el monopolio instaurado por el Estado al conceder a Telefónica la prestación de estos servicios, tanto para la Administración como para el resto de usuarios en general no solo como servicio Universal.

La apertura del mercado es cierto que permitió y facilitó el acceso de nuevos operadores telefónicos, pero esto no fue el único hecho relevante, está obligada liberalización, provocó que aparecieran en él una diversidad de entes que interactuaban entre los consumidores y las empresas de telefonía, que, necesitadas de abrir un nuevo mercado y de absorber clientes, cedían la contratación de sus servicios a estas empresas, pero sin abandonar las telefónicas la directa gestión de los mismos, encontrándose en el mercado ambas posibilidades de contratación.

---

<sup>193</sup> En España se llevó a cabo el cambio legislativo con la aprobación de la Ley 31/1987, de ordenación de las Telecomunicaciones, a través de ella se declaró de manera expresa que una serie de servicios de telecomunicaciones dejaban de ser servicio público y podían ser prestados en régimen de competencia, aunque no fue hasta 1998, cuando con la entrada en vigor de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, cuando esta liberalización, podemos considerar, fue plena. Actualmente el artículo 2.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones., califica a las telecomunicaciones como servicios de interés general y, cuestión esta relevante, “que se prestan en régimen de libre competencia”, reservando como servicio público, tan solo aquellos que se prestan “para la defensa nacional y para la protección civil”. *Artículo 2. Las telecomunicaciones como servicios de interés general.1. Las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia.2. Sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios regulados en el artículo 4 y en el título III de esta Ley. La imposición de obligaciones de servicio público perseguirá la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de esta Ley y podrá recaer sobre los operadores que obtengan derechos de ocupación del dominio público o de la propiedad privada, de derechos de uso del dominio público radioeléctrico, o que ostenten la condición de operador con poder significativo en un determinado mercado de referencia*

---

## 6.2 Los intermediarios de telefonía móvil

Esos sujetos, entes o empresas son los que denominaremos de manera genérica intermediarios de servicios de telecomunicaciones (dicha denominación más amplia que la de intermediarios de telefonía, nos permite entender que estos sujetos, no solo pueden ofrecer la contratación de una línea telefónica, fija o móvil, sino que a través de ellos también se puede acceder a la contratación de otros servicios Internet o contratación de acceso a plataformas de televisión).

Observando la inter-actuación de estos sujetos en el mercado, podemos llegar a distinguir tres tipos diferentes de intermediarios (sin olvidarnos, como ya hemos citado, que todo operador de telefonía gestiona sus servicios a través de sus propias tiendas oficiales o a través de la contratación telefónica) así distinguimos:

- Las tiendas de marca con contrato de franquicia, que tienen solamente un solo contrato de vinculación con una única marca de telefonía.
- Las empresas de servicios de telefonía, que trabajan con más de una marca, pero que normalmente diversifican la prestación de sus servicios, de manera que tienen contrato con una sola marca de telefonía móvil, y un solo contrato con una única marca de telefonía fija.
- Y por último, las empresas, denominadas multimarca, que ofrecen al consumidor la posibilidad de acceder a la contratación con todas las marcas disponibles en el mercado, siempre que estas permitan su venta por empresas intermediarias.

Además de reconocer estas figuras comerciales como intermediarios de las empresas de telefonía, podríamos aceptar que también actúan como tales en el mercado,

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

todos aquellos comercios que venden packs o contratos de telefonía junto con el resto de sus productos, no siendo estos servicios el objeto principal de su negocio. Un ejemplo de esta situación, la encontramos, entre otras, en las ventas que se realizan en los comercios de electrodomésticos.

El control de la prestación del servicio y de los tipos de contrato, los denominados paquetes, lo lleva a cabo directamente las empresas operadoras de telefonía, que dejan un margen de actuación muy limitado a los intermediarios. Estos ponen al alcance de los usuarios finales el acceso al servicio y vinculado a este, venden o regalan, en la mayoría de los casos, el terminal que es, en el fondo, el verdadero reclamo para la contratación.

Pero dónde podemos encontrar y cómo se regula la venta y prestación de estos servicios. Actualmente dicha regulación la encontramos, de manera general en la Ley general de Telecomunicaciones, cuya versión más actual es Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.<sup>194</sup> Pero un sector como el de las telecomunicaciones, dado su carácter tecnológico, está en constante evolución y el legislador Europeo es totalmente conocedor de esta situación, por eso admite que de un modo continuo, se creen normas, de diferentes rangos según la materia regulada, que puedan imprimir modificaciones en aspectos como la prestación del servicio, su calidad, capacidad, etc. Por ese motivo en nuestro Estado, al igual que en otros de la CEE, encontramos innumerables Órdenes y Leyes que amplían o modifican conceptos, todas ellas siempre en búsqueda de una mejor prestación del servicio al consumidor<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Publicado en BOE núm. 114 de 10 de Mayo de 2014.

<sup>195</sup> Entre otras la Orden ITC/3237/2008, de 11 de noviembre, por la que se modifica la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia. Orden

---

Sea cual sea el rango de estas normas, lo que es evidente es que serán de directa aplicación a las empresas operadoras de telecomunicaciones, a quienes van dirigidas, ya que son ellas al fin y al cabo, las que prestan efectivamente el servicio. Si esto lo admitimos, ¿Qué sucede entonces con los intermediarios?, ¿qué normativa les es aplicable a aquellos que actúan como intermediarios de telecomunicaciones?, sin entrar a valorar el vínculo que une al intermediario con la empresa de telecomunicaciones<sup>196</sup>, una solución a estas preguntas la podríamos encontrar valorando la característica actual del modo y lugar donde se realizan los contratos<sup>197</sup>. En la mayoría de los casos, nos encontraremos que la contratación, que los consumidores hacen de los servicios de telefonía, se lleva a cabo a través de pequeños comercios, que como establecimientos abiertos al público deberán respetar lo previsto en la Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del comercio Minorista<sup>198</sup>. Otra cosa será ver si dicho comercio o local pertenece o no a un entramado más grande o si pertenece de manera directa a una empresa de telefonía, siendo solo un punto de venta abierto al público, debiéndose en este caso valorar la combinación de diversas normas.

---

ITC/1030/2007, de 12 de abril, por la que se regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios finales y operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y la atención al cliente por los operadores. Orden ITC/912/2006, de 29 de marzo, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de comunicaciones electrónicas.

<sup>196</sup> Las empresas intermediarias, sea cual sea su forma, suelen tener vínculos contractuales con las empresas de telecomunicaciones, de manera que al estar, normalmente, ante dos empresas les unen contratos de carácter mercantil, como los de agencia o de distribución, ejemplo de ello lo encontramos en la STS de 19 de noviembre de 2012, nº. 670/2012, (RJ 2013/903) en la que, entre otros aspectos, se discutía la calificación como contrato de agencia del contrato que las vinculaba dado que tanto se hablaba de Distribución como de Agencia.

<sup>197</sup> Los contratos de telefonía, de conexión a Internet, o de acceso a servicios de televisión, están vinculados a terminales de alguna clase, que requieren, en la mayoría de situaciones, que el cliente disponga de ellos antes de que el servicio sea dado de alta.

<sup>198</sup> Ley 7/1996, de 15 de Enero de 1996, de Ordenación del Comercio Minorista. Publicado en BOE núm. 15 de 17 de Enero de 1996. Con las diferentes reformas introducidas, incluidas las de la Ley 1/2010, de 1 marzo de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero de 1996 de Ordenación del Comercio Minorista.

---

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

El hecho de encontramos ante servicios prestados o bienes vendidos a consumidores, será de directa aplicación la legislación de protección de los consumidores. De un modo general acudiremos al texto legislativo protector de los consumidores y usuarios, el Real Decreto Legislativo 1/2007<sup>199</sup>, siendo también de aplicación la Ley 44/2006 de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los Consumidores y usuarios y la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal. Así como todas aquellas normas autonómicas de protección de los consumidores<sup>200</sup>, tomaremos como ejemplo, en nuestro caso concreto, la legislación aprobada por el Parlamento de Catalunya, el *Codi de Consúm de Catalunya*, introducido a la legislación a través de la Ley 22/2010<sup>201</sup>. Pero, precisamente, que estemos ante un consumidor nos permite, además, acceder a la posibilidad de dirimir los conflictos ante entes distintos a los Judiciales ordinarios. Por ello los considerados consumidores por la Ley de Telecomunicaciones<sup>202</sup>, pueden

---

<sup>199</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Publicado en BOE núm. 287 de 30 de Noviembre de 2007.

<sup>200</sup> La competencia legislativa en materia de consumo ha llevado a que en determinadas Comunidades Autónomas se publicasen normas de protección a los consumidores. Entre otras podemos acudir a: Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía; Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de protección y defensa de los consumidores y usuarios de Aragón; Ley 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana; Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias.

<sup>201</sup> Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña. Publicado en DOGC núm. 5677 de 23 de Julio de 2010 y BOE núm. 196 de 13 de Agosto de 2010.

<sup>202</sup> A pesar de que la regulación prevista en la Ley 22/2010, que repite lo que estaba prevista en la LGTC 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, Publicado en BOE núm. 264 de 04 de Noviembre de 2003 (Vigente hasta el 11 de Mayo de 2014 tras la aprobación de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, publicada en el BOE de 10 de mayo de 2014, que deroga todas las precedentes)), ampliaba claramente la definición de la Ley de 1998 que hablaba de “usuario”, refiriéndose ahora a los “consumidores y usuarios finales”, en el caso concreto del arbitraje de consumo, la legitimación se constriñe a “los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales”. ORTEGA ALVAREZ, L y GARRIDO, N. *Comentario al art. 33*, en “Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de Noviembre” GARCIA DE ENTRERIA, E. y DE LA

presentar sus reclamaciones ante los distintos sistemas Arbitrales de consumo existentes<sup>203</sup>. La nueva norma reguladora de las Telecomunicaciones, la Ley 9/2014, realiza una redacción novedosa relativa a la resolución de controversias<sup>204</sup>.

A pesar de la existencia de este amplio abanico legislativo de protección, los consumidores siguen encontrando trabas tanto a la hora de llevar a cabo sus reclamaciones como de obtener una respuesta satisfactoria ante las mismas. En parte por la dificultad de determinar con claridad a quien deben reclamar, si al intermediario o a la operadora, y en parte por los sistemas establecidos por las operadoras para presentar reclamaciones.

Una vez ubicado un marco aproximado de legislación (*aproximada*, porque recordemos, como ya hemos citado anteriormente, que al estar ante una materia que

---

QUADRA-SALCEDO, T (Coord.) Ed. Thomson- Civitas. Madrid. 2004. Pág. 632, Cabe destacar que con la última modificación normativa, la LGTC 9/2014, se reducen dichos derechos a los “*usuarios finales*”, habiendo eliminado el legislador de la redacción de la Ley la referencia a los Consumidores en general, reduciendo de este modo la protección directa de la Ley, pero parece haber solventado dicha reducción con la referencia que hace en el párrafo segundo del apartado primero del art. 46, cuando dice “*sin perjuicio de los derechos que otorga a los consumidores el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios*”. Estamos ante una modificación muy reciente de la norma y sus consecuencias reales las podremos observar en la práctica jurídica de la resolución de controversias.

<sup>203</sup> Previsto en el art. 57 y 58 del TRDCU 1/2007, se concretaba, en materia de telecomunicaciones en el art. 38 de la LGTC 32/2003, donde se preveía la posibilidad de que “*los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas y los consumidores*”, puedan someter sus controversias a las jutas arbitrales de consumo. En cuyo caso será de aplicación, además de la legislación de protección de los consumidores, la normativa reguladora del Arbitraje de consumo: Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Publicado en BOE núm. 48 de 25 de Febrero de 2008. Si bien no existe obligación expresa a que las operadoras se adhieran al sistema arbitral de consumo y, de ese modo, queden sometidos a las decisiones que se emitan desde sus tribunales, en forma de Laudos arbitrales, es cierto que en la actualidad la mayoría de las compañías de telefonía establecidas en nuestro Estado, están adheridas en mayor o menor medida, a un sistema arbitral de consumo.

<sup>204</sup> Ver el redactado del artículo 55 de la Ley 9/2014 LGTC, en el que, además del acceso al arbitraje de consumo, se prevé la posibilidad de que el usuario final acuda a un procedimiento extrajudicial “*transparente, no discriminatorio, sencillo y gratuito*”, que deberá ser establecido por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

evoluciona tan rápidamente como la tecnológica, la necesidad de evolución también de la propia regulación se hace necesaria) el siguiente paso al que debe enfrentarse un consumidor es que debe saber a quién reclamar. En el caso que nos concierne, el de las empresas intermediarias de Telecomunicaciones, estas realizan la función de trasladar y vender al usuario consumidor las ofertas de prestación de servicios que pertenecen y prestan de un modo efectivo las operadoras, por lo que dicho servicio, la contratación inicial, podríamos decir que finaliza y está debidamente prestado, cuando se formaliza el contrato, evidentemente, si se han cumplido todos los requisitos legalmente establecidos.

Tras la perfección del contrato, la relación del consumidor con la operadora se inicia, y continua estable hasta que una de las partes decide suspenderla definitivamente, ya que el contrato realizado implica una prestación de servicios continuada, que se concreta en el acceso a las redes y su uso a cambio de un precio determinado.

El proceso para reclamar ante una incidencia, implica inicialmente, una reclamación directa del consumidor ante la empresa. El consumidor tiene garantizado por Ley, el acceso a un servicio de atención al cliente que debe ser prestado de manera gratuita por las operadoras, en el que le solucionaran los problemas o, de no poder, le derivarán a otros departamentos para que lo hagan. ¿Implica eso que el intermediario no debe o puede atender al cliente ante sus quejas?, el art. 12 de la Ley del Comercio minorista, 7/1996, habla de que responderá por los bienes, no por los servicios, y la correcta prestación de estos no están al alcance de la empresa intermediaria, por ello es la operadora la única que puede prestarlo, garantizar su correcto servicio, o suspenderlo, debiendo el consumidor acudir, principalmente a ella.

En el caso concreto de Catalunya, este servicio de atención lo encontramos garantizado inicialmente a través de la calificación del Artículo 251-2.c de la Ley 22/2010 del *Codi de Consum*, que considera los servicios de telecomunicación, como servicios básicos, que siendo prestados por un empresario en Catalunya, quedarán sujetos por esta norma. Así y sin entrar a analizar el resto de obligaciones precontractual y de publicidad, previstos en la legislación de consumo de Catalunya, es relevante, en este aspecto concreto, lo previsto en el artículo 252-4 por el que se debe facilitar al consumidor el lugar donde este podrá presentar sus reclamaciones, si estas no pueden ser atendidas por el establecimiento.

### 6.3 Los servicios de marca

Pero esta afirmación anterior debe ser matizada cuando nos encontramos ante servicios de marca. Hay empresas intermediarias que además de promocionar y vender el acceso a un servicio, lo hacen a un servicio de los denominados de marca<sup>205</sup>, es decir el usuario acude a un establecimiento, en la mayoría de las ocasiones en búsqueda de una marca concreta, en este caso de telefonía, porque el establecimiento estará todo el revestido de una publicidad concreta (rótulo, escaparate, el color de las paredes, los folletos publicitarios, e incluso, en algunos casos, los uniformes del personal), de una marca concreta que le inducirá a adquirir dicho producto o servicio por la marca que está detrás del mismo y no por el establecimiento o el intermediario en sí. Por ello y como tal servicio de marca, le es aplicable, en el caso de las empresas establecidas en territorio catalán, lo previsto en el artículo 252-6 de la Ley 22/2010<sup>206</sup>, estando

---

<sup>205</sup> Artículo 251-2.e Ley 22/2010, *Servicios de marca*: “*Servicios en que se exhibe visiblemente el nombre comercial, la marca, el logotipo, el emblema o cualquier símbolo que los identifique con otro empresario o empresaria, de modo que puedan hacer creer a las personas consumidoras que tienen una vinculación jurídica especial con el propietario o propietaria de la marca o el nombre comercial*”.

<sup>206</sup> Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña. Art. 252-6. *Servicios de marca. 1. Los prestadores de los servicios de marca están obligados, con relación a la persona consumidora, a*

---



## Capítulo II:

### Las relaciones contractuales de consumo

---

obligados a responder como si fuesen la misma empresa de la marca que exhiben. Esta puntualización parece que les obligaría a atender las quejas de los consumidores y usuarios en el propio establecimiento, así como a tramitar las bajas o modificaciones contractuales, que se hicieron en dicho establecimiento. De manera que el legislador catalán al identificar claramente la unidad de ambas figuras, el intermediario y el empresario, garantiza una única línea de reclamación para el consumidor.

Es evidente que se hace necesario encontrar un punto medio entre ambas normas. La responsabilidad del operador de dar respuesta a las reclamaciones de los usuarios es evidente, pero también vemos que se reconoce la del intermediario. El usuario debe saber con claridad a quien poder acudir.

Más complejas son las reclamaciones relativas a los terminales. En los últimos tiempos las reclamaciones de los usuarios han sufrido una modificación sustantiva, pasando a ser estas sobre el mantenimiento, reposición o restitución de dichos terminales, a lo largo de la vida del contrato o cuando pretenden hacer una portabilidad a otro operador. El contrato de servicios es un contrato y el llamado contrato de permanencia que actuaría ante una portabilidad o baja anticipada es otro. Este otro contrato que impone al consumidor la obligación de permanecer como cliente del operador se sustancia en la contraprestación que ha realizado la empresa, por lo general mediante la entrega de equipos o terminales, bien gratuita bien a precio reducido. El primer contrato, el del servicio puede rescindirse cuando se quiera respetando el plazo de dos días de comunicación, el segundo, el de permanencia, es más complejo y da lugar a innumerables quejas, ya que se debería aplicar de un modo proporcional al valor

---

*hacer todos los trámites, resolver las incidencias, dar información sobre bienes y servicios y responder de las garantías comerciales como si fuesen la misma empresa de la marca que exhiben.*

---

del terminal y el tiempo que el cliente ha permanecido en la compañía, aspectos estos que no son totalmente tenidos en cuenta.

Respecto a la reparación o sustitución de los terminales, parece evidente que sin ellos no puede accederse al servicio contratado, de manera que, a nuestro parecer, el operador deberá garantizar no solo el servicio sino su acceso, y si este es mediante un terminal, que se entregó junto con el contrato inicial, deberá encargarse tanto de su reparación como de su reposición. Pero de nuevo nos surge una pregunta, y el intermediario, ¿responde?, este también debe responder de la conformidad del producto, del terminal según lo previsto en el art. 114 y siguientes del RD 1/2007, aunque podemos considerar sujeto legitimado pasivo al operador en aquellos casos en que el teléfono está totalmente vinculado a la prestación del servicio porque su adquisición ha sido subvencionada por el operador (tanto a través de un programa de puntos como no) estableciendo una cláusula de permanencia por ello. Lo que siempre conservará el intermediario será el derecho de repetición contra el operador<sup>207</sup>.

---

<sup>207</sup> El derecho de repetición lo encontramos previsto en el art. 132 del Real Decreto Legislativo 1/2007. *Artículo 132 Responsabilidad solidaria. Las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño.*

---



## **CAPITULO III**

### **INTERMEDIACIÓN Y TIPOS CONTRACTUALES**



## **1 MODALIDADES CONTRACTUALES QUE PROPORCIONAN COBERTURA LEGAL A LA FIGURA DE LA INTERMEDIACIÓN.**

No existe en el ordenamiento jurídico un tipo contractual que dote de cobertura a las relaciones de intermediación de forma exclusiva<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>En el día del cierre de este estudio, la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación ha elaborado una Propuesta de Ley de Código Mercantil (disponible en <http://www.mjusticia.gob.es>) que contiene, por primera vez, una mención expresa al contrato de mediación o corretaje. En el año 2006 se solicitó a la Comisión General de Codificación que realizase un texto completo que modernizase y actualizase el ya obsoleto Código de Comercio, vigente desde 1885, así como que en él se incorporasen algunos contratos regulados en normas especiales y que en algunos casos daban lugar a confusión e inseguridad en su aplicación. El pasado día 20 de junio de 2013, la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación presentó su propuesta de Código Mercantil, intentando recopilar en un solo texto toda la legislación existente y entre otros, aspectos que, según la Comisión, no estaban regulados hasta el momento pero que son habituales en el tránsito contractual y comercial. Un ejemplo de los nuevos contenidos incluidos en el texto, son los contratos electrónicos, los contratos del mercado turístico, los contratos de compraventa de inmuebles, los contratos de distribución, suministro, franquicia, mediación, el contrato de obra por empresa, el de prestación de servicios mercantiles y electrónicos, *merchandising*, *bartering*, los contratos bancarios incluyendo materias como la regulación de las tarjetas de crédito, de gran relevancia hoy en día como modalidad de pago preferente en la mayor parte de las transacciones. La estructura del nuevo Código será en libros, en el libro primero podremos encontrar la regulación de la empresa y el empresario; en el segundo todo lo relativo a las sociedades mercantiles; en el tercero se regula el principio de libre competencia, tan importante para un funcionamiento equitativo del mercado; el libro será el destinado básicamente a la regulación de las obligaciones y contratos; mientras que en el quinto se desarrollarán los contratos en particular; el sexto, la regulación de los valores y de los instrumentos de crédito y de pago; y en el séptimo y último se llevará a cabo una plasmación de las normas sobre prescripción y caducidad.

La incorporación de este tipo de regulación tiene como justificación la búsqueda de una seguridad jurídica que permita asegurar la, denominada, “unidad de mercado”, mercado, que del mismo modo que la sociedad, evoluciona y requiere de adaptaciones legislativas que no solo lo proteja sino que permita y facilite su funcionamiento, dentro de unos límites de competencia y de garantía para todos los entes que en él interactúen, ya sean tanto los empresarios, individuales o sociedades, como los consumidores y usuarios.

Creemos que con la prevista actualización del derecho mercantil y la introducción de nuevas regulaciones, justificándolo todo en la “unidad de mercado”, lo que se pretende es ser determinante a la hora de distribuir las materias a regular en el ámbito del Derecho privado, excluyendo la posibilidad de que estas sean abarcadas por el Derecho Civil, mucho más protector de la figura del consumidor y usuario, e incluyéndolas en el ámbito competencial del Derecho Mercantil, aumentando así el protagonismo de la empresa y el empresario, e incluso, aspecto este mucho más trascendental, provocando que materias hasta ahora competencia de alguna de las Comunidades Autónomas no puedan ser asumidas por estas. Las Comunidades Autónomas tienen competencia, exclusiva o compartida, sobre determinadas materias, por aplicación de los artículos 148 y 149 de la Constitución Española, que concretan respectivamente las competencias que pueden asumir y cuales son de carácter exclusivo del Estado, adquiriendo una principal relevancia la relativa a la materia civil, ya que la Constitución en su

### Capítulo III: Intermediación y tipos contractuales

---

artículo 149.1.8, considera que: “El Estado tiene competencia exclusiva...8. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.”, reconociéndose así plenamente la capacidad de las Comunidades para regular en casi todas las materias de este ámbito, pero la Competencia sobre la materia mercantil es exclusiva del Estado (art. 149.1.6 CE).

En el texto presentado por la Comisión General de Codificación a las Cortes, no solo se incluye, por primera vez, la regulación del denominado contrato de mediación o corretaje en el ámbito del Derecho Mercantil, sino que, aspecto este más relevante, lo regula. Consideramos que las prisas por incluirlo en la materia mercantil ha deslucido la regulación presentada, que omite, a nuestro parecer, aspectos relevantes de esta figura jurídica. Tanto la doctrina como la jurisprudencia había creado una regulación no legiferada que solo reclamaba una plasmación legal.

El texto regulado por la Comisión se limita a seis artículos (Del 545-1 al 545-6). En el primero de ellos se define la figura del contrato de mediación o corretaje y la del mediador. De este primer artículo cabe mencionar, a nivel léxico, la pérdida de ocasión por parte de la Comisión de modificar la denominación del agente interviniente, esto es, denominarlo intermediario para evitar confusiones con la regulación de la mediación civil y mercantil que abarca aspectos distintos a los aquí plasmados. Por otro lado, la noción del contrato entra en conflicto con el artículo relativo a la retribución, que analizaremos después. En el segundo, de manera excesivamente escueta, incorpora las obligaciones del mediador. Decimos escueta porque se limita a expresar como tales la de “realizar la actividad de intermediación necesaria para lograr la conclusión del negocio” (art.545-2); a tales efectos, sigue, “deberá desplegar la diligencia debida para hallar a la contraparte” e “informar a las partes de las circunstancias relativas al negocio que puedan influir sobre la conclusión del mismo”. El legislador omite mencionar qué tipo de actividad se pretende o cuál debe ser la diligencia debida. Teniendo en cuenta que es la regulación general del contrato, unas pautas mínimas deberían haber sido previstas, al menos una redirección a las normas corporativas aplicables a determinado grupo de sujetos intervinientes. El siguiente artículo, 543-3, hace referencia a la retribución, y aquí es donde encontramos un grave error por parte del redactor de la norma, ya que si bien considera el contrato de mediación como un acto entre dos partes por el que una de ellas, el mediador, se compromete a encontrar un tercero dispuesto a celebrar un determinado contrato con la otra parte del contrato de mediación, y recalco, habla de “tercero”, ¿cómo es posible que al prever quién deberá pagar al mediador se obligue, de manera general, a que también sea el tercero el que deba hacerlo? Con esta previsión se contraviene claramente el artículo 1257 del Código Civil en lo relativo a los efectos del contrato, que tan sólo deja margen a que existan estipulaciones en favor de terceros, y el pago de una comisión no podemos considerarla “estipulación a favor”; hubiese sido más correcta una redacción inversa, es decir, considerando como norma general que abone la comisión quien realice el encargo, con la posibilidad de que por pacto, se admita la remuneración por ambos. Por otra parte, hemos de admitir que la intención del segundo apartado del artículo es acertada, al solucionar alguna de las dudas planteadas con más frecuencia en los Tribunales, esto es, la relativa a la existencia de la remuneración en el caso de que, tras una actuación diligente, no se perfeccione el contrato pretendido, pero tampoco estaría completa. En este sentido, faltaría perfilar dicho artículo, ya que posibilita el cobro de la comisión en cualquier caso, sin valorar el porqué de la falta de perfección del contrato, dado que habla de que la “mediación no hubiera dado resultado”, siendo así posible exigir la comisión en un amplio espectro de posibilidades. El siguiente artículo, 545-4, es, a nuestro parecer, el más ambiguo y de compleja aplicación. Su redacción parece considerar compatibles el derecho a la remuneración, es decir a la comisión, con el derecho a que le sean abonados los gastos. Queremos creer que la idea era proteger al intermediario de manera que, si no se celebra el contrato, sin intervenir culpa por su parte, este percibirá como mínimo el reembolso de los gastos ocasionados, no estando así su trabajo sometido a las penurias de soportar los gastos por el simple hecho de la posibilidad de contratar. Parece contradictorio con la

---

En el marco jurídico que quedaría cubierto por las normas del Código civil, encontramos una diversidad de opciones legislativas que nos permiten hablar de una posible opción que justifique la existencia de la intermediación, podríamos llegar a decir que entre todas ellas se encuentra una que se destaca sobre los demás, el contrato de mandato. Si el mandato es el referente del Derecho Civil, el paradigma contractual tipo de la intermediación en el ámbito del Derecho Mercantil, ha venido siendo, a lo largo de los años, el contrato de mediación o corretaje. Al contrario de lo que sucede con el contrato de mandato que sí tiene regulación propia y reconocida, y a pesar de estar el contrato de mediación y corretaje plenamente reconocido, tanto por la mayor parte de la doctrina como por la jurisprudencia, no ha sido, a día de hoy, objeto de regulación alguna, hecho este que nos obliga a seguir hablando de la existencia de un marco contractual abierto en la tipología contractual de la intermediación.

Pero a esta disputa sobre el contrato tipo se le une, desde que existe la división teórico-material del derecho privado, en derecho mercantil y derecho civil, una lucha doctrinal sobre cuál de ambos campos jurídicos abarca la regulación del derecho de

---

redacción del artículo *supra*, es decir, si ya se prevé que cobre la comisión si no se perfecciona el negocio, ¿por qué se prevé también el abono de gastos? ¿No estaríamos ante un supuesto de enriquecimiento injusto? Queremos pensar que no es esta la intención y que lo que se pretende es evitar que ante una actuación diligente el mediador acabe penalizado al tener que soportar los gastos, y así debería reflejarse, es decir, de nuevo buscando una redacción inversa, la regla general es que se le abonen los gastos si no se perfecciona, sin mediar culpa de su parte y actuando diligentemente, y si se pacta, ambas cosas, comisión y gastos, estos asumidos siempre y únicamente por la parte que hace el encargo. Respecto al cómo ha regulado el reparto de comisión en caso de pluralidad de mediadores, nos parece adecuada tanto su inclusión en la norma como el modo en que lo resuelve (art. 545-5).

El artículo 545-6 pone fin a la regulación de la figura. Ciertamente parece responder más a la intención de mercantilizar el contrato, tal y como decíamos al inicio, que a la de regular la figura tal y como sería deseable. Dice así “En defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de mediación, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en el presente Capítulo”. No es esto lo que se necesita, una norma supletoria a nivel general, sino una norma general aplicable a la intermediación que deje que en aquellos aspectos concretos sea la norma específica la que lo regule, pero a efectos de alcanzar la máxima protección para los consumidores y usuarios, e incluso para el intermediario, los aspectos generales de la regulación deberían ser de aplicación directa y estar regulados en un solo cuerpo normativo.

---



consumidores, aspecto este que, aunque inicialmente asemeje irrelevante dada la prevalencia del principio *pro consumatore*, que en caso de duda implicaría que se aplicará aquella norma más favorable al consumidor<sup>2</sup>, adquiere una cierta importancia a la hora de determinar la calificación jurídica de un acto y no tanto para determinar si es o no un acto de consumo<sup>3</sup>, que podrá serlo cuando esté implicado un consumidor en él, sino para poder determinar cuándo aplicarle una tipología contractual u otra, civil o mercantil. De hecho nuestros Tribunales siempre han defendido la prevalencia de la aplicación del derecho de consumidores, pero al mismo tiempo han recalcado que esto no implica que no puedan aplicarse las normas tanto de Derecho Civil como del Mercantil<sup>4</sup>.

Esta línea doctrinal tendente a separar ambas categorías del derecho privado tuvo entre la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX, una serie de seguidores dentro de la doctrina jurídica, que en un momento histórico, plantearon la posibilidad de ser implantada en nuestro Estado. Pero del mismo modo que apareció, rápidamente se

---

<sup>2</sup>REYES LOPEZ, M.J. *Manual de Derecho privado de consumo*. Ed. La Ley.2009. Pág.33. MIRANDA SERRANO, LM y PAGADOR LÓPEZ, J. (Coord.) *Derecho (privado) de los consumidores*. Ed. Marcial Pons. 2012. Madrid. Pág.27 y ss.

<sup>3</sup> Realmente para poder apreciar la existencia de un intermediario en la relación, no nos importa tanto la calificación de uno de los elementos de esta relación como consumidor, y con ello convertirlo en un sujeto perceptible de aplicación de la normativa de consumo, sino que lo que nos interesa conseguir es determinar ante qué tipo de acto en concreto estamos, para, a través de su calificación, poder hablar de un tipo contractual o de otro, de manera que esto sí que nos permitirá determinar con claridad que estamos ante una relación de intermediación.

<sup>4</sup> De este modo lo observamos en la STS de 18 de marzo de 1995, núm. 232/1995 (RJ 1995/1964) que aborda el problema de si la normativa de consumo excluye o no la aplicación de las normas del Derecho Civil o Mercantil: FD 4º “*Dicha Ley especial no es exclusiva ni acaparadora en la defensa de los derechos de usuarios y consumidores y así la primacía de los preceptos sustantivos se mantiene y ha de ser declarada, pues su artículo 7 para nada lo impide. Al contrario, bajo su proyección normativa expresamente se remite a la aplicabilidad “además” de las normas civiles y mercantiles, con lo cual éstas no vienen a quedar ni relegadas ni suplantadas y así se expresa la doctrina jurisprudencial de esta Sala que contienen las Sentencias de 17 junio y 22 julio 1994 (RJ 1994/4932 y RJ 1994/6581)*”.

---

abandonó<sup>5</sup>, aunque hay quienes han mantenido la teoría de que si no un proceso de unificación del derecho privado, sí que podríamos hablar de una “comercialización” de determinadas figuras del Derecho civil, y una “generalización” del Derecho mercantil<sup>6</sup>. La unificación, en cambio, sí se está operando en Europa<sup>7</sup>, en la búsqueda de un bloque único del derecho privado.

En el marco regulador de la Unión Europea, se está llevando a cabo hace ya tiempo, un trabajo de integración de las regulaciones, trabajo tendente a alcanzar una normativa común, que aglutine bajo un mismo concepto, el derecho civil y el mercantil, sobre todo en el campo del intercambio de bienes y servicios, con el objetivo evidente de facilitar el tránsito de mercancías y personas y con ello un claro avance en la idea del mercado común.

La política de integración de ambas tipologías del derecho se está desarrollando en la Unión Europea, principalmente, a través de “la unificación del Derecho de Contratos”, siendo unos de sus máximos exponentes en la actualidad, tanto los

---

<sup>5</sup> Existió una tendencia doctrinal unificadora, entre ellos CASTAN TOBEÑAS, que pretendían alcanzar un Derecho de Obligaciones y contratos único, o si más no de carácter general lo hacían siguiendo la doctrina de autores italianos como VIVANTE. Defendían la creación de un Código de Obligaciones pero poco a poco fueron abandonando esta pretensión y se optó por mantener la doctrina romano-francesa:” *El Código civil debe ser la sede del derecho común de la contratación, siquiera sus principios fundamentales hayan de tener su desenvolvimiento y sus justificadas excepciones en los Códigos u Ordenanzas especiales...*” CASTÁN TOBEÑAS, J. *Hacia un Derecho Civil*, 1ª. Edición, Ed. Reus, S.A. Madrid. 1933. Pág.117.

<sup>6</sup> BROSETA PONT, M. *La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho mercantil*. Ed. Tecnos. Madrid, 1965, Págs. 223 a 227.

<sup>7</sup> A nivel europeo si consiguió alcanzar un reflejo en el Código suizo (*Zivilgesetzbuch*, o ZGB, aprobado el 10 de diciembre de 1907, es el cuerpo legal central en la codificación del Derecho privado de Suiza. El derecho de obligaciones, que fue aprobado el 30 de marzo de 1911, e integrando en el *Code Civil*, contiene tanto las de carácter mercantil como civil y forma parte de este cuerpo normativo, pero sistemáticamente se le considera como un bloque independiente), y en el *Codice civile* Italiano de 1942 (Vid. Levi, G., *La commercializzazione del diritto privato. Il senso dell'unificazione*. Ed. Giuffrè. Milán. 1996) mientras que en países como Alemania se mantuvo la distinción de las normas de carácter civil y mercantil.

---

### Capítulo III: Intermediación y tipos contractuales

---

renovados Principios UNIDROIT<sup>8</sup>, como el Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference, DCFR*)<sup>9</sup>, pero además el legislador comunitario ha sabido darle un papel relevante también al Derecho de Consumo, destacando como uno de los últimos documentos aprobados la Directiva de protección de los consumidores<sup>10</sup>, en 2011, esto sin olvidar toda la legislación sectorial existente, como un ejemplo de unificación de ambos derechos en un campo normativo tal y como es el de la protección de los consumidores, de manera que permita la creación de un mercado interior único, que además de ser seguro para los consumidores, facilite una correcta competitividad para las empresas.

---

<sup>8</sup> Los Principios UNIDROIT fueron elaborados por primera vez en 1994 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, organización intergubernamental independiente, con sede en Roma, que tiene como objetivo estudiar los medios para armonizar, organizar y coordinar el derecho privado entre los estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos países de una legislación de derecho internacional privado uniforme. En el 2004 sufrieron una modificación, se amplió el contenido del Preámbulo, y los 119 artículos fueron aumentados a 185. La última edición ha sido aprobada en 2010, siendo esta un compendio de 211 artículos. Estamos ante una serie de reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, rigen cuando las partes acuerdan someter su contrato a ellas o, si los contratantes acordaron regirse por los principios generales del derecho. Además los principios UNIDROIT también pueden utilizarse para interpretar o complementar otros instrumentos internacionales o el propio Derecho nacional. Un claro ejemplo de su aplicación lo podemos encontrar en el gran número de sentencias de los Tribunales que aplican dichos Principios. Entre alguna de ellas las STS de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007/1828), de 17 de julio de 2007 (RJ 2007/4895), de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007/6813), de 22 de octubre de 2008 (RJ 2008/7062), de 6 de febrero de 2009 (RJ 2009/1369).

<sup>9</sup> OROZCO PARDO, G. y MORENO NAVARRETE, M. A. *El contrato en el contexto de la unificación del Derecho Privado*. En *Revista Anales de derecho*. Número 29, 2011, Págs. 115-160. “*Por medio del “Marco común de referencia” se pretende establecer un sustrato básico que contenga definiciones de conceptos jurídicos, principios fundamentales y preceptos modelo coherentes, sobre la base del “Acervo comunitario” y las soluciones empíricas, que sirva de base para el legislador estatal y comunitario en materia de contratos, así como para la interpretación por los tribunales y el TJC del Derecho Contractual Europeo, siendo aplicable incluso a los procedimientos arbitrales. Se trataría de un “instrumento jurídico facultativo” no obligatorio, pero elegible por las partes frente a normas internas disponibles y en las relaciones de carácter supranacional, que se plasmaría en “formularios contractuales” de contratos*”.

<sup>10</sup> Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores. Surge con la intención de que los consumidores y los comerciantes cuenten con un único marco normativo, basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regulen aspectos de determinados contratos, los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil entre empresas y consumidores en la Unión Europea. (Los Estados miembros deberán adoptar y publicar, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la misma y aplicarán dichas medidas a partir del 13 de junio de 2014).

---

Estos ejemplos de unificación del derecho de consumo, y alguno relativo al ámbito contractual, junto con los de otros sectores, son los que nos habilitan para afirmar que la unificación del Derecho es una realidad, y que la corriente doctrinal que no lo consideraba viable es una minoría<sup>11</sup>.

Es evidente que en diferentes Estados europeos se ha producido y se está produciendo una evolución de la materia jurídica propia del Derecho Civil, se están actualizando y modificando un gran número de sus elementos esenciales, entre ellos destacamos el ámbito contractual. Estados como Hungría<sup>12</sup> y Rumania<sup>13</sup> han aprobado

---

<sup>11</sup> Son diversas las voces que encuentran puntos divergentes que impiden la consecución de esta unificación, entre otros resaltan la diferencia de sistemas jurídicos (el sistema continental y el *Common Law*) la diferencia de técnicas comunes, vinculado a la evolución de cada institución jurídica en su propio Estado. El necesario respecto al pluralismo social, cultural y lingüístico, etc.... Pero estas voces se van quedando apagadas a la Luz de los diversos textos comunitarios que se publican en búsqueda de esta unión, entre ellos podríamos destacar el Libro Verde publicado por la Comisión Europea, de 1 de julio de 2010, sobre “opciones políticas para avanzar hacia un derecho contractual europeo para los consumidores y las empresas” (Publicado como Propuesta de Resolución el 18 de abril de 2011). Por otro lado hay quienes consideraban que “*respecto a la armonización o no-armonización del Derecho privado europeo existen múltiples intereses, predominantemente económicos... por ello es demasiado pronto para un Código Civil europeo en buenas condiciones técnicas; es pronto incluso para enaltecer un solo cuerpo de principios (los PECL) como paradigma, ley o modelo o esbozo o proyecto de dicho Código...*” CÁMARA LAPUENTE, S (Coord.) *Derecho Privado Europeo*. Ed. Colex. 2003. Madrid. Pág. 48. En una misma línea se mueven, más recientemente, autores como SANCHEZ LORENZO, S. “La unificación del Derecho Privado en Europa” *Revista de Estudios jurídicos*, N°. 11/2011. ISSN 1576-124X. Universidad de Jaén, “*La propuesta de un Código civil europeo es, hoy por hoy, una propuesta jurídicamente incompatible con los principios de Derecho europeo.*”

<sup>12</sup>HAMZA, G. “Historia de la codificación del Derecho Civil en Hungría”, *Revista de Derecho Privado* n.º 19, 2010, Págs. 43 a 55 (Publicado en la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, Chile, 2008, con traducción del alemán de Álvaro Pérez Ragone): El Código Civil en vigor en Hungría, es el aprobado en 1959 (Ley N°. IV de 1959 sobre el Código Civil de la República de Hungría), con una serie de modificaciones, que vieron su máximo exponente con el proyecto del 2002, aprobado con el Decreto 1009 de 20 de noviembre de 2002. Se iniciaron posteriormente una serie de intentos de modificación del mismo, que obtuvieron su presunto final en fecha 20 de noviembre de 2009 cuando fue aprobado un nuevo Código, que debía entrar en vigor en dos fases, Libro primero el 1 de mayo de 2010 y posteriormente el Libro II, pero que no ha llegado a entrar en vigor todavía.

<sup>13</sup> Aprobado el 17 de julio de 2009 y modificado sustancialmente el 2011 (con fecha 17 de abril se ha publicado en el Boletín oficial de Rumania la Ley 60/2012, que aprueba la OUG 79/2011, de reglamentación de una serie de medidas necesarias para la aplicación del Código civil rumano, puesto en aplicación en octubre 2011, mediante la Ley 71/2011 de 1 de junio del año 2011).

sus Códigos Civiles durante el año 2009, y otros Estados, a partir de los inicios de los años 2000, han introducido modificaciones en su derecho de obligaciones y contratos; podemos destacar entre ellos a Francia, aunque en este caso concreto es mucho más correcto hablar de “intentos” de modificación, ya que, aunque algunos aspectos han sido adoptados, alguna de estas modificaciones todavía están en trámite de ser aprobadas definitivamente<sup>14</sup>.

A pesar de la importancia que está adquiriendo en Europa, tanto la existencia de un derecho de obligaciones y contratos como la necesaria unificación del mismo, para continuar nuestro estudio debemos abandonar momentáneamente esta regulación de la Unión Europea e internarnos en nuestro ordenamiento tanto a nivel estatal como en el autonómico<sup>15</sup>, para valorar la actual realidad jurídica; que no es otra que la existencia de una división material del derecho privado. Este aspecto nos sitúa en la tesitura de tener que adentrarnos en cada una de las especialidades jurídicas para así poder valorar correctamente los distintos tipos contractuales.

Por todo lo expresado hasta el momento y en aras a encontrar un encaje satisfactorio de la intermediación en alguno de los tipos contractuales existentes, debemos prescindir de la división del Derecho privado para analizar las distintas

---

<sup>14</sup> En Francia desde el año 2005 se ha sucedido la presentación de diversos intentos de modificación del Derecho de Obligaciones y otros elementos del Código Civil, como la prescripción o la causa, la responsabilidad, etc...., en forma de proposiciones de Ley o como anteproyectos de Ley, intentos que de momento no han visto la luz, a nivel general, porque alguna de sus partes sí la han visto (del anteproyecto de Ley del 2005 sí que se aprobó la Ley 2008-561 de 17 de junio de 2008 que modificó la regulación de la prescripción). VAQUER ALOY, A. “Marco general del nuevo derecho de contratos” BOSCH CAPDEVILL, E. (Dir.) *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*. Ed. Bosch. Barcelona. Marzo 2012. Pág. 40.

<sup>15</sup> Se hace necesario comentar la existencia en la actualidad de un grupo de trabajo, en el seno del Observatorio de Derecho Privado, que en nombre de la Generalitat de Catalunya y en previsión de lo previsto en el Art. 3.f del Libro Primero del Código Civil de Catalunya, están elaborando el Libro VI del citado Código, relativo a las Obligaciones y contratos. sin entrar a valorar la duda existente sobre la real competencia constitucional de la Generalitat para regular sobre esta materia a nivel general.

tipologías conjuntamente. Tanto de manera individualizada como sus nexos de unión y desacuerdo.

### **1.1 Evolución del ámbito de aplicación del contrato de mandato**

La aplicación práctica del derecho a supuesto que incluso el contrato de mandato haya evolucionado a lo largo del tiempo; pero a pesar de que esto no ha supuesto que se haya modificado su regulación, sí que podemos decir que de su evolución han ido surgiendo unos modelos distintos de relaciones jurídicas, que han generado el uso de diversas especialidades contractuales: la comisión, el contrato de agencia, el *trust*, el contrato de corretaje, etc...., figuras que parecen tener su origen en el contrato de mandato. Algunas de estas figuras han merecido la total atención del legislador y fueron finalmente reguladas (caso, entre otras, del contrato de agencia o el del contrato de comisión, comúnmente denominado “el mandato mercantil”) y otras fueron reconocidas y aceptadas, pero no reguladas formalmente por nuestro ordenamiento, el ejemplo más relevante de ello es el contrato de mediación o corretaje.

En cualquier caso, es importante recordar que con anterioridad a la aparición de estas figuras en el tráfico jurídico, el vacío normativo existente en una relación, se cubría con la aplicación de las normas relativas al contrato de mandato, siendo los Tribunales inicialmente y posteriormente la doctrina quienes fueron dando forma independiente a los distintos tipos contractuales<sup>16</sup>.

A pesar de que se realizará un desarrollo mucho más exhaustivo de estas figuras contractuales a lo largo de este estudio, daremos ahora unas pequeñas pinceladas del

---

<sup>16</sup>En un primer momento el Tribunal Supremo cuestionó la autonomía del contrato de corretaje respecto al de mandato y consideró que debía regirse por las normas del mandato, considerándose a mediador un mandatario ( STS de 11 de junio de 1947 y 16 de diciembre de 1969, entre otras)

---

vínculo respecto al contrato de mandato. Dada su falta de regulación, pero su uso continuado en las relaciones de carácter intermediario, iniciaremos con el contrato de corretaje, el cual se venía considerando una subespecie del contrato de mandato, hasta que tras la sentencia de 10 de enero de 1922 se diferenciaron ambas figuras. Para autores como SAMPONS, estamos ante figuras distintas porque el corredor tan solo pone en relación a las partes, siendo su función intentar reducir al mínimo posible o incluso a cero la discordancia entre las voluntades de ambas, pero sin participar en nombre del mandatario, quedando unido a quién le hizo el encargo solo como intermediario, de modo que cuando estemos ante alguien que responda a este estereotipo de actuación tendrá la calificación de corredor o mediador y no de mandatario<sup>17</sup>. Esta afirmación tan clara, puede encontrar divergencias, como veremos, frente a los estudios existentes sobre el mandato representativo y el mandato sin representación. Aunque mandato y corretaje no puedan ser consideradas una misma figura en ámbitos de actuación diferentes (Derecho Civil o Derecho mercantil), lo que sí se puede decir es que entre ellas hay un número tan elevado de similitudes que justifican que o las normas del mandato fueran usadas inicialmente para regular este tipo de relaciones y que no podemos descartar, lo sigan haciendo.

Reconocido como una variante del corretaje pero muy vinculado a él hallamos el contrato de intermediación inmobiliaria, igualmente no regulado pero de algún modo reconocida su denominación, que no la existencia de un contenido, ya que adquiere diversidad de formas, en ocasiones la relación que vincula al cliente, vendedor, con la inmobiliaria, tiene forma de contrato de mandato<sup>18</sup>, a esta interpretación podemos llegar,

---

<sup>17</sup>SAMPONS SALGADO, M. *El contrato de corretaje*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1965, pág.56.

<sup>18</sup> RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *El contrato de corretaje inmobiliario: delimitación y caracteres*. Ed. Aranzadi. Navarra 2005, 2ª. Edición Pág.186. Reconocen la existencia de excepciones doctrinales en la calificación del contrato de agente inmobiliario como un contrato de corretaje, así SAMPONS, en su obra *el contrato de corretaje* en la pág. 76 entiende que los Agentes de la Propiedad inmobiliaria actúan en función de un mandato.

---

aparte de haciendo un estudio material, al observar la redacción del artículo primero del Decreto de 6 de abril de 1951 (Reglamento de agentes de la propiedad inmobiliaria, aprobado por Decreto de 6 de abril de 1951), donde se calificaba la actuación de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (API) como de mandato. Pero esta calificación ha evolucionado, y a pesar de que los API documentan en ocasiones sus contratos bajo el título “contrato de mandato y previsión de fondos”, la mayoría de la doctrina los ha acabado considerando contrato de corretaje. Es cierto, la práctica comercial de las empresas de intermediación inmobiliaria hacen que el contrato de vinculación<sup>19</sup> tenga por título “Mandato y provisión de fondos”, dicha denominación parece entrever que la actuación del corredor se lleva a cabo solo porque obedece a un mandato del cliente-vendedor, que le autoriza no solo a localizar y tratar de obtener un comprador, sino que además, una vez conseguido, a percibir cantidades económicas, siempre en nombre del vendedor, que se adquirirán la forma de paga y señal para la futura posible compra, actuando así como un auténtico mandatario y no como un simple corredor tal y como determina la doctrina. Pero esta posición ha sido discutida enormemente, y esta discusión se ha trasladado a los Tribunales, es tal el número de litigios relativos tanto a situaciones donde tras la actuación del intermediario inmobiliario tomando cantidades a cuenta, y que con posterioridad no ha sido reconocida por los vendedores (que han vendido por otras vías la vivienda) han tenido que reclamar el cobro de honorarios alegando un incumplimiento contractual, o litigios relativos a la obligación a la devolución de arras por parte del agente que giran en torno a esta calificación<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Afirmación realizada tras la obtención de una serie de contratos en actuales agencia inmobiliarias que actúan en el mercado.

<sup>20</sup> STS núm. 193/2008 de 6 marzo, (RJ 2008/4462). FD 1º. En ella se discute la posibilidad o no de que el contrato llevado a cabo entre los vendedores y la agencia tenga carácter de mandato, su determinación incidirá en la responsabilidad del agente a la hora de devolver las arras y del cobro de sus honorarios, en primera instancia se valoró el contrato de mandato mientras que en la audiencia y aquí en el Supremo se le califica de mediación. STS de 8 abril 1991, (RJ 1991/2678). El litigio gira entorno a la devolución de las arras, si debe el agente inmobiliario devolverlas duplicadas o no, dependiendo de si actuaba en nombre o no del vendedor, se discute así de nuevo la posibilidad de que el contrato fuese de mandato, y de hecho por la literalidad del mismo así parecía, pero los actos posteriores le dan carácter de mediación. STS núm. 408/2004 de 20 mayo, (RJ 2004/3529), a pesar de que en todo momento se habla de un

---



Otra de referencias la encontramos en la relación entre la regulación del mandato con respecto a la del arrendamiento de servicios o del arrendamiento de obra. Tal y como hemos comentado ya, la relación de ambas figuras lo que ha provocado a lo largo del paso de los años es una discusión doctrinal para intentar remarca que aspecto es el que distingue con más claridad una de las figuras de la otra, provocando que incluso la doctrina confunda ambas figuras, arrendamiento y mandato. Esta confusión jurídica alcanza su máxima cuando se usa una u otra en función del caso concreto y no de una distinción clara de la naturaleza del mismo. Un ejemplo de ello es la aplicación ante los llamados “profesionales liberales” (abogados, médicos, arquitectos), al realizar las actividades que les son propias, entran en contacto con otros sujetos. Desde el punto de vista jurídico, estas relaciones no se organizan siempre conforme al mismo esquema, sino que pueden encajar en diferentes estructuras jurídicas, que dificultaran el poder determinar cuál es el tipo contractual en el que encajan, pudiendo ser consideradas mandatos, contratos de obra, contratos de arrendamiento de servicios, o incluso contratos mixtos. Para VAQUERO PINTO esta posibilidad ha provocado que parte de la doctrina no dé una respuesta lógica a esta situación. Se ha llegado a concluir que *“la supuesta inadecuación de todas las propuestas realizadas por la doctrina en orden a la delimitación del contrato de mandato, ha llevado a algún autor a afirmar que los tipos contractuales de obra y servicios aparecen contemplados por duplicado en el Código con dos nombres diferentes: mandato y arrendamiento”*<sup>21</sup>.

---

contrato de mediación o corretaje, al dirigirse al agente, el Tribunal habla de “Agente-mandatario” creando así de nuevo confusión sobre la calificación real de la relación existente entre el agente y los vendedores. Esta dualidad tanto de denominación como de reconocimiento jurídico es la que lleva a la doctrina a aceptar la posibilidad de reconocer la relación contractual como de acto de mandato. STS de 16 de octubre de 2007, (RJ 2007/7078).

<sup>21</sup> VAQUERO PINTO, M<sup>a</sup>J. *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*. En Colección de Estudios de Derecho Privado. Dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Ed. Comares, 2004. Pág.184.

---

Es evidente que la falta de una específica y clara definición de los tipos contractuales que permita marcar una línea divisoria entre ellos ha provocado situaciones como las descritas, en las que la solución jurídica ha sido, la de aplicar las normas del contrato de mandato a determinados ámbitos contractuales, y esto no siempre ha sido por falta de regulación del tipo contractual concreto, sino que el motivo principal ha sido siempre el mismo, la falta de una definición clara de la regulación del contrato de mandato en el Código Civil. La regulación del DCFR nos permite ver, a líneas muy generales, que esta solución, se extiende de tal modo en la actualidad, que en su propia regulación prevé que: ante situaciones de confusión ante una figura jurídica cuyo encaje pueda darse tanto en el contrato de mandato como en el de servicios, se le aplicará la normativa del mandato. Aunque en este caso, según la interpretación de DEL POZO, esto es así porque el legislador europeo considera el contrato de arrendamiento de servicios de carácter general, mientras que el contrato de mandato es una especificidad, y sigue las normas generales de que ante una norma específica es de preferente aplicación esta<sup>22</sup>.

Una de las preocupaciones más evidentes, quizás provocada por los continuos conflictos judiciales que al respecto se suscitaban en los Tribunales, es la necesaria clarificación de la distinción entre la figura del arrendamiento de servicios y otras figuras jurídicas de nuestro ordenamiento, como son el contrato de ejecución de obra y el mandato (Respecto a la diferencia con el mandato, esta se centra no tanto en el

---

<sup>22</sup>DEL POZO CARRASCOSA, P. "Parte D. Contrato de Mandato" en VAQUER ALOY, A. BOSCH CAPDEVILA, E., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (Coord.) *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia. Tomo II*. Ed. Atelier. Barcelona. 2012. Pág. 1386. La flexibilidad de la regulación del DCFR puede hacer posible que, en alguna ocasión, una situación de hecho encaje tanto en la regulación de uno como de otro contrato. Pero la norma reconoce como aplicación preferente las normas del mandato como específicas, frente a la generalidad de los servicios. Siendo posible, en un mismo acto, la aplicación de ambas (Ej.: materia de depósito o realización de obra). No admite la aplicación a la inversa, por la dicotomía Ley general Ley especial, así por ejemplo, no son aplicables las reglas del mandato a las actividades reguladas en la Directiva 2004/39/CE.

carácter gratuito o no del servicio<sup>23</sup> si no en eliminar la posibilidad de sustitución de quien lleva a cabo el servicio, para poder considerar que el citado contrato puede quedar o no bajo el régimen jurídico del arrendamiento. Aspecto que si se admite cuando la relación es laboral, tal y como había reconocido algunas Sentencias de los diferentes Tribunales<sup>24</sup>).

## 1.2 El contrato de mandato en la jurisprudencia

Son abundantes las sentencias que giran en torno al contrato de mandato en sí, sobre todo en ámbitos tales como las obligaciones del mandante o mandatario, sobre su calidad de mandato representativo o no, etc.... Nos centraremos en aquellas que nos permitan trabajar en la materia que ahora nos concierne, en el elemento distintivo que nos facilitará la calificación de un acto como contrato de mandato o no.

---

<sup>23</sup> Recordemos que el carácter gratuito o no del contrato de mandato ha sido superado, ya no es un carácter esencial, para gran parte de la doctrina lo único que sucede es que la gratuidad lo convierte en unilateral y la onerosidad en bilateral, pero no deja de ser calificado como un mandato si se encuentran en él el resto de características propias del contrato de mandato. LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones. Vol. 2º. Contratos y Cuasi contratos. Delitos y cuasidelitos*. Ed. Dykinson. Madrid 2005. 3ª edición.

<sup>24</sup> STS, Sala de lo Social, de 20 del 9 de 1995 (RJ 1995/6784) En su FD 3º se menciona la calificación de laboral de la relación, y lo hace no solo en base al criterio de la dependencia sino acudiendo a el criterio de prestación personal del servicio, que para el Tribunal en este caso no existe, ya que es admisible que pueda ser sustituida, dado que su titulación profesional la habilita para poder encontrar el sustituto: *que la facultad confiada a la demandante de designar persona idónea que la sustituyera en vacaciones es consecuencia de su titulación profesional que la capacitaba para hallar quien fuera idóneo*; En la misma línea podemos acudir a las SSTSJ, de Extremadura, sala social, Sentencia, de 9 de abril de 1996( AS 1996/2066), en este caso son tres los facultativos a los que se les permite la elección de su sustituto en periodo vacacional: *pudiendo los demandantes en vacaciones señalar el facultativo que debiera sustituirles*, FD 1º. Sentencia TSJ de Extremadura, Sala de lo Social, Sentencia de 12 de noviembre de 1997 ( AS 1997/4059) FD 2º Se hace mención no solo a la capacidad para determinar el sustituto sino a que sean los mismos médicos ya contratados quienes se sustituyan entre sí, sin que *se desvirtúe la naturaleza laboral de la relación existente “inter partes”*. STSJ de Castilla y León, Valladolid, Sentencia de 31 de mayo de 1994 (AS 1994/ 2219)y STSJ de Catalunya, Sentencia de 19 de mayo de 1994.

---

Tal y como venimos relatando a lo largo de este estudio, también en los Tribunales se discutía sobre el objeto del contrato, Inicialmente la discusión doctrinal y jurisprudencial giraba en torno a la determinación de la causa del contrato, esto es, si el elemento relevante para su determinación era la gratuidad del mismo; o también si su esencia era o no su carácter representativo. Abordado en el apartado anterior, recordar que es precisamente el reconocimiento por la doctrina del carácter representativo del mandato, lo que le hará distinguirse de otras figuras contractuales afines. Porque será ese carácter el que permitirá al mandatario actuar en el objeto del contrato, para una parte de la doctrina, la realización de actos de naturaleza jurídica o que afecten a la esfera jurídica del mandante.

Ciertamente y tal y como venimos observando, el verdadero problema se centraba en distinguir entre el mandato y otros contratos afines que, o bien debían regirse por las normas del mandato, al no disponer estos de regulación, o bien era necesario desvincularlos de la figura contractual del mandato para poder aplicarles otra normativa mucho más apropiada. La cuestión principal radicaba en los criterios de calificación, en la fina línea que delimitaba el mandato de los contratos afines a él. La mayoría de sentencias no definían cuando estaban ante un contrato de mandato, sino que lo que hacían era buscar aquello que determinaba que “no” estábamos ante un contrato de mandato, es decir a través de una definición en negativo, obtenían la calificación jurisprudencial del mandato.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1922, de cita constante entre la doctrina<sup>25</sup>, porque supuso el reconocimiento inicial del contrato de

---

<sup>25</sup> DIEZ-PICAZO, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol.II,pág. 479. Reconoce y separa el contrato de mediación del de mandato, no se le reconoce regulación en el Código Civil, pero nos indica que ha sido subsanada esta laguna por la jurisprudencia. SAMPONS SALGADO, M. *El contrato de corretaje*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1965. Pág.42 “Desde la sentencia de 10 de enero de 1922, el Tribunal Supremo ha mantenido el criterio uniforme de que la intervención de una persona reducida a analizar las gestiones necesarias para poner en relación a otras dos para la celebración de un contratar aquélla en nombre

---

corretaje como independiente, en ella los jueces apreciaron la diferencia entre ambas figuras jurídicas e intentaron marcar unas notas distintivas entre el contrato de corretaje y el de mandato, de modo que los separaron haciendo del primero un contrato independiente de la regulación del mandato, considerándolo un contrato de carácter atípico, *facio ut des*, principal, consensual y bilateral<sup>26</sup>. Pero la distinción no evitó la aparición de conflictos al respecto de la calificación de la relación contractual, dada la diferente aplicación legal si estábamos ante un tipo u otro, pero siempre reconociendo y aceptando la posible aplicación analógica de las normas del mandato<sup>27</sup>, o de otros contratos afines<sup>28</sup>.

Respecto a la separación respecto al contrato de arrendamiento de servicios, la determinación de una distinción con el mandato contribuyó además a poder determinar y clarificar otro de los caracteres relevantes y discutidos de esta figura, la sustitución. La STS de 14 de marzo de 1986<sup>29</sup> y la del 25 de marzo de 1988 (RJ 1988\2429) se centran

---

*propio ni en el de su pretendido comitente... debe calificarse como un contrato innominado, facio ut des...*". CASTÁN TOBEÑAS, J.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Enero de 1922", *Revista de Derecho Privado*, 1923, p. 26.

<sup>26</sup> En la citada sentencia se consideró que La intervención de la mediadora lo era para poner en relación a dos empresas (el asunto era la intermediación en la compra de carbón), a fin de que celebrasen un contrato de compraventa, "*sin contratar en nombre propio ni en el de su pretendido comitente*".

<sup>27</sup> STS de 5 de febrero de 1996 (RJ 1996/1088). FD 2º: "*El documento aceptado por ambas partes, de fecha 12 de junio de 1989, debe calificarse como lo hizo el Juez a quo de corretaje o comisión, no regulado expresamente en leyes civiles, si bien con sustantividad propia, innominado, facio ut des, a quien alcanza la regulación de las obligaciones y los contratos del Código civil y de manera subsidiaria la regulación del contrato de mandato de los artículos 1.709 a 1.739 (Sentencia de 6 de octubre de 1990)*".

<sup>28</sup> SAP de Cádiz de 10 febrero 1999 (AC 1999/4206) "*...habiendo de regirse este contrato por las normas generales de los contratos contenidas en los artículos 1254 y siguientes del Código Civil y por la aplicación analítica de las especiales de los tipos contractuales afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios y la comisión mercantil...*"

<sup>29</sup> STS de 14 marzo 1986, (RJ 1986/1252), FD 1º: "*... sólo puedan ser objeto posible de mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea los que el demandante realizaría normalmente por sí mismo, que pertenecen a la esfera propia de su misma actividad y que nada impide poderlos realizar por medio de otra persona, pues cuando así no es, o lo que es lo mismo cuando se encomienda a otra*"

---

en el criterio de distinción de la sustituibilidad o insustituibilidad en el hacer, de tal manera que habrá mandato en el primer caso y arrendamiento de servicios en el segundo. Pero como hemos comentado ya en el capítulo anterior, el criterio de la sustituibilidad, además de resultar discutible, hemos podido comprobar que ha tenido poco seguimiento en la doctrina, siendo descartado incluso no sólo como único criterio de distinción, sino incluso como propio criterio de distinción del contrato de mandato del de arrendamiento de servicios.

En la Sentencia de 27 de Noviembre de 1992 (RJ 1992\9596), además de distinguir entre ambos contratos, mandato y arrendamiento de servicios, e incidir de nuevo en la doctrina que utilizada por las dos sentencias citadas en el párrafo anterior, se recuerda que *“los criterios de representación, gratuidad, dependencia o subordinación al dóninus y sustituibilidad no tienen virtualidad suficiente”*, es decir, que es necesario valorar el negocio jurídico de un modo independiente para poder calificarlo como una relación de mandato o no, además consideran el carácter de llevar a cabo actos jurídicamente relevantes del mandatario como el objeto del mandato<sup>30</sup>.

---

*persona, la prestación de servicios que normalmente no pueden ser realizados ni son de la propia actividad de la persona que los encomienda a otro, que precisamente necesita acudir a él para que lleve a cabo la actividad que aquél no podía utilizar...”* La misma argumentación la encontramos en las Sentencias: SAP de A Coruña Sentencia núm. 323/2006 de 5 julio, (JUR 2006/220211): *Respecto a su naturaleza jurídica, conforme a reiterada jurisprudencia el criterio de distinción entre mandato y arrendamiento de servicios, radica en que el mandatario actúa no ya sólo por encargo sino, sobre todo, por cuenta de quien le confiere el mismo.* Y de 14 de marzo de 1986 (RJ 1986/ 1252) y la de AP de Las Palmas (Sección 4ª), Sentencia núm. 548/2004 de 1 septiembre. (JUR 2004/305738) o la SAP Girona, núm. 213/2005 de 27 mayo. (JUR 2005/182486) que se expresa sobre las diferencias del mandato con el contrato de arrendamiento de servicios

<sup>30</sup> STS de 27 noviembre 1992 (RJ 1992/9596), FD3º: *“La expresión “prestar algún servicio” contenida en el Art. 1709 del CC es tan vaga e imprecisa que ha originado fuertes discusiones doctrinales y prácticas respecto a la distinción entre mandato y arrendamiento de servicios , de tal manera que, aunque el mandato se encuadre entre los contratos de trabajo por unos y entre los de gestión y cooperación por otros, los criterios de representación, gratuidad, dependencia o subordinación al dóninus y sustituibilidad no tienen virtualidad suficiente diferenciadora para poder ser aplicables en todos los casos y habrá de examinarse el negocio de que se trate en cada supuesto concreto, con la vista puesta siempre en que la regulación legal del mandato se refiere siempre a actos o negocios jurídicos a realizar por el mandatario”*.

### 1.3 El concepto servicios en el derecho laboral: Criterios de distinción del contrato de arrendamiento de servicios del contrato laboral

El artículo 1586 del Código Civil era el único precepto que regulaba la relación laboral por cuenta ajena<sup>31</sup>. Tras la aprobación del Estatuto de los trabajadores<sup>32</sup>, se produjo el evidente abandono de dicha regulación del ámbito del derecho Civil<sup>33</sup>. La excesiva “autonomía de la voluntad”, que suponía el contrato de arrendamiento de servicios, solo controlado por unos pocos artículos<sup>34</sup>, hacía necesaria una intervención directa del Estado y los poderes públicos, dando lugar así a la regulación laboral<sup>35</sup>.

Pero a pesar de la existencia de una regulación laboral, los límites entre el arrendamiento de servicios del artículo 1544 CC y el contrato de trabajo previsto en el Estatuto de los trabajadores, eran en ocasiones muy finos y difíciles de distinguir. El

---

<sup>31</sup> El artículo 1586 del Código Civil era el único precepto que regulaba la relación laboral por cuenta ajena. Debe de tenerse en cuenta que nuestro Código Civil reproducía en su regulación el esquema romano de las relaciones de trabajo, los servicios más cualificados, por ejemplo los abogados, estaban regulados como un mandato, como una prestación de carácter gratuito basada en un deber de obligación de ámbito familiar y el trabajo subordinado era tratado como una *locatio conductio operarum*. RODRIGUEZ GUITÁN, A. M<sup>a</sup>. *El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales*, en Anuario de Derecho Civil, 2001 Abril-Junio; L. II, págs. 681-751.

<sup>32</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Publicado en el BOE de 29 de Marzo de 1995.

<sup>33</sup> A modo de ejemplo de ello vemos la situación prevista en el artículo 1586 del CC, según lo en él descrito no estaba permitido el despido, ni la dimisión del trabajador contratado para un servicio u obra hasta la finalización del mismo, esto contrasta con el contenido del artículo 50.1.d. del ET que sí que permite al trabajador que ponga fin al contrato cumpliendo con los preavisos legalmente previstos y sin necesidad, en principio de indemnización, esta contradicción evidencia la caducidad de la norma civil en lo relativo a este ámbito.

<sup>34</sup> Es preciso entender que la regulación romana no era muy completa debido a las características de la época, en la que los contratos con trabajadores libres no eran frecuentes, dado que los obreros eran, por lo general, esclavos. RODRIGUEZ GUITÁN, A. M<sup>a</sup>. *El desistimiento...*, *Ob. cit.*

<sup>35</sup> ESPUNY TOMÁS, M .J.- GALÁN DURÁN, C. “Ordenación jurídica de las relaciones laborales” en Teoría de las relaciones laborales. Fundamentos. Ed. UOC, 2006.

---

Tribunal Supremo, en un intento de unificar la contradictoria doctrina<sup>36</sup>, buscó una respuesta pero lo único que hizo fue ampliar aquellos criterios de calificación a los que podían recurrir los jueces para distinguir cuando se estaba o no ante un contrato u otro. Los criterios aplicables dependerán en cada momento del caso que aborden los Tribunales, quedando su aplicación siempre al arbitrio y buen juicio del juzgador. De este modo si acudimos a la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Social, de 27 de mayo de 1992<sup>37</sup>, podremos ver como ya en su Fundamento de Derecho tercero reconoce la existencia de una finísima línea que divide el contrato de trabajo de “... otros de naturaleza análoga, como el de ejecución de obra, el de arrendamiento de servicios, el de comisión, etc., regulados por la legislación civil o mercantil, en su caso, no aparece nítida, ni en la doctrina científica y jurisprudencial, ni en la legislación, ni siquiera en la realidad social. Y también el casuismo de la materia, que obliga a atender a las específicas circunstancias de cada caso concreto.”. Se aprecia de manera clara el reconocimiento del Tribunal Supremo de la complicada situación interpretativa que se plantea a la hora de dar respuesta a los conflictos surgidos, ya no solo al tener que discernir sobre el fondo del conflicto sino incluso, para determinar la competencia del Tribunal en base a la calificación inicial del contrato, dado que si es laboral, deberá acudirse a lo social y si es de Arrendamiento de servicios o de obra, a la sala de lo Civil<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. Naturaleza del contrato existente entre Comunidad de Propietarios o Empresas y personal de limpieza. Aranzadi Social vol. IV, pág. 79. BIB 1997/1265. *Sabido es que el tema de las fronteras entre el contrato de trabajo y otros negocios jurídicos colindantes, en particular el arrendamiento de servicios, constituye uno de los que más dudas y litigios genera, precisamente por la imposibilidad de dictar soluciones que posean valor general*

<sup>37</sup> STS de 27 mayo de 1992 (RJ 1992/3678). FD 3º: “*Es imposible desconocer que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza análoga, como el de ejecución de obra, el de arrendamiento de servicios, el de comisión, etc., regulados por la legislación civil o mercantil, en su caso, no aparece nítida, ni en la doctrina científica y jurisprudencial, ni en la legislación, ni siquiera en la realidad social. Y también el casuismo de la materia, que obliga a atender a las específicas circunstancias de cada caso concreto*”.

<sup>38</sup> SSTs de 14 de febrero de 1994 (RJ/1994/1035 y 14 de febrero de 2000 (RJ /2000/2037). STSJ de Navarra de 27 de julio de 2000 (JUR 2000/261281); de Castilla y León (Burgos) de 25 de junio de 2001 (JUR 2001/231194).

---



Los Tribunales también han reconocido el hecho de que el ámbito de libertad de las partes a la hora de elaborar un contrato civil no implica que si estas le conceden una denominación al mismo esta denominación sea la que lo acabe calificando. La realidad es que su calificación final vendrá determinada, no por el nombre que se le otorgue al contrato sino por el conjunto de derechos y obligaciones que en él se pacten o ejerzan<sup>39</sup>.

Tal y como queda plasmada en la jurisprudencia y en la doctrina<sup>40</sup>, se debe tener en cuenta, para determinar la existencia de una relación laboral, la dependencia o subordinación del trabajador respecto al empresario y al poder de organización de este sobre la empresa y sobre su sistema de trabajo. Lo que sucede es que esta afirmación se debe matizar, y aquí es donde, de algún modo, queda abierta la posibilidad a la interpretación<sup>41</sup>. Por contra podremos hablar de arrendamiento de servicios cuando existan dudas razonables sobre la dependencia o cuando el prestador actúe con total autonomía.

No obstante, como queda evidenciado, aunque el carácter de dependencia es relevante, no siempre es definitivo a la hora de la calificación. Los Tribunales, ante las

---

<sup>39</sup> SSTs de 20 de septiembre de 1995 (RJ/ 1995/ 6784); de 20 de julio de 1999 (RJ/1999/6839). En esta misma línea es relevante el Dictamen de julio de 2006. Dictamen elaborado por la Subdirección General de los Servicios Contenciosos de la Abogacía General del Estado, Ponente: Iván Gayerre Conde. En el que se califica jurídicamente la actividad que realiza un abogado, así la conclusión final, en el caso concreto analizado, pero que sería de aplicación analógica a muchos otros, es la de “*concluir que estamos en presencia de un verdadero contrato civil de arrendamiento de servicios*”.

<sup>40</sup> LUCAS FERNANDEZ, F.: “Comentarios a los artículos 1583 a 1603 del Código Civil” en *Comentarios del Código Civil, tomo XX, volumen 2º*, Ed. Edersa, Madrid, 1986. RODRIGUEZ PIÑERO: “La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho de trabajo” en *Revista de Política Social*, número 71, 1966.

<sup>41</sup> No es necesario que el requisito de dependencia sea de aplicación concreta, sino que incluso se reconoce que existe, en determinados casos extremos, cuando parece más que evidente que no. Uno de los supuestos más representativos es el del trabajo que se realiza en el domicilio del prestatario, lejos del poder de dirección del empresario.

---

dudas existentes, suelen acogerse a otros factores. El sueldo, quién lo paga y en qué modo, reafirman de manera relevante el criterio de la dependencia: así sí es el empresario el que abona el servicio y no los clientes que lo reciben, podremos decir que estamos ante un contrato laboral. El horario de trabajo, si se ciñe al previsto en la empresa o si no siendo así, ha sido impuesto o controlado por el empresario, estaremos de nuevo ante un contrato laboral.

Pero la Jurisprudencia nos aporta otros factores<sup>42</sup> que ayudan a dirigir la calificación hacia el arrendamiento de servicios. Un ejemplo de ello es la asunción del riesgo, si lo asume quien presta el servicio, será arrendamiento; si la sustitución del prestador es posible, siendo él quien toma además la decisión de esta sustitución, también lo será, etc..... Todos estos criterios, que en el fondo giran alrededor del de dependencia, lo único que hacen es colaborar en la determinación sobre la existencia o no de un arrendamiento de servicios.

#### **1.4 Existencia o no de un símil con el contrato de obra**

Distinguir entre el contrato de obra y el de servicios fue uno de los primeros conflictos con los que se encontró la doctrina, el hecho que el legislador incluyese su definición conjunta en un único artículo ha provocado que las posibles líneas divisorias entre uno y otro fuesen de inicio muy finas e incluso, confusas.

---

<sup>42</sup> SSTSJ de Cantabria, sala de lo social de 7 de julio de 1997 (AS/1997/3487), En su FD 2º se reconoce que "... y dada la dificultad para distinguir ambas figuras jurídicas, la jurisprudencia ha sentado la línea divisoria, en lo que doctrinalmente se denomina nota o criterio de dependencia; de forma que era o no laboral la relación de servicios si concurre dicha nota, la cual se manifiesta no sólo a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar o modo de realización de trabajo, sino también en otros posibles aspectos de la ejecución del trabajo, que están en función del tipo de servicios prestados en cada caso. De forma que no concurre la nota de dependencia si los servicios prestados consisten en la práctica de tasaciones sin sujeción a jornada ni a horario, realizando el trabajo con plena libertad..." Queda así evidente que la incardinación de múltiples factores en la calificación contractual es posible, de este modo se ayuda a sustentar el criterio de la dependencia.

---

Los Tribunales se han visto volcados a realizar una distinción entre ambos contratos, manejando una serie de criterios<sup>43</sup>. El criterio predominante es el que incide en la distinción sobre el objeto del contrato, medio o resultado. Distinción que nos permite saber si estamos ante la realización de un servicio, porque no debemos tener en cuenta el resultado final de lo contratado, si no el medio, de tal manera que estaríamos ante un contrato de arrendamiento de servicios. Pero si por el contrario, el objeto es el resultado final, la obra ejecutada, sin valorar excesivamente el modo en que se llega a él, al resultado, estaríamos ante un contrato de arrendamiento de obra. Pero esta solución generalista también tenía una fisura, se cometió un error de carácter general al vincular el objeto del contrato con la persona que iba a llevar a cabo el encargo, calificarlo en función del profesional que prestase el servicio o ejecutase la obra<sup>44</sup>, sin tener en cuenta el servicio o la obra en sí.

Pero además en el ámbito del arrendamiento de obra, hay autores que consideran que cuando se habla de “obra”, debe distinguirse entre dos clases, distinguir de manera clara entre la obra material, que pertenecería de inicio al contrato de obra (el ámbito temporal es un criterio al que nos acogemos, dado el necesario estudio de cada situación para llevar a cabo una calificación final) y la obra inmaterial, que necesita ser

---

<sup>43</sup> Entre los criterios que se han tenido más en cuenta hayamos el ya mencionado de la distinción entre la actividad realizada y el resultado y otros como la remuneración, se considera que el precio del servicio se calcula en función de la duración del servicio mientras que el contrato de obra requiere de un precio según la obra en sí; otro criterio que se tenía en cuenta es el criterio de dependencia de quien llevaba a cabo la prestación, si existía estábamos ante un servicio si era más independiente la relación ante un contrato de obra. Estos criterios han sido calificados como secundarios por la doctrina. PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo II, Vol. II, Contratos en particular, Ed. Bosch, Barcelona 1982, págs. 349 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de derecho civil II, Derechos de obligaciones*. Vol. 2º, 3ª Edición. Ed. Dykinson, Madrid, 2005

<sup>44</sup>. Véanse las STS de 3 de noviembre de 1983 (RJ 1983/5953) Considerando.2º; de 24 de septiembre de 1984 (RJ 1984/4303) que en su Considerando 3º expone la doctrina ya afirmada por el TS. Y por mencionar la jurisprudencia de algún tribunal de menor, la de las AP de Málaga, sección 6ª de 17 de noviembre de 1998 (AC 1998/8927) y de 27 de septiembre de 1999 (AC 1999/8634) en su FD 1º.

---

reconducía al ámbito normativo del contrato de arrendamiento de servicios. Esta doctrina ha llegado incluso a considerar el arrendamiento de obra como una especialidad del que denominan regulación general, y que viene a estar reflejado en el arrendamiento de servicios, a pesar de su desarrollo normativo tan escaso<sup>45</sup>.

Pero esta distinción particular, que se pretende utilizar para llevar a cabo la diferenciación dentro del concepto “obra”, no omite la posibilidad de aplicar, al mismo tiempo, el criterio más utilizado en la práctica, el que distingue entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, con lo que estaríamos aplicando dos criterios distintos a un mismo contrato. Pero el problema de esta duplicidad de aplicaciones es que podría llegar a provocar una serie de contradicciones ya que la delimitación de una clase u otra de arrendamiento en base a la materialidad o inmaterialidad, podría desvirtuar la calificación real en base a si se llega al objeto (ya sea material o no), importando éste, o si lo relevante debe ser, por el contrario, el camino, los medios, que a él nos llevan.

Parece evidente que a pesar de los esfuerzos de la doctrina de crear una distinción clara, deberemos estar a la interpretación que se pueda hacer, de cada caso concreto, para ubicarlo en uno u otro tipo contractual. Ello nos invita a afirmar que ambos contratos tienen una raíz común que se desmiembra al llegar al punto de la determinación del objeto contractual y que podría aplicarse tanto un contrato como al otro.

---

<sup>45</sup> VAQUERO PINTO, M<sup>a</sup>J. *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*. Ed. Comares, 2004, pág.63 y ss.” Pensamos que es posible y conveniente justificar la especialidad del arrendamiento de obra frente al arrendamiento de servicios, o lo que es lo mismo, el carácter general de este último”.

---

### **1.5 La aplicación analógica de las normas reguladoras del mandato en los contratos de arrendamiento de servicios**

Es necesario clarificar que el encabezamiento de este apartado viene determinado por la existencia de dos corrientes doctrinales sobre la aplicación de las normas del mandato, sobre todo en lo relativo a la prestación de servicios de los profesionales liberales, una de ellas es la que de algún modo aporta una parte del título de nuestro apartado (aplicación analógica de las normas) y otra aquella que considera que los llamados “profesionales liberales” deben estar regulados, necesariamente, por las normas del mandato.

Un ejemplo de aplicación analógica la encontraríamos en la figura jurídica del desistimiento. La base del contrato de mandato es la confianza, esto es, se trata de un contrato *intuitu personae*, en el que, tal y como se configuró, se tiene en cuenta la confianza del mandante en el mandatario a la hora de escogerlo para que lleve a cabo el encargo. El contrato de arrendamiento de servicios también tiene de base, y así lo ha reconocido la jurisprudencia, un carácter *intuitu personae*, y esto es lo que nos permite pensar que la aplicación analógica de la figura del desistimiento (renuncia del mandatario o revocación del mandante) es posible. Pero existe una posición contraria<sup>46</sup> que argumenta que hoy en día las relaciones del mercado han variado y que no se vincula la realización del acto a la persona sino a la marca o entidad, lo que le hace perder ese carácter *intuitu personae*, ya que en la contratación no solo de servicios, sino incluso, la que podríamos considerar más personal, la de un abogado, médico o arquitecto, se hace en centros donde hay más de un asociado y que la atención recibida, puede variar a lo largo del proceso de contratación.

---

<sup>46</sup> ATAZ LOPEZ *Los médicos y la responsabilidad civil*. Ed. Montecorvo, Madrid; en RODRIGUEZ GUITIÁN, A. M<sup>a</sup>. “El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales”, pág. 697 *Anuario de derecho civil*, 2001 Abril- Junio.1999.

---

Conviene destacar que precisamente la relación entre ambos contratos ha provocado una mayor controversia que la descrita *supra* entre arrendamiento de servicio y el de obra, esta está ubicada en un mismo capítulo del Código, *el arrendamiento de obras y servicios*; mientras que la que ahora tratamos está en ámbitos separados ampliamente por el legislador, pero solo en el cuerpo normativo, que no en su *cuerpo gramatical*, ambos artículos recogen la expresión “*prestación de un servicio*”, motivo este que ha permitido a la doctrina considerar que la separación entre ambos tipos contractuales, *ofrece a nuestro derecho positivo dificultades insuperables*<sup>47</sup>.

Del mismo modo que para distinguirlo del contrato de arrendamiento de obra, doctrina y jurisprudencia ha buscado siempre aquellos criterios de separación entre el mandato y el arrendamiento de servicios, a modo de determinar la distinción de ambas figuras jurídicas. Algunos de los criterios han sido extraídos directamente de la

---

<sup>47</sup> GARCIA VALDECASAS, G. “La esencia del mandato” Revista de Derecho Privado, Madrid 1944, pág. 770 y ss. ALONSO PEREZ, M<sup>a</sup>. T. *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*. Ed. Bosch. 2005. Notas preliminares: “C. El carácter intelectual. Entiendo que todas las prestaciones de servicios, en cuanto constituyen una actividad humana, tienen un aspecto material y otro intelectual (.../...) Tradicionalmente, se ha considerado que aquellas prestaciones de servicios para las para las cuales era necesario contar con una formación técnica más importante.” *Para entender mejor esta situación, deberíamos remontarnos al derecho romano y al hecho de que los llamados trabajos intelectuales fuesen calificados como una profesión honorable que no podía estar relacionada de ningún modo con la idea del lucro, en el imperio romano el trabajo manual estaba desarrollado por los esclavos, así que no era posible calificar como trabajo otro tipo de actos y mucho menos celebrar contrato sobre ellos. Este hecho provocó que este tipo de tareas no estuviesen reguladas por la locatio, en ninguna de sus formas, y sí bajo el manto normativo del mandato y su idea de gratuidad. En el último periodo del derecho romano, se comenzó reconocer el pago de los servicios prestados por intelectuales, pero este pago se hacía a través de lo que denominaban honorarios, como reconocimiento a su honor y no por el trabajo o servicio realizado: de este modo se distinguía la gratificación, del pago de los trabajos manuales o de inferior rango, por lo que en el fondo no se estaba pagando si no gratificando*”. Es por ello que la actividad desarrollada por los *intelectuales* estaba bajo la regulación del mandato. Es quizás esta rememora histórica lo que provocó que el legislador separase ambos tipos contractuales de manera física en el Código, pero que a pesar de ello y de algún modo parecen tan cercanos en parte debido a su redacción.

redacción del Código Civil<sup>48</sup>, de manera que puede decirse que son más conformes con lo previsto en la literalidad del articulado, y otros han sido creados doctrinalmente<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> La sustitución, arts. 1721 y 1722 CC: evidencian que el mandatario actúa en sustitución del mandante, lleva a cabo un acto, que él podría realizar, en su nombre. El criterio de la sustitución o sustituibilidad ha sido propugnado por la doctrina. GARCÍA VALDECASAS, “La esencia del mandato”, en Revista de Derecho Privado, 1944, págs. 769 y ss. “*Para saber si es mandato habrá de averiguarse si la causa del contrato radica en que quién recibe el encargo obre en sustitución de quién lo confiere*”; LUCAS FERNANDEZ, F. Artículo 1544 en *Comentarios al Código Civil*. Directores ALBALADEJO GARCIA, M. Y DIEZ ALABART, S. TOMO XX, Vol. 1ºA: Artículos 1542 a 1553 del Código Civil, 1997, Ed. Edersa 1982-2008, visto en V-LEX; y VAQUERO PINTO, M.J *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*” Ed. Comares. Granada. 2004, Quien tras analizar los criterios a los que se ha acogido la doctrina para diferenciar ambas figuras jurídicas, la autora toma el de la sustitución como más relevante) criterio también acogido por el Tribunal Supremo y tribunales menores (STS de 14 de marzo de 1986, FD1º: “... *porque superando apreciaciones históricas y doctrinales producidas en orden a la distinción del mandato con el arrendamiento de servicios, es básico para distinguirlos el criterio de la sustituibilidad, no confundible con el de la representación, de tal manera que sólo puedan ser objeto posible de mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea los que el demandante realizaría normalmente por sí mismos, que pertenecen a la esfera propia de su misma actividad y que nada impide realizarlos por medio de otra persona...*” y más recientemente SAP de la Coruña ( JUR 2006/220211) que en su FD 1º y haciendo referencia a la STS de 14 de marzo de 1986 dice que “ al estimar que si a la ajenidad y al carácter inequívocamente jurídico del negocio gestor se une el obrar por cuenta ajena aún dentro de unos límites de autonomía e iniciativa, la relación contractual será de mandato, siendo básico para la distinción del mandato con el arrendamiento de servicios, el criterio de la sustituibilidad, no confundible con el de la representación, de tal manera que sólo puedan ser objeto posible de mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea, que el mandante realizaría por sí mismo...”. Pero el criterio de la sustitución también tiene detractores, para VAQUERO PINTO MJ. “El arrendamiento de...”, *Ob. cit.*, pág. 222 “*La objeción que puede plantearse al criterio de la sustitución es la generalidad con que se formula el mismo, porque la sustitución entendida como actuación en lugar de otro, que no puede o no quiere realizar actos que normalmente realizaría en persona, es una finalidad perseguida por todos los contratos de servicios en que no se precisa una cualificación técnica o intelectual*”, del mismo modo DE LA CAMARA ALVARES, M. *La revocación del mandato y del poder* opina que dar al mandato como nota característica la sustitución podría llevar a confusión porque “ *si bien es cierto que en todo mandato hay sustitución, la recíproca no es igualmente cierta*”; Otros criterios que se ajustan al Código civil es el considerar como objeto del mandato la gestión de negocios, 1709 CC, por ello dentro de este criterio principal se pueden encabar otros como el del rendimiento de cuentas, la restitución de los beneficios obtenidos con la gestión y la posible provisión de fondos en caso de ser necesaria.

<sup>49</sup>Son variados los criterios usados, deberíamos recalcar el de la gratuidad, que tiene su origen en el mandato romano, pero es un criterio que no puede ser aplicado con claridad porque se admite el mandato retribuido (Art. 1711 CC), que califica el mandato de gratuito “ *a falta de pacto en contrario*”; el criterio de la representación, pero vista como una actuación “en nombre de otro”; El de la naturaleza jurídica de la actividad debida, este criterio es de muy débil sustentación, a pesar de ello podemos observar que figuras de gran renombre en el Derecho Civil, como ALBALADEJO GARCIA, M. *Derecho Civil II...*, *Ob. cit.* o DÍEZ-PICAZO *Sistema de derecho Civil II...*, *Ob. cit.*, pág. 475), la usan para distinguir ambos contratos, y ello porque considera que el mandato es utilizado para llevar a cabo la celebración de actos jurídicos, ALBALADEJO, concretamente, considera que: “*el objeto del mandato es la celebración*

Parece pues evidente que la falta de un régimen jurídico suficientemente amplio del arrendamiento de servicios permite la aplicación de las normas del mandato a través de la aplicación analógica de las normas, aplicación reconocida en el artículo 4.1 de nuestro Código Civil, pero con la complejidad de la dualidad que presenta el contrato de mandato, en cuanto este puede ser calificado tanto como un contrato de tipo oneroso o gratuito.

Como última y más clara evidencia de la aplicación analógica de las norma, debemos acudir al DCFR, tal y como venimos diciendo, la regulación que el legislador comunitario hace de los contratos de arrendamiento de servicios y de mandato, todo y estar en dos partes claramente diferenciadas<sup>50</sup>, y no perteneciendo, aparentemente, ninguno de ellos al otro, es decir siendo alguno de ellos una tipología del otro. Sí podemos reconocer entre ambos nexos en común, estos nexos son los que han obligado al legislador a aclarar de manera expresa la aplicación directa o suplementaria de unas normas sobre otras, de manera que, según lo previsto en el art. IV.D-1:101<sup>51</sup>, a aquellos

---

*de actos jurídicos y por ello se diferencia claramente del arrendamiento de servicios... en el que el arrendador se obliga a la realización de un trabajo material o intelectual...el obrero o el empleado trabajan para quien los contrató; el mandatario obra jurídicamente por cuenta del mandante” pero esta afirmación no debe hacernos obviar la literalidad del artículo 1709 CC. “... prestar algún servicio o hacer alguna cosa”, lo que nos permite hablar de un concepto mucho más amplio y no limitado a simples actos jurídicos; Un criterio basado en la persona del intermediario o mandatario es el de la independencia del mandatario, pero este criterio dista mucho de servir de referente dado que aquel que lleva a cabo un servicio a través del arrendamiento de servicios no está sometido tampoco a órdenes, de hecho esa característica es una de las que le hace pasar a ser calificado o no como contrato laboral. Por último mencionar el criterio de la gestión de intereses frente a terceros, PUIG BRUTAU, J. *Compendio de derecho Civil 2. Derecho de obligación. Contratos y Cuasicontratos. Obligaciones de actos ilícitos*. Capítulo: Contratos de mandato y de prestación de servicios Ed. Bosch 3ª. edición 1997, considera que la relación de mandato aparece con una estructura triangular, mandante, mandatario y terceros, con los que negocia el mandatario, mientras que el arrendamiento de servicios es solo un contrato inter-partes, servicio a cambio de remuneración determinada.*

<sup>50</sup> El contrato de arrendamiento de servicios está regulado en el Libro IV parte C y el contrato de mandato en mismo libro, Libro IV pero en la parte D.

<sup>51</sup> Art. IV.D-1:101: (5) *Los contratos a los que se aplica tanto esta Parte como la Parte C (Servicios) se rigen principalmente por lo establecido en esta fecha.*



contratos a los que les sea aplicable tanto esta parte del Libro IV como la parte relativa a los contratos de servicios, parte C, les será de aplicación las normas previstas para el contrato de mandato. La redacción del artículo no permite hablar de un modo directo de una aplicación analógica de las normas, pero si su interpretación, dado que si para los contratos que exista la doble posibilidad de aplicación normativa, el legislador escoge la opción del mandato, es posible entender que para aquellos aspectos no previstos en el contrato de arrendamiento de servicios, le sea de aplicación analógica, si sí está previsto en él, las del contrato de mandato.

## 2 EL CONTRATO DE MANDATO: SU CONSIDERACIÓN COMO ORIGEN DE LA INTERMEDIACIÓN

La figura jurídica del mandato se ha mantenido vigente a lo largo de los tiempos desde su nacimiento, reconocimiento y regulación en el Derecho romano<sup>52</sup>, a pesar de que hay quienes confirman de su existencia anterior<sup>53</sup>, sin apenas modificaciones sustanciales. La única discusión existente sobre este tipo contractual y con la suficiente relevancia como para valorarla, versaba entorno a su carácter gratuito o no. Ya que se daba la circunstancia de que, en sus inicios, se llevaba cabo, en pos de la amistad existente entre las partes contratantes, pero tras la aparición del Código Napoleónico,

---

<sup>52</sup> “En Derecho romano el mandato aparece en el ámbito del *ius pentium*, desarrollándose intensamente a partir del siglo II a. C.”. LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de derecho Civil II, Derechos de Obligaciones, volumen segundo. Contratos y cuasicontratos*. 3ª. edición. Ed. Dykinson. Madrid. 2005. Pág.208. “Procedente del Derecho romano, se entendió durante siglos que su esencia era la gratuidad” O’CALLAGHAN, X. “Contrato de mandato. Concepto y clases” *Compendio de Derecho Civil. Tomo 2(Obligaciones y Contratos)* Vol. 2. Ed. Edersa. 2004.

<sup>53</sup> Su origen tal y como lo conocemos se remonta al derecho romano, pero para algunos autores debemos buscar mucho más allá en el tiempo, para encontrar el origen del contrato de mandato, así cita, por ejemplo, SAMPONS, “aunque el Código de Hammurabi, por ejemplo, no contenga ninguna disposición sobre él, cartas de negocios demuestran que en Caldea se conoció el mandato con los caracteres que reviste en el Derecho moderno. En Egipto, el mandato judicial tuvo una considerable importancia y en Grecia se encuentran ejemplos explícitos de mandato...” SAMPONS SALGADO, M. *El Mandato*. Ed. Anfora. Barcelona, 1964. Pág.6.

---

este elemento se convierte en no esencial de la característica del mandato, admitiéndose, si así está previsto, el mandato remunerado<sup>54</sup>. El resto de sus elementos se han mantenido prácticamente inalterados y tan solo discusiones doctrinales sobre su interpretación, han modificado, a lo largo de los tiempos, su posible aplicación práctica, pero no así su contenido, que es, según DIEZ-PICAZO, en esencia el mismo, esto es, un contrato de carácter consensual, bilateral, o unilateral, dependiendo de su gratuidad o no (si el mandante no debe abonar cantidad alguna por el mandato, tan solo el mandatario tendrá obligaciones sobre este, de inicio) y nominado<sup>55</sup>.

Estas mismas características son las que lo diferencian del resto y son además las que nos permitirán diseñar el régimen jurídico de la intermediación, que parece que dista actualmente del contrato de mandato en uno de sus elementos esenciales, que es en su objeto. Siendo el objeto de la relación uno de los principales elementos, podría considerarse que mandato e intermediación no son compatibles porque el objeto esencia actual del contrato de mandato, es aquel por el cual el mandatario actuará solo en la esfera jurídica del mandante. Pero a lo largo de estas líneas desgranaremos la certeza o no de esta afirmación.

---

<sup>54</sup> Ya en el proyecto del Código Civil de 1851 se reconocía, por influencia del *Code*, la gratuidad del mandato; “*Se mantienen la gratuidad como característica esencial, de no mantenerse degenera en uno de arriendo de los innominados*” GARCIA GOYENA *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, Zaragoza, 1974, p. 838. Para LACRUZ, “*el mandato evoluciona, por un lado la figura de la gratuidad influenciada por la Revolución francesa, que pasa a ser carácter natural, pudiendo ser retribuido si las partes lo quieren*”, LACRUZ BERDEJO, J.L. (Dir.) *Derecho de obligaciones Vol. 1º Parte general. Teoría general del contrato*. Segunda Edición. Revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández. Dykinson, Madrid 2000. Pág. 210

<sup>55</sup> DIEZ-PICAZO, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II... Pág. 475. Para LACRUZ, *estamos ante un “mecanismo de cooperación entre dos personas jurídicamente relevante para el mandante y ajena al mandatario, gratuita, y por ende unilateral, u onerosa y bilateral, un contrato basado en la confianza, intuitu personae*”. LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de derecho Civil II, Derecho....* Pág.212.

---

## 2.1 La ambigüedad del art. 1709 del Código Civil

En la actualidad encontramos la definición del contrato de mandato en el Código Civil, concretamente en el artículo 1709: “*por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra*”. Es unánime la opinión de toda la doctrina sobre la vaguedad del artículo y de que su lectura nos permite, sin otro conocimiento, confundirlo con otros contratos, de un modo más concreto con el de arrendamiento de servicios<sup>56</sup>. Es por ello, y por la constante aplicación “analógica”, a las normas de una u otra figura jurídica, que surge la dificultad para decidir sobre el origen de la naturaleza de la intermediación, si proviene del mandato o del contrato de arrendamiento de servicios. Es más, la mayoría de la doctrina ha calificado la redacción del art. 1709 CC como demasiado ambigua y vacía de contenido, aspecto este que permite o provoca, su confusión con cualquier otro tipo contractual<sup>57</sup>.

Para GETE, la determinación del tipo contractual requiere inicialmente, del reconocimiento tanto de una estructura como de una función específica que lo distinga

---

<sup>56</sup>Esta duda surge porque en el Artículo 1544 del CC el legislador definió el contrato de arrendamiento de obra y servicios, definición que se asemeja extremadamente a la del contrato de mandato. “*En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto*”. LEON ALONSO, J.R *Comentarios al Código Civil. Tomo XXI, Vol. 2º: Artículos 1709 a 1739 del Código Civil*. Ed. Edersa. Madrid. 1986: “.../... no son ciertamente, fáciles de trazar los perfiles distintivos de dos contratos cuyo objeto y materia principales son los servicios que se prestan a la persona que los encarga”. Para SANPONS “*El Código civil define vagamente el contrato de mandato, ya que la expresión prestar algún servicio o hacer alguna cosa, no contrapone la diferencia que existe entre él y el arrendamiento de servicios o de obra con exactitud*”. SAMPONS SALGADO, M. *El Mandato*. Ed. Ánfora. Barcelona.1964. Pág.14.

<sup>57</sup> Entre otros O’CALLAGHAN, X. *Contrato de mandato. Concepto y clases. Compendio....* LACRUZ, lo considera “*vago e inconcreto, en el sentido que no permite determinar con cierta precisión o seguridad cual sea la esencia de dicho contrato ni el objeto del mismo*”. LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de derecho Civil II, Derechos de Obligaciones* Vol. 2º. Ed. Dykinson. 3ª. edición, Revisada por RIVERO HERNANDEZ, F. Madrid 2005. Pág.208.

---

del resto de contratos particulares<sup>58</sup>, en este caso concreto, el del contrato de mandato. Uno de los elementos de distinción de su estructura ha sido erróneamente considerado la gratuidad<sup>59</sup>, si bien ya no lo es en la actualidad. La discusión inicial sobre su calidad de contrato oneroso o gratuito, ha sido superada tanto por la doctrina, que la ha hecho evolucionar<sup>60</sup>, como por la propia regulación del mandato, que prevé la posibilidad de que este sea retribuido; Es por todo ello que hemos tenido que acudir al estudio de otros aspectos del contrato, para encontrar su elemento de distinción, y entre ellos seleccionar el más relevante.

De la simple lectura literal de la definición del contrato de mandato no podemos obtener un elemento de distinción claro, por ello una gran parte de la doctrina, haciendo una interpretación conjunta de los artículos del Código, ha considerado que el elemento determinante del contrato de mandato es la actividad jurídica<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> GETE-ALONSO Y CALERO, M<sup>a</sup>. del C. *Estudios sobre el contrato*. Ed. Atelier Civil. 2008. Págs. 76 y ss. *Una vez determinado el tipo básico (el contrato) procede deslindar entre los elementos que lo definen y establecen los límites que permiten su identificación y la finalidad asignada. Lo primero. Composición, estructura, lo segundo, la función.*

<sup>59</sup>En un primer momento, en derecho romano, el contrato de mandato tiene como esencia principal, que lo distingue de los demás, la gratuidad. Pero la aceptación del mandato retribuido modificó esta idea inicial, así el Código Civil Napoleónico redirigió esta concepción hacia la de la representación, llegando incluso a confundir ambas figuras.

<sup>60</sup> Respecto a la gratuita y al margen de lo ya expuesto, nos parece oportuno recalcar que fue un elemento utilizado por algunos autores para distinguir el contrato de mandato de otros contratos, no solo de contratos civiles, sino que incluso de alguno de carácter mercantil. Consideraban que entre la comisión y el mandato, existían una serie de diferencias, la primera de ellas que el mandato era de carácter gratuito mientras que la comisión era necesariamente onerosa. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y REUS GARCÍA J. *Comentarios al Código de Comercio, arreglado a la reforma de 6 de diciembre de 1868*. 5ª edición. Impr. de la Revista de legislación. Madrid. 1869. Págs. 91 y ss. *“Hay, sin embargo, algunas diferencias importantes entre la comisión o mandato mercantil y el mandato de derecho común. Las principales son: 1º. Que el mandato es gratuito y la comisión por el contrario es retribuida...”*.

<sup>61</sup> Precisa LACRUZ, al definirlo que *“no es necesario que consista precisamente en la realización de negocios jurídicos: basta que la actuación tenga transcendencia jurídica en la esfera del mandante”*. LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de derecho Civil II, Derechos....* Pág.210. ALBALDEJO ha sido un constante defensor de que lo que diferencia el mandato de otros contratos es la celebración de actos jurídicos, en sus palabras es *“un acto jurídico por cuenta de otro”*. ALBALDEJO GARCIA, M. *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones* Ed. Edisofer. 12ª edición. Madrid 2004. Pág. 778. Otros autores lo

---

Pero este conflicto relativo a cuál es el elemento que distingue al mandato del resto de contratos, no tiene como único marco nuestra legislación sino que, la evolución de la regulación del contrato de mandato en otros Códigos Europeos también varía; así en el BGB (Art. 662)<sup>62</sup> la esencia del mandato es su carácter gratuito, y el legislador ubica la regulación de lo que nosotros consideraríamos un mandato retribuido, bajo la cobertura legal del arrendamiento de servicios. En el CC suizo en el Libro quinto, del Derecho de las obligaciones, se admite sin embargo la posibilidad de retribuir al mandatario, (Art.394)<sup>63</sup>, pero esto es así porque en la regulación suiza no existe un contrato de arrendamiento de servicios que permita distinguir una y otra figura en función de la gratuidad o no del acto, por lo que ambas opciones quedan aglutinadas bajo una misma figura jurídica. Pero lo que sí recogen ambos códigos, alemán y suizo, es una figura distinta del mandato, y sobre la base de reconocer como figura independiente, uno de los elementos que otras legislaciones al igual que la nuestra, consideran elemento esencial del mandato: la representación<sup>64</sup>. En el Codice Italiano de 1942, en su artículo 1.703 y ss.<sup>65</sup> se recoge la misma formulación que en el Código español, considerar la esencia del contrato los *actos jurídicos*, plasmando esa idea por escrito el legislador en el propio artículo.

---

consideran “*unagestión de los asuntos del mandante*”. LÓPEZ, A. MONTÉS, VL y ROCA, E. *Derecho Civil, Derechos de obligaciones y contratos*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2001 Pág. 477.

<sup>62</sup> Art.662 BGB: *Contenido del mandato: Por la aceptación de un mandato el mandatario se obliga gratuitamente a gestionar un asunto para el mandante que éste le ha confiado*. Traducción de EIRANOVA ENCINAS, E. *Código Civil Alemán Comentado*, Ed. Marcial Pons, 1998.

<sup>63</sup> Art.294.A. *Définition. 1 Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis. 2 Les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats. 3 Une rémunération est due au mandataire si la convention ou l'usage lui en assure une.*

<sup>64</sup> En el Código Suizo, está regulada en el artículo 32, separadamente de la regulación del mandato, y en el BGB lo encontraremos en el Art. 164.

<sup>65</sup> Art. 1703 *Nozione: Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra.*

---

## 2.2 El objeto del contrato de mandato. La actividad del mandatario

Hablar de objeto del contrato nos lleva a tener en cuenta tanto la exigencia del Art. 1261 CC que debe ser *cierto y materia del contrato*, como la generalidad expresada en los Arts. 1271 y siguientes, sobre la capacidad de ser objeto tanto las cosas como los servicios, que sean lícitos (que estén dentro del comercio de los hombres y que no sean contrarios a las leyes y a las buenas costumbres), que sean en definitiva, posibles lícitos y determinables.

Es evidente que en el caso concreto del mandato, al hablar de su objeto no lo estamos haciendo sobre una “cosa”, sino que será la actividad que lleve, o deba llevar a cabo, el mandatario la que se instituirá en objeto del contrato<sup>66</sup>, concretamente CASTAN TOBEÑAS, consideraba que el objeto del contrato era la obligación en sí, y de un modo generalizado consideraba que como las cosas y los servicios prestados eran la materia objeto de la obligación, eran estas su objeto<sup>67</sup>.

La concreción de cual es con exactitud el objeto del contrato de mandato no ha sido una materia libre de discusiones, ni de posiciones doctrinales sino contrarias, si mas no con determinados aspectos diferenciadores. Estos aspectos adquieren relevancia en materia de calificar el contrato de mandato como la solución perfecta para determinar la

---

<sup>66</sup>La actividad del mandatario, como objeto que constituye de la relación de mandato...LEÓN ALONSO, J.R. “Artículo 1709” en *Comentarios al Código Civil. Tomo XXI, Vol.2º: Artículos 1709 a 1739 del Código Civil*. Ed. Edersa. Madrid. 1986.

<sup>67</sup> “Objeto inmediato del contrato es, en realidad, la obligación que por él se constituye; pero como ésta, a su vez, tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, se llama ordinariamente objeto del contrato a las cosas o servicios que son materia, respectivamente, de las obligaciones de dar o hacer”. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, común y Foral*. Tomo 3º. *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*. 13ª edición. Ed. Reus. Madrid. 1983. Pág. 529-530.

---

naturaleza jurídica del contrato de intermediación, ya que alguna de las opciones presentadas por la doctrina provoca la inaplicabilidad de la normativa.

Acudiendo, entre otros, a ALBALADEJO<sup>68</sup>, podemos comprobar como al describir el objeto del mandato, primero desgrana el concepto en sí para a continuación distinguir dentro del propio mandato, un alcance general, o mejor dicho concebido en términos generales o especiales sobre la totalidad de los bienes o asuntos del mandante o sobre uno o unos concretos. Pero, a pesar de distinguir una variedad de opciones, lo que afirma rotundamente es que el objeto del mandato es siempre la celebración de “actos jurídicos”, dado que en aplicación de un criterio objetivo, no hay posibilidad de que los actos que realice el mandatario queden fuera de la actividad jurídica del mandante. Delimitado de este modo el campo de actuación del contrato de mandato, podríamos llegar a admitir que alguna de las actuaciones que realizan los intermediarios no quedarían bajo la cobertura jurídica del mandato y tendrían que buscar otra ubicación. Para dar una solución a estas situaciones prácticas que derivarían en contratos atípicos, ALBALADEJO acoge la posibilidad de que, siempre por voluntad de las partes, pueda ser considerarlo como mandato atípico, que dado que como tal no está regulado, podría quedar acogido, en aquello que se asemejase, por las normas del mandato<sup>69</sup>.

Pero la complejidad de la calificación real del objeto del contrato lleva a que algún autor como LACRUZ consideren que no puede determinarse de un modo específico

---

<sup>68</sup>ALBALADEJO GARCIA, M. *Derecho Civil II Derecho de obligaciones. Vol. Segundo...*, Ob. cit., pág.311 a 313.

<sup>69</sup>ALBALADEJO GARCIA, M. *Derecho Civil II Derecho de obligaciones. Vol. Segundo...*, Ob. Cit., pág.312: “El excluir la posibilidad de ser objeto de mandato-contrato típico- la gestión de asuntos que no tenga lugar mediante la realización de actos jurídicos, no origina ningún inconveniente práctico, pues puede ser objeto de contrato atípico, que, si la voluntad de las partes desea que sea como el mandato típico, podría llamarse mandato atípico: al que serían de aplicación, por analogía las normas de aquel”.

---

dado que la definición que ofrece el art. 1709 CC de él, es *vago e impreciso*<sup>70</sup>, de manera que para determinarlo hace uso de una serie de caracteres que lo identificarán, caracteres que extrae tanto de su definición como de su regulación, así lo considera: un mecanismo de colaboración<sup>71</sup>, jurídicamente relevante, ajeno al mandatario e *intuitu personae* (hace referencia también a la gratuidad como carácter distintivo, pero sin obviar que también puede ser oneroso). LACRUZ justifica cada uno de los caracteres, dos de ellos son los que de un modo más relevante nos interesan, la colaboración y los actos jurídicamente relevantes. La característica de la colaboración, tal y como nos la describe, como un mecanismo de sustitución, supondría, como ya hemos comentado, que quedarían fuera del campo de actuación del mandato aquellos actos que, por su complejidad o desconocimiento de materia, no hubiesen podido ser realizados por el mandante aunque para LACRUZ es un criterio que permite deslindar de un modo más efectivo mandato y arrendamiento de servicios, dado que la sustituibilidad es un criterio que difícilmente se aplica en dicho contrato. Respecto a que debe ser “jurídicamente relevante” lo matiza de manera que en este caso sí, lo amplía, no solo negocios jurídicos, sino que *tengan transcendencia jurídica en la esfera del mandante*<sup>72</sup>. De un modo semejante, SANPONS, considera que no puede darse una definición del contrato de mandato<sup>73</sup>, sino que debe estarse a una serie elementos que pueden contribuir a

---

<sup>70</sup> Este precepto (art. 1709CC) “...no permite determinar con cierta precisión o seguridad cuál sea la esencia de dicho contrato ni el objeto del mismo” LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de derecho Civil II, Derechos...* Ob. cit., pág.208. “Grande ha sido, efectivamente, el empeño de los tratadistas por descubrir la esencia propia de este contrato precisando el elemento diferencial puro del mismo que venga a constituir como la medula alrededor de la cual se construya todo el sistema. PUIG PEÑA, F. *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV-Vol. II*. Ed. Revista de Derecho privado. Madrid. 1951, pág. 322.

<sup>71</sup> Al hablar de cooperación, lo hace en forma de “*vía de sustitución, de manera que el mandatario actúa en lugar de su manante, realizando aquél lo que podría hacer este, y vinculando el resultado de su gestión a la esfera jurídica del interesado*”. LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de derecho Civil II, Derechos...* Ob. cit., pág.209.

<sup>72</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de derecho Civil II, Derechos...* ob.ci.t, pág.210.

<sup>73</sup> Para SAMPONS el mandato es “un contrato que se estipula “*intuitu personae*”, absolutamente fiduciario o que contiene, por lo menos, un elemento de fiducia, naturalmente gratuito y, por excepción oneroso, mediante el cual una persona se obliga por cuenta o encargo de otra, a prestar algún servicio o



distinguirlo. Para ello se refiere a tres elementos relevantes, “*la obligación inicial*”, que dará lugar al encargo y por lo tanto al hecho inicial que nos permite hablar de la existencia de un mandato, que dicha obligación consista en “*hacer alguna cosa o prestar algún servicio*”, y que se “*realice por cuenta o encargo de otro*”, recalcando el título de ajeno de la realización del mandato.

Además la doctrina seguida por ALBALADEJO, que limita el contrato a actos jurídicos, es criticada por otros autores como CASTAN, que define el contrato como “*el contrato por el que una persona se obliga a realiza, por cuenta o encargo de otra, actos o servicios relativos a la gestión de uno o varios asuntos, con retribución o sin ella*”, de su lectura podemos observar que el jurista no limita el mandato a la realización únicamente de actos jurídicos, dado que obvia de un modo expreso la mención al término jurídico y además lo amplía claramente a la realización de cualquier acto<sup>74</sup>.

Estas matizaciones nos permiten reafirmar nuestra defensa de la aplicación de la regulación del contrato de mandato a las relaciones de intermediación, dado que aunque no sean siempre negocios jurídicos, de algún modo directo o indirecto los actos que lleva a cabo el mandatario sí que afectan a la esfera jurídica del mandante, dado que influirán en su patrimonio seguro, por el coste económico, o porque aumentará o disminuirá si implica una transmisión de derechos reales o patrimoniales.

En definitiva tanto si se hace de un modo directo, o a través de un desglose justificado de sus caracteres, parece evidente resolver que el objeto característico del

---

*hacer alguna cosa, en relación de uno o varios negocios*”. SAMPONS SALGADO, M. *El Mandato*, Ed. Ánfora. Barcelona 1964, pág. 14.

<sup>74</sup> CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, común y Foral*. Tomo 3º. *Derecho de obligaciones*.... Pág. 506. Para PUIG PEÑA la gestión de negocios del contrato de mandato debe ser entendida en un sentido siempre amplio, “*Considerando el mandato como un contrato dirigido a la gestión o cuidado de negocios entendidos estos en su acepción de “asuntos” y no en la restringida de Negocio Jurídico*” PUIG PEÑA, F. *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV-Vol. II*. Ed. Revista de Derecho privado. Madrid. 1951...., *ob. cit.* pág. 342.

---

contrato de mandato son los actos jurídicos que el mandatario realiza o debe realizar, para o en nombre del mandante. Esta definición era el referente usado para distinguir entre el contrato de arrendamiento de servicios y el de mandato, dado el hecho, ya recalcado, de la superada distinción que provenía del derecho romano que vinculaba gratuidad-mandato y onerosidad-arrendamiento de servicios. Pero todavía debemos perfilar un poco más la doctrina de los actos jurídicos, y acogernos a aquellas de las doctrinas expuestas que amplían la calificación del objeto, de manera que puedan serlo actos de obligado cumplimiento por el mandatario, ajenos a este(al intermediario), pero que infieran de algún modo en la esfera jurídica del mandante.

Para PUIG PEÑA la distinción que se había venido haciendo entre el contrato de mandato y el de arrendamiento de servicios que consideraba el primero como limitado a los actos jurídicos y el segundo a los actos materiales, no viene otorgada de ningún modo por la lectura de nuestro Código, y debe hacerse una definición mucho más amplia del objeto o la esencia del contrato de mandato<sup>75</sup>.

Es necesario hacer mención a cómo trata el incipiente derecho europeo de contratos la regulación de la figura del contrato de mandato, para acrecentar o reducir nuestra teoría. En el DCFR, de inicio, se lo describe tanto como un contrato como un acto jurídico<sup>76</sup>, esta dualidad, aparte de reconocer la falta de formalismo de la relación de mandato (que no exige forma escrita para existir)<sup>77</sup>, nos da a entender, de inicio, la

---

<sup>75</sup>“El art. 1709 de nuestro Código, definiendo el mandato en términos amplísimos, y prestando como objeto del mismo a la obligación de “prestar algún servicio o hacer alguna cosa”, no autoriza tampoco esta distinción”. PUIG PEÑA, F. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo IV-Vol. II.... *Ob. cit.*, pág. 336 y ss.

<sup>76</sup> DCFR: Art. IV.D.1:101: *Ámbito*: Esta parte del Libro IV se aplica a los contratos y demás actos jurídicos que una persona, el mandatario, está autorizada e instruida por otra persona, el mandante... (IV. D. – 1:101: *Scope (1) This Part of Book IV applies to contracts and other juridical acts under which a person, the agent, is authorised and instructed (mandated) by another person, the principal...*)

<sup>77</sup>El Código Civil no exige requisito de forma, ni tan siquiera para el mandato expreso, que a pesar de que entrevé la necesidad del uso de un poder especial para actuar, el art. 1710 al referirse a las tipologías de mandato, admite que este “*puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra*” la mismo ocurre con la regulación europea, para DELPOZO “*El DCFR es consciente de que la fuente más habitual*

posibilidad de que se pueda llevar a cabo un mandato que no tenga la necesidad de interferir en la esfera jurídica, ya que el contrato tanto puede contener un encargo de naturaleza jurídica como un simple servicio. Esta afirmación se verá consolidada por la redacción de los apartados siguientes, en los que se admite la actuación del mandatario como simple gestor o intermediario en los asuntos del mandante frente a terceros<sup>78</sup>, de manera que los actos del mandatario, si bien de inicio parecen inferirse de un modo directo, eso solo sucedería si finalmente los tratos o asuntos en los que medió son usados por el mandatario para confeccionar un contrato que, este sí, una vez cumplido, modifique directamente cualquier ámbito de su esfera jurídica. Sobre el desarrollo en el DCFR del aspecto de la representatividad o no del mandato, será asunto de desarrollo en el siguiente apartado.

Como último inciso y antes de pasar a analizar otros ámbitos, debemos mencionar que nos encontramos ante otro de los motivos que justifica nuestra constante intromisión en la regulación italiana, resaltar el hecho de que del mismo modo que sucede en la doctrina española, en el derecho privado italiano, el concepto del contrato de mandato gira en torno a los actos jurídicos, pero en el caso de Italia esto es mucho más relevante porque de un modo literal y expreso, la definición que del mandato encontramos en el Codice Civile, incluye la dicción “actos jurídicos” (*atti giuridici*)<sup>79</sup>

---

*de la relación de mandato es el contrato, por lo que cualquier referencia que el DCFR haga al contrato de mandato debe entenderse también hecha a cualquier otro acto jurídico por el que el mandatario está autorizado e instruido para actuar” DEL POZO CARRASCOSA, P. “Libro IV. Parte D. Contrato de Mandato”, en VAQUER, A. BOSCH, E. SANCHEZ, M. (Coords.) *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del marco común de referencia. Tomo II*. 1ª Edición. Ed. Atelier. 2012, page. 1384.*

<sup>78</sup> DCFR Parte D Contrato de mandato. Capítulo 1. Disposiciones generales. Art. IV.D.-1:101: Ámbito. (1) c.: “to take steps which are meant to lead to, or facilitate, the conclusion of a contract between the principal and a third party or the doing of another juridical act which would affect the legal position of the principal in relation to a third party” (“Para realizar las actuaciones que deberían permitir o facilitar la conclusión de un contrato entre el mandante y un tercero, o la realización de otro acto jurídico que afectaría a la posición jurídica del mandante en relación con un tercero”)

<sup>79</sup> Art. 1703. CC Italiano. *Nozione. Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra.*

---

### 2.3 La estructura del mandato. El mandato representativo

Es conocida la histórica confusión existente entre mandato y representación<sup>80</sup>, de manera que una aclaración sobre su necesaria distinción ha sido relevante en los tribunales, la sentencia del Tribunal supremo de 1932<sup>81</sup> es un claro ejemplo. En la citada sentencia el alto tribunal afirmaba que:

*“el contrato por el cual se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, y el apoderamiento que confiere facultad al apoderado para que concluya actos o negocios jurídicos por su poderdante como si este mismo los hubiera celebrado, son dos figuras de tan esenciales diferencias entre sí, que ni siquiera se borran por entero cuando se funden ambas en la unidad del mandato representativo; y en su consecuencia, los efectos de este contrato, materia del presente recurso queden regidos con la debida separación conceptual y técnica; correspondiendo a la esfera interna cuanto toca a los derechos y obligaciones recíprocas de mandante, y mandatario, y por ende, cuanto afecta a la conducta del último en la ejecución del mandato que habrá de llevar a cabo dentro del encargo recibido y con arreglo a la instrucción del primero, o en su defecto, haciendo todo lo que según la naturaleza del negocio haría un buen padre de familia; mientras que a la exterior esfera competen los efectos del contrato en relación a terceros, llegando hasta obligar al mandante con relación a ellos siempre que el mandatario hubiera actuado dentro de los límites del mandato o por el contrario obligando al mandatario*

---

<sup>80</sup> Ambos conceptos perfectamente deslindados en Derecho romano clásico, empiezan a amalgamarse en Derecho bizantino, y la confusión culmina por influjo de la doctrina romanística del Derecho intermedio prusiano y en el Código de Napoleón. MINERVI, G. *El mandato. La comisión-El contrato de comisión de transporte*. Ed. José M<sup>a</sup>. Bosch. Barcelona. 1959, pág. 13.

<sup>81</sup> STS de 17 de octubre de 1932 (RJ 1932/1233).

---

*con relación a tercero si traspasó sus poderes sin dar de ello suficiente conocimiento”.*

La representación, todo y no estar expresamente regulada, sí que está reconocida como figura independiente. Por ello no tenemos una definición legal de la representación, lo que facilitaba que el vínculo con figuras como el mandato se ampliase creándose un diverso espectro doctrinal en el que se buscaban semejanzas y diferencias entre las dos figuras, mandato y representación. Pero esta equiparación mandato - representación se superó, dado que el mandato en sí mismo es el cumplimiento de un encargo, y este, en base a sí se le ha concedido poder expreso o no al mandatario<sup>82</sup>, será representativo o no<sup>83</sup>.

Esta teoría evolucionó hacia otras posibles opciones, llegando incluso a suponer en un momento concreto, que podían constituirse como el objeto de este tipo de contratos aquellos actos en los que se habla de la sustitución, es decir, en los que el mandatario actúa en lugar de otro o haciendo las veces de éste<sup>84</sup>. La sustitución es, en

---

<sup>82</sup> Artículo 1713 CC. *El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso.*

<sup>83</sup> “Cuando el mandatario actúa revestido de un poder, no solo lo hace por cuenta e interés del mandante, sino que además lo hace en su propio nombre”. O’CALLAGHAN, X. “Contrato de mandato. Concepto y clases”. En *Compendio de Derecho Civil. Tomo 2. (obligaciones y contratos)* Vol.2 (Enero 1993). Ed. Edersa. 2004.

<sup>84</sup> STS, de 14 de marzo de 1986 (RJ 1986/1252), “*Resulta básico para distinguir el mandato y el arrendamiento de servicios el criterio de la sustituibilidad, no confundible con el de la representación, de tal manera que sólo puedan ser objeto de mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea los que el empresario realizaría normalmente por sí mismo, que pertenecen a la esfera propia de su misma actividad y que nada impide poderlos realizar por medio de otra persona, pues cuando no es así, o lo que es lo mismo, cuando se encomienda a otra persona la prestación de servicios que normalmente no pueden ser realizados ni son de la propia actividad de la persona que los encomienda (como es concretamente el caso de desempeño para una sociedad del cargo de Director General), ese cometido conduce a una situación de arrendamiento de servicios desde el momento en que su perfección influye una consideración “intuitu personae”, es decir sus cualidades técnicas o profesionales para desempeñar el cometido”.*

---

general, un concepto mucho más amplio que el de representación, dado que puede abarcar cualquier esfera de quién es sustituido y ante que, pudiendo ser todo acto jurídico o no. Pero esta teoría de la sustituibilidad no puede ser aplicada de un modo absoluto para calificar al mandato, y el ejemplo más claro de ello lo hallamos en aquellos casos en los que no podríamos hablar de sustitución cuando los servicios encomendados a otros son ajenos a la profesión o a la esfera de la actividad de quien los solicita, pues, según VALDECASAS<sup>85</sup> en estos casos quien presta el servicio no sustituye a quien se lo encargó, porque quien hizo el encargo no podría haber llevado a cabo nunca la tarea por sí solo al no tener la capacidad para realizarla, no se sustituye a quien no lleva o puede llevar a cabo un acto, se lleva a cabo el acto por encargo. Del mismo modo pensamos nosotros, a pesar de que sustituir implica actuar en nombre de quien sustituye, tan solo suple a quien debe realizar un acto, pero si nunca hubiese podido realizarlo, entonces entran en juego el encargo o el encargo con representación, conceptos y actos más idóneos para describir el contrato de mandato.

Para PUIG BRUTAU el mandatario «gestiona los intereses de su principal frente a terceros»<sup>86</sup>. Su prestación consiste siempre en una actuación por la que entra en relación con otras personas, para gestionar intereses del mandante, aunque no necesariamente en su nombre; para que esto último suceda deberá recibir, además del encargo, la facultad o el poder de representación, facultad que no emana directamente de la celebración del contrato de mandato sino del apoderamiento que puede acompañar a esta.

Una vez descartado el criterio de la sustitución, retomamos el problema inicial: el de distinguir con claridad entre el contrato de mandato y la figura de la

---

<sup>85</sup> G. GARCÍA VALDECASAS, “La esencia del mandato”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid 1944, pág. 770 y siguientes.

<sup>86</sup> J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil, II, Contratos en particular*. Vol. 2, Ed. Bosch. Barcelona 1956, págs. 349-383

representación, dado que como hemos dicho siempre se han vinculado ambas instituciones. A pesar de que la representación como tal está plenamente reconocida en derecho civil<sup>87</sup>, en realidad, sabemos que tanto puede existir representación sin mandato, como puede darse mandato sin representación y, por supuesto, pueden combinarse mandato y representación, si a la vez que se celebra el contrato de mandato se confiera el poder de representación (otra cosa será ver el alcance de dicho poder, general o para un único asunto). En este último caso, el mandatario estará obligado a gestionar intereses del mandante en virtud del contrato de mandato y estará además facultado para hacerlo en nombre de aquél, en virtud del poder que le ha sido otorgado.

Es el carácter representativo del mandato el que ha provocado mayor número de estudios doctrinales, estudios que se han decantado normalmente por introducir la institución del mandato acompañado del de la representación, bien buscando un paralelismo en ambas o bien considerándolas figuras afines. A pesar de que la doctrina se decantó mayoritariamente hacia la opinión declarada en la citada sentencia de 1935 (STS de 16 de febrero de 1935)<sup>88</sup>, queda plenamente latente la dificultad al diferenciar ambas figuras<sup>89</sup>. También hay quien ha intentado destacar las diferencias existentes entre ambas para reconocer la distinción y la existencia, no tan solo de una sino de dos figuras reguladas separadamente<sup>90</sup>. Esta última y mayoritaria doctrina de la

---

<sup>87</sup> La Representación o el Derecho de representación son figuras reconocidas jurídicamente en el Código Civil. La definición general la podemos encontrar en el art. 1259 CC: “*Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.*”, pero además a lo largo del Código encontramos elementos de representación en otras figuras jurídicas, tanto en materia de sucesiones, arts. 924y ss. como en el Derecho de familia, arts. 71, 221, 267, 443, y en otros ámbitos del mismo.

<sup>88</sup> *Vid supra*

<sup>89</sup> RUBIO TORRANO, E. “Mandato y representación” en Aranzadi Civil 21/2007. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2007.

<sup>90</sup> GRAMUNT FOMBUENA, M<sup>a</sup>. D. “La excepción de *cosas propias del mandante*”, *Revista de Derecho Privado*. Julio-agosto, 1989, págs. 629 - 643.

---

---

diferenciación, recogida por los juristas y las leyes alemanas<sup>91</sup>, recogida en gran parte de las legislaciones europeas<sup>92</sup>, es la que ha sido seguida por los autores<sup>93</sup> y la jurisprudencia de los Tribunales españoles<sup>94</sup>. Podemos hallar un ejemplo claro de lo expuesto si acudimos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2007<sup>95</sup>, en su Fundamento de Derecho Tercero, confirma la doctrina jurisprudencial que distingue, de un modo claro, la distinta naturaleza jurídica de ambos negocios en base al origen del negocio, en caso del mandato de un negocio bilateral, y en el de la

---

<sup>91</sup> “Se debe a LABAND el separar dos instituciones que desde el Bajo imperio habían estado unidas.” PÉREZ MARTÍN, A. “Mandato y representación en el derecho histórico”, en *Anales de Derecho*, núm. 12, 1994, Universidad de Murcia, pág. 263. “La teoría clásica de la representación se consagró con Windscheid y la promulgación del BGB alemán” LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. *Conflicto de intereses y comisión mercantil*. Ed. Reus, Madrid, 2009, pág. 141. y, VON TUHR, A. *Derecho Civil. Vol. III Los hechos jurídicos (cont.)* Ed. Marcial Pons. Barcelona, 2005, pág. 303 y ss.

<sup>92</sup> *Ob. cit.* PÉREZ MARTÍN, A. “Mandato y representación en el...” pág. 263.

<sup>93</sup> DIÉZ-PICAZO, L. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I 11ª Ed. Editorial Tecnos, Madrid, 2003., Pág. 555 “Se debe separar nítidamente los conceptos de mandato y representación.”

<sup>94</sup> STS de 20 de abril de 1981. (RJ 1981/1658) “ el mandato es irrevocable cuando no responde a la mera confianza en que esta figura tiene su soporte ni a la conveniencia o interés exclusivo del mandante, sino que obedece a exigencias de cumplimiento de otro contrato con derechos y obligaciones para él y para terceros y por lo mismo ha de subsistir mientras subsista el contrato originario que motivó el otorgamiento del poder, y en el caso presente hubo un pacto de irrevocabilidad temporal hasta la total formalización legal de los pisos vendidos a terceros, pues habían de figurar como vendedores los demandantes”; STS de 31 octubre 1987 (RJ 1987/7492) “Según se deduce de la jurisprudencia de esta Sala -Sentencias de 22 de mayo de 1942 (RJ 1942/634 ), 1 de diciembre de 1944 (RJ 1944/1272 ), 12 de junio de 1947 (RJ 1947/771 ), 3 de junio de 1950 (RJ 1950/1017), 2 de noviembre de 1961 (RJ 1961/3631 ), etc.- la irrevocabilidad del mandato deviene, no sólo cuando existe pacto expreso que así lo establezca siempre que tal pacto sea conforme con su finalidad y no esté en contradicción con la moral en cuanto es una manifestación de la renuncia de derechos, sino, también, cuando el mandante no es simple expresión de una relación de confianza o del simple interés del mandante, sino que responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que están interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas, es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige o aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno solo de los interesados”.

<sup>95</sup> STS de 15 de noviembre de 2007. nº. Resolución 1230/2007. “Mientras el mandato tiene su origen en un contrato, negocio bilateral, obligatorio entre partes; la representación, que puede tener un origen legal o voluntario, como mera facultad de obrar en nombre y por cuenta de otro, surge, si hablamos de la voluntaria, de un negocio unilateral de apoderamiento, que, tal como acontece en el caso de autos, puede ser independiente del contrato de mandato y existir sin él solo en el caso de que la representación tenga su origen en un contrato de mandato se habla de mandato representativo.”



representación unilateral, si es voluntario, o legal si nace vinculado a un mandato, como el poder que se concede al mandatario.

A pesar de la confusión que se produce entre ambas figuras, queda plenamente afirmado que estas son diferentes, tanto en su origen (están reguladas separadamente, artículos 1709 y 1259) como en el tiempo en que uno se perfecciona y el otro se otorga, como en su contenido y los efectos. No puede considerarse efecto distintivo de ambas figuras el carácter legal de una y el voluntario de la otra<sup>96</sup>.

El mandato es una figura contractual que tiene en cuenta la relación mandante mandatario, mientras que la representación pone el acento en la relación entre el representante y él o los terceros con los que contrata, sin generar obligaciones, solo facilitando legalmente la representación del representado, para que esta pueda tener plenos efectos. Cuando el mandato lleva adjuntado un poder de representación, según la aplicación del 1713 CC, lo que se está permitiendo al mandatario es realizar actos de riguroso dominio<sup>97</sup>, actos que no concede el mandato general, y que solo serían reconocidos, de realizarlos el mandatario en su nombre, art. 1717 CC, si posteriormente a su realización, los ratifica el mandante, siendo esta una de las bases dogmáticas de la

---

<sup>96</sup> Para Díez-Picazo, la expresión del artículo 1259 CC, “ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la Ley su representación legal”, no hace referencia en ningún momento a una representación voluntaria, sino que corresponde a la idea de mandato o de poder, es decir que estamos ante una representación legal. Mientras que la representación de carácter voluntario sería la prevista en sede del contrato de mandato, concretamente en el art. 1717 “cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con las que el mandatario ha contratado ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo”. DÍEZ-PICAZO, L y PONCE DE LEON “En torno al concepto jurídico de “representación” en Anuario de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N°8, 2004, pág. 311-316.

<sup>97</sup> STS de 27 de diciembre de 1966. (JUR 2005/183377)

---

doctrina clásica de la representación que permite diferenciar mandato de representación<sup>98</sup>.

#### 2.4 El carácter “*intuitu personae*” de las relaciones de mandato

No debe confundirse ninguno de los criterios hasta ahora descritos con el carácter “*intuitu personae*”. El mandato originalmente existía porque se basaba en la confianza existente entre quien lo encargaba y quien lo cumplía, de manera que cobra sentido claramente la relevancia de quien cumple el encargo y su capacidad para ello. Aspecto este último que también ha sido utilizado a lo largo de mucho tiempo, sobre todo en algunos oficios, para ayudar a considerar una relación como de mandato o como de arrendamiento de servicios. Pero no es en la actualidad un aspecto que adquiera plena relevancia a la hora de diferenciar un contrato como un mandato o no, pero sí que lo es para valorar la finalización de un contrato de mandato si este se llevó a cabo solo y únicamente en función de la persona que era el mandatario, no pudiendo ser finalizado el mandato por otra persona.

La propia ejecución del contrato de mandato de manera diligente, es una de las obligaciones del mismo que lo acerca a dicho carácter *intuitu personae*. Pero todo y siendo el centro del contrato, de ella, de la ejecución diligente, surgen otra serie de obligaciones vinculadas que se apartan de este carácter *intuitu personae*, puesto que podrían ser cumplidas por sujeto distinto al que ha iniciado el contrato, estamos

---

<sup>98</sup> DIÉZ-PICAZO, L. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I 11ªEd. Editorial Tecnos, Madrid, 2003. Pág. 556. Reconoce el autor que en la revisión doctrinal que se realiza sobre la doctrina clásica, en esta no se niega la separación entre poder y mandato, pero no lo considera raso relevante, dado que no es obligatoria la concesión inicial de un poder para actuar, siendo posible que se le otorgue al mandatario con posterioridad al inicio de su actividad, eso sucede porque el mandato tiene siempre carácter representativo. Cuando se concede un poder iniciado el mandato, este quedará integrado en el contrato inicial, bajo la esfera del mandato.

hablando de aspectos como la rendición de cuentas del art. 1720 CC. Para LLACER MATA CAS este aspecto tiene plena relevancia en el momento en que se produce la extinción del contrato, dado que considera que el mandato se extingue “estando íntegra la gestión”, de manera que si se inició y el mandatario no puede finalizarla, “el interés del mandante requiere continuidad”, que de algún modo se halla implícita en la propia obligación del mandato, pudiéndose hablar entonces de que se desprende de la obligación la connotación del *intuitu personae*<sup>99</sup>. La autora hace referencia tan solo, y en toda su disertación, al supuesto del fallecimiento del mandatario y a la posible obligación de sus herederos de continuar el encargo, En nuestra opinión esto sería extrapolable a otros supuestos de imposibilidad; si extendemos el uso del contrato de mandato al régimen jurídico de la intermediación, la finalización del cumplimiento de la obligación podría ser llevada a cabo por los colaboradores del intermediario, si los tuviese

### 3 EL CONTRATO DE SERVICIOS

A pesar de todo lo expuesto hasta el momento, la consideración del mandato como el contrato tipo, es sin duda el contrato de arrendamiento de servicios el que está siendo utilizado, de modo habitual, para justificar las relaciones de intermediación. Aunque no consideramos que sea ni la única, ni la opción jurídica más correcta para ello. Pero dada esta situación tan común, que su aplicación en el ámbito estudiado sea parte de la normalidad jurídica, que en este apartado, procederemos a su estudio.

La prestación de servicios ha evolucionado de tal modo que se ha convertido en una actividad esencial en el tráfico comercial. Tal es su importancia que tanto su

---

<sup>99</sup> LLÁCER MATA CÁS, M.R. “La falta de integridad en la obligación de gestión” en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, Fascículo I, Enero-marzo, 1998, págs. 41 a 80.

---

calificación como su correcta incardinación dentro del ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea está siendo una de las labores encargadas a las distintas Comisiones de estudio<sup>100</sup>, este aspecto no podemos desvincularlo del hecho que uno de los fines principales de la Comunidad es alcanzar el mercado común, garantizando entre otros aspectos, la libre prestación de servicios<sup>101</sup>. Ello permitiría, no sólo una mejora de las relaciones comerciales, sino un aumento del empleo y además un crecimiento económico sostenible.

Volviendo al ámbito exclusivamente jurídico y sin entrar a analizar el aspecto económico de la relevancia de los servicios, debemos mencionar el art. 50 del Tratado de la Comunidad Europea, en el encontramos definido el concepto servicios, que es “*toda actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de remuneración*”; tras la definición, la Directiva comunitaria contiene un listado de aquellos servicios que quedarán bajo el ámbito normativo de la misma y otro de aquellos que quedarán fuera su ámbito.

En aplicación del citado artículo 50, nace la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior<sup>102</sup>. A través de ella se pretende alcanzar un mercado único de servicios. La idea principal de dicha regulación, es la de eliminar paulatinamente las

---

<sup>100</sup> Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: “Estado del Mercado interior de servicios” de 30 de julio de 2002; Informe de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor: “Sobre los efectos de la globalización en el mercado interior”, de 1 de febrero de 2006, donde se señala de nuevo la necesidad de crear un mercado interior de servicios para aumentar la competitividad de la Unión Europea en los mercados internacionales.

<sup>101</sup> Art.49 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. “*En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.*”

<sup>102</sup> La Directiva entró en vigor el 28 de Diciembre de 2006 siendo el plazo de transposición de tres años, y teniendo además cada Estado la obligación de presentar a finales del 2009 un informe de evaluación.

---

trabas administrativas existentes y otorgar así una mayor seguridad jurídica a los prestadores de servicios. Un aspecto en el que además incide la Directiva y que podemos decir que supone, de algún modo, el valorar al consumidor y su protección, es la posibilidad de que los destinatarios puedan ampliar la elección del servidor y controlar la calidad de los servicios prestados, reduciendo de este modo su coste. También tiene en cuenta, de manera especial, el deber de información, deber que se impone al prestador del servicio o, en su caso, al intermediario, de forma que la información sea de fácil acceso para el destinatario, tanto la información del servicio como la de los prestadores y la de las vías de reclamación a las que se podrá acceder, así como los plazos para dar respuesta a las mismas.

Pero tal y como venimos diciendo a lo largo del capítulo, la Unión Europea, en la búsqueda de un mercado común más competitivo y seguro, ha ampliado su marco de actuación legislativo, siempre en la búsqueda de alcanzar una máxima igualdad jurídica para todos los Estados miembros, y lo está haciendo no solo con la aprobación de normas sectoriales sino también de textos normativos más generales, como lo serían los Principios UNIDROIT o el citado Marco común de Referencia (DCFR).

Es en este documento en concreto, en el Marco Común de referencia, es en el que podemos encontrar una mención directa y expresa a los contratos de servicio<sup>103</sup>. Los redactores del DCFR nos proponen una normativa para el contrato de servicios, dividida en dos claras partes, una que denominaríamos parte general, aplicable a todos aquellos contratos que puedan ser clasificados como de servicios<sup>104</sup>, prevista en los Capítulos 1 y

---

<sup>103</sup> Previsto en el Libro IV, Titulado “*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*”, del Marco Común de Referencia. Que contiene en su apartado C el contrato de Servicios.

<sup>104</sup> Si cumplen con el requisito establecido en el Art. IV.C.-1:101 relativo al Ámbito de aplicación: (19 Esta Parte del Libro IV se aplica: (a) a los contratos por los que una parte, el prestador del servicio, se obliga a prestar un servicio a la otra parte, el cliente, a cambio de un precio, y (b) con las adaptaciones apropiadas, a los contratos en los que el prestador del servicio preste el servicio al cliente sin derecho a

---

2 de la Parte C del Libro IV, y una parte especial, prevista en los Capítulos 3 a 8 de la misma Parte, en los que en cada uno de los capítulos se desarrolla la regulación de las disposiciones aplicables a unas modalidades específicas de contratos de servicios<sup>105</sup>.

En la regulación prevista en el DCFR, no se intuye la idea general y calificadora del contrato de servicios, la distinción entre obligación de medios o de resultado<sup>106</sup>, sino que aparece una nueva y distinta división, como hemos dicho estamos ante una “parte general” aplicable a todos los contratos de servicios, tanto a los regulados de manera específica en el Libro, como aquellos que no lo están, y una “parte específica”, donde detallan unos tipos contractuales con características concretas y a los que se les aplica una normativa exclusiva, al margen de la normativa general. Dicha regulación, según la interpretación de DE BARRÓN ARNICHES, será de aplicación analógica a todos aquellos servicios que guarden similares características con las básicas del tipo contractual general<sup>107</sup>. A pesar de considerar, del mismo modo que la autora, que son aplicables a una multiplicidad de actos, no previstos, no podemos estar totalmente de acuerdo con su comentario, dado que aunque así parece deducirse de la lectura del artículo del texto normativo, lo cierto es que el legislador no habla de “semejanzas” o “características similares”, sino que, de un modo directo, permite su aplicación a todos

---

recibir por ello, una contraprestación. (2) Esta normativa se aplica en particular a los contratos de construcción, reparación y mantenimiento, depósito y custodia, diseño o elaboración de proyectos, información o asesoramiento, y a los tratamientos médicos.”

<sup>105</sup> Concretamente están reguladas seis modalidades contractuales relativas a aspectos como la actividad de construcción, de mantenimiento y reparación de bienes muebles, de depósito, de diseño, de asesoramiento y de tratamientos médicos (este último tipo destaca curiosamente, por el hecho que se excluye la aplicación de la Directiva de Servicios 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 a la actividad de los profesionales de la salud.) DE BARRÓN ARNICHES, P. “Capítulo 1. Disposiciones generales”, en VAQUER, A. BOSCH, E. SANCHEZ, M. (Coords.) en *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomo 2º. Ed. Atelier. Barcelona. 2012. Págs. 1137 y ss.

<sup>106</sup> “El servicio objeto de este contrato de servicios es una categoría amplia, tanto como obligación de hacer o actividad sin producción, como también aquella que consiste en la creación de una cosa nueva, material o inmaterial.” VILLANUEVA LUPIÓN, C. *El servicio como objeto de tráfico jurídico*. Ed. La ley. Madrid, 2009, pág. 134

<sup>107</sup> DE BARRÓN ARNICHES, P. “Capítulo 1. Disposiciones generales”... *Ob. cit.*, pág. 1139.

los contratos de servicios; eso sí a aquellos que contengan una prestación recíproca, servicio por precio<sup>108</sup>, porque en el caso de los que tan solo tengan una obligación<sup>109</sup>, la prestación del servicio, y su carácter sea o bien gratuito, o a nuestro parecer, aplicando una interpretación muy restrictiva, no perciba del cliente precio alguno, se le adaptará la normativa del contrato de servicios, de manera que no estamos ante una aplicación analógica, sino a una “creación” normativa, con lo que, y a pesar de ser previsión normativa novedosa, admite la posibilidad de que a través de su normativa se puedan crear contratos de carácter atípico<sup>110</sup>. Son precisamente puntualizaciones como esta del legislador, las que nos permiten hablar de la figura de la intermediación, ya que aquel que presta un servicio “sin derecho a percibir por ello una contraprestación” podría llevar a plantearse la duda de si estamos ante un acto que implique por no recibir precio del cliente, “gratuidad plena”, o si simplemente es que puede estar prestando el servicio porque quien abona el mismo es otra parte del contrato, en ocasiones una empresa para la que el prestador del servicio hace de intermediario, o en otras para otro consumidor.

La definición que el DCFR da del contrato de servicios está ubicada en su anexo<sup>111</sup>, y la describe como: “*Un contrato de servicios es un contrato por el cual una de las partes, el proveedor de servicios, se compromete a prestar un servicio a la otra parte, el cliente*”. En la definición general no se hace referencia a la contraprestación, por lo que las dos posibilidades previstas en el Artículo 1:101 del Libro III Parte C, gratuidad y onerosidad, adquieren viabilidad. Pero además la definición del contrato de

---

<sup>108</sup> Apartado 1a del Art. 1:101. DCFR

<sup>109</sup> Apartado 1b del Art. 1:101. DCFR

<sup>110</sup> Esta afirmación de falta de previsión normativa, aunque No del mismo modo pero DE BARRON ARNICHES también lo critica. Considera que no ha previsto el legislador la “*regulación de alguna modalidad más, a parte de las seis elegidas*”. Reconoce así la falta de oportunidad legislativa. DE BARRON ARNICHES, P. “Capítulo 1. Disposiciones generales”. *Ob cit.*, pág. 1139 *in fine*.

<sup>111</sup> Anexo: *Services, contract for: A contract for services is a contract under which one party, the service provider, undertakes to supply a service to the other party, the client. (IV.C.-1:101).*

---

servicios nos permite reconocer también una serie de rasgos esenciales, de hecho hablar de “cliente” implica hablar de relación empresario consumidor o usuario<sup>112</sup>, relación que nos derivaría a hablar de la existencia de contraprestación, de un modo casi necesario, aunque no absoluto, recordemos de nuevo la posibilidad que da el legislador de aceptar tanto los contratos que impliquen una relación de prestación de servicios a cambio de una remuneración, como aquella que se presta sin esperarla.

Una vez descrita a rasgos generales la situación en el DCFR, en los próximos apartados pasaremos a desarrollar cuál es la situación a nivel estatal, cuál es el concepto de arrendamiento de servicios, cuál es su regulación y sus conflictos con otras normas. Regulación que se ha visto afectada de un modo directo con el paso del tiempo, quedando en ocasiones vacía de contenido y a la que se han implementado una serie de mutaciones, que de facto hubiesen requerido una nueva regulación o reforma de la existente, pero que al no llevarse a cabo ninguno de estos intentos de modificación de la normativa<sup>113</sup>, ha sido necesario llevar a cabo una interpretación doctrinal y jurisprudencial de la ya existente. El último intento de modificación lo encontrábamos en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> No encontramos en el listado de definiciones, la que se ajuste a cliente, si la de consumidor, acreedor, deudor, agente, etc.... Lo que nos obliga a buscar una definición del término en otros ámbitos. El Real Diccionario de la lengua Española, define al cliente como “Persona que utiliza con asiduidad los servicios de un profesional o empresa”.

<sup>113</sup> Numerosas han sido las ocasiones en que nuestros legisladores han iniciado la reforma del Código civil, entre dichas reformas debemos destacar los intentos de modificación de la regulación relativa al contrato de servicios, prevista en el Código Civil. Ejemplo claro de esta afirmación son el Proyecto de Ley y la proposición de Ley que se presentaron; Proyecto de Ley 121/43 de 12 de abril de modificación del Código Civil en materia de contratos de servicios y de obra (BOCG de 12 de abril 1994, V legislatura, Serie A. Proyectos de Ley, núm. 58-1) que lamentablemente no llegó a prosperar. Más cercana en el tiempo, es la proposición de ley que presentaba el grupo mixto en el Senado: Proposición de Ley del Senado, 622/044 de reforma del Código Civil en materia de arrendamiento de servicios de 5 de octubre de 2006 (BOCG, VIII Legislatura Serie A, Núm. 46), pero este intento tampoco prosperó.

<sup>114</sup> Estábamos ante un nuevo intento de modificación del Código Civil en materia contractual, y que todavía no ha visto la luz. Presentado por la Sección de Derecho civil de la Comisión de Codificación, como Propuesta de Anteproyecto de Ley en el 2009 y publicado en el Boletín de información del año LXIII, Madrid, en enero de 2009.



### 3.1 El contrato de arrendamiento de servicios en el ordenamiento español

Definido en el artículo 1544 del Código Civil<sup>115</sup>, en su formación fue una normativa claramente influenciado por el Código Civil Napoleónico, del mismo modo que sucedió en otras regulaciones civiles estatales europeas, en la gran mayoría de ellas el contrato de servicios quedó bajo el concepto de arrendamiento, pero asumiendo de este tipo contractual únicamente la denominación y no así la totalidad de su contenido. La situación provocada por el Código napoleónico se debe, en parte, a que el legislador francés, al definir el contrato de servicios, lo hizo en base a la definición que de él se hace en el derecho romano, el legislador romano instituye la institución de la *locatio conducti*<sup>116</sup>.

Respecto a la igualdad predicada del Code frances, esta se debe al hecho que la figura del arrendamiento de servicios del Código Civil español fue creada siguiendo las mismas directrices que las que seguía el propio Código Civil francés, similitud predicada a pesar de que el legislador español al confeccionar la estructura legal de dicha figura, no la trasladó de un modo literal a nuestra legislación, modificó algunos de sus aspectos formales e incluso la sistemática de los artículos<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> Art. 1544 CC. “En el arrendamiento de obras o servicios una de las parte se obliga a ejecutar una obra o prestar a la otra servicios por un precio cierto”. El Código Civil contiene la regulación del contrato de arrendamiento de servicios junto al contrato de obra, extendiéndola en la Sección primera del Capítulo III del Título VI de su Libro IV bajo el título de “del arrendamiento de obras y servicios”. Pero esta regulación ha quedado un tanto obsoleta con el paso del tiempo y además ha sido absorbida por el derecho laboral.

<sup>116</sup> Es necesario recordar que en la figura denominada *Locatio conducti*, a pesar de que en la época romana era unitaria, el arrendamiento, fue distinguida por la doctrina durante el S. XIX integrando en dicha figura tres tipos contractuales, la *locatio conductio rei*, la *locatio conductio operarum* y la *locatio conductio operis*. Así parece lógico que el jurista francés englobase el contrato de servicios bajo la denominación del arrendamiento. SCHULZ, F. *Derecho Romano Clásico*. Ed. Bosch. Barcelona 1960.

<sup>117</sup> Que se sigue la misma estructura en ambos códigos se observa en que tanto el Code como el CC español distinguen entre el arrendamiento de cosas por un lado y el de obras y servicios por otro, incluso

---

Con respecto a la semejanza con la regulación Italiana, cabe decir que tanto el Código civil español como el Código civil italiano son una muestra clara de la influencia del Código napoleónico. En el Código Civil hablamos de contrato de arrendamiento, del mismo modo que sucede en el ordenamiento italiano donde el legislador incluye los contratos de servicios dentro del arrendamiento el denominado *affitto*<sup>118</sup>.

---

a la hora de denominar a las partes contratantes en ambos códigos se contemplan las denominaciones de arrendador y arrendatario. Y por último un ejemplo claro de sistemática lo tenemos en uno de los artículos del CC español en el que se repite literalmente la redacción del *Code*; Artículo 1588 CC: *Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material.* Art. 1787. *Code Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière.* El derecho civil francés ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, y a pesar de que en su base se aprecia el fondo del Código Civil napoleónico, muchos de sus preceptos se han ido adaptando a la realidad actual. Para poder llevar a cabo dicha adaptación se han tenido en cuenta aspectos como la jurisprudencia de los Tribunales y las situaciones prácticas del día a día contractual. En la actualidad, los llamados, *contrats relatifs aux services* (los contratos de servicios) del ordenamiento jurídico francés, están regulados en el artículo 110.1 del Código de comercio y son actividades consideradas “mercantiles” o actos de comercio. Mientras que en el *Code* lo que se regulan son todos aquellos actos que pueden ser calificados como de contrato de obra o de empresa, art.1708*Code: Il y a deux sortes de contrat de louage: Celui des choses, Et celui d'ouvrage, pero si lo que se pretende es hablar concretamente de la prestación de servicios debemos acudir al llamado “contrat d'entreprise, definido en los artículos 1710 y 1779 del Code, (Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage ou d'industrie : 1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ; 2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau ; qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises ; 3° (L. n° 67-3 du 3 janv. 1967) “ Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés.*), a través de él una persona se obliga, a cambio de una remuneración convenida entre ambos, a ejecutar para la otra parte una trabajo determinado, sin representarla y de manera independiente, es un contrato usado por las profesiones liberales y “*artesanales*”. Son evidentes las similitudes existentes entre la regulación española y la francesa, ambas parten de la idea del contrato como un arrendamiento y ambas, en la actualidad, reconocen que determinados tipos contractuales deben ser regulados por el derecho civil y otros por el mercantil. Pero también podemos apreciar diferencias y la más clara entre ambos ordenamientos es la enumeración que hace el jurista francés de algunos tipos contractuales, dentro de los artículos del *Code*, determinando su campo normativo, no siendo posible así la confusión sobre los tipos citados.

<sup>118</sup> El *Codice Civile* regula el arrendamiento de servicios en dos figuras legislativas, distinguiendo, para ubicarla en una u otra, si la prestación del servicio es llevada a cabo a través de la contratación de una estructura empresarial, correspondiéndose con una mediana o pequeña empresa, o si por el contrario es prestado por un profesional liberal, de manera individual o con la ayuda de un colaborador, ya sea contratado o de la propia familia del prestador del servicio. El segundo tipo descrito, el llevado a cabo por el profesional liberal, lo encontraríamos regulado en el Título III del Libro V, en él está descrito el llamado *contrato d'opera* (arts. 2222 a 2228), donde se mencionan lo que nosotros llamaríamos los

Volviendo al Código civil, de la lectura del Art. 1544 podemos deducir que el legislador de 1889<sup>119</sup>, definió de manera conjunta el arrendamiento de obra y el de

---

servicios y las obras de carácter manual, y a continuación, en los Arts. 2229 a 2238 encontramos regulado el contrato de obra intelectual o lo que vendría a equivaler a los servicios prestados por los profesionales liberales. El primer tipo descrito, los servicios prestados por una estructura empresarial, se denomina *appalto* y se encuentra regulado en los artículos 1655 a 1677. El *contrato d'opera* es aquel por el cual una persona se obliga a cumplir una obra o un servicio a través de su propio trabajo y sin vínculo de subordinación con el comitente (*Art.2222CC italiano: Quando una persona si obbliga a compiere dietro un corrispettivo (1351) un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo Capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel Libro IV (Artt.1655 e seguenti).* El contrato de obra del Código civil italiano equivaldría así al contrato de arrendamiento de servicios del CC español. Pero no podemos decir que todos los aspectos del arrendamiento de servicios quedan cubiertos por este articulado, ya que en los artículos que el legislador dedica a la figura del *appalto* (*Art.1655CC italiano.L'appalto (2222 e seguenti) è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro.* se regula así mismo un contrato que tiene como objeto la prestación de un servicio o de una obra. Debe de tenerse en cuenta que estos contratos son siempre *inter partes* de carácter privado, y que para aquellos contratos de arrendamiento de servicios o de obra de carácter público, en los que participa la administración, el legislador italiano llevó a cabo una previsión normativa y publicó el Decreto legislativo 163 de fecha 12 de abril de 2006 llamado también el *Codice degli appalti: Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.* (Publicado en la *G.U. n.100 del 02/05/2006, s.o. n.107* – Entró en vigor el *01/07/2006*. Última modificación a través del *Decreto-Legge 21 giugno 2013 n. 69*

<sup>119</sup> El legislador de 1889, e inspirado en la situación social del momento, (de ahí la existencia de algunos de los vocablos utilizados en el texto y que hoy en día tienen un carácter claramente feudal y de sometimiento de la persona), reguló el arrendamiento de servicios, situándolo dentro del Título dedicado al Contrato de Arrendamiento, en la Sección primera del Capítulo III, que título “*Del servicio de criados y trabajadores asalariados*”. Así quedaba entre los artículos 1583 y 1587, que aunque no han desaparecido de nuestro cuerpo legislativo, se puede decir que están derogados de manera tácita. No obstante, podríamos considerar aplicables de forma reducida los artículos 1583 y 1587:

- Respecto del artículo 1583, su utilización se lleva a cabo siempre distinguiendo entre prestación de servicio de manera indefinida, permitido (STS 14 MARZO 1969), o contrato hecho para toda la vida, el cual es ilícito porque implica una vinculación personal más allá de lo aceptable socialmente.
- El artículo 1587 establece la desvinculación de quien presta el servicio de los elementos de que se vale para prestarlo cuando estos no le pertenecen. Esto permite calificar al prestador de servicios como un “servidor de la posesión”, esto es, como alguien que usa la posesión, y no como alguien que posee. De esta manera, el prestador de servicios no se puede considerar poseedor de los utensilios.

Actualmente la regulación del contrato de arrendamiento de servicios del Código civil, (art. 1544 y siguientes) es aplicable a las llamadas profesiones liberales que no están acogidas por el derecho laboral. Se ha discutido si al celebrar un contrato de este tipo se hace teniendo en cuenta la persona en concreto,

---

servicios, porque encontraba un paralelismo en la calificación general del contrato, por ello no consideró necesario añadir un listado de criterios que permitiesen distinguir con claridad cuando nos encontrábamos ante un tipo u otro. Podemos decir que la diferencia entre obra y servicio descansa en el fin del contrato en sí<sup>120</sup>. El arrendamiento de obra exige la conclusión del encargo realizado, el fin de la obra, mientras que el arrendamiento de servicios se caracteriza por tratarse de la ejecución de una obligación, de medios (la prestación del servicio, cumplir las obligaciones de dar, conservar, valorar, etc...), sin valorar el fin del mismo, que en muchas ocasiones se escapa del control de quien presta el servicio, (ejemplos de ello serían el abogado y el médico, el primero no puede determinar la opinión final del juez, y el segundo no sabe a ciencia cierta la evolución de la enfermedad). Es por ello que los casos que generan duda sobre su calificación, aquellos en los que el resultado no está en manos de quien realiza el trabajo, a pesar que de algún modo de ellos se espere un resultado final, deben situarse bajo la tutela jurídica del contrato de arrendamiento de servicios, aunque, evidentemente, se deberá analizar caso por caso para concretar la calificación final.

---

sus conocimientos y pericia sobre el tema, o si lo que se contrata es el servicio y por ello la persona contratada puede o no delegar en otra la prestación del mismo.

<sup>120</sup> La doctrina ha defendido siempre esta distinción entre el contrato de obra y el de servicios, de manera que al contrato de obra se le exige un “resultado”, para DIEZ-PICAZO “en el arrendamiento de servicios se trata de desenvolver una actividad, mientras que en el arrendamiento de obra se persigue el resultado útil de aquella actividad. DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistemas de Derecho Civil*. Vol. II. 6edición. Ed. Tecnos. Madrid. 1989, pág.449. Para ALBALADEJO, la “diferencia entre uno y otro se halla, pues, en que: en el primero se promete un resultado, con independencia del trabajo (que puede ser de más o menos sesiones) necesario para realizarlo; y en el segundo se promete la prestación de los servicios en sí mismos, con independencia del resultado que con él se haya concluido” ALBALADEJO GARCIA, M. *Derecho Civil II Derecho de obligaciones*. Vol. Segundo. 9ª. edición. Ed. Bosch, Barcelona. 1994, pág. 264. LACRUZ, describe “La distinción entre el contrato de obra y el de servicios, ambos impropriamente llamados de arrendamiento en fuerza de una tradición que se remonta a las fuentes romanas, consiste en que en el contrato de servicios las partes pretenden obtener, simplemente, que otra persona desarrolle cierta actividad, mientras en el de obra persiguen, no estrictamente esa actividad ajena, sino su resultado. LACRUZ BERDEJO, J.L. (y otros), *Derecho de obligaciones*. Volumen Tercero. Contratos y cuasicontratos. 2ª. edición. Ed. Bosch. Barcelona. 1986, pág. 271.

### ***3.1.1 El objeto del contrato de servicios.***

El objeto de este tipo de contratos, en la doctrina civilista clásica, es el interés de los contratantes, la voluntad de las partes. Teniendo en cuenta esta afirmación lo único que hace el legislador en el código es concretar aquella serie de requisitos comunes de carácter imperativo.

Los artículos 1271 y 1273 del CC tipifican los requisitos del objeto contractual, posibilidad, licitud y determinación. Podemos decir que, desde el punto de vista de una concepción racional o lógica, todo contrato que no cumple dichos requisitos no existe ni produce efectos jurídicos. Esta afirmación ha sido discutida a lo largo del tiempo por la doctrina civilista. Para algunos autores la falta de alguno de los requisitos del objeto contractual daría lugar a la nulidad contractual pero para otros, a un supuesto de inexistencia, existencia sobrevenida por la propia nulidad del acto al no cumplirse los requisitos esenciales, la discusión estriba en el hecho de que lo que no existe no puede ser nulo y por la misma lógica no puede hablarse de inexistencia sobrevenida por la nulidad de algo que no llegó a existir.

Cabe decir que en estos artículos ya observamos que el Código Civil al distinguir en todo momento entre cosas y servicios, pero dado, como hemos comentado anteriormente, que el código se decanta mayoritariamente por la regulación de las obligaciones de dar, es necesario individualizar el estudio de cada uno de los requisitos para poder adaptarlos a la conducta del prestador de servicios, a la obligación de hacer.

#### *3.1.1.1 La licitud.*

En primer lugar, el Código Civil exige, respecto a los servicios, que para que estos cumplan el requisito de licitud exigido, no “sean contrarios a las leyes o las buenas costumbres”. Concedores del efecto de la aplicación del artículo 6.3 y el 1255 del CC, que ya mencionan la imposibilidad de introducir normas contrarias a las leyes, la moral o las buenas costumbres, nos centraremos en el 1275 del CC, ya que es en él donde la nulidad o inexistencia está vinculada a la cusa del contrato, es evidente que en los contratos donde el objeto contractual es un servicio, su licitud es un elemento suficientemente relevante, dado que ser considerado ilícito deberá declararse inexistente el contrato.

El Código Civil nos proporciona la calificación de todo aquello que puede ser considerado objeto del contrato, distinguiendo entre las cosas y los servicios. Para los servicios el Código señala en su artículo 1271 párrafo 3º que “pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o las buenas costumbres” esta afirmación provoca que, de no existir una ley que lo prohíba, todo aquello que no sea considerado incorrecto por la “buen costumbre de cada momento, será objeto de contrato., el límite existente es el mismo límite que tienen la autonomía privada de cada individuo.

#### *3.1.1.2 La posibilidad*

En segundo lugar debemos referirnos al requisito de la posibilidad. A lo imposible nadie puede estar obligado porque equivale a no obligarse a nada, así nos lo indica ALBALADEJO recordando el principio *impossibilum, nulla obligatio* (D.50, 17,185) De ello se extrae que toda aquella prestación imposible de llevar a cabo no podrá ser objeto de contrato. Pero así como en lo relativo a las cosas la posibilidad

---

implica existencia de la misma, en lo servicios es un concepto que debe puntualizarse, porque puede que exista pero que jurídicamente sea imposible. DIEZ-PICAZO, identifica la imposibilidad jurídica como aquella situación en la que “el objeto contemplado por las partes, como materia sobre la que su contrato recae, puede chocar con una prohibición legal o un precepto normativo que lo impida”. Pero en este caso cabría la posibilidad de si lo que se discute es la posibilidad o la licitud del servicio, porque que no sea posible porque la norma así lo dice nos reconduce de algún modo a la ilicitud del objeto del contrato, cuando no es eso lo perseguido, porque de facto el análisis de la ilicitud ya se ha debido hacer con anterioridad al de posibilidad.

Podemos decir así que en el caso de los servicios hablamos de imposibilidad, y sólo lo es realmente, si la prestación no puede cumplirse en el modo que se solicitó y ese modo es el único en el que se quiere que se preste el servicio y no otro, porque si cabe su prestación de otro modo y la modificación de la prestación se acepta, siempre sin variar lo esencial del objeto contractual, este pasará a ser posible. O, también se acepta y deja de ser considerado un objeto imposible, sí pudiéndose prestar no totalmente como se solicitó sino parcialmente se reconoce, por parte de quien solicitó el servicio, este incumplimiento parcial, pasará entonces el objeto de nuevo a ser “posible” en la parte que se reconoce.

En estos casos no estaremos en situación de nulidad ni de inexistencia, a pesar de que existe un incumplimiento, de inicio, respecto a uno de los requisitos básicos del objeto contractual, tal y como nos indica el Código Civil, el objeto ha pasado de imposible a posible.

### 3.1.1.3 *La determinación*

En tercer lugar hay que destacar la necesidad de la determinación del objeto contractual, puesto que para que el contrato pueda entenderse válidamente celebrado es necesario que se conozca el objeto concreto sobre el cual ha de versar el contrato, o pueda llegar a conocerse, tal y como indica el artículo 1273 CC, al mencionar la posibilidad de que sea determinable, sin necesidad de perfeccionar un nuevo acuerdo entre las partes. Para VAQUERO PINTO la determinación supone la incorporación de la realidad a la obligación o al contrato, lo que, consecuentemente conlleva que, en ausencia de determinación, lo que faltará realmente es el consentimiento contractual.

La determinación está vinculada de manera inseparable con el consentimiento de las partes, ya que solo si aquello que queremos es lo que se refleja en el contrato daremos nuestro consentimiento a la celebración del mismo. La licitud es un requisito que no podemos controlar, nos viene impuesto, la posibilidad depende más de aquel a quien solicitamos el servicio, pero la determinación, a pesar que implica a las dos partes, es quien contrata el servicio quien al final debe aceptarla, consentirla, para que esta sea válida.

Pero no podemos generalizar, y del mismo modo que hemos hecho para el resto de requisitos contractuales, hay que distinguir entre si estamos ante un objeto o un servicio. Es evidente que es mucho más fácil determinar una cosa, que es material y cuya certeza puede demostrarse de manera empírica, que un servicio que como objeto del contrato es una obligación de hacer y no puede concretarse de un modo material. La obligación de hacer podríamos decir que se integra en el grupo de lo determinable y necesitará para ser aceptada del reconocimiento de una serie de criterios de determinación.



No contiene nuestro Derecho positivo una enumeración de los posibles criterios de determinación que las partes pueden prever para la concreción ulterior del objeto del contrato. No obstante, la doctrina toma en consideración una serie de posibilidades de determinabilidad del objeto en torno a la distinción entre criterios objetivos y criterios subjetivos de determinación. Para VAQUERO PINTO, en el ámbito de los servicios, de las obligaciones de hacer, el modelo de determinación de la prestación conlleva, necesariamente, un cierto grado de discrecionalidad de los sujetos de la relación contractual. Estamos de acuerdo con esta afirmación, ya que en innumerables contratos de servicios, tómesese de ejemplo, nuevamente, la actuación de un abogado, la ejecución del servicio aunque parece tener un fin claro (obtener la razón en algo, una compensación económica, la defensa ante una acusación, etc...), a pesar de no obtenerse, estará bien ejecutado si se siguen unos criterios de actuación marcados por el código deontológico del colegio de abogados, a pesar de no haberse obtenido en puridad el resultado esperado. Así, el objeto será determinable al fin de su ejecución y no al inicio de la misma.

Algunos autores denominan esta posibilidad de determinación del objeto del contrato por la parte que debe ejecutarlo, como la doctrina del “arbitrio de equidad”. Surgió a mediados de siglo pasado para hacer compatible la figura del arbitrio de parte y el arbitrio de tercero con la regulación del Código Civil, que no la admite en algunos aspectos del ámbito contractual. Es evidente en el caso de determinados servicios no es tanto el dejar el correcto cumplimiento del servicio al arbitrio de quien debe ejecutarlo, sino que se valore si no pudiéndose determinar de manera exacta su ejecución de inicio, lo ha ejecutado “arbitrariamente” dentro de los criterios esperados.

### 3.1.2 Características del contrato de servicios regulado en el Código Civil

En la actualidad la característica más relevante de la regulación del contrato de servicios es la complejidad que implica su delimitación y su carácter obsoleto e insuficiente. Las normas plasmadas en el Código Civil han sido superadas por la legislación laboral<sup>121</sup> y aquellas que subsisten están siendo constantemente interpretadas, lo que lleva de un modo reiterado a considerar, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que, el contrato de servicios tiene carácter consensual<sup>122</sup> y que no requiere forma alguna<sup>123</sup> (aunque es sabido que la pertenencia a determinados colegios profesionales obliga a quien presta el servicio, a la realización de una tipología de contratos que han sido previamente redactados por el Colegio, para poder dar validez al acto). Siguiendo en una línea descriptiva, podemos decir del contrato de servicios que es de carácter bilateral y oneroso<sup>124</sup> (características, por otro lado, no predicables a *stricto sensu* del contrato de mandato, con el cual se ha pretendido establecer un paralelismo).

---

<sup>121</sup> Desde la aprobación del Código de trabajo el 23 de agosto de 1926, hasta la aprobación del Estatuto de los trabajadores de 1980, Ley 8/1980 de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores, se ha ido desgajando del Código Civil todos aquellos artículos cuyo contenido se acercaba o asimilaba a una relación de dependencia entre el empresario y el trabajador.

<sup>122</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *Derecho de obligaciones II Vol. 2º Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*. Ed. Dickinson, Madrid. 2005.; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil*. Vol. II, Ed. Tecnos, 2005.; ALBALADEJO GARCIA, M. *Derecho Civil II Derecho de obligaciones. Vol. Segundo..., ob. cit.*, pág. 264.

<sup>123</sup> SAP de Madrid de 11 de julio de 2008 (JUR/2008/321226) en su FD. 4: “*el art. 1.254 del Código Civil (LEG 1889, 27) reconoce la existencia de un contrato "desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio" sin que para su válida existencia sea necesario que este conste por escrito (artículo 1.278 del CC). La declaración de voluntad, esencia del consentimiento, no es necesario que sea expresa, bastando que sea tácita, cuando el sujeto, aún sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral adopta una determinada conducta que hace presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en lo usos sociales y del tráfico, que ha de ser valorada como expresión de voluntad interna*”.

<sup>124</sup> Una de las dudas que, posteriormente a la realización del servicio, ha provocado más reclamaciones, es el precio del mismo. El artículo 1544 habla de “precio cierto”, pero ¿a qué se refiere exactamente?, ¿a una cantidad pecuniaria? El Código civil al regular al compraventa en el artículo 1445, también habla de precio cierto, pero en este caso puntualiza en “dinero o signo que lo represente”, es evidente que en este caso si no hace mención expresa al dinero podemos deducir que el legislador estaba pensando en la

Dado la falta de actualización la configuración jurídica del contrato, a pesar de los diferentes intentos legislativos, esta se ha venido configurando por la doctrina y por la jurisprudencia que ha tenido que distinguir cuando estamos ante un contrato de servicios y cuando ante uno de naturaleza análoga, como es el de obra, mandato o incluso con contratos del ámbito laboral.

Como hemos comentado estamos ante un contrato consensual, se perfecciona con el simple consentimiento de las partes, no siendo necesario que se produzca entrega de cosa ni el cumplimiento de formalismo alguno. Es necesario que ambas partes, de manera recíproca, cumplan determinadas obligaciones, ejecutar el servicio encargado y abonar por él el precio convenido. En algunas sentencias el rasgo de la bilateralidad se ha pretendido unir al de la duración del contrato de servicios, de manera que este no podrá ser nunca indefinido, pudiendo ser resuelto por cualquiera de las partes<sup>125</sup>.

La característica de la onerosidad del contrato ha sido considerada un rasgo diferenciador respecto del contrato de mandato, de modo que es requisito necesario la

---

posibilidad de que se entregase tanto una cantidad pecuniaria, como una cosa o incluso en que la contraprestación pudiera ser otro servicio equivalente, sin que se perdiese la cualidad del contrato. (a tal respecto véase ALBALDEJO GARCIA, M. *Derecho Civil II Derecho de obligaciones, Vol. segundo...*, ob. cit., pág. 731. Respecto a la cantidad del coste del servicio en sí, aquí la liberalidad de las partes al establecer las cláusulas del contrato, permite la fijación de cualquier precio, pero si este no se fija o dado el tipo de servicio prestado no se puede fijar de antemano siendo solo determinable, la justicia ha entendido que se estará para su determinación a los usos y costumbres, tomando para ello las directrices de los colegios oficiales, o la tasación del servicio, sin perjuicio, evidentemente, de la posible reclamación de costas que acoge a todo usuario.

<sup>125</sup> STS de 20 julio de 1995. RJ 1995/5726 “... existe ciertamente una bilateralidad del contrato solamente en tanto dura el plazo o tiempo por el que se pagaron las cuotas de socio. Y, por último, no concurre infracción del artículo 1253 del Código Civil por inaplicación del mismo, en tanto en el caso discutido, sin necesidad de acudir a presunciones “hominis”, hay pruebas directas que la Sala tuvo en cuenta de la relación jurídica de prestación de servicios y ninguna deducción lógica permite llegar a la conclusión que mantiene el recurso de que la situación de hecho acreditada haya de deducirse y perdurar hasta que les convenga su existencia a los recurrentes”.

existencia de un precio del pago del servicio para que podamos hablar de contrato de servicios. Es tal su consideración que incluso, en determinadas profesiones colegiadas, cuyo coste de sus actos está además tasado, se les presupone la onerosidad aunque esta no conste en el contrato de manera expresa sino que se considere conocido por los usos y costumbres<sup>126</sup>.

### ***3.1.3 El contrato de servicios como contrato personalísimo o “intuitu personae”***

Como sucede con el contrato de mandato y tal y como hemos desarrollado en el apartado anterior, una parte de la doctrina<sup>127</sup> reconoce que debe encuadrarse este contrato en el grupo de contratos presididos por el principio *intuitu personae*, aspecto este reconocido por la jurisprudencia<sup>128</sup>. Esto se debe a la consideración que al contratar

---

<sup>126</sup> STS de 19 enero de 2005 (RJ 2005/518) FD.2º: “El Tribunal Supremo ha declarado (y se indica para la mejor comprensión de esta cuestión, aunque no se refiera directamente a un supuesto análogo) lo siguiente: aunque la existencia de un precio cierto sea elemento necesario para la validez del contrato de arrendamiento de servicios y, también, por ello, del contrato de arrendamientos de servicios profesionales por Abogado, esta exigencia se cumple no solo cuando el precio se pactó, expresamente, sino, también, cuando es conocido por costumbre o uso frecuente en el lugar en que se prestan los servicios ( Sentencias de 10 de noviembre de 1944 [ RJ 1944, 1184] y 19 de diciembre de 1953 [ RJ 1953, 3515] ); tratándose de profesionales que figuran inscritos en una corporación o colegio profesional, la retribución o el precio de sus servicios puede estar regulado por aranceles o tarifas o, como es el caso de los abogados, por normas orientadoras de honorarios mínimos que protegen frente a la competencia desleal, pero que también proporcionan criterios indicativos sobre el coste de los servicios;”.

<sup>127</sup> MARTI MARTI, J. “El contrato de arrendamiento de servicios de abogado” en *La responsabilidad civil del abogado y del procurador*, Ed. Bosch, 2007; GAYARRE CONDE, I (ponente) Dictamen elaborado por la Subdirección General de los Servicios Contenciosos de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, V-Lex, 2006.; MORILLO GONZALEZ, F. “ El contrato de arrendamiento de servicios: su distinción de otras figuras afines en la doctrina de nuestros tribunales” en *Aranzadi Civil*, Volumen I, Ed. Aranzadi, 1999.

<sup>128</sup> STS de 30 marzo DE 1992 8RJ 1992/2306), FD 2º. “El contrato de arrendamiento de servicios se encuadra en el grupo de contratos en el que las relaciones tienen en cuenta al principio “intuitu personae” y como ha declarado repetidamente esta Sala pueden resolverse por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, de igual modo que el mandato, la comisión mercantil, la sociedad colectiva, y tantos otros que en las fuentes de ellos se inspiran (vid. arts. 1594, 1732, 1700, etc., del Código Civil). Eso sí, la resolución unilateral podrá hacer surgir la obligación de indemnizar si se produce en contra de lo pactado o cuando en el propio pacto se prevea indemnización por el cese”. STS de 20 julio de 1995

---

### Capítulo III: Intermediación y tipos contractuales

---

se está teniendo en cuenta de manera relevante, tanto en la formación como en la ejecución del contrato, las cualidades individuales o subjetivas de la persona concreta que presta el servicio, no siendo posible la sustitución del mismo<sup>129</sup>. Aunque en algunos supuestos se reconoce que en determinados ámbitos de contratación deberá evaluarse el supuesto concreto para poder determinar si es posible o no el cumplimiento efectivo de la prestación por sujeto distinto al inicialmente contratado, (así como en el caso del médico cirujano plástico está claro que el paciente contrata un médico concreto porque espera un resultado específico que solo ese médico puede dar). Los Tribunales, a través de su jurisprudencia<sup>130</sup>, también han opinado respecto a la posibilidad de sustitución o

---

(RJ 1995/5726); SAP de Guadalajara de 1 julio de 1999 (AC 1999/1214); STS de 12 mayo de 1997 (RJ 1997/4121).

<sup>129</sup> Argumento que se reafirma si estamos ante un contrato de obra, dada la posibilidad que otorga el art. 1595 del CC a resolver el contrato. En dicho sentido se pronuncia la jurisprudencia en sentencias como la del Tribunal Supremo de 14 diciembre de 2012 (RJ 2012/41). *“La valoración jurídica de estos hechos está en el propio fundamento del contrato de prestación de servicios suscrito entre ambas partes, como relación “intuitu personae”, del artículo 1595 CC, por tratarse de una obligación personalísima de quien debió realizar el proyecto y la dirección de la obra en su condición de arquitecto y no pudo cumplirla en su integridad por su fallecimiento. En la medida en que este contrato está basado en la confianza entre las partes, se estableció la posibilidad de rescindirlo unilateralmente pactándose una indemnización, que es la que se reclama en la demanda. Ocurre, sin embargo, que el arquitecto falleció y que esta singular situación produjo la imposibilidad sobrevenida de cumplimentar la obligación a la que se había comprometido, lo que constituye una justa causa de resolución de la relación obligatoria sinalagmática, que impide la aplicación del artículo 1124 CC, pues tiene en cuenta un incumplimiento que no ha existido, desde el momento en que una parte no pudo cumplir aquello a lo que se comprometió y no puede imponerse a la otra -dueño de la obra- que tenga que soportar la continuidad de los trabajos a cargo de un profesional distinto perteneciente a la sociedad meramente instrumental cuando el contrato se formalizó en atención a la consideración profesional de Don Juan Alberto y el derecho a desistir mediante el establecimiento de las consecuencias económicas correspondientes solo era efectivo en vida y no por su fallecimiento y posterior baja colegial”.*

<sup>130</sup> STSJ de Cantabria, sala de lo social, de 7 de julio 1997(AC 1997/3487), respecto a la diferenciación de un contrato laboral respecto de un contrato de arrendamiento de servicios. En este caso respecto a los peritos tasadores, considera el Tribunal que pueden incluso delegar su trabajo a en terceras personas; STSJ de Madrid, sala de lo social, de 28 diciembre 1994 ( AC 1994/5067), en la reclamación de unos profesores de tenis respecto a la calificación de su contrato como laboral, una de las razones esgrimidas por el Tribunal para rechazar sus pretensiones era el hecho de que podían nombrar a quien les sustituyese al no estar sujetos a control horario; STS sala de lo social, 20 septiembre 1995 (RJ 1995/6784), en este caso se está ante una sustitución de verano de un médico, el Tribunal considera que al ser él mismo quien escoge al sustituto valorando para ello sus cualidades, hace que esta sea viable, y le quita el carácter de personalísima a la prestación del servicio.

delegación de la persona contratada, de manera que pueda prestarse el servicio aunque no pueda realizarlo quien inicialmente fue contratado para ello, determinando así la cualidad del contrato como *intuitu personae* pero distinguiendo entre el personalismo de la obligación sobre el personalismo del deudor<sup>131</sup>, obviando así las características personales de quien debe prestar el servicio. La máxima protección del carácter *intuitu personae* el legislador lo reservó para el contrato de obra, donde sí está prevista la extinción del contrato<sup>132</sup>. Algún autor critica la ubicación de la extinción en el ámbito del contrato de obra, cuando el carácter subjetivo de la extinción debería estar en la regulación del arrendamiento de servicios<sup>133</sup>. Evidentemente dicha argumentación alcanza cierto sentido en algunos supuestos, pero en otros, la posibilidad de la sustitución del sujeto debe poder ser admitida<sup>134</sup>.

### **3.1.4 El arrendamiento de servicios como contrato atípico**

Es la propia lectura literal del artículo 1255 CC, la que nos permite considerar la existencia de una calificación de los contratos de arrendamiento de servicios como atípicos. El legislador establece en el artículo que: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas, y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.*”. Esta amplia posibilidad y libertad de actuación declarada de un modo expreso es un claro referente al principio de la autonomía de la voluntad, aspecto este que se ve reforzado por el Art. 1091 CC, que

---

<sup>131</sup> VAQUERO M.J. *El arrendamiento de servicios*, pág.417.

<sup>132</sup> Ver el Art. 1595 CC. Que prevé la extinción del contrato por la muerte del prestador sí el contrato se realizó teniendo en cuenta sus características personales. El caso evidente del encargo de una obra a un artista o a un arquitecto concreto, requiere de su cumplimiento por dicho sujeto para que el objeto del contrato alcance su plena relevancia.

<sup>133</sup> VAQUERO M.J. *El arrendamiento de servicios*, pág.420.

<sup>134</sup> Respecto a la sustitución en caso de fallecimiento del prestador del servicio, estaremos a lo expuesto en el apartado 2.4 de este capítulo. Tan solo es posible la sustitución en base a la aplicación de los deberes liquidadores de los herederos previsto para el contrato de mandato, art. 1739 CC.

---

da fuerza de ley, inter-partes, a las obligaciones que nacen de los contratos y reafirmado, con la posibilidad, de las partes, de plasmar en el contrato aquel resultado, de la discusión de las condiciones contractuales, que más les beneficien a ambos.

Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo relativas a los contratos atípicos<sup>135</sup> que podemos encontrar, relaciones contractuales que tendrían cabida en la regulación del contrato de arrendamiento de servicios, pero en ninguna de ellas se define o redirecciona dicha relación o contrato hacia las normas de este contrato ni de ningún otro, tan solo se reconoce su existencia y validez, y lo único que se les exige a las partes es que al concluirlo todas sus cláusulas y finalidades sean lícitas y válidas según las normas básicas del derecho contractual.

Es evidente que a pesar de todos los intentos de modificación, y de la existencia de una gran cantidad de jurisprudencia, nos seguimos encontrando ante una insuficiente regulación del contrato de arrendamiento de servicios. Esta insuficiencia ha sido provocada a lo largo del tiempo, tanto por la salida de su ámbito de aplicación de aquellos contratos que tenían carácter laboral, que supuso la exclusión práctica de alguno de los preceptos del Código, que ha dejado el articulado del contrato de arrendamiento de servicios prácticamente inaplicable, como por el carácter insuficiente de la actual regulación del Código Civil que no puede alcanzar a cubrir todas las exigencias del actual tráfico económico comercial.

---

<sup>135</sup> Entre otras las SSTS de 10 de junio de 1929; de 5 de noviembre de 1957; de 18 de noviembre de 1980(RJ 1980/4140); de 22 de octubre de 1996(RJ 1996/7238); de 13 de abril de 2004(RJ 2004/2619); Cabe mencionar la STS de 25 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7251) que ante lo que el Tribunal denomina contrato complejo de mandato y arrendamiento de servicios , lo califica de atípico o mixto, que al no tener plazo de prescripción, por no estar previsto, se le aplica el general de los 15 años. Así lo reconoce en el FD1ª “... pone de manifiesto que existió efectiva relación contractual en forma de contrato atípico o complejo de mandato o arrendamiento de servicios...”.

---

Por todo ello podemos afirmar que en la actualidad, cuando estamos ante un contrato que cumple todos los requisitos de un contrato de arrendamiento de servicios, este podría ser calificado de naturaleza atípica, dado que en el fondo queda a merced de la voluntad de las partes, que, siguiendo las normas básicas del contrato y del derecho de obligaciones, previstas en el Código Civil, y haciendo uso de la poca regulación aplicable al arrendamiento de servicios, pueden articular un contrato que se adapte a sus necesidades de forma efectiva. Aunque debemos hacer una pequeña matización, dentro de la clasificación clásica del contrato atípico (aquel que es totalmente elaborado por las partes), existe el contrato atípico mixto<sup>136</sup>, que combina el derecho de obligaciones en general con las normas de aquel contrato al que más se asimile y que sí regulado, como sería en este caso el del arrendamiento de servicios actual, por ello aunque lo elaboren las partes en su totalidad, es de aplicación a estas las normas del contrato de arrendamiento de servicios previstas en el Código Civil.

#### **4 LA COBERTURA CONTRACTUAL DE LA INTERMEDIACIÓN EN EL ÁMBITO MERCANTIL**

Tras haber realizado un estudio sobre la incardinación de las relaciones de intermediación en el ámbito de los contratos civiles, no podemos dejar de constatar que la regulación de la intermediación encuentra también respuesta contractual en el ámbito del derecho mercantil. Son variadas las opciones que pueden dar cobertura a las relaciones de intermediación, desde el contrato de comisión hasta el de agencia pasando por el contrato atípico de mediación y corretaje, el más nombrado

---

<sup>136</sup> ALBALDEJO, M. *Derecho civil II Derecho de obligaciones*. Volumen I, *Ob. cit.* Pág. 393 y ss. Reconoce y clasifica los contratos mixtos aunque tal y como dice “*considero preferible no complicar la terminología y hablar de contratos atípicos para referirme a todos los fallos de una disciplina legal propia. Sin que ello excluya la utilización de la expresión “contratos mixtos” con el sentido de formados por combinados de elementos de varios típicos*”.

---



usualmente por la jurisprudencia, sobre todo en el ámbito de la intermediación inmobiliaria.

Las semejanzas de cada uno de esos contratos, así como sus denotadas diferencias son las que permitirían su uso, y serán además la base jurídica, práctica y ejemplificadora, que nos permite reafirmar con mayor fuerza la necesidad de crear una regulación única para la intermediación, que funcione como regulación marco que describa la figura del intermediario, el alcance de su actuación, su naturaleza jurídica, pero que además deje abierta la posibilidad de que, en cada materia específica, se tengan en cuenta las especialidades del sector en concreto, y puedan añadirse variantes que no distorsionen la figura general.

Seguidamente desarrollaremos el estudio de cada uno de los contratos citados, aquellos que consideramos más adecuados como cobertura para la figura del intermediario. Y lo haremos sobre todo centrandó nuestra atención en el contrato de mediación y corretaje, por ser el contrato que ha pasado a convertirse en el recurso más habitual para una gran parte de la intermediación.

## 5 EL CONTRATO DE COMISIÓN

### 5.1 Introducción

Si tomamos como punto de partida la regulación estatal del derecho mercantil, nos vemos dirigidos necesariamente al artículo 244 del Código de Comercio, en él encontraremos descrita la figura jurídica de la comisión mercantil<sup>137</sup>. Son muchos los

---

<sup>137</sup>Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. Art. 244. *Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.*

---

autores que consideran que el legislador, al regular la figura de la comisión en el ámbito del derecho de los comerciantes, tan solo estaba trasladando al derecho mercantil la figura del mandato del derecho civil<sup>138</sup>, es decir, que estamos ante un verdadero mandato que se materializa en el ámbito del código de comercio mediante una plasmación legislativa propia, y que tan solo se diferencian del civil por la calificación del acto y de los sujetos intervinientes, de modo que será mercantil si concurren el elemento subjetivo y objetivo que exige el legislador, la realización del contrato por un comerciante<sup>139</sup>, elemento subjetivo del contrato, y además que dicho contrato implique la realización de un acto de los que denominamos de comercio<sup>140</sup>, como elemento objetivo, la dificultad radicará en determinar cuando estamos y cuando no ante un acto de comercio, dificultad que ya predicaba BROSETA<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup>SAMPONS SALGADO, M. *El contrato de corretaje*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1965. Pág.24.o la opinión de ALONSO SOTO, R. en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. (Dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. II. Ed. Civitas, Madrid, 2001, Pág. 29. Donde considera que ambos contratos, mandato y comisión, son un elemento jurídico que facilita el transporte de bienes y servicios. LEIÑENA, E. e IRÁKULIS, N. *El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil y el mandato en el derecho de obligaciones y contratos*. Ed. Dykinson, Junio 2008. Pág. 27. mencionaban “partiendo de la concepción legal de la comisión como encargo o mandato cabe pensar que ambas figuras, cada una en su ámbito (civil y mercantil respectivamente), regulan la misma relación jurídica configurando en cierta forma una doble normativa en el amplio marco del Derecho de obligaciones”.

<sup>139</sup> Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. Art. 1. *Son comerciantes para los efectos de este Código: 1. ° Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente 2. ° Las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este Código.*

<sup>140</sup> Un acto de comercio podría ser calificado de un modo subjetivo, el que realiza un comerciante o empresario, o de modo objetivo, el acto regulado en el Código de Comercio, es este último el que sigue el legislador del Código y así lo plasma en la redacción del segundo párrafo del Art. 2. “Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga”. A pesar de ser esta la regla general, en ocasiones se mantiene el hecho de calificar algunos actos como de comercio por la sola intervención de un comerciante en él. Evidentemente la “lista” de actos es abierta, así lo dice al añadir “de naturaleza análoga”, dado el carácter evolutivo del derecho mercantil que se adapta a los cambios que realiza el mercado. En esta línea, RUIZ DE VELASCO, A., *Manual de Derecho Mercantil*. Ed. Universidad Pontificia Comillas. 2007. Madrid. Pág. 36. La imprecisa definición que de “acto de comercio” del artículo 2 del C.Com. debe ser entendida como una referencia esencial a la materia contractual. SANCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coord.) *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I.32ª edición*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2009. Pág. 38.

<sup>141</sup> La dificultad para determinar el concepto de acto de comercio impide comprender la afirmación de que el Derecho mercantil es el Derecho de los actos de comercio, porque en cada supuesto el Código de Comercio utiliza un criterio distinto para acotar la mercantilidad de los actos dispersos en el articulado del

Si partimos de la realidad que, desde tiempo atrás hasta la actualidad, rodea a todo empresario, cuando este pretende introducir en el mercado sus bienes y servicios, y valorando ahora además la amplitud y complejidad tecnológica de este mercado, necesitará idear sistemas y formas que le permita llevarlo a cabo del modo más eficiente para su empresa, el método más común es la búsqueda de colaboración que le ayude en ello, tanto entre empresas, como a través de otras personas, tanto físicas como jurídicas, los intermediarios. Esta colaboración puede ser llevada a cabo de diversas formas, pero siempre a través de un acuerdo o contrato de, denominemos de momento, colaboración que se adaptará a las necesidades de cada empresario.

La necesidad de que exista un nexo de unión ha provocado que, con el tiempo, vayan surgiendo una serie de contratos con características similares y cuyo nexo de conexión es la intermediación. Entre ellos encontraremos los llamados contratos de colaboración, que adoptan en el ámbito jurídico diversas formas, casi todas ellas de carácter atípico, pero que como consecuencia de la importancia que adquiere la finalidad económica de la colaboración empresarial, acaban por formar un marco estable, no siempre legalmente previsto, en las relaciones jurídicas.

La decimonónica institución de la comisión mercantil o la prevista regulación de los contratos de suministro ha dado lugar a la constitución de redes de distribución, controladas por agentes que operan por cuenta del empresario principal, agentes que son en la mayoría de las situaciones distribuidores autorizados por el empresario o empresarios, que con o sin exclusiva contratan en nombre propio, o de concesionarios que operan en exclusiva en una zona geográfica o las llamadas

franquicias, que además de distribuir los productos pueden participar en los métodos de producción, en la dinámica comercial o en la imagen, incluso, de la marca<sup>142</sup>.

Estas formas contractuales estaban adquiriendo una importancia y un volumen tal, que su regulación está plenamente justificada. Es evidente que la misma naturaleza contractual compleja de las relaciones mercantiles, provoca la aparición de un conjunto de derechos, obligaciones y consecuencias jurídicas demasiado amplias y variadas, como venimos diciendo, algunas reguladas y otras no, pero como el motivo de este estudio no es el de valorar cada uno de los contratos en su totalidad, nos centraremos en aquellos contratos cuyo nexo más relevante sea la existencia de una relación de intermediación entre tres sujetos, el empresario, el intermediario y el consumidor.

#### ***5.1.1 El contrato de comisión, artículo 244 del Código de comercio. Su calificación como contrato de mandato mercantil.***

Partiendo de la idea expuesta de que la comisión mercantil es básicamente un mandato, lo importante no es tanto saber el origen del mandato en sí, sino determinar cuando este adquiere ese matiz comercial para que pase a estar regulado bajo el régimen jurídico del derecho mercantil.

Podemos afirmar sin lugar a dudas que la mercantilización del mandato se inició ya en la época medieval, en ese momento histórico los pueblos necesitaban satisfacer una serie de necesidades que incluían vender sus productos fuera de los lindes de los núcleos de cada población, este hecho produjo que se incrementasen las

---

<sup>142</sup> RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. “Aspectos generales del Contrato de Distribución y de Distribución en Exclusiva” FERNANDEZ SEIJÓ, J.M. (Director): *Contrato de agencia, distribución y franquicia*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, 2006. Madrid. Pág.127

---

relaciones entre las diversas ciudades, pueblos y núcleos de población<sup>143</sup>. Pero el desarrollo del comercio provocó la incapacidad de los comerciantes de abarcar todos los “mercados”, de manera que se vieron obligados a encomendar a otros comerciantes la venta de sus mercancías o productos, dando así origen a la mercantilización del mandato<sup>144</sup>.

En definitiva, la evidente necesidad de expansión comercial, surgida de un modo más intenso en la Edad Media, es el origen de la figura denominada comisión, que en aquel momento abarcaba un amplio significado, alcanzando tanto al mismo encargo de venta, como a los beneficios que obtendría quien gestionase dicha venta.

Pero a pesar del demostrado reconocimiento de su existencia y uso, la figura de la comisión no se contemplaba como un negocio de carácter independiente, sino estaba considerado un acto de carácter auxiliar, prueba evidente de ello lo hallamos en el hecho de cómo fue recogido por el Código de comercio de 1829, donde la institución de los comisionistas se instauró dentro del apartado dedicado a los

---

<sup>143</sup> Podríamos situar el origen de la comisión mercantil en los siglos XIII y XIV, vinculada al nomadismo, visto como forma primitiva de comercio. Con anterioridad, todo aquel que ejercía el comercio lo hacía vendiendo sus productos al desplazarse de pueblo en pueblo o en los mercados que se instalaban en determinadas épocas del año. Pero llegó un momento que esto no fue suficiente y que la propia demanda de productos provocó que surgiese la necesidad de establecerse en lugares concretos de un modo estable, concentrando sus operaciones de comercio allí donde establecía su vivienda. Esto implicaba que los comerciantes no podían acudir a otros mercados o lugares para trasladar sus productos, así que como la necesidad tanto de vender del comerciante, como de adquirir productos que no tenían por los demás hizo que el comerciante recurriese a la figura de los “dependientes”. Elcomerciante encargaba a sus dependientes (esta figura estaba representada tanto por familiares, esclavos, si los tenía, como por los propios auxiliares que trabajaban en su comercio), que lo representasen en las ventas en otros lugares. Este mecanismo se extendió de tal modo que los propios dependientes se establecían en otros puntos de población creando, lo que hoy en día llamaríamos, “sucursales” y actuando en nombre siempre de los comerciantes iniciales, que evitaban de este modo viajar. DE LA CUESTA RUTE, J.M (Dir.) VALPUESTA GASTAMINZA, E. (Coord.) *Contratos Mercantiles*, tomo I, Ed Bosch 2ªEd. Barcelona, 2009.

<sup>144</sup> LEIÑENA, E. e IRÁKULIS, N. “Origen de la comisión mercantil”. *El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil y el mandato en el derecho de obligaciones y contratos*. Ed. Dykinson, SL. Junio 2008.Pág.28.

---

auxiliares de los comerciantes (artículos 116 a 172). En 1885 esta característica fue corregida otorgando a la institución un carácter propio e independiente, e incluso el legislador reguló la figura del contrato de comisión dentro del Libro segundo, concretamente, entre los contratos de comercio terrestre (artículos 244 y siguientes).

Encontramos ubicada la regulación de la Comisión mercantil en el artículo 244<sup>145</sup> y siguientes del Código de Comercio. Su definición legal nos hace pensar en ella como un mandato entre comerciantes, como un encargo que convertirá a uno de ellos en un “intermediario” de un acto de comercio. En la actualidad una gran parte de los empresarios acuden a este recurso, al uso de estos “intermediarios”, que se han convertido en una necesidad dentro de la actividad mercantil ante la necesidad de que sus productos sean conocidos más allá del alcance territorial limitado por su directa promoción o venta.

La evolución de la regulación de la Comisión ha sido ampliada considerablemente, incidiendo principalmente en el alcance del contrato de comisión. Así tal y como indica el artículo 244, se considerará contrato de comisión todo aquel en el que participe un comerciante o en el que se realice cualquier acto de comercio. Esta apertura está influenciada por el Código de 1829, que tenía en cuenta al comisionista y los actos que este llevaba a cabo<sup>146</sup>. Es una visión puramente mercantilista de las relaciones contractuales, porque se omite directamente la posición jurídica de la contraparte, será Comisión tanto si es otro comerciante o si por el contrario estamos ante un consumidor. Tal y como comentamos, no considera la posición de la contraparte, no hay mención en el artículo a su naturaleza jurídica, de

---

<sup>145</sup> Art. 244 C. Com. “*Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista*”.

<sup>146</sup> SANCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de derecho mercantil...* Pág.202.

---

manera que queda abierta la posibilidad a que nos podamos encontrar ante un comerciante o ante un consumidor, quedando así condicionado necesaria y principalmente al hecho de que nos encontremos ante un acto de comercio.

### **5.1.2 Naturaleza jurídica del contrato de comisión.**

Incluido en el Código de Comercio, reconocido como un contrato de derecho privado, y regulado como uno de los contratos mercantiles, siempre ha suscitado dudas sobre su distinción con el mandato civil ya que ha sido considerado un mandato, pero un mandato mercantil. Esta denominación se mantiene en la actualidad, encontramos innumerables sentencias que al describir una relación jurídica habla de ella como “mandato mercantil” o comisión<sup>147</sup>. No hay duda así que estamos ante un mandato, lo que deberemos determinar es que elementos son suficientes para distinguirlo con claridad del mandato civil.

Otra de las dudas crecientes es la que llevaba a considerar de carácter civil la operación efectuada cuando estábamos ante un poder de representación. Pero lo cierto es que para que un mandato pierda el carácter civil que lo identifica y adquiera la calificación de comisión mercantil, es necesario que confluayan una serie de requisitos, que, aunque alguno de ellos sea más relevante que el resto, se complementan, que estemos ante un acto u operación de comercio, que sea comerciante quien lo lleve a

---

<sup>147</sup> En la STS de 18 de abril de 2013 (244/2013), los magistrados denominan el contrato celebrado entre la entidad bancaria y el cliente tiene una “*estructura negocial de mandato*”, concretando en el Fundamento de Derecho 4, donde y en base a la petición de la parte que presenta el recurso de casación, entran a valorar el incumplimiento de los preceptos relativos al mandato, haciendo referencia expresa tanto a los previstos en el Código Civil 1276 como a los del Código de Comercio, relativos a la comisión mercantil, arts. 255 y 264, admitiendo en todo momento el Tribunal dicha dualidad normativa, pero hablando en todo momento de mandato “*Las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato, fundamental en el caso del mandato(arts. 1719 del Código Civil y 254 y 255 del Código de Comercio)*”“(FD 6º apartado 4).

---

cabo o quien lo encargue y que exista retribución (salvo pacto en contra). El hecho de tratarse o no de un acto representativo no es un elemento con suficiente relevancia para que se le considere distintivo, dado que realmente la representatividad del contrato, o de un modo mucho más concreto y claro la sustituibilidad del mismo, es un requisito que se usa más para distinguirlo de contratos como el de arrendamiento de servicios, en la comisión el comitente es sustituido o representado por el comisionista quien llevará a cabo la actividad en interés del comitente. Dicha sustitución adquirirá un carácter más representativo cuando se confiera un poder al comitente, Poder que alterará su actuación y el resultado final de la misma, dado que amplía claramente su capacidad de actuación.

A diferencia de lo que sucede con el mandato civil, la onerosidad es relevante, desde el momento en que el legislador la considera esencial. En el mandato la presunción es de gratuidad, así que deberá pactarse o probarse que se pactó oneroso, mientras que en la comisión el dato de la onerosidad es parte principal del contrato, siempre se presumirá oneroso, la propia denominación del mismo conlleva a que no tenga cabida en él la gratuidad, que a pesar de ello está prevista, como una excepción<sup>148</sup>.

Otro dato a tener en cuenta para determinar la naturaleza jurídica del contrato es que la actividad llevada a cabo por el comisionista sea siempre jurídicamente relevante, esto es, que se lleve a cabo un contrato, aspecto que también se precisa en el contrato de mandato.

Con todo ello podemos determinar que nos encontramos ante un contrato de gestión de negocios jurídicos, que proporcionan a quien los ejecuta un beneficio en

---

<sup>148</sup> Art.277 C de Com. El comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de comisión, salvo pacto en contrario.



forma de comisión. Para LEIÑENA e IRÁKULIS, estos actos *pueden llevarse a cabo mediante una relación de dependencia del que actúa respecto al principal o por medio de una relación de independencia general, sin insertarse en la organización de la empresa*<sup>149</sup>, siendo este último caso el que se lleva a cabo con el contrato de comisión. Opinión que compartimos, puesto que consideramos necesario que exista el elemento de la independencia a pesar de que el comisionista reciba determinadas pautas por parte del empresario.

El contrato de comisión pertenece al mismo grupo que los contratos de agencia o los de mediación o corretaje, pues todos ellos tienen en común ser contratos en los que una de las partes se obliga a promover negocios jurídicos encargados por la otra parte, quien retribuirá la citada gestión en función del éxito de la misma.

Es evidente la semejanza de la comisión tanto con el contrato civil de mandato como con los contratos mercantiles de agencia o corretaje, así que se hace evidente y necesario determinar el elemento diferenciador de todos ellos.

Respecto al contrato de mandato ya hemos remarcado que la diferencia entre mandato y comisión mercantil reside en el carácter mercantil del acto y de uno de los elementos personales del contrato. En relación con los contratos mercantiles, las

---

<sup>149</sup> LEIÑENA, E. e IRÁKULIS, N. “Origen de la comisión mercantil”. *El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil y el mandato en el derecho de obligaciones y contratos*. Pág.45.

diferencias son otras, a saber: el derecho al cobro de la retribución<sup>150</sup>, la duración del contrato<sup>151</sup>, la representación<sup>152</sup>.

Es evidente que podemos encontrar muchos más aspectos diferenciadores entre los propios contratos mercantiles, a pesar de su nexo de unión de contratos de gestión y colaboración, que entre el propio mandato civil especial (1712 CC) y la comisión mercantil (244 y siguientes del Código de comercio), cuyos elementos son equivalentes y la única diferencia es el ámbito en el que se actúa, civil o mercantil.

Respecto a la Naturaleza jurídica del contrato, la conclusión a la que se llega, es que nos encontramos ante un contrato de gestión de negocios ajenos de carácter oneroso y consensual, siendo recomendable la forma escrita a efectos de garantizar la prueba de su realización (247.1 C.Com.).

A modo de conclusión anticipada nos preguntamos si dado el nexo existente tanto entre el contrato de mandato como el de comisión mercantil y el resto de contratos de gestión de carácter mercantil, no sería conveniente y oportuno dotarlos a todos ellos de un régimen jurídico común, con el fin de garantizar tanto al empresario como al intermediario y, cómo no, al consumidor final, un régimen claro que no genere dudas sobre aspectos como el objeto contractual, la duración del contrato, el cumplimiento correcto o incorrecto y la remuneración. Si el contrato es claro para las

---

<sup>150</sup> El comisionista cobrará la comisión determinada contractualmente si ejecuta el acto previsto así en el contrato. El corredor solo cobrará si una vez puestas en contacto las partes por él, llevado a cabo así su gestión, estas perfeccionan el contrato. En el contrato de agencia la Ley determina cómo será el cobro en los artículos 14 y 17.

<sup>151</sup> La comisión mercantil es un contrato cuya duración viene determinada por el cumplimiento del objeto del contrato, mientras que en el contrato de agencia estamos ante una relación estable y continuada.

<sup>152</sup> En el contrato de corretaje el intermediario lleva a cabo la labor de acercar a las partes contractuales sin llegar a celebrar un contrato personalmente, en el de agencia el agente actúa siempre en nombre del empresario principal y en el contrato de comisión, el comisionista puede actuar en nombre del comitente o en el suyo propio según sea el acto.

---

partes lo será para el consumidor final afectado por el método de trabajo del intermediario y, además, podrá siempre conocer quién o quiénes son los responsables en caso de plantear una reclamación en caso de incumplimiento.

## **6 EL CONTRATO DE AGENCIA: LA DIRECTIVA 86/653/CEE Y SU TRANSPOSICIÓN EN LA LEY 12/1992. SU INCIDENCIA DIRECTA EN EL CONTRATO DE AGENCIA**

El contrato de agencia es el recurso más utilizado por las empresas como método de expansión y de introducción en el mercado, sobre todo en los mercados internacionales.

### **6.1 Introducción**

El contrato de agencia no respondía, inicialmente, a una tipificación legal, puesto que el Código de Comercio español de 1885 solamente reconoce el contrato de comisión. Sobre este tronco común de la comisión han brotado una multitud de contratos de colaboración, nacidos de las nuevas exigencias económicas y sociales. Los enunciados eran tan variados como imprecisos, y el contrato de agencia surgió de la práctica, al margen del Código.

La empresa y el denominado agente comercial han mantenido una relación jurídicamente relevante durante mucho tiempo, pero sin tener una regulación jurídica propia. Hasta 1985 la tendencia era catalogar esta relación como laboral, de manera que a pesar de no formar parte de la plantilla de la empresa y actuar como comercial externo, se le reconocían derechos asimilados a los de los trabajadores de la empresa,

de ahí que los conflictos surgidos entre la empresa y el agente se dirimiesen en los Tribunales laborales.

El 1 de agosto de 1985 se aprobó el Real Decreto 1438/85 que regulaba las Relaciones Laborales especiales de los representantes de comercio. Mediante su aprobación se pretendía dar respuesta a las dudas existentes hasta el momento sobre la calificación de esta relación, de manera que la vinculación empresa-agente quedase acreditada y continuase estando bajo el manto protector de la jurisdicción laboral, sobre todo en el caso del cese de la relación. Para que esto fuese posible, la norma exigía el cumplimiento de una serie de requisitos. De forma simplificada podemos señalar que dichos requisitos se concretaban en tres: ser una persona física, no tener personal a su cargo, y no tener la obligación de responder del buen fin de las operaciones que llevase a cabo o en las que interviniera. A pesar de que aparentemente se había resuelto el problema, las empresas comenzaron a redactar contratos de vinculación en los que sorteaban las previsiones legales con cláusulas de asunción de responsabilidad por parte del agente, aspecto que fue considerado fraude de ley en muchos casos.

La aparición de la Ley 12/1992<sup>153</sup>, con motivo de la trasposición de la Directiva 86/653<sup>154</sup>, ha facilitado la labor de determinar el carácter mercantil de toda aquella relación que cumpla los requisitos en ella previstos, alejándolas de este modo de la regulación laboral.

---

<sup>153</sup> ley n° 12/1992, de 27 de mayo sobre el Contrato de Agencia (B.O.E. n° 29, de 29 de mayo de 1992).

<sup>154</sup> Directiva del Consejo 86/653 de 18 de diciembre de 1986 de coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes

---

## 6.2 La Directiva 86/653/CEE

La adopción de la Directiva en 1986 respondía a la pretensión de los Estados europeos de “*armonizar las distintas legislaciones que existían en los Estados miembros*”. De hecho era una norma que ya se había recogido en un gran número de legislaciones europeas<sup>155</sup>, salvo en España, donde fue transpuesta a nuestro ordenamiento a través de la Ley 12/1992.

Según el artículo 1 de la Directiva es agente: *toda persona, que como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el “empresario”, la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar o concluir esta operaciones en nombre y por cuenta del empresario.*

Una característica de la Directiva es el hecho de que se hace referencia en el concepto de agente únicamente a la compra y venta de mercancías, un concepto que según RAMOS IBÓS, queda limitado y no refleja la realidad de la actividad comercial que llevan a cabo los agentes, quienes no se limitan únicamente a la intermediación o la conclusión de operaciones de compraventa sino que llevan a cabo operaciones financieras vinculadas, como por ejemplo el *Leasing*<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> En Francia, por tomar un ejemplo, estaba regulado por el Decreto n° 58-1345 de 23 de diciembre de 1958, que posteriormente con la aparición de la Directiva, Francia realizará la transposición de la misma con una ley (n° 91/593 de 25 de junio de 1991) “relativa a las relaciones entre los agentes comerciales y sus mandantes.

<sup>156</sup> RAMOS IBÓS, T.Mª. “El marco legislativo comunitario de los contratos de colaboración comercial: Agencia Distribución y Franquicia” en *Contrato de agencia, distribución y franquicia*. FERNANDEZ SEIJO, J.Mª, Director. Ed. Consejo del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. XXI. 2006.

---

La transposición de la Directiva fue una excelente ocasión para solucionar el vacío normativo existente en materia del contrato de agencia, dando lugar a la ley nº 12/1992, que, dada su falta de regulación, se mostró prácticamente fiel al texto de la Directiva, y decimos prácticamente fiel porque debe del considerarse que no podía limitarse a una armonización, sino que debía crear *ex novo* un régimen jurídico que era inexistente con anterioridad.

### 6.3 La Ley 12/1992. El contrato de agencia

Según el artículo 1 de la Ley 12/92. *“por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones estables de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”*.

Desde el primer artículo ya podemos valorar que la Ley no se limita a introducir la Directiva en nuestro ordenamiento, sino que además introduce en la norma una serie de cambios sustantivos, opinión seguida por la mayoría de la doctrina<sup>157</sup>. Si comparamos la definición que del contrato de agencia nos ofrece la Ley

---

<sup>157</sup> SANCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de derecho mercantil Vol.II*. Ed. Thomson-Aranzadi.29ª. edición. Navarra 2006. Pág. 220, *la Ley ha dado una disciplina amplia del contrato de agencia, aplicable no solo a los agentes dedicados a negociar la venta o la compra de mercancías, sino en general a los dedicados a la promoción y realización por cuenta ajena de cualquier contrato mercantil que afecte a bienes o a servicios*. RAMOS IBÓS, T.Mª. “El marco legislativo comunitario de los contratos de colaboración comercial: Agencia Distribución y Franquicia, Pag.23, considera que el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Directiva hasta su transposición en el Derecho español es una de las causas que ha provocado que la Ley 12/1992 retoque aspectos adaptándolos a la realidad surgida desde su aprobación. BOTANA AGRA, M. “El contrato de agencia en el derecho español” *Revista de derecho de los negocio*, año 4 núm.30, *“una rápida comparación de la Ley del Contrato con la Directiva Comunitaria pone inmediatamente al descubierto la diferencia de enfoque desde el que una y otra contemplan la figura de la agencia. En efecto mientras la Directiva se coloca en una perspectiva subjetiva centrada sobre el agente comercial, la Ley del Contrato de Agencia-*

---

con la contenida en la Directiva podremos valorar que en ambos preceptos se observan algunas diferencias: la Directiva enfoca el contrato de agencia desde la perspectiva del propio agente, es decir, desde un punto de vista subjetivo, mientras que la Ley 12/1992 pone el acento normativo en la definición del contrato de agencia. En base al artículo 1 de la mencionada Directiva no tendría la consideración de agente, por ejemplo, quien de forma permanente se dedicase a promover o promover y concertar, por cuenta de un empresario transportista, operaciones de transportes con otros empresarios, mientras que de acuerdo con la Ley que estamos comentando es indudable que en este supuesto y en otros muchos semejantes nos encontramos ante un verdadero contrato de agencia que ha de regirse por sus disposiciones.

Determinada la aplicación de la Ley es de una clara relevancia lo previsto en su artículo 3, esto es, las normas de la Ley 12/1992 tienen carácter imperativo, salvo que la misma indique lo contrario. La Ley nace con vocación universal ya que se aplica de forma principal a cualquier contrato de agencia mercantil, salvo que exista una ley especial que regule alguna modalidad concreta, y aún en tal supuesto sus normas se aplicarían como derecho supletorio. Ello ocurriría, por ejemplo, en relación a los agentes mediadores de seguros, cuya actividad se encuentra específicamente regulada por la Ley 9/1992 de 30 de abril. Expresamente, y como excepción la propia Ley de 27 de mayo de 1992, excluye su aplicabilidad a los agentes que actúen en mercados secundarios oficiales o reglamentados de valores. Es evidente que no solamente podemos decir que nos encontramos ante un contrato regulado, sino que es una regulación que aparentemente limita de un modo bastante claro la autonomía de las partes a la hora de regular el contrato.

---

*en coherencia con nuestro sistema jurídico-atende a la vertiente objetiva polarizada en torno al contrato de agencia.*

---

Otro aspecto de suma relevancia para nuestro estudio es la calificación que de la lectura del artículo 1 de la Ley 12/1992 se extrae del contrato de agencia. Podemos decir que estamos ante un contrato de intermediación de carácter independiente aunque no total, sino parcial<sup>158</sup>. Expresamente se señala en el artículo 1 de la Ley que el agente ha de actuar como intermediario independiente, y es que el agente es por propia esencia un intermediario, actúa entre el empresario principal y el cliente, que al llevar a cabo su labor ha de actuar siempre por cuenta y en nombre de su empresario sin asumir los riesgos de la operación, aunque ello no significa que haya de actuar en exclusiva en nombre de “un” empresario, ya que la exclusividad no es un rasgo definidor del contrato de agencia, tal y como se establece en el artículo 7 de la Ley, de manera que el agente podrá actuar de forma independiente siempre, respecto a cada uno de ellos, para más de un empresario.

#### **6.4 Su carácter de contrato de vinculación estable**

Respecto al espíritu de vinculación estable del contrato, debe decirse que el contrato de agencia, por su propia naturaleza, requiere una relación continua o estable. Es por ello que la Ley añade a lo establecido por la Directiva que la duración del contrato puede ser determinada o indefinida, según lo previsto en el artículo 23 de la L.12/1992. El rasgo de la vinculación estable se erige así en una de las características que permite distinguirlo de otras figuras afines como el contrato de comisión<sup>159</sup>. Lo que sin duda comparte con el resto de contratos de colaboración es en su carácter

---

<sup>158</sup> MOXICA ROMÁN, J. *La ley del contrato de agencia, análisis de doctrina y jurisprudencia. formularios*. 2ª edición. Ed. Aranzadi. 2000. Pág.45.

<sup>159</sup> Junto al rasgo de la duración estable, que lo distancia del contrato de comisión distingue SANCHEZ CALERO, la independencia del agente respecto al empresario, que lo distingue del contrato de trabajo que vincula al empresario con los representantes de comercio, y el hecho de que el agente no deba asumir el riesgo de las operaciones, como rasgo relevante que lo distinguirá del contrato de concesión, el concesionario al contratar con terceros lo hace en nombre y por cuenta propia, asumiendo los riesgos de la operación. SANCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de derecho mercantil...*



oneroso, bilateral y consensual. En caso que alguna de las partes así lo solicite, o si, tal y como prevé la Ley, se pretende que surtan efectos determinadas cláusulas, deberá formalizarse por escrito.

Podemos decir, en conclusión, que nos encontramos ante un contrato que regula claramente la figura del intermediario, con base en un contrato de agencia, si bien, dada la complejidad de los negocios que éste lleva a cabo, su carácter independiente queda limitado hacia el tercero para quien desempeña la labor, ya que frente al empresario, ya sea si trabaja para él en exclusiva o no, está obligado a seguir ciertas directrices, trabajando a favor y beneficio de su empresario. Por este motivo, como indica BOTANA<sup>160</sup> “*su actividad ha de estar dirigida a influir en la voluntad del tercero, en convencer a éste para que concluya el acto u operación*”. Por último, y a pesar de que la relación tiende a tener un cierto carácter de estabilidad, puede ser resuelta por cualquiera de las partes, mediante preaviso y, si así estuviese previsto legal o contractualmente, indemnizarse dicho cese del negocio. El interés por la continuidad en el negocio que se observa a lo largo de la regulación subyace en esta medida indemnizatoria por pérdida de clientela.

Por último, en materia de aplicación analógica de las normas, es importante saber que la jurisprudencia ha recurrido con frecuencia a la Ley 12/1992 para dar solución a determinadas situaciones surgidas en litigios relativos a otros tipos contractuales, como puede ser el contrato de distribución. En este sentido, el artículo 28 de la LCA regula el derecho del agente a ser indemnizado por la clientela creada y que resulte de aprovechamiento para su principal a la extinción del contrato de agencia. La discusión gira en torno a si el desplazamiento de clientela que se produce tras la extinción del contrato debe ser retribuido o no o como parte de la actividad del

---

<sup>160</sup> BOTANA AGRA, M. “El contrato de agencia en el derecho español”...

---

contrato de distribución que ya ha dado su rendimiento durante la vida del contrato. Pues bien, tras argumentar sobre la base de la doctrina del enriquecimiento injusto en una serie de Sentencias de los años setenta y ochenta<sup>161</sup>, tras la aprobación de la Ley 12/1992 se pasó a la aplicación del citado artículo para indemnizar a distribuidor, con base en la *analogía legis* y así evitar el enriquecimiento sin causa del empresario<sup>162</sup>.

## **7 EL CONTRATO DE MEDIACIÓN O CORRETAJE: UNA SOLUCIÓN DE CARÁCTER PRÁCTICO PARA LAS RELACIONES MERCANTILES DE INTERMEDIACIÓN**

### **7.1 Introducción**

El Código de Comercio parecía darle una clara solución a las relaciones que se formalizaban entre el empresario principal y los intermediarios que intervienen en el mercado, a través de la regulación de la figura del Contrato de Agencia o de la comisión mercantil, de hecho al ser considerada esta última un mandato mercantil, aparentaba, sin duda, ser la solución jurídica perfecta.

Pero la compleja evolución del mercado y el aumento de las diversas y abundantes relaciones comerciales, precisaron de la aparición de una figura contractual nueva y distinta a las que estaban previstas, ya que tanto las reguladas en el Código de Comercio, como en el Código Civil, eran insuficientes o jurídicamente incompletas.

---

<sup>161</sup> STS de 22 de marzo de 1988 (RJ 1988/2224), como sentencia exponente de esta posición.

<sup>162</sup> Esta aplicación debe ser matizada, el Tribunal Supremo por acuerdo de 20 de diciembre de 2005 rechazó la aplicación automática del artículo, tan solo admite su aplicación cuando concurren los presupuestos que el precepto establece (que la clientela haya sido creada como consecuencia del trabajo del distribuidor y que a la extinción del contrato esta continúe siendo disfrutada por el empresario). Es más se ha aceptado la renuncia al derecho a la indemnización por clientela en el caso de contratos que no sean de Agencia, ya que el carácter imperativo de las normas previstas en la Ley no puede ser aplicado analógicamente a otros tipos contractuales. SSTS de 20 de julio de 2007 (RJ 2007/5071; 2 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10187); 28 de enero de 2002 (RJ 2002/2305) entre otras.

Esta creciente situación llevó a que los sujetos implicados en las relaciones de comercio, se viesan abocados a elaborar un elenco de contratos, que tanto estaban formalmente redactados y plasmados en forma escrita, como que se llevaban a cabo mediante pactos verbales, con y sin testigos, llegando incluso en muchas ocasiones, a iniciar la relación sin mediar pacto alguno siendo, los actos realizados, aceptados como simples relaciones fácticas<sup>163</sup>. A esta serie de acuerdos, pactos y contratos acabaron siendo reconocidos tanto por la doctrina como la jurisprudencia<sup>164</sup>, y alcanzaron una denominación común, la de *contrato de mediación o corretaje*.

Para la doctrina dicha figura, que se empezaba a plasmar en un contrato con sus propias cláusulas y pactos, se caracterizaba por la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes con la finalidad de un resultado, pero ¿cuál era el resultado perseguido? El objetivo de la mediación consistía en la puesta en contacto, o en relación, de diferentes personas interesadas en celebrar entre ellas un contrato<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> SAP Castellón, de 13 de octubre de 2010, Núm. 167/2010. FD 2º: “Del mismo modo, la peculiar naturaleza del contrato de mediación permite su constitución no sólo de forma verbal (SSTS, Sala 1ª, Núm. 800/2007, de 11 Jul.), sino también de modo tácito, en aplicación de las normas del mandato (SSTS, Sala 1ª, de 24 Nov. 2004, 18 y 29 Dic. 2006), e incluso exige tomar en consideración que no siempre se acepta el carácter contractual de la fuente de la mediación, pues a veces el mediador, sin encargo previo, indica a la parte la oportunidad de concluir un negocio con otro, y éstos lo concluyen aprovechándose de la actividad desplegada por el mediador. La doctrina entiende que la efectiva celebración del contrato definitivo implica en estos supuestos la aceptación de la oferta de mediación hecha por el corredor si no existe un acto previo de fijación o confirmación (STS, Sala 1ª, Núm. 348/2007, de 30 Mar. (Rec. 1473/2000).

<sup>164</sup> Entre otras las Sentencias: STS núm. 572/1997 de 26 junio de 1997(RJ 1997/5396), que señala expresamente la desnaturalización del contrato si el mediador rebasa los límites en él expresados; la STS núm. 908/2001 de 10 octubre de 2001 (RJ 2001/8733) que en su FD 3º reconoce “como dato fáctico probado en los autos, que el señor J. T. puso en contacto a comprador y vendedor”. La STS de 10 marzo de 1992 (RJ 1992/2167), La STS núm. 368/2003 de 16 abril de 2003 (RJ 2003/3715); Sentencias de Audiencia Provincial, de Barcelona Sentencia de 10 mayo 2000 (JUR 2000/211263) y Córdoba Sentencia núm. 24/2001 de 18 enero (AC 2001/8).

<sup>165</sup> ALVAREZ GARCIA, D., *El contrato de corretaje, Los contratos de gestión*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995.

---

Autores como GAZQUEZ SERRANO, consideran que la esencia de la mediación es poner en conexión a los futuros contratantes sin intervenir en el contrato ni como mandatario, con el único fin de que estos concluyan un negocio jurídico, de manera que si el mediador rebasa estos límites predispuestos, supondría una desnaturalización del contrato<sup>166</sup>. Para SANCHEZ CALERO<sup>167</sup>, la esencia del contrato es: “*Poner en relación a los que pueden ser contratantes sin intervenir en el contrato*”, pero además considera que la definición gira entorno a un elemento esencial, que es la posibilidad de obtener una retribución, a la que se optará si se contribuye de manera eficaz con la intermediación en la relación entre los dos contratantes. Esta última idea podemos ver que es defendida también por PUIG BRUTAU<sup>168</sup>.

De algún modo, no considerarlos mandatarios era una característica sumamente relevante, no solo a efecto de la posible denominación de una de las partes contratantes, sino que además les permitía distinguir con claridad este tipo de contrato de otros, tanto de aquel que distingue o regula la figura civil del mandato como del contrato mercantil de la comisión.

Pero como iremos viendo a lo largo de nuestro estudio, a pesar de haberse otorgado sustantividad propia al contrato de mediación y corretaje, sigue existiendo un, llamémosle, conflicto de confusión, confusión que se produce con otros contratos, y

---

<sup>166</sup> GÁZQUEZ SERRANO, L. *El contrato de mediación o corretaje*. Ed. La ley. Madrid. Febrero 2007, Pág. 47.

<sup>167</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de derecho mercantil*. V. II 28º edición. Ed. Thomson-Aranzadi. Madrid 2005, Pág. 234, considera el contrato de medición o corretaje aquel “*por el cual una persona se obliga a abonar a otra, llamada mediador o corredor, una remuneración por indicarle la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o por servirle de intermediario en esa conclusión, siempre que haya contribuido eficazmente a ella*”.

<sup>168</sup> PUIG BRUTAU, L. *Fundamentos de Derecho Civil II...* Pág.480. define el contrato de mediación y corretaje como “*aquel por el cual uno se obliga a abonar a otra, llamada mediador o corredor, una remuneración por indicarle la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o por servirle de intermediario en esa conclusión, siempre que haya contribuido eficazmente a ella, dependiendo su remuneración, salvo pacto en contrario, de la celebración del contrato en que ha intervenido*”.

---

conflicto que ha provocado la necesidad de un estudio que permita distinguirlo con facilidad. Esta necesaria aclaración de la realidad del contrato de mediación o corretaje ha sido llevada a cabo de manera sistemática por nuestros tribunales y por la doctrina, aspecto este que abordaremos en el siguiente apartado.

## **7.2 La construcción jurídico-doctrinal del contrato de mediación o corretaje**

A título introductorio, es necesario recalcar que a pesar de la existencia de un gran número de jurisprudencia de una diversidad de materias en las que la figura de la mediación y el corretaje aparece<sup>169</sup>, cuando se hace mención a ella en la actualidad, esta está inexorablemente vinculada, y de un modo superlativo, a la actividad de la intermediación inmobiliaria; este es motivo suficiente por el cual nos hemos visto volcados a tener que localizar la mayor parte de las respuestas a nuestras dudas en esta materia específica, aunque es evidente, no de manera única, ya que otros campos jurídicos nos han proporcionado así mismo aspectos relevantes relativos a las características de la intermediación.

Tal y como hemos ido citando hasta el momento, no existe en la actualidad en nuestra legislación una regulación general del contrato de mediación o corretaje<sup>170</sup>, hecho este que nos deriva de un modo necesario acudir tanto a la doctrina como a la jurisprudencia para encontrar su naturaleza jurídica, su definición, su finalidad, en resumen, sus características definitorias. Cosa que haremos a lo largo de los siguientes apartados.

---

<sup>169</sup> Citar sin más la Sentencia referente del contrato de mediación y corretaje, la STS de 10 de enero de 1922, donde se reconoce la sustantividad propia del contrato, cuya materia principal era la mediación en la venta de carbón. CATAN TOBEÑAS, J. “Comentario a la Sentencia de 10 de enero de 1922” en Revista de Derecho Privado. 1923. Madrid Pág. 26.

<sup>170</sup> Sin obviar la referencia a la regulación de un contrato de mediación previsto en el Anteproyecto de ley del Código mercantil que se encuentra en las Cortes. Cfr. Nota apartado 1 de este mismo capítulo.

---

### 7.3 Concepto de mediación

Ofrecer un único concepto de lo que es la mediación no es tarea fácil, ya que desde un punto de vista genérico se abarcan muchos significados, que incluyen el de la mediación en la resolución de conflictos<sup>171</sup>. Es por ello que es necesario dar un significado único a la mediación, para distinguir el sistema de resolución de conflictos de los contratos que nos ocupan. Un punto de partida natural sería el de tomar como ejemplo básico aquel que nos proporciona el diccionario de la Real Academia de la Lengua: “*mediación: actuación de una persona que se interpone entre dos o más procurando su acuerdo o avenencia*”<sup>172</sup>, Sobre corretaje el diccionario de la Real Academia dice que es la “*comisión que perciben los corredores de comercio sobre las operaciones que realizan*” o “*Diligencia y trabajo que pone el corredor en los ajustes y ventas*”, si buscamos contrato de corretaje la definición será “*el que obliga a una de las partes a facilitar o promover, a cambio de una comisión, la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero*”. La lectura de la definición nos acerca más al concepto del contrato que supone el cobro de una comisión, a la retribución que obtiene el corredor, pero, de nuevo, estas no dejan de ser definiciones con un sentido léxico y no jurídicas, estas últimas serán las que nos permitirán alcanzar realmente la solución al problema planteado.

---

<sup>171</sup> La cuestión se hace aún más compleja cuando se intenta encontrar un significado que se adapte a la mediación en el contrato de corretaje, dada la existencia de la regulación de la mediación como un sistema de resolución de conflictos. En realidad la mediación en general (incluida la familiar) encierra un concepto amplio y general referido a toda actividad llevada a cabo por una persona, llamada mediador, dirigida a procurar el perfeccionamiento de cualquier contrato que alguien por sí solo no consigue realizar. La mediación en la resolución de conflictos ha obtenida un reflejo en el ámbito civil y mercantil con la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que llevó a un primer plano de la actualidad la temática de la mediación.

<sup>172</sup> En realidad la definición exacta pertenece al vocablo “*mediar*”, si lo que buscamos es la traducción o definición de “*mediación*” la respuesta que se nos aporta es la de “*acción y efecto de mediar*”

---

Para poder realizar un análisis del concepto obtenido hasta el momento, nos vemos abocados a acudir a la normativa que encontramos en otros Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, principalmente acudiremos a la doctrina y jurisprudencia que interpreta el ordenamiento jurídico italiano.

### ***7.3.1 El concepto de intermediación: Su regulación y ubicación en las regulaciones europeas próximas.***

Los diferentes Ordenamientos europeos se han visto recíprocamente influenciados en mayor o menor medida. Es por ello que creemos necesaria una mención al modo en que determinados legisladores regulan, o no, esta figura jurídica, para poder entender mejor algunas de sus particularidades.

El movimiento codificador europeo se llevó a cabo paralelamente en diversos países de nuestro entorno donde se percibía una clara influencia en la regulación del Derecho romano, algunos de ellos permanecieron fieles a la estructura romanística, pero otros optaron por la codificación. Algunos de estos Códigos extendieron su influencia, tanto sistemática como de contenido a otros Estados y de entre todos estos Códigos, austriaco, Alemán, Francés, cabe destacar precisamente la importancia que tuvo este último;

La elaboración del *Code*, el Código Civil francés, su contenido y forma influyó de manera directa y precisa en todos los otros países de la Europa occidental<sup>173</sup>, e

---

<sup>173</sup> MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J. (Coords.) *Codificación, persona y negocio jurídico*. Ed. Bosch, 2003, Pág.28. Y ver además, HELMUNT, C.” La ciencia del derecho privado en Europa en el siglo XIX” En GLOSSAE. Revista de historia del derecho EUROPEO 7 - 1995 Instituto de Derecho Común Europeo. Universidad de Murcia Pág. 180: “*El Code civil permaneció en vigor en una serie de países incluso después de la caída de Napoleón: por ejemplo en Bélgica, al principio también en Holanda, después en Renania y en Polonia. Además una serie de países, aunque elaboraron sus propios*

---

incluso en algunos países americanos, donde fue notoria la influencia del Código de Napoleón<sup>174</sup>.

El Código Suizo de Obligaciones y el BGB no representan una gran aportación en relación con el tema que nos ocupa. Así en el artículo 412 del Código suizo de obligaciones<sup>175</sup> que regula la mediación, tan sólo encontramos una definición precisa y concisa del contrato de corretaje. Pero no es su definición lo que nos parece más relevante, sino la ubicación de la misma en el Código; el legislador suizo al incluirlo dentro del Título XII cuyo título es “Del mandato”, lo está considerando parte de la regulación del contrato civil de mandato.

Por otra parte, el BGB no define totalmente el contrato, se limita a mencionar determinados aspectos puntuales del mismo, regula el corretaje en el Título octavo, concretamente en el párrafo 652<sup>176</sup>, dicho artículo se limita a establecer cuando nace la obligación del pago al corredor. En este caso la remuneración, es decir el aspecto oneroso del contrato es la que centra de nuevo la calificación de un contrato,

---

*códigos, en ellos siguieron esencialmente al Code civil francés. Esto vale para Holanda con su Código civil de 1838 y para la mayoría de los Estados italianos, como Piamonte y el Reino de las dos Sicilias, pero también para el Codice civile elaborado después de la unión de Italia y finalmente en los cantones francófonos.*

<sup>174</sup> GUZMÁN BRITO, A. *La influencia del Código Civil francés en las codificaciones Americanas*. Pág. 26 y ss. *En Codificación del Derecho civil e interpretación de las leyes*. Ed. Iustel. Portal Derecho, S.A. 1970.

<sup>175</sup> Art. 412.” El corretaje es el contrato por el cual el corredor es encargado, mediante una remuneración, sea de indicar a la otra parte la ocasión de concluir una convención, sea de servirle de intermediario para la negociación de un contrato”

<sup>176</sup> EIRANOVA ENCINAS, E. *Código civil alemán comentado, BGB*. Ed. Marcial Pons. Barcelona 1998. Pág.232. “*Quién promete una comisión de corretaje por información acerca de la oportunidad de realizar un contrato o para que se procure un contrato está obligado a pagar la comisión sólo si se concluye el contrato como consecuencia de su obtención por parte del corredor. Si el contrato se concluye sujeto a una condición suspensiva la comisión del corredor no puede solicitarse hasta que se cumpla la condición. 2. El corredor está facultado a que se le reembolsen los gastos incurridos sólo si esto ha sido pactado. Esto se aplica incluso si el contrato no está concluido*”.

---



tal y como ha sucedido siempre en relación a la distinción entre el contrato de mandato y el de arrendamiento de servicios.

Diferente es el caso del Ordenamiento francés. El Derecho francés ha ido evolucionando, pero continúa sin establecer una regulación específica del contrato de mediación o intermediación. Con todo, hay que destacar que la última modificación del *Code du Commerce* prevé en su Título III, la regulación de una serie de figuras jurídicas que actúan o pueden actuar como asimiladas a lo que nosotros conocemos como intermediarios. Así el legislador francés ha previsto la figura del corredor, del comisionista y del agente mediador de comercio<sup>177</sup>. Esta última figura<sup>178</sup> es la que nos daría pie a pensar que estamos ante la regulación del intermediario, pero la lectura de los preceptos nos remite a otras figuras jurídicas.

Será sin embargo la regulación sectorial del *courtier*, o corredor, la que nos acercará, aunque no plenamente, a la figura del mediador o intermediario, ya que la que queda recogida en el Código de Comercio francés hace referencia a los corredores de mercancías jurados, que actúan en el ámbito público y que se dedican a la venta en subastas.

La figura del *courtier*, el corredor, se encuentra recogida en ámbitos tales como la venta de seguros<sup>179</sup>, de viajes<sup>180</sup>, de corredores de bolsa, el corretaje de hipotecas

---

<sup>177</sup> *Code de commerce. Version consolidée au 4 janvier 2014 TITRE III : Des courtiers, des commissionnaires, des transporteurs, des agents commerciaux et des vendeurs à domicile indépendants.* La traducción que de estas figuras encontramos en [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), convierte “des agents commerciaux et des vendeurs à domicile indépendants” en agentes mediadores de comercio

<sup>178</sup> La denominación Título III es “*des agents commerciaux et des vendeurs à domicile indépendants*”, en realidad está haciendo referencia a dos figuras, por un lado a los agentes

<sup>179</sup> Code des assurances Libro V.

<sup>180</sup> Figura que se reconoce recogida en el: Code du tourisme. Libro II, título 1º...

---

e incluso los intermediarios o corredores de internet, cuya función es buscar y ofrecer para el cliente ofertas sobre lo que está buscando en internet. Pero de nuevo, y tal y como sucede en nuestra legislación y en la mayoría de las de nuestro entorno, no hay una regulación concreta y específica de la figura del mediador o intermediario, teniendo que acudir, en muchas ocasiones a la interpretación para dar solución a los problemas que surgen.

Finalmente, el Derecho italiano ha sido el que realmente nos ha servido de guía, para elaborar una gran parte de este trabajo, dada su similitud i cercanía legislativa tanto con nuestra regulación como con nuestro *modus operandi*.

Haremos en este apartado del estudio una breve incursión en la regulación del Derecho privado italiano, el desarrollo detallado del mismo, dada la relevancia que ha tenido en nuestro estudio, lo postergaremos a un capítulo posterior.

Vemos como en la normativa italiana, el concepto de intermediación, está plasmado desde 1942. En el Código encontramos la figura jurídica de la *Mediazione*, en su contenido se define la figura del mediador, en el artículo 1754CC: “*é mediatore ocluí che mette in relazione due o piú parti per la conclusione di un affare, senza essere legato al alcuna di ese da rapporti di collaborazione, di dipendenza o de representanza*”<sup>181</sup>. El ordenamiento italiano no se limita a ofrecer una regulación general de la figura del mediador sino que cuenta con un desarrollo de la regulación de la actividad profesional de la mediación, así como con sus correspondientes reglamentos de desarrollo<sup>182</sup>. A ello debemos sumar el importante

---

<sup>181</sup> Art. 1754 Codice “ *aquel 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 representación*”

<sup>182</sup> Por poner algunos ejemplos sobre la normativa existente en Italia en materia de intermediación tenemos la *Legge 3 febbraio 1989 n° 39, modifiche ed integrazioni alla legge 21 marzo 1958 concernente la disciplina della professione di mediatore* (Ley de 3 de febrero de 1989, número 39 que modifica e

---

desarrollo doctrinal y jurisprudencial que de la figura de la mediación se ha llevado a cabo.

Esta escueta pero relevante explicación, junto con la cercanía del derecho privado italiano a nuestra regulación, nos ha motivado para realizar un estudio en paralelo de dicha figura, estudio que incorporaremos al finalizar este capítulo y que nos dará una amplísima visión, no solo de como el legislador Italiano asumió desde un primer momento dicha figura en su Código, sino de cómo ha ido evolucionando su interpretación tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

#### **7.4 Naturaleza jurídica del contrato de mediación o corretaje**

No existe un único posicionamiento doctrinal en torno a cual deberá ser la calificación exacta de la naturaleza jurídica del denominado, hasta el momento, contrato de mediación o corretaje, y es precisamente esa existencia diversidad de posicionamientos, lo que nos ha permitido analizarla, de manera tan precisa, que hemos sido capaces de llegar distinguir con una cierta claridad, tres posturas concretas y diferenciadas entre sí:

- La que considera el contrato como una simple relación de hecho.
- Aquella que lo sitúa necesariamente en la posición jurídica de los precontratos.
- Y por último aquella que se decanta de un modo claro a denominarlo como un contrato.

---

integra la ley de 21 de marzo de 1958 concerniente a la profesión de mediador). Y los reglamentos que la desarrollan, *D.M. 21.12.1990 N.452 Regolamento recante norme di attuazione della legge 3 febbraio 1989 n. 39, sulla disciplina degli agenti di affari in mediazione, decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (y sus modificaciones, Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58)

---

Pasemos a continuación a analizarlas una a una.

#### 7.4.1 *La mediación o corretaje: Una relación de hecho.*

Estamos ante una doctrina reconocida de un modo más generalizado fuera de España, y cuyos defensores y referentes dentro de la doctrina italiana fueron MARINI o CARRARO, entre otros<sup>183</sup>. En nuestro Derecho se reconoce pero tan solo para algunas relaciones de intermediación concretas<sup>184</sup>. Recaltar que aquellos que la defienden lo hacen basándose en que se reconoce como mediación simples actos que realiza, quien acabará denominándose mediador, sin necesidad de existir encargo alguno para realizarlos; primero actúa y luego remite a las partes el resultado, si considera que con él alcanzará acuerdo alguno entre estas.

Para GAZQUEZ SERRANO, quienes apoyan esta postura lo hacen porque consideran que *“la actividad del mediador es irrelevante para producir efectos jurídicos hasta el momento de la conclusión del negocio tratado”*, por ello no está

---

<sup>183</sup> MARINI, A. “La Mediazione, Milan. 1992, pág.27. CARRARO, L. La mediazione. Ed. Cedam, 2ªed. Padova. 1960, pág. 15 y ss.

<sup>184</sup> DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II Ed. Tecnos, 9ª.edición, Madrid, 2001; Pág. 479 *“Sin embargo no es siempre contractual la fuente de la mediación. A veces, el mediador, sin encargo previo, indica a las partes la oportunidad de concluir un negocio...”* defienden esta tesis pero solo en aquellos casos en los que no existe encargo previo de mediar. En contra de esta tesis encontramos a PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, II, Vol. II 2ª. edición. Ed. Bosch, Barcelona. 1982. Pág. 482, considera que sin encargo previo la mediación no tiene eficacia. *“seguramente en este caso ha de entenderse que esta efectiva celebración del contrato definitivo implica la aceptación de la oferta de mediación hecha por el corredor”*, o a BONET CORREA, J. “La mediación A propósito de la obra de Luigi Carraro”, en Anuario de Derecho Civil, Tomo V, 3, 1952. Pág. 1058 quien considera que sin encargo previo lo que estamos es ante otro tipo de contrato ante una gestión de negocios ajenos o incluso otra figura contractual afín. *“creemos que la simple situación de mediación, por el hecho de una puesta en contacto de las partes, sin un previo acuerdo de voluntades, no tiene eficacia por sí sola. Si tal ocurriera no estaríamos ante un supuesto de mediación, supondría una gestión de negocios ajenos...”*

---

obligado a actuar<sup>185</sup>, y al no existir obligaciones, no estamos ante una relación contractual. Pero al mismo tiempo rechaza esta opinión doctrinal en base a qué, que el mediador no pueda realizar actividad no es por sí suficiente para anular la categoría contractual, dado que lo que sí existe es el vínculo con el que se le otorgó un encargo.

Tampoco nosotros podemos apoyar esta doctrina, que considera la mediación una simple relación de hecho, de un modo directo y generalizado, porque sería lo mismo que vaciar de contenido obligacional un gran número de operaciones que se llevan a cabo con la simple actuación fáctica, y que, con posterioridad, son reconocidas, aceptada e incluidas en una tipología u otra. Cabría únicamente, valorar los supuestos de un modo individualizado para poder reconocer la excepción dentro de la generalidad, de modo que este sea solo un acto fáctico sin ser reconducido hacia una situación que puede ser calificada como contractual, pudiéndosele aplicar todas las normas relativas a la contratación que nos permita proteger al máximo a las partes intervinientes.

#### **7.4.2 *El carácter precontractual***

Aquella parte de la doctrina que defienden esta posición lo hacen justificándola a través de una de las características que se le atribuyen al contrato de mediación o corretaje, la de ser un contrato vinculado. Existe porque está vinculado a otro contrato, a uno principal, cuya existencia llega incluso a condicionar el cobro de la comisión, dado que consideran que es necesario que el contrato principal llegue a perfeccionarse para que nazca el derecho a ser remunerado. Así de este modo,

---

<sup>185</sup> GÁZQUEZ SERRANO, L. *El contrato de mediación o corretaje*” cit. Pág. 65.

---

reconociéndolo como tal, es más fácil considerarlo tanto una promesa unilateral como un precontrato.

Un ejemplo de esta argumentación la encontramos en DIEZ PICAZO, para este jurista el objeto del contrato de mediación y corretaje, es el contrato proyectado, el contrato perseguido por las partes, de ahí que deba estar determinado en sus elementos esenciales o necesarios, requisitos estos que se cumplen en el contrato de mediación y corretaje, pero aquel que no se cumple es el de igualdad de partes, en este caso no podríamos hablar de que es un precontrato puro, dado que el mediador no formará parte del contrato pretendido con la mediación.

No podemos posicionarnos tampoco con esta argumentación, porque a pesar de ser cierto que el contrato de mediación o corretaje suele desembocar en el hecho de conseguir un acuerdo de voluntades que permita, una vez alcanzado, que las partes acercadas confeccionen un nuevo contrato, y que este argumento se vería refrendado por la tesis clásica del concepto del precontrato, que considera que su objeto es la celebración de un futuro contrato<sup>186</sup>. No creemos que esto se cumpla en la intermediación, el objeto principal de la intermediación es o el acercamiento de las voluntades de las partes o, tras el encargo de una de las partes, la localización de un sujeto que pueda estar interesado en realizar un negocio jurídico con dicha parte contractual. La realización de un contrato futuro puede ser, a nuestro parecer, condición del contrato pero no objeto del mismo, incluso, si se pacta, puede determinar el cobro de la comisión, pero seguirá sin ser su objeto principal.

---

<sup>186</sup> Tesis que para cumplirse requeriría la necesidad de que los elementos esenciales del precontrato, se repitiesen en el futuro contrato. Para DÍEZ PICAZO, con el precontrato “*las partes se obligarían a concluir en el futuro un contrato de esa naturaleza, no querrían actualmente comprar y vender, sino dar vida a esa relación jurídica en el porvenir*” DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A. “Sistema de Derecho Civil”. Vol. II, Pág. 73.

---

### 7.4.3 *La mediación o corretaje: ¿Carácter unilateral o bilateral?*

Para una gran parte de la doctrina cuando hablamos de intermediación, o mediación (como se la ha venido citando hasta el momento), nos encontramos, de un modo evidente, ante un contrato. Pero a pesar de que esta es una posición mayoritaria, no por ello está carente de divisiones internas.

En la doctrina surgen ciertas dudas sobre su determinación, dudas que han provocado una variedad de posicionamientos, pero tan solo cabe destacar aquellos que discuten si el carácter del contrato de intermediación es unilateral o bilateral.

Quienes se posicionan defendiendo la unilateralidad del contrato lo hacen basándose en el aspecto obligacional del contrato, consideran evidente el hecho de que del contrato de mediación o corretaje tan solo pueden nacer obligaciones para quien solicita la actividad de mediación. Consideran que el mediador no está obligado a cumplir el contrato<sup>187</sup>, que lo habitual es que sí lo cumpla, básicamente, por alcanzar la comisión pactada, mientras que el mediado sí que estará obligado a abonar la comisión o premio<sup>188</sup> si este, el mediador, alcanza su objetivo<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> GARRIGUES, J. *Curso de derecho mercantil*, Tomo II, 6ª.edición, Madrid, 1974. Págs. 122-123,

<sup>188</sup> SAP de Lleida de 2 marzo de 1993 (AC 1993/533) “*así como su carácter atípico, innominado, “sui generis”, “factio ut des”, principal, consensual y bilateral, o simplemente unilateral, por surgir sólo la obligación de pagar al mediador si su actividad resulta eficaz y se celebra el contrato objeto de mediación (Sentencias de 3-3-1967 [ RJ 1967/1243 ]; y 1-12-1986 [ RJ 1986/7190 ] y 24-6-1992 [ RJ 1992/5484 ], entre otras muchas)*”.

<sup>189</sup> BONET CORREA, J. “El contrato de corretaje o mediación” en *Anuario de derecho Civil*, Tomo IV, fasc. 4º, oct-dic. 1951. Pág. 1619. Considera que la mediación es un contrato unilateral, pero condicional, reconociendo como tal condición, necesaria para que el contrato surta efecto, la conclusión del negocio jurídico pactado. Introduce el autor una pequeña matización a su tesis de unilateralidad: “*hay una falta de ligamen obligatorio del mediador tan sólo hay por su parte una promesa: la de mediar*”. SSTS de 19 octubre de 1993 (RJ 1993/7744); de 30 abril DE 1998 (RJ 1998/3460), de 21 octubre (RJ 2000/8811): “*tiene declarado con reiteración esta Sala que dicho contrato está supeditado, en cuanto al devengo de honorarios, a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso*(

---

Pero esta doctrina de falta de obligación en el cumplimiento de sus obligaciones, no está para nada defendida en el ámbito profesional de la intermediación inmobiliaria, entienden que quien ejerce profesionalmente como intermediario, sea API o Gestor o mediador, realiza una actividad tendente a conseguir la perfección del contrato que le haya sido encargado<sup>190</sup>

Con respecto a la consideración del carácter bilateral del contrato de mediación y arbitraje, no solo buena parte de la doctrina la defiende<sup>191</sup>, sino que también lo hacen mayoritariamente los Tribunales<sup>192</sup>.

Dentro de esta corriente podríamos considerar incluido también a SAMPONS, quien reconoce la unilateralidad del contrato de un modo general pero que admite la bilateralidad, aunque en su opinión, solo en aquellos casos en los que de un modo expreso el mediador se obligue a desarrollar su actividad, no olvidemos que el autor defiende la falta de obligatoriedad en la actuación del mediador. Postura está apoyada en algún momento por los Tribunales<sup>193</sup>.

---

*sentencias de 19 de octubre [ RJ 1993, 7744] y 30 de noviembre de 1993 [ RJ 1993, 9222] , 7 de marzo de 1994 [ RJ 1994, 2198] , 17 de julio de 1995 [ RJ 1995, 5708] , 5 de febrero de 1996 [ RJ 1996, 1088] y 30 de abril de 1998 [ RJ 1998, 3460])”;* o las SSAP de Barcelona (Sección 19ª) de 28 octubre 2003 (JUR 2003/265272); AP Madrid (Sección 20ª), de 20 junio (JUR 2007/258347).

<sup>190</sup> RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA D. *El Contrato de Corretaje Inmobiliario: Los Agentes de la Propiedad inmobiliaria*. Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra. 2005, Pág. 237.

<sup>191</sup> NAVARRO VILARROCHA, P. “El corretaje de los bienes inmuebles” en Revista General de Derecho. Sección práctica, año XXXVII, N°. 442-443, julio-agosto 1981, Pág. 878, defiende el autor la bilateralidad y se permite introducir que al definir el contrato es necesario que se incluyan obligaciones recíprocas entre las partes

<sup>192</sup> STS de 3 de junio de 1950 (RJ 1950/1016) de 27 de diciembre de 1962 (RJ 1962/5140), de 3 de marzo de 1967 (RJ 1967/1243). STS de 6 de octubre de 2001 o de 22 de diciembre de 1992

<sup>193</sup> STS de 1 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7190), afirma que el contrato es “*bilateral o simplemente unilateral, por surgir sólo una obligación- la del que hace el encargo- de pagar al mediador si su actividad resulta eficaz y se celebra el contrato objeto de la mediación*”. Y así se pronuncia en las ya citadas SSTS de 3 de junio de 1950 (RJ 1950/1016), y de 3 de marzo de 1967 (RJ 1967/1243).

---



Tanto si hablamos de unilateralidad como de bilateralidad del contrato de mediación o corretaje, lo estamos haciendo de una de sus características, de uno de los aspectos que nos permite hablar de su existencia autónoma como contrato. Pero no es la única, por lo que a continuación desarrollaremos aquellas más relevantes.

El contrato de mediación o corretaje, a pesar de su ya demostrado amplio uso, no encuentra un referente normativo en España, pero su concepto ha evolucionado desde el momento en que se reconoció su autónoma existencia, hasta nuestros días. De esta evolución destaca la doctrina dos etapas o momentos principales; La primera fase es aquella en la que aun reconociéndose su existencia, el contrato de corretaje estaba vinculado a otras figuras contractuales; La segunda etapa se inicia tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1922 según CASTÁN<sup>194</sup>, „*Así y todo, hay que reconocer que esta sentencia modifica el sentido en que se había orientado anteriormente la jurisprudencia, pues hasta ahora, los contratos de intervención, agencia o intermediación en las ventas se habían equiparado a los de mandato o comisión mercantil y se habían considerado como condicionales y subordinados a los de venta...*” Para SAMPONS, será tras esta sentencia cuando el contrato de mediación o corretaje adquirirá sustantividad propia<sup>195</sup>. Así a partir de ese momento el contrato de corretaje se hace independiente, separándose tanto del mandato, como referente de contrato Civil, como de otros contratos, el arrendamiento de servicios o de obra, y de mercantiles como la comisión.

---

<sup>194</sup> CASTAN TOBEÑAS, J. “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1922”, en Revista de Derecho Privado, 1923. Pág. 26

<sup>195</sup> SAMPONS SALGADO, M. *El contrato de corretaje*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1965. Del mismo modo opinan LEIÑENA, E. e IRÁKULIS, N. *El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil y el mandato...* BLANCO CARRASCO, M *El contrato de corretaje*. Ed.Centro de Estudios Registrales, Madrid 2008.

---

Esta separación lleva aparejada la necesidad de determinar las características y los elementos de este nuevo contrato para así poder diferenciarlo definitivamente y con claridad del resto de figuras jurídicas. Lo que sucede es que la propia búsqueda de estas diferencias consigue acercar que no alejarlo de ellas.

La búsqueda de un único punto de referencia, que nos permita determinar las principales características de este contrato, es una tarea ardua y podemos decir imposible, deberemos acudir a un elenco variado de Sentencias que, junto a una serie de diferentes opiniones doctrinales, nos permitirán desgranar las características que describirán el contrato de mediación o corretaje.

Tanto doctrina<sup>196</sup> como jurisprudencia, coinciden en considerar el contrato de mediación o corretaje como un contrato atípico. Parece evidente considerarlo así, dada la falta de una específica y concreta regulación legal, y la imposibilidad de encajarlo de un modo exacto en ninguna de las figuras contractuales existentes en nuestro ordenamiento.

---

<sup>196</sup> La doctrina nos ha ofrecido distintas pero parecidas formas de definición del contrato atípico. Para DÍEZ- PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de Derecho Civil. Tomo II Ed. Tecnos 9ª edición. Pág. 37, “*Los contratos típicos son los que poseen regulación legal y los atípicos, los que carecen de ella*”. VICÉNT CHULIÁ, F. *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*. Ed. Bosch. 2. Edición. Barcelona 1986, Pág. 43: “*Son contratos atípicos los no regulados legalmente*”. O’CALLAGHAN, X *Referencia a los contratos típicos y atípicos; contratos mixtos*. Compendio de Derecho Civil. Tomo 2 (Obligaciones y Contratos) Vol. 1 Ed. Edersa. 2004 “*Contrato típico es aquel que está regulado por la ley, específicamente y con individualidad y normativa propia. Contrato atípico es el que, careciendo de regulación propia, ha sido creado y regulado por las partes*” Y las SSTs de 8 de abril de 1991 (RJ 1991/2678), “*como es propio del contrato atípico de mediación o corretaje*”, de 2 de octubre de 1999 (RJ 1999/7007); de 18 marzo de 2010 (RJ 2010/3908) “*Dicho contrato de mediación o corretaje, es un contrato atípico en nuestro derecho*” y de 19 noviembre de 2012 (RJ 2013/21): “*Constituye un contrato atípico, consensual, bilateral y aleatorio, puesto que su resultado es incierto, y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil*” entre otras.

Estamos plenamente de acuerdo con la opinión que al respecto expone GAZQUEZ SERRANO. La autora defiende que la aparición y uso del contrato de corretaje vino provocado por la “*rigidez de la norma civil*”. Es más, debemos de tener en cuenta la postura del propio legislador, que introdujo en el Código la posibilidad de la autorregulación de las partes contractuales, hecho este que se convierte en el eje que da cobertura a la existencia de los contratos atípicos, emanados para subvenir las necesidades de cada momento histórico, dado que las relaciones privadas y públicas evolucionan junto a la evolución del comercio y la industria, y no pueden quedar encorsetadas por unas normas que sí permiten una interpretación mucho más amplia que la prevista inicialmente<sup>197</sup>. Es más, y en palabras de DIEZ-PICAZO, “Los contratos atípicos suponen la expresión máxima de la libertad contractual y son producto de las nuevas relaciones jurídicas económicas, que no tienen cabida en los tradicionales tipos contractuales, que en su mayor parte hemos heredado del derecho romano”<sup>198</sup>.

A pesar de que el uso de un contrato atípico, pueda provocar una cierta inseguridad jurídica, también es cierto, como ya hemos citado, que el propio legislador, como la jurisprudencia<sup>199</sup>, reconocen la necesidad de su existencia para

---

<sup>197</sup> El legislador, al regular el Derecho de Contratos en el Código Civil lo hizo basándose en dos pilares complementarios: el principio de libre autonomía de la voluntad, que es ley entre las partes (art. 1.091CC); y el principio de seguridad jurídica a través de la previsión del límite de la Ley para la libertad de pactos (art. 1.255CC) y las disposiciones legales dedicadas a regular la parte general y especial de los contratos, por otro lado. Ley y libertad individual quedaban de esta forma enlazadas; la primera debe ser considerada una garantía de la segunda.

<sup>198</sup> DIEZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. Sistema de Derecho Civil II, Pág. 479 y Fundamentos de derecho Civil Patrimonial. Vol. I. Introducción Teoría del contrato. 6ª. edición. Ed. Civitas. Madrid 2008. Pág. 487 y ss. Que añade que la “*importancia económico-social porque son un instrumento para que la vida social y económica, cambiante, pueda desarrollarse...El concepto de tipicidad y atipicidad son relativos, pues se miden en función del contenido que en cada momento posee el ordenamiento jurídico*”.

<sup>199</sup> STS de 22 diciembre de 2000 (RJ 2000/10137): “*Además es de señalar que nuestro sistema contractual permite la conformación de contratos atípicos que son aquellos en los que la causa,*

---

facilitar el cambiante y amplio tráfico jurídico, así podemos deducirlo de la lectura del artículo 1255 del Código Civil, donde se regula el Principio de Autonomía de la voluntad de las partes<sup>200</sup>. La distinción entre típico y atípico no resulta del todo clara en algunas ocasiones, dado que en muchas ocasiones se usa un modelo sí regulado y se le realizan modificaciones para adaptarlo a las necesidades de las partes, o incluso se usan partes de distintos tipos contractuales<sup>201</sup>, PUIG BRUTAU considera que hay una serie de contratos que están en proceso de formación a través de la jurisprudencia y de la actuación profesional de los juristas, que no impide que, en aras de alcanzar un resultado ante situaciones comprometidas, miren a los contratos próximos si regulados<sup>202</sup>. Para ALBALADEJO, la atipicidad se produce siempre que estén “faltos de una disciplina legal propia”, de manera que cuando podamos decir que un contrato está formado por los elementos de varios tipos contractuales regulados, estaremos ante un contrato denominado mixto<sup>203</sup>. DIEZ PICAZO, considera los contratos atípicos máxima expresión de la libertad contractual<sup>204</sup>.

---

*entendida como función económico-social o práctica, no responde a un esquema objetivo específicamente previsto en la ley, de tal modo que, dentro de los límites en que se admite la libertad contractual(art. 1255 CC), las partes pueden convenir a su antojo, mediante el concurso de voluntades sobre la cosa y causa del negocio(art. 1262, párr. primero, CC). Argumento que hace suyo la SAP de Zaragoza (Sección 4ª) Sentencia núm. 615/2003 de 14 noviembre (AC 2003/2349). Así como la STS de 7 de abril de 1999 (RJ 1999/2659).*

<sup>200</sup> STS de 22 de octubre de 1996 (RJ 1996/7510): “*como contrato de mediación que, en el presente caso, es de duración indefinida y referida a operaciones futuras, contrato atípico que se regirá por los pactos voluntariamente establecidos, que no vulneren los límites que a la autonomía privada señala el artículo 1255 del Código Civil, y por las normas generales de las obligaciones y contratos. La falta de señalamiento de un plazo concreto de duración del contrato, permite, de acuerdo con una doctrina jurisprudencial aplicable a toda clase de contratos de duración indefinida*”.

<sup>201</sup> STS de 2 de octubre de 1999 (RJ 1999/7007) “*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 de dichas figuras contractuales típicas*”.

<sup>202</sup> PUIG BRUTAU, Fundamentos... T. II Vol. II. Pág. 401.

<sup>203</sup> ALBALADEJO GARCIA, M. *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. Vol. 1º. Novena Ed. E. Bosch. Barcelona. 1994. Pág. 392. Para DÍEZ PICAZO, “*Los contratos típicos son los que poseen regulación legal y los atípicos los que carecen de ella*”. GAZQUEZ SERRANO, L. *El contrato de mediación o corretaje*. Pág. 26, “*Este contrato mixto puede responder a estas posibles combinaciones:*

La calificación de atípico vino a sustituir a la utilizada durante un largo tiempo por los tribunales<sup>205</sup>, que hablaba del como un contrato innominado, a esta calificación se une GÁZQUEZ SERRANO, que considera que la doble postura utilizada por los Tribunales no es errónea, que estemos ante un contrato atípico e innominado a la vez, dado que considera que no solo no tiene regulación, sino que la falta de reconocimiento se extiende a la calificación del acto, al nombre que se le debería dar, su nombre no esté reconocido legalmente, y ello le da el carácter de innominado<sup>206</sup>.

Es cierto que podemos decir que existen una serie de normas de carácter reglamentario que regulan el ejercicio de determinadas profesiones, profesiones a las que se les otorga el carácter de mediadores. Es el caso de los corredores de seguros, los agentes de la propiedad inmobiliaria o los intermediarios financieros, que sí disponen de normas que los regulan<sup>207</sup>, todos ellos han sido reconocidos por la

---

*contrato compuesto de elementos, todos ellos típicos, contrato compuesto de elementos típicos y atípicos y contrato compuesto de elementos todos ellos atípicos”.*

<sup>204</sup> DIÉZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil. Vol. II*, Pág. 37 Ed. Tecnos. Madrid. 1992. Los contratos atípicos suponen la expresión máxima de la libertad contractual y son producto de las nuevas relaciones jurídicas económicas, que no tienen cabida en los tradicionales tipos contractuales, que en mayor parte hemos heredado del derecho romano.

<sup>204</sup> Es curiosa la nomenclatura que se lo dio durante un tiempo al contrato en la jurisprudencia de los Tribunales, hablando de él como innominado su mayor parte hemos heredado del derecho romano.

<sup>205</sup> Es curiosa la nomenclatura que se lo dio durante un tiempo al contrato en la jurisprudencia de los Tribunales, hablando de él como innominado y no como atípico: STS de 6 octubre 1990 RJ 1990/7478. FD 3º: “*El contrato de corretaje o mediación, aunque no regulado expresamente en las leyes civiles, es un contrato con sustantividad propia, calificado de innominado “facio ut des”, principal, consensual o bilateral que se rige por los títulos I y II del libro IV del Código Civil y por las disposiciones relativas al contrato demandado. Regulación sustantiva que no admite en casos como el debatido, modificaciones de ese carácter deducidas en normas administrativas”.*

<sup>206</sup> GÁZQUEZ SERRANO, L. *El contrato de mediación o corretaje*. Ed. La ley. Febrero 2007, Pág. 22.

<sup>207</sup> Para los Agentes de seguros estaremos a lo previsto en la Ley 9/1992, para los agentes de la propiedad inmobiliaria, los llamados API, en el RD 1613/1981, principalmente, por último la intermediación

---

jurisprudencia del Tribunal Supremo como mediadores<sup>208</sup>. Esta circunstancia ha provocado que no se hable del contrato de mediación o corretaje como un contrato atípico puro, pues la existencia de estas normas permite hacer remisiones a las mismas, pero ello sin olvidar que el carácter de las mismas es administrativo y no puede trasladarse de manera gratuita al ámbito del derecho privado, dado que al estar ante una norma reglamentaria no optaría al recurso de casación del Tribunal Supremo, al carecer de rango legal<sup>209</sup>.

Pero a nuestro parecer, el uso que de la denominación “contrato de mediación o corretaje, que hace de un modo habitual tanto la doctrina, la jurisprudencia, e incluso, el tráfico comercial habitual, nos permite afirmar que, a falta de reflejo normativo legal, si existe y está denominada un tipo de relación negocial o contrato, a pesar de que determinados autores consideran que la falta de nombre legal, es decir que no se mencione en ninguna Ley, lo hace innominado<sup>210</sup>.

Lo cierto es que mientras no se lleve a cabo la necesaria regulación del contrato, estaremos ante un contrato judicial y doctrinalmente, reconocido contrato atípico puro, pero que, en aquello no previsto ni judicial ni doctrinalmente, requerirá de la aplicación analógica de las normas previstas en aquellos contratos con los que se muestra más afín<sup>211</sup> y que le dan respuesta, pero siempre sin olvidar que a través de

---

financiera encuentra su regulación en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamos o créditos

<sup>208</sup> SSTs de enero de 1962, de 3 de enero de 1989, RJ 1989/91, de 21 de mayo de 1992, RJ 1992/4272, de 2 de octubre de 1999, RJ 1999/7007, entre otras.

<sup>209</sup> RODRIGUEZ RUIZ DE VILA, D. *El Contrato de Corretaje Inmobiliario: Los Agentes de la Propiedad inmobiliaria*. E. Thomson-Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2005, Pág.226.

<sup>210</sup> De este modo se posiciona GÁZQUEZ SERRANO, L. *El contrato de mediación...*, Pág. 22

<sup>211</sup> SSTs de 19 de mayo de 1982 (RJ 1982/2581) y de 24 de enero de 1984 (RJ1983/384) “*caracteres de un “negocio mixto de o complejo”, clase o categoría que algún sector doctrinal incluye entre los*

---

un contrato atípico se está dando respuesta a los “*mercados futuros*”, siendo *el exponente de esta libertad contractual*<sup>212</sup>. No compartimos en términos absolutos la idea de que la proliferación de este tipo de contratos podría provocar un elevado grado de inseguridad jurídica, y mucho menos desde el nacimiento de las normas de protección de los consumidores y sus posteriores evoluciones. La perversidad del sistema podría provocar indefensiones e injusticias, pero hoy en día los niveles de corrección son tan elevados que las injusticias contractuales son subsanadas rápidamente.

Con todo, a pesar de la falta de regulación o de la existencia solo de la regulación sectorial, se puede decir que en la práctica estamos ante un verdadero tipo contractual que ha sido creado y conformado por la jurisprudencia<sup>213</sup> y los usos sociales<sup>214</sup>.

---

*“atípicos” y se caracteriza porque en ellos se dan u ofrecen elementos caracterizadores de dos o más tipos negociales”*

<sup>212</sup> STS de 22 de julio de 1995 (RJ 1995/5597), FD 4º *...responde, dentro de su atipicidad, a la libertad contractual que preconiza el artículo 1255 del Código Civil y que, por consiguiente, es eficaz entre las partes, artículo 1257, contrato que cabe incluirlo dentro de la categoría de los llamados “sobre mercados futuros”, y de aquí, es de concluir que no carece de causa o que fuese incapaz de producir efectos obligacionales, pues lo contrario sería desconocer la regla “pacta sunt servanda” e ignorar el contenido de las disposiciones generales comprendidas en los artículos 1254 a 1258 del Código Civil”*

<sup>213</sup> En la STS de 24 de junio de 1992 RJ 1992/5484 FD 2º. Se habla del contrato de corretaje como un contrato que puede encuadrarse en el *factio ut des*: *“Ciertamente el contrato de corretaje o mediación es un contrato atípico que normalmente puede encuadrarse en el “factio ut des”, pero que regido por la autonomía de la voluntad (art. 1255 del CC) no impide la inclusión de pactos válidos, cual el expreso de exclusividad durante un tiempo determinado y en las circunstancias que se concreten, pudiendo establecerse obligaciones de futuro sin que ello sea contrario a las leyes, a la moral o al orden público”,* En la STS de 22 octubre de 1996 RJ 1996/7510 el Tribunal señala que el contrato de mediación, como contrato atípico que es, se regirá por los pactos voluntariamente establecidos. *“El corredor, de seguros es un mediador de seguros privados (art. 3.º del R.D. Legislativo de 1 de agosto de 1985) no vinculado a las compañías aseguradoras por un contrato de agencia de seguros, al modo que lo está el agente de seguros (art. 15 y siguientes de ese Texto Legal), debiendo calificarse la relación jurídica que le liga con las entidades aseguradoras, como correctamente lo hace la sentencia de primera instancia, como contrato de mediación que, en el presente caso, es de duración indefinida y referida a operaciones futuras, contrato atípico que se regirá por los pactos voluntariamente establecidos, que no vulneren los límites que a la autonomía privada señala el artículo 1255 del Código Civil, y por las normas generales*

---

Dicha falta de regulación lleva aparejada una consecuencia directa, y es la necesidad de precisar cuál es el régimen jurídico aplicable al contrato.

#### **7.4.4 El régimen jurídico del contrato de mediación o corretaje. El papel esencial de la autonomía de las partes.**

La jurisprudencia se ha visto abocada a precisar de un modo el máximo de clarificador posible, cuál es el origen de aplicación de las fuentes del contrato de mediación. Para poder observarlo hemos tomado como punto de inicio las indicaciones previstas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1999. En su contenido podemos hallar que, en el Fundamento de Derecho Primero, y al mismo tiempo que calificaba el contrato de mediación y corretaje, como un contrato *inter partes*, nos aportaba las pautas necesarias para determinar que normas eran de aplicación al descrito contrato<sup>215</sup>.

---

*de las obligaciones y contratos*”, opinión repetida constantemente por la jurisprudencia, tómesese como ejemplo la STS de 5 julio DE 2007 RJ 2007/3874 en su FD 2º reconoce la doctrina aplicada en las anteriores sentencias.

<sup>214</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X *Referencia a los contratos típicos y atípicos; contratos mixtos*. Compendio de Derecho Civil. Tomo 2 (Obligaciones y Contratos) vol. - 1 Ed. Edersa. 2004 “*Por ello, procedente de la doctrina italiana, se conoce no sólo la tipicidad legislativa, relativa a contratos típicos según la ley, sino la tipicidad social que se refiere a contratos que son ciertamente atípicos desde el punto de vista de la ley, carentes de disciplina jurídica, pero que, al celebrarse con reiteración, se les conoce*”.

<sup>215</sup> STS de 2 de octubre de 1999, RJ 1999/7007. FD 1º; “... *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 de 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 se 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 CC, después a las normas generales de las obligaciones y contratos comprendidos en los Títulos I y II del Libro Cuarto del CC, 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.*”.



De la lectura de la argumentación, aportada por el magistrado en la citada sentencia, y de la comparativa con otras podremos extraer que las fuentes jurídicas aplicables al contrato de mediación o corretaje son:

- a) La voluntad de las partes. Al estar ante un contrato atípico, regirá como base inicial de su configuración, aquello que las partes pacten. Esto es posible en aplicación de lo previsto en el artículo 1255 del CC, puesto en relación con los artículos 1088 y 1091 del mismo Código, que le otorgan fuerza de ley a los pactos establecidos entre las partes. Sin olvidar al determinar los pactos que estos deben, en todo momento, respetar tanto las normas imperativas (que las cláusulas no sean contrarias a la Ley, de forma que puedan las partes configurar un negocio jurídico al margen de la Ley), el orden público y los elementos esenciales de todo contrato (previstos en el Art. 1261CC) y todas aquellas especificaciones previstas en leyes o reglamentos específicos, pero cuyo carácter sea del mismo modo imperativo<sup>216</sup>. La mayor parte de la jurisprudencia reconocen la calidad de atípico del contrato, y que en todo momento está regido, primero, por la autonomía de la voluntad<sup>217</sup>. Por tanto, podemos afirmar que la autonomía de la voluntad, de la que las partes pueden hacer uso en un contrato de mediación, debe ser entendida en una dirección y en un sentido, que sólo producen efectos en las mismas y que deben interpretarse en el sentido que a ellas afecten de manera directa. Siendo esencial dado que regulan aspectos

---

<sup>216</sup> ALBALADEJO GARCIA, M. Pág. 356. Que reconoce la autonomía de la voluntad pero, que reconoce que esta está limitada, y una de las limitaciones es la imposición de determinados derechos y obligaciones previstos legalmente, “...si se celebra los derechos y obligaciones de los partes serán los que la ley establezca de forma imperativa”

<sup>217</sup> SSTS de 24 de junio de 1992 (RJ 1992/5484), de 30 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9222) SAP de Burgos de 13 de marzo de 2001 (JUR 2001/140414); SAP Alicante de 9 de diciembre de 2004 (AC 2008/801).

---

que la Ley o la Administración no podrían regular por su multiplicidad y complejidad<sup>218</sup>

- b) En segundo lugar, y a falta de pacto, le será de aplicación la normativa general previstas para la regulación de las obligaciones y los contratos (descritas en los Títulos. I y II del Libro IV del CC)<sup>219</sup>. Dado el carácter mercantil que tiene el contrato de corretaje deberíamos tener en cuenta también las normas de carácter mercantil, el art.51 y ss. del Código de Comercio<sup>220</sup>. Cabe decir que este aspecto nos trae a colación la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo 10 de enero de 1922, donde se separaba el contrato de mediación y corretaje del de mandato dándole de este modo un carácter más mercantil en lugar del Civil que venía ostentando hasta el momento.
- c) Llegado este punto podemos encontrarnos en una situación en que ni las partes hubiesen pactado actuación ni efectos algunos, no exista contrato, pero que además no podamos acudir a ninguna norma al no serle aplicable, en esta situación se deberá acudir a los usos y costumbres. Si tenemos en cuenta el gran número de operaciones comerciales en las que se han recurrido a este tipo de contratos, adaptándose siempre a la evolución que el “mercado” sufre, parece lógica la referencia a la aplicación de los usos. Aunque hoy en día se hace prácticamente innecesario acudir a la costumbre, dado el gran contenido jurisprudencial existente acerca de la materia de la

---

<sup>218</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones*. Vol. Primero, Pág. 338.

<sup>219</sup> GAZQUEZ SERRANO, L. *El contrato de mediación...*, Pág. 30, *ob. cit.* Hay quienes mencionan la “aplicación de los Principios generales de las obligaciones y de los contratos, o en su defecto a los generales del Derecho, sin olvidar el fin económico del contrato y los legítimos intereses de las partes”.

<sup>220</sup> RODRIGUEZ RUIZ DE VILA, D. *El Contrato de Corretaje Inmobiliario...*, Pág. 211.*ob.cit*

---

intermediación, derivada de los propios conflictos surgidos de la propia práctica, situación que permite hablar de la existencia de una auténtica “legislación jurisprudencial” del contrato de mediación o corretaje<sup>221</sup>.

- d) Volviendo a la mencionada sentencia, también será posible que se debe proceder a la aplicación analógica de las normas de otros contratos, aquellos con los que guarde afinidad o relación, sin que se vulnere la finalidad del contrato de mediación o corretaje<sup>222</sup>. A nuestro parecer el ejemplo más claro de afinidad se produce con la figura jurídica del contrato de mandato y así lo ha ido reflejando la doctrina. Si además tenemos en cuenta cómo actúan en derecho comparado, como se llega incluso a regular la aplicación de las normas del mandato supletoriamente, por ejemplo así está previsto en el código suizo, en el artículo 412, en él se reconoce la aplicación de las reglas del mandato, de manera general, al de corretaje<sup>223</sup>. En nuestra jurisprudencia son tempranas las invocaciones del TS a los preceptos del mandato para resolver cuestiones surgidas con motivo del contrato de mediación o corretaje, invocaciones que seguramente también habían ayudado a provocar las confusiones doctrinales sobre la independencia o no del contrato de corretaje respecto al de mandato<sup>224</sup>. Pero

---

<sup>221</sup> RODRIGUEZ RUIZ DE VILA, D. *El Contrato de Corretaje Inmobiliario...*, Pág. 212, *ob.cit.*

<sup>222</sup> STS de 21 de marzo de 2007 (RJ 2007/2356): *Y que se rige por las estipulaciones o pactos de los contratantes y, en su defecto, por las disposiciones generales sobre contratación contenidas en los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil, por los usos o costumbres y, en cuanto sean adecuadas y oportunas en cada caso, por las normas de otros contratos afines ( sentencias de 28 de febrero de 1957 [ RJ 1957, 733] , 17 de marzo de 1962, 2 de mayo de 1963, 3 de marzo de 1967, 1 de diciembre de 1986 [ RJ 1986, 7190] y 6 de octubre de 1990 [ RJ 1990, 7478] ,entre otras).*

<sup>223</sup> Legge federale di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni) del 30 marzo 1911 (Stato 1º marzo 2012) Art 412.2: *“Le disposizioni del mandato propriamente detto sono in genere applicabili al contratto di mediazione”*.

<sup>224</sup> STS 2 de diciembre de 1902, 13 de diciembre de 1907, 26 de noviembre de 1919 y 8 de mayo de 1920. Todas anteriores, y citadas, en a la STS de 10 de enero de 1922, ya mencionada a lo largo de este estudio,

---

este recurso no es de fácil aplicación, ya que solo deben aplicarse aquellas que guarden un fiel paralelismo con aquellos de la mediación a los que se pretende aplicar. Este recurso a la analogía no solo había sido utilizado por la jurisprudencia, sino que también hemos podido observar cómo se reflejaba en alguna de las normas relativas a la intermediación<sup>225</sup>. Pero estas remisiones, legalmente previstas, o posibles reconocimientos de aplicación analógica, llevan aparejados una controversia, y es la necesidad de entrar a valorar las consecuencias que los incumplimientos producen en estos contratos análogos, para aplicarlos a la relación, calificada como de mediación o corretaje, de la que la doctrina, a su vez, se ha encargado de intentar desvincular o diferenciar. En todo caso y como conclusión, será posible la aplicación analógica, no de toda una norma sino solo de los preceptos que sean plenamente compatibles con la esencia del contrato.

- e) La falta de una regulación de derecho privado no exime a los profesionales de la intermediación a que, a la hora de redactar un contrato de mediación y corretaje, tengan en cuenta la aplicación de las disposiciones de carácter administrativo, los reglamentos de los Colegios, normas que disciplinan aspectos concretos de la actividad del mediador. Aunque estemos ante normas de rango inferior, lo cierto es que contienen preceptos o menciones,

---

que marcó la diferencia entre ambos contratos. CASTAN TOBEÑAS, J. “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1922”, en Revista de Derecho Privado, 1923. Pág. 26.

<sup>225</sup> Un ejemplo de ello es la previsión que se hacía en la Disposición Adicional 4ª de la Ley de 30 de abril de 1992, reguladora de la mediación de los seguros privados, donde se remitía, como legislación supletoria aplicable a los corredores de seguros, a las normas del Código de Comercio que regulan la comisión mercantil. DA 4ª: “*En lo no previsto en la presente Ley, se aplicará con carácter supletorio la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y, en cuanto a los corredores de seguros, los preceptos que el Código de Comercio dedica a la comisión mercantil*”. En la actual regulación de la mediación, la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, en su Disposición Adicional Primera, elimina la remisión a la figura jurídica de la comisión, y la limita al Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

de comportamiento del intermediario, que pueden influir en la inclusión o no de determinadas cláusulas contractuales. Cabe señalar que no todas las profesiones que pueden ser calificadas como de intermediación tienen o están obligadas a tener un Colegio y que la normativa interna de los Colegios profesionales no es igual de extensa y precisa en cada caso. Un ejemplo de regulación existente y relevante es la prevista para los API, tal y como hemos mencionada anteriormente, podremos extraer de ella aspectos tan significativos como los deberes del API, lo que nos permitirá realizar la inclusión de una serie determinada de cláusulas contractuales.

- f) Por último, pero no menos importante, deberemos atender a la doctrina jurisprudencial que nos aporta tanto el Tribunal Supremo y seguida por el resto de instancias jurídicas. Doctrina que adquiere una creciente relevancia en parte dado por la insuficiente o inexistente regulación que facilite la labor del mediador a la hora de dar forma y contenido al contrato de mediación y corretaje, delimitando con claridad derechos y obligaciones de ambas partes. Este vacío es el que ha llevado a provocado la proliferación de innumerables conflictos relativos, en la mayoría de las ocasiones, al derecho del intermediario a percibir o no la retribución, o a la determinación de su participación en los actos de mediación. Las decisiones judiciales sobre estos conflictos son las que nos permiten extraer normas generales de regulación de las relaciones contractuales de mediación.

Parece evidente que la conclusión definitiva a la que debemos llegar, es que a falta de una legislación general de la intermediación, será la voluntad de las partes, dentro de los límites establecidos, la verdadera ley del contrato de mediación o corretaje. Y esperar que el legislador haga por fin caso a la existencia de un número

---

ingente de sentencias que claman intervención del legislador en la redacción de un texto legislativo.

#### **7.4.5 La mediación: ¿Contrato de corretaje autónomo o contrato accesorio?**

La finalidad del contrato de mediación o corretaje, la puesta en relación de futuros contratantes provoca una duda respecto a si, estamos o no ante un contrato principal o uno accesorio de aquel que configurarán las partes una vez sean aproximados por el intermediario. Para una gran parte de la doctrina estamos ante un contrato principal, porque aunque su objeto sea la celebración de otro, goza de sustantividad propia y de autonomía respecto de este<sup>226</sup>.

Por otro lado hay quien considera que si lo calificamos como un contrato accesorio, este será a la vez un contrato condicional, dada la necesidad de que para que el mediador obtenga compensación a su labor deberá concluirse el negocio principal, es decir para que pueda exigir compensación debe existir conclusión<sup>227</sup>.

---

<sup>226</sup> TASENDE CALVO, J. “El contrato de mediación inmobiliaria en la compraventa de vivienda”. Revista. Actualidad Civil, Ed. LA LEY. 2008

<sup>227</sup> GÁZQUEZ SERRANO, L. *El contrato de mediación o corretaje*. Ed. La Ley. Madrid. 2007. Pág. 65 y ss. “*jurídicamente se le considera principal pues para que fuese accesorio necesitaría la existencia de una identidad de causa entre la mediación y el supuesto negocio principal, cosa que no ocurre, no cabe duda que existe per se, independientemente que el contrato que trata de conseguir el mediador se perfeccione o no*”.

---

#### 7.4.5.1 Su consideración como contrato accesorio

##### a) Carácter aleatorio

La consideración del contrato como aleatorio implica<sup>228</sup> reconocer la inclusión de un “alea” en el contrato. Para RUBIO, es precisamente la incidencia del alea en el contrato lo relevante y no las características de la aleatoriedad en sí mismas<sup>229</sup>. Esta ha sido otra de las consideraciones seguida por una parte de la doctrina tras considerarlo como contrato autónomo o principal. Pero, dicha aleatoriedad parece tener para algunos un sentido más económico que no jurídico<sup>230</sup>. Ello se debe a que la doctrina considera necesaria la onerosidad de todo contrato aleatorio cuya prestación depende de la producción de un hecho futuro e incierto<sup>231</sup>, como sería el encontrar a una contraparte adecuada para celebrar el contrato de compraventa posterior.

La duda o compleja distinción entre la aleatoriedad o la condición no es fácil de determinar. Ambas opciones parecen implicar, de inicio, la suspensión o limitación de los efectos del contrato hasta que suceda un hecho concreto y

---

<sup>228</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho Civil. Tomo 2 (Obligaciones y Contratos) vol. – 2 Ed.* Edersa, Madrid, 2004: El Código civil prevé como contratos aleatorios el seguro, el juego y la apuesta y la renta vitalicia. Éstos son los que se pueden llamar típicos. Pero las partes pueden constituir otros contratos aleatorios, no previstos en la ley, atípicos, o añadir a contratos típicos conmutativos elementos de *alea* que los convierten en aleatorios (*emptio spei*, por ejemplo).

<sup>229</sup> RUBIO GIMENO, G. *La herencia como objeto negocial*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 71, “En nuestro ordenamiento civil la aleatoriedad viene definida, no por referencia al os rasgos propios del negocio aleatorio, sino mediante la tipificación del modo en que el alea interviene en el negocio”.

<sup>230</sup> BLANCO CARRASCO, M. *El contrato de corretaje*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2008.

<sup>231</sup> RUBIO GIMENO, G. *La herencia como objeto negocial*, pág. 72. *Ob. cit.*

---

determinado. En el Art. 1790 CC se describe el concepto de contrato aleatorio<sup>232</sup>, pero la definición dada por el legislador no nos ayuda a distinguir con claridad entre ambas figuras jurídicas, de modo que apreciar cuando estamos ante una condición o ante un alea requiere de una interpretación de la totalidad del contrato.

Una parte de la doctrina considera que la inserción de una condición en un contrato implica condicionar la existencia en sí del propio contrato<sup>233</sup>, mientras que introducir un alea lo que implica es que precisa el cumplimiento de una o algunas obligaciones, y no del contrato en sí, que es efectivo desde el momento en que se perfecciona, con lo que parece más aceptable la doctrina del alea en este tipo de contratos, en los que sí se persigue el cumplimiento efectivo del mismo.

Pero a pesar de que en principio parece estar clara la diferencia a nivel doctrinal, es también cierto que la referencia a uno u otro modo, aleatoriedad o condición, se usa de un modo alternativo<sup>234</sup>, llegándose incluso a manejar ambos conceptos a la vez, en esos casos se considera un contrato que depende del azar o bien de terceros ajenos al mismo<sup>235</sup>. Incluso encontramos algunas resoluciones

---

<sup>232</sup> Artículo 1790: “Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado”.

<sup>233</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho Civil II Derecho de obligaciones*. Vol. 1º. Ed. Dykinson. Madrid, 2007 Pág. 454: “los interesados quieren que los efectos del contrato se produzcan, pero que dependan de que tenga lugar un evento determinado: por eso, suele decirse que a través de la condición los contratantes limitan los efectos propios del contrato que llevan a cabo”

<sup>234</sup> GARCIA VALDECASAS y ALEX, F.J. *La mediación inmobiliaria*...Pág. 53,*ob.cit.*

<sup>235</sup> Ello provoca que unos lo consideren condicional y otros aleatorio, sin distinguir con claridad el porqué de tal calificación y no de la otra. De este modo BONET CORREA, lo considera sometido a condición, BONET CORREA, *El contrato de corretaje o mediación*, en *anuario de Derecho Civil*... Pág. 1621, *ob.cit.* Pero entre los que afirman su carácter aleatorio encontramos a GARCIA VALDESAS y a SANPONS SALGADO.



jurisprudenciales en las que se califica el contrato como aleatorio pero que, según el Tribunal, queda sujeto el cumplimiento del mismo a un suceso incierto<sup>236</sup>.

b) *La condición: El nacimiento al derecho al cobro de la comisión o el premio pactado por las partes*

Así como en el apartado anterior citábamos la referencia legal que describía la aleatoriedad, para la condición lo que encontramos son referencias a su inclusión<sup>237</sup> o prohibiciones a la misma<sup>238</sup>, y no una definición expresa.

El dato que reafirma la jurisprudencia y nos aclara cualquier duda, es que la condición no se presupone, estará siempre determinada contractualmente por las partes<sup>239</sup>, y que deberá cumplir unos requisitos legalmente establecidos sobre licitud y posibilidad.

Junto con la condición de que el corredor tiene derecho a la comisión si el contrato pretendido tiene lugar gracias a su intervención, se encuentra la que dicho derecho se haya además sometido a la condición suspensiva de la celebración del contrato, prueba de ello es la existencia de un gran número de

---

<sup>236</sup> STS de 6 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7478); de 30 marzo de 2007 (RJ 2007/2412): “Constituye un contrato atípico (consensual y bilateral, facio ut des [hago para que tú des]) y aleatorio, puesto que su resultado es incierto”. STS de 25 de noviembre de 2011 (STS 8161/2011)

<sup>237</sup> Artículo 1255 CC: *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.*

<sup>238</sup> Arts. 1113 y ss. Del CC.

<sup>239</sup> STS de 4 de diciembre de 1953 (RJ 1953/3156).

---

sentencias que así lo ratifican<sup>240</sup>. Pero dicha condición hay quién no la vincula al contrato en sí sino al deber de remunerar al mediador<sup>241</sup>.

Es numerosa la doctrina que ha expuesto el criterio prevalente y mayoritario de que el intermediario, como profesional, tiene derecho a la remuneración pactada en concepto de comisión o premio, si por sus gestiones se obtiene el resultado pretendido con el contrato de mediación o corretaje, es decir la localización de parte interesada, aun cuando el contrato celebrado por su mediación no llegase a consumarse. La no consumación de un contrato diferente al celebrado por el intermediario con las partes no debe afectar a sus derechos<sup>242</sup>.

La existencia de condición llevará aparejada una conducta, por parte del mediado, que no impida el cumplimiento de la misma. A pesar de ser cierto que el oferente goza de plena libertad y disponibilidad del bien o servicio ofrecido, de modo que puede rehusar la celebración del contrato con la persona indicada por el corredor, en determinadas hipótesis podría hallarse obligado a satisfacer a éste una indemnización, cuando su negativa constituya un supuesto abuso de derecho, siempre que esto se pruebe debidamente y así sea valorado por el juzgador.

---

<sup>240</sup> STS de 26 de marzo de 1991, de 19 de octubre de 1993, de 30 de noviembre de 1993, de 5 de febrero de 1996, de 21 de octubre de 2000 y de 13 de junio de 2006

<sup>241</sup> CUADRADO PÉREZ, Carlos. “Consideraciones sobre el contrato de mediación o corretaje”. Pág. 2539. “Ejecutada su actividad, la contraprestación no es exigible, depende de un evento objetivamente incierto: la conclusión del negocio con el tercero. Este acontecimiento funciona como conditio iuris. Tal deber de prestación existe y es válido desde el momento en el que se perfecciona el contrato de corretaje, aunque sin efectos y su cuantía se hallen pendientes de la verificación de un ulterior acontecimiento”.

<sup>242</sup> STS de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10634), citando en “ S. de 16-4-1952 (RJ 1952/822 ), que “como declaró la sentencia de esta Sala de 10-1-1922, confirmando doctrina establecida en otras anteriores, el mediador tiene derecho a la remuneración convenida aun cuando el contrato celebrado por su mediación no llegase a consumarse habiendo declarado igualmente las SS. 5-7-1946 (RJ 1946/934) y 11-6-1947 (RJ 1947/770), que cuando las gestiones del corredor dan el resultado apetecido, si después se rescinde el contrato celebrado, tal rescisión no puede afectar a los derechos del corredor, el cual debe percibir la retribución que le corresponde”.

---

Pero la calificación o la inclusión de una cláusula condicional en el contrato de mediación o corretaje, ¿puede afectar no solo en la obtención de la comisión, sino en la pérdida de las cantidades invertidas en la consecución de la gestión? ¿Qué ocurre con los gastos del intermediario? Podríamos llegar a entender que por cuanto a los gastos del mediador, estos pueden ser resarcidos si no se perfecciona el contrato y el actuó diligentemente. Pero una parte de la doctrina considera que son el riesgo de su profesión y que su cobro va vinculado al éxito de las gestiones<sup>243</sup>.

Situación distinta será para el corredor que en el contrato se indique, de un modo claro y específico, que el derecho a la comisión quedará condicionado a la celebración del contrato principal pretendido por las partes. Si se da esta situación el intermediario deberá comprobar realizada su perfección, y acreditarla, para poder reclamar la comisión<sup>244</sup>, aspecto este último que nos llevará a desarrollar el siguiente aspecto, la onerosidad.

---

<sup>243</sup> RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A. Manual de Derecho Mercantil 2ª. edición. Ed. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, Pág. 738. Considera que constituye el riesgo de su labor y debe ser asumido por este. En contra de esta opinión CUADRADO PÉREZ, Carlos. “Consideraciones sobre el contrato de mediación o corretaje”. Revista Crítica de Derecho inmobiliario. Nº. 704. Ed. Noviembre-Diciembre 2007, Pág., 2538, quien considera que “*el riesgo del mediador ha de localizarse en la ya mencionada falta de seguridad en torno a la percepción de la remuneración, mas no en la asunción de gastos. La respuesta dependerá de si se pactó de modo expreso, sino se estará a los usos y costumbres de cada contrato*”.

<sup>244</sup> SSTs 19 de octubre de 1993 ( RJ 1993/ 7744) y 30 de noviembre de 1993 ( RJ 1993/ 9222), de 7 de marzo de 1994 ( RJ 1994/2198) , de 17 de julio de 1995 ( RJ 1995/5708), de 5 de febrero de 1996 ( RJ 1996/1088), de 30 de abril de 1998 ( RJ 1998/3460), de 2 de octubre de 1999 ( RJ 1999/7007) y 21 de octubre de 2000 ( RJ 2000/8811) y la SAP de Granada (Sección 5ª) de 18 mayo (AC 2007/2050) “*se condiciona la percepción de honorarios a que el contrato se realice, se perfeccione por la actuación del corredor, de modo que no se trata de una obligación de medios sino de resultado o fin determinado a alcanzar (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1950 y 28 de noviembre de 1956)*”.

---

#### 7.4.5.2 La mediación o corretaje como contrato autónomo

No compartimos la consideración del contrato como accesorio sino que nos decantamos por entender que nos hallamos ante un contrato autónomo. A nuestro parecer otra cosa sería considerarlo accesorio desde un punto de vista económico, sí asimismo consideramos que el acceso al cobro de la comisión o premio, solo podrá producirse si se completa el negocio principal<sup>245</sup>, porque si se considera, o se pacta por las partes, que el cumplimiento contractual se produce con el acercamiento de las voluntades, este carácter accesorio también desaparecería.

Tras esta última afirmación nos parece relevante introducir la existencia de una matización sobre la condición que existe en una parte de la jurisprudencia, se mueve en la línea de considerar que la perfección del contrato perseguido por las partes, y no su consumación o cumplimiento, es por sí la condición suspensiva prevista, y sería en ese momento, el de la perfección, cuando nacería el derecho a la remuneración<sup>246</sup>. A nuestro parecer esta interpretación es la que fundamenta con

---

<sup>245</sup> STS de 13 de junio de 2006 (RJ 2006/3368): “*es doctrina jurisprudencial consolidada que el derecho del mediador al cobro de sus honorarios, ha de nacer desde que queda cumplida su actividad mediadora, o sea, desde que por su mediación haya quedado perfeccionado el contrato de compraventa, cuya gestión se le había encomendado... aunque no se hubiera entregado, a no ser que en el respectivo contrato de corretaje se haya estipulado expresamente que el mediador solamente cobrara sus honorarios cuando la compraventa haya quedado consumada*”. En la misma línea la STS de 21 octubre del 2000 (RJ 2000/8811), que afirma así mismo que el cobro de los honorarios queda suspendido a la celebración del contrato: “*tiene declarado con reiteración esta Sala que dicho contrato está supeditado, en cuanto al devengo de honorarios, a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso*”. SSTS de 19 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7744), de 30 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9222), de 7 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2198), de 17 de julio de 1995 (RJ 1995, 5708), de 5 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1088) y 30 de abril de 1998 (RJ 1998, 3460).

<sup>246</sup> STS de 5 noviembre de 2004 (RJ 2004/ 6657) ;de 13 junio de 2006 (RJ 2006/3368); SAP de Valladolid (Sección 3ª) de 9 mayo de 2008 (JUR 2008/331344) “*Es claro por tanto que el derecho al percibo de los honorarios por el mediador quedó subordinado única y exclusivamente a la mera perfección del contrato de compraventa sobre la vivienda, tal y como resulta de la mera literalidad de lo suscrito*”

claridad la esencia de la intermediación, que, salvo pacto en contra<sup>247</sup>, implica que quien actúa como intermediario lo hace hasta el momento en que ambas partes, por el aproximadas, conciertan el negocio, desde ese momento el mediador ha cumplido y agotado su actividad intermediaria, que es la de mediar y no la de vender.

También para la jurisprudencia nos encontramos ante un contrato principal y autónomo, con sustantividad propia<sup>248</sup>, aunque, lo que sí es evidente que así mismo es un contrato preliminar y preparatorio de otro, normalmente el de compraventa<sup>249</sup>. Ejemplo claro de ello es la doctrina expresada por O'CALLAGAN, como ponente de la STS de 25 de noviembre de 2011 en la que expresa de manera clara que si bien puede hablarse de que la posibilidad del cobro de la comisión del intermediario está sujeta a una condición suspensiva, es más evidente y razonable hablar de que estamos ante negocios jurídicos separados, por un lado estaría el contrato celebrado por el intermediario y una o ambas partes y por otro el futuro contrato, de manera que ambos son independientes y la efectividad de uno no depende de la correcta ejecución del segundo<sup>250</sup>.

---

<sup>247</sup> SSTS de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10634)), de 4 de julio de 1994 (RJ 1994, 6427) ”*salvo que concurra pacto expreso en este sentido, o cuando se conviene que sólo se podrían cobrar honorarios cuando la venta se halle consumada*”

<sup>248</sup> SSTS de 1 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7190); de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1185/1992); de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10634). En modo contrario también se posiciona una parte de la jurisprudencia, se habla del carácter accesorio, instrumental, preparatorio, preliminar, SAP de Oviedo de 19 de julio 2000, o la SAP de Sevilla de 6 de mayo de 2005 (JUR 2005/192501) que plantea la posibilidad de que el contrato sea accesorio ante una determinada operación inmobiliaria. En todo caso lo que sí es a criterio del TS es principal, y esto no omite el resto de categorías, incluida la de carácter preparatorio, puesto que el contrato de mediación existe y produce efectos, incluso si el contrato principal no se concluye.

<sup>249</sup> Cit. supra. STS de 1032/2004, de 5 noviembre (RJ 2004/ 6657)

<sup>250</sup> STS de 25 de noviembre de 2011 (STS. 8161/2011) FD 2º: “*Sobre la calificación como contrato de mediación del celebrado por las partes litigantes, no se plantea cuestión alguna. La que se ha planteado en la litis es el derecho a percibir la remuneración estipulada. Es, precisamente, el problema que se plantea con frecuencia. Como dicen las sentencias de 13 de junio de 2006, 30 de marzo de 2007, 13 de octubre de 2011, reiterando jurisprudencia y citando muchas sentencias anteriores: esta Sala tiene*

---

#### **7.4.6 El carácter oneroso del contrato: La determinación de la comisión del intermediario.**

Si consideramos que el contrato de mediación o corretaje está vinculado, en la mayoría de las situaciones, y de un modo ineludible a la actividad profesional de mediación, ese carácter profesional que le otorgamos es el que nos permite determinar que una de las características del mismo es la onerosidad.

El reconocimiento de la onerosidad como característica del contrato de mediación o corretaje, es seguido por la jurisprudencia<sup>251</sup> y considerado por algunos autores, de manera que se llegó a interpretar como la nota que lo distinguía del contrato de mandato, aspecto este que decae por la existencia del mandato oneroso, cuando el mandato solicitado, sea la actividad habitual o profesional del mandatario<sup>252</sup>

---

*declarado que dicho contrato está supeditado, en cuanto al devengo de honorarios, a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso. Lo cual no alcanza a la consumación del mismo y si posteriormente se resuelve, se anula o, por cualquier razón pierde su validez o eficacia, el contrato de mediación queda incólume; y es decir, como añaden estas mismas sentencias, desde el momento en que se perfecciona en el contrato objeto de la mediación, el mediador ha cumplido y agotado su actividad intermediario,.../..., En el presente caso, se celebró el precontrato de opción de compra; nunca llegó a perfeccionarse el de compraventa. 2.- El negocio jurídico que sí se celebró en el presente caso es el de opción de compra. Es una modalidad del precontrato,.../..., De lo cual se desprende que son conceptos distintos el de opción de compra que es un precontrato y la compraventa es el contrato proyectado. Aquél, si se ejerce, da lugar a éste; si no se ejerce en plazo, no ha lugar a ninguna relación jurídica. Este, si llega a su perfección, origina derechos y obligaciones para las partes (obligación de entrega de la cosa, obligación de pago del precio); si no se perfecciona, no existe, no ha nacido a la vida jurídica”.*

<sup>251</sup> Como indica el Tribunal Supremo en diversas de sus sentencias, entre ellas la STS de 17 de diciembre de 1986 (RJ 1986/ 7450); de 3 de enero de 1989 (RJ 1989/ 91) y de 23 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6843).

<sup>252</sup> Art. 1711, párrafo 2º del CC.

A esta argumentación se le une el fundamento de que, con la actividad del mediador, está obteniendo un beneficio quien solicita o contrata sus servicios, por ello adquiere sentido que desde que se confeccione el negocio intermediado, desde que se perfecciona el contrato por las partes, desde ese momento y no desde la consumación del mismo, nazca el derecho a la remuneración. Pero además la doctrina y jurisprudencia convergen en la idea de que las gestiones llevadas a cabo por el mediador han de ser remuneradas, ineludiblemente, tanto si el negocio proyectado se concluye como consecuencia inmediata de su actuación como si el oferente aprovecha tal actividad para proceder directamente a su celebración<sup>253</sup>.

Según se ha señalado, el fundamento de la remuneración del mediador se halla en el provecho que sus gestiones han suscitado a favor del oferente. Sin embargo, tal circunstancia no permite configurar los honorarios del corredor como “elemento esencial”. En los contratos de mandato, depósito, y préstamos, se produce un beneficio, sin que el legislador haya dispuesto la “esencialidad” de la remuneración.

---

<sup>253</sup> SAP de Barcelona de 28 de julio de 1999 (AC 1999/7235), FD. 3º: *De esta configuración se infiere que la obligación básica asumida por el mediador es la de desarrollar una determinada actividad de gestión, con la diligencia de un ordenado comerciante (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1963), para procurar la celebración del negocio que persigue el cliente, mientras que la de éste es el pago de la remuneración o comisión pactada cuando la gestión ha obtenido un resultado positivo, es decir, cuando el mediador pone en relación a las partes que han de celebrar el futuro contrato determinado (véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1922, 2 de mayo de 1963 [RJ 1963/2458], 19 de diciembre de 1985 [RJ 1985/6600], 3 de enero de 1989 [RJ 1989/91], 6 de octubre de 1990, 26 de marzo de 1991 [RJ 1991/2447], 10 de marzo y 21 de mayo de 1992 [RJ 1992/2167 y RJ 1992/4272], 30 de noviembre de 1993 [RJ 1993/9222] y 4 de noviembre de 1994 [RJ 1994/8368]), aunque se frustre el indicado contrato por que no es necesario que el mismo se perfeccione o que se consume puesto que ello depende exclusivamente de la voluntad de los contratantes, salvo que tal frustración lo sea por causa imputable al mismo mediador. Sin embargo, aunque es obvio que el mediador adquiere el derecho a percibir la comisión desde el mismo momento en que ponga en relación al posible comprador con el cliente, la libertad contractual consagrada en el artículo 1255 del Código Civil permite a las partes hacer depender el nacimiento de ese derecho de otro hecho, como puede ser la perfección del contrato o incluso su consumación. Contrastar con BLANCO CARRASCO, M. Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid 2008, Pág. 26*

---

Por analogía con tales supuestos, entendemos que el carácter oneroso constituye un elemento natural del contrato de corretaje, un elemento más y no uno esencial.

Volviendo a la referencia a la intermediación llevada a cabo por un profesional, la onerosidad se configura como un elemento ineludible de su actividad y requisito esencial del contrato<sup>254</sup>, por ello la existencia de una comisión en la operación se hace necesaria, para la validez del contrato.

Pero así como la necesaria inclusión de una comisión en el contrato observamos que tiene carácter necesario, las dudas surgen de nuevo al pretender determinar cuál debe ser la cuantía de dicha comisión, y en qué modo debe calcularse.

Los usos y la práctica nos delatan que la determinación de la existencia de comisión así como su cuantía se lleva a cabo con anterioridad al inicio de la actividad mediadora.

La cuantía de la comisión no estará vinculada, generalmente, a las tareas realizadas por el intermediario o al tiempo dedicado a ellas por este, sino que se determinará teniendo en cuenta el valor económico de la operación, en base a la aplicación de un porcentaje sobre la misma.

Por aplicación del art. 1273 CC será suficiente con su determinabilidad, es decir, que su concreción pueda llevarse a efecto sin que sea necesario un nuevo convenio entre las partes contractuales. Esto permite que, aunque el valor de la comisión no se acuerde de modo expreso, este sí que podrá ser determinado, en el

---

<sup>254</sup> STS de 8 de febrero de 1956 (RJ 1956/691) “No cabe olvidar que es esencial al concepto del contrato de corretaje la percepción de una retribución como compensación al servicio prestado”



Capítulo III:  
Intermediación y tipos contractuales

---

caso de las profesiones colegiadas, en aplicación de las tarifas previstas en los Colegios o Asociaciones Profesionales del sector<sup>255</sup>.

---

<sup>255</sup> Entre otras ver la SAP de Córdoba de 7 de diciembre de 2000 (Sección 2ª) núm. 320/2000 (JUR 2001/78840); o la SAP de Lérida de 13 de octubre de 2000 (Sección 2ª), sentencia núm. 453/2000 (JUR 2000/304331)

---

## **CAPÍTULO IV**

### **LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN: SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ITALIANA**



## 1 LA MEDIACIÓN ANTES DE LA APROBACIÓN DEL *CODICE CIVILE*<sup>1</sup>

### 1.1 La regulación de la mediación

La mediación, como figura autónoma, aparece regulada y plenamente reconocida por la disciplina civilista italiana a partir de la publicación del Código Civil Italiano de 1942<sup>2</sup>. Con anterioridad a su aprobación, que supuso la fusión de las disciplinas civil y comercial en un solo código, podía encontrarse una referencia a la figura de los mediadores en el *Codice di commercio*<sup>3</sup>.

Además, y por aplicación de lo previsto en el art. 35 del *Codice di commercio*, que remite a Leyes especiales y Reglamentos para el desarrollo del oficio público de la función de mediación<sup>4</sup>, podíamos encontrar referencias a la función de mediación en la regulación de la bolsa de valores, la Ley de 20 de marzo de 1913, n.272, de la bolsa de

---

<sup>1</sup> Para el estudio de la mediación anterior a la aprobación al *Codice civile*: BOLAFFIO, L. “Dei Mediatori, delle obbligazioni commerciali in generale” en *Codice di Commercio comentato*, Vol. I, P.II. Ed. Unitone Tipografico. Milan. 1919. Pág. 1 y ss.. Así como VIVANTE, C. “I Commercialisti” en *Trattato di diritto commerciale*. Vol.I, 4ª Ed. Ed. Dottor Francesco Vallardi. Milan. 1911. Págs. 322 y ss. BOLAFFIO, L., “Dei mediatori” en *Il Codice di commercio comentato*, Vol. II, Ed. Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1937. Pág. 1 y ss.

<sup>2</sup> Real Decreto de 16 de marzo de 1942- XX, n. 262, que aprueba el texto del Código Civil.

<sup>3</sup> *Codice di Commercio*, promulgado mediante Real Decreto de 31 de octubre de 1882 (Es el verdadero primer Código de Comercio de Italia, ya que sustituyó al instaurado el 25 de junio de 1865, que en realidad se trataba del *Codice di commercio* de Cerdenya que se hizo extensible a todo el territorio de Italia introduciéndole algunas modificaciones)

<sup>4</sup> Art. 35 C.de Com. “*Le norme riguardanti l'accertamento dei corsi e gli uffici pubblici spettanti ai mediatori sono determinate da leggi speciali e da regolamenti*”.

---

## Capítulo IV:

La actividad de intermediación:

Su regulación en la legislación italiana

---

comercio y de la mediación, y en el reglamento de 4 de agosto de 1913, n.1068 y sus modificaciones posteriores.

### 1.2 La actividad de mediación

Es relevante la preocupación por la doctrina respecto a la calificación de la naturaleza jurídica de la actividad de mediación. La falta de una regulación de dicha figura dio lugar a ciertas discrepancias, sobre todo doctrinal y jurisprudencial, respecto al carácter de la misma. La actividad que se desarrollaba en determinadas relaciones y que se podía calificar como una actividad mediadora, era vista por la doctrina como un reflejo de la *Locatio-conductio operis*, el mediador debía de ser aceptado por las partes y, a cambio de una retribución, llevaba a término el asunto solicitado poniendo a las partes de acuerdo en el mismo<sup>5</sup>.

Pero la actividad de mediación, vista de un modo generalizado podía, según BOLAFFIO<sup>6</sup>, ser llevada a cabo por una multiplicidad de sujetos, lo que haría que cada uno de ellos, según su calificación, diesen así mismo calificación a la mediación, así podía ser ejercida tanto por un mandatario, con o sin representación, como por un agente e incluso por un simple mensajero, todos podían ser considerados mediadores (este último solo mediador del objeto material y no cómo portador de una manifestación de voluntad contractual).

---

<sup>5</sup> A esta opinión se adhería la Sentencia de *Cassazione di Roma* de 6 de mayo de 1905. Por contra la Sentencia de *Cassazione di Firenze*, consideraba que el mediador era un mandatario.

<sup>6</sup> BOLAFFIO, L. "Dei Mediatori, delle obbligazioni commerciali in generale" en *Codice di Commercio comentato*, Pág. 9, Ob. cit. : "*Lattività intermediaria nei rapporti commerciali è multiforme. Può esser quella di un mandatario, con o senza rappresentanza; di un agente d'affari o di commercio; di un istitore o di un commesso; persino di un semplice nuncio o messaggerio.*"

---

Capítulo IV:  
La actividad de intermediación:  
Su regulación en la legislación italiana

---

El *Codice di commercio* no solucionó este problema porque tampoco dedicó ninguno de sus preceptos calificar la naturaleza jurídica de la actividad de mediación.

Como íbamos diciendo la mediación, ampliamente considerada, podría ser realizada por todo sujeto que llevase a cabo actividades que implicasen la relación de personas distantes; Pero el *Codice di commercio* describe a un tipo concreto de mediador, según su lectura los mediadores son comerciantes que se ocupan profesionalmente de llevar a término la conclusión de asuntos comerciales<sup>7</sup>. El encontrarse la mencionada regulación de los mediadores dentro de la materia de carácter comercial<sup>8</sup> provocaba que para la doctrina, anteriormente citada, e incluso para la jurisprudencia, debiese distinguirse de manera clara aquellos asuntos, que a pesar de revestir carácter de mediación, eran civiles de los que asuntos que si tenían carácter comercial, de manera que pudiese distinguirse con claridad la competencia de la regulación y la jurisdicción que se les debía aplicar, en caso de existir algún tipo de controversia, civil o comercial<sup>9</sup>.

Para BOLAFFIO, el hecho de estar regulado dentro del *Codice di Commercio* condicionaba la aplicación de dichas normas, en principio la opinión generalizada era que no podían ser de aplicación a los asuntos que revestían un carácter plenamente civil,

---

<sup>7</sup> VIVANTE, C. “I Commerciali” en *Trattato di diritto commerciale*. Vol.I, 4ª Ed. Dottor Francesco Vallardi. Milan. 1911. Pág. 322.

<sup>8</sup> Sentencia de la *Corte di Appello di Torino* del 16 de febrero de 1883, reconoce la regulación íntegra de la mediación en el Código de comercio.

<sup>9</sup> La Sentencia de la *Corte di Appello di Venezia* de 27 de diciembre de 1900, que considera que si el asunto resuelto es civil y el mediador no es un comerciante las controversias deberán ser resueltas según las normas civiles. Así mismo la Sentencia de la *Corte di Appello di Milano* de 21 de noviembre de 1912, en un asunto relativo a las relaciones entre las agencias teatrales y los artistas. Y la Sentencia de *Cassazione di Torino* de 24 de agosto de 1909, respecto a una compra llevada a cabo por un agente de cambio.

---

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

debiendo ser redirigidos dichos asuntos únicamente hacia el *Codice civile*, concretamente a las normas que regulaban el mandato. Pero, por otro lado, reconocía que, la falta de regulación de la figura de la mediación en la materia civil, debía ser cubierta por la regulación comercial, en aplicación de la doctrina de la unidad del derecho privado; de este modo concluía su exposición diciendo que, aunque el asunto debía ser considerado civil, si tenía dicho carácter (es decir si estábamos ante una compraventa de muebles o inmuebles o ante la mediación en asuntos civiles) y si era realizado por sujetos que, por sus características, no podían ser considerados comerciantes, según lo previsto en el Codice di Commercio. Para que todo esto ocurra, dicho asunto, no puede ser considerado ni mandato ni ninguna otra de las figuras afines reguladas por el Código Civil u otra norma especial, y así esté podrá ser considerado mediación comercial, y le serán de aplicación las normas comerciales, lo que provocaría consecuencias como la de la imposibilidad de cobrar la comisión si el asunto intermediado no llega a ser concluido por las partes (art.32)<sup>10</sup>, o la modificación del plazo de prescripción para las cantidades debidas, etc.... Esta posible aplicación, de la normativa comercial a las actividades de carácter civil, es reconocida también por la jurisprudencia<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> BOLAFFIO, L. “Dei Mediatori, delle obbligazioni commerciali...”. Ob. cit., págs. 21 a 23. La naturaleza del acto o puede influir en la calificación de la persona que opera como mediador, si este es un comerciante, será mediador según lo previsto en el *Codice di commercio*.

<sup>11</sup> Sobre la aplicación de las normas comerciales a un asunto civil debemos acudir, entre otras a la Sentencia de *Cassazione di Firenze* de 30 de abril de 1906, reconoce que la mediación es una institución disciplinada por el Código de Comercio pero también para los asuntos civiles”. O la Sentencia de la misma de 25 de enero de 1915, donde reconoce claramente que ante un acto de carácter civil llevado a cabo por un comerciante se deberá aplicar la normativa comercial. “*La mediazione in affari civil viene in tal guisa a ricadere sotto la legge commerciale, non per se ma perchè uno dei soggetti di essa è un commerciante*”.

---

### **1.2.1 Características de la mediación.**

El mediador independiente<sup>12</sup> según el *Codice di commercio*, cumplía unos determinados requisitos:

- Era un comerciante.
- Ejercía labores de mediación, tanto profesionalmente como ocasionalmente.
- Respondía del contrato en nombre propio si no era reconocido por ambas partes, o estas no aceptaban el asunto realizado (art.30) o no le comunicaba a una la existencia de la otra (art.31)
- No tenía derecho a la comisión si el asunto no se concluía (art.32).
- Debía llevar un libro de comercio, donde inscribirá los contratos y asuntos que realice (art. 33) que podrá ser solicitado por la autoridad competente (art. 34).

Pero además de estos requisitos se le reconocen una serie de características básicas:

- Libertad de actuación.
- Derecho a la comisión por negocio finalizado.
- La independencia

---

<sup>12</sup> El mediador cualificado, que trata asuntos públicos (art. 35) a los que le estaba reservada la el oficio de la Bolsa, no será tratado de manera concreta en este estudio.

---



## Capítulo IV:

La actividad de intermediación:

Su regulación en la legislación italiana

---

### **1.2.2 La libertad de actuación del mediador.**

Una de las características más relevantes de los mediadores regulados en el *Codice di commercio*, característica, que como veremos, se extenderá con la aprobación del *Codice Civile*, es el carácter libre de la actividad de mediación, esta se extrae de la lectura tanto del art. 26 del *Codice di commercio*, como del art. 21.1 de la Ley n.272 que reconocen dicha libertad de actuación. En el art. 26, se obligaba a la inscripción en el Registro a los mediadores pero solo a aquellos que llevasen a cabo actos públicos de mediación y que requiriesen autorización especial para ello; y en el art. 21.1 solo se permitía la realización de determinados actos a los sujetos inscritos según lo previsto en el art. 27. Por lo tanto de la lectura de estos dos preceptos (a sensu contrario) deducimos que todo aquel que llevase a cabo actividades de mediación que no tuviesen el carácter público, no estaban obligados a inscribirse, y que por lo ello la actividad de mediación era libre para todo comerciante que deseara realizarla.

Esta libertad de actuación mediadora permaneció plenamente activa a pesar de las diferentes normas que iban siendo promulgadas. Para BIGIAMI, esto era posible porque a pesar de que se aprobaban distintas normas para regular las agencias de mediación<sup>13</sup>, incluyendo en ellas una serie de apartados relativos a determinadas sanciones administrativas y penales, estas tan solo eran aplicables a las agencias públicas en ellas descritas, con lo que todo mediador que ejerciese sobre asuntos diversos a los en ellas regulados, era plenamente libre para actuar<sup>14</sup>, siempre y

---

<sup>13</sup> El texto Único de la Ley de la aseguración pública, aprobado por Real Decreto de 18 de junio de 1931 y su reglamento de ejecución, aprobado con Real decreto de 6 de mayo de 1940, n. 635.

<sup>14</sup> BIGIAMI, W. *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*. Ed. UTED, Giuridica. Torino. 2007. Pág. 230.

---

cuando actuase en un índole privado y no público. Para VIVANTE el mediador, en tanto comerciante, realizaba una actividad privada, que no podía ser controlada ni por el Estado ni por las Cámaras de comercio, ya que las garantías y las penalizaciones previstas lo eran para los mediadores inscritos que realizaban asuntos de carácter público<sup>15</sup>.

### **1.2.3 El derecho del mediador a la comisión**

Característica relevante de la mediación, a la cual recurría la doctrina para distinguirlo de otras figuras contractuales, es el hecho de que el derecho a la comisión existe, solo si el mediador es reconocido por ambas partes, o si es nombrado tan solo por una, es reconocido también por la otra como mediador. Pero además con sus actos debe conseguir el consenso de las dos partes contratantes alcanzando así la conclusión del asunto encargado<sup>16</sup>; sin existir diferencia entre si estamos ante un mediador profesional o no, o si está inscrito o no (la doctrina reconoce la posibilidad de que el mediador inscrito pueda llevar a cabo actos de mediación privados).

Se reconoce la capacidad de los profesionales que, incidentalmente llevan a cabo labores de intermediación, a través de contratos de compraventa de productos o servicios deben configurar contratos vinculados a estos que permitan al consumidor el acceso a créditos o seguros, mediando así en ellos, sin que para ello se les exija, la inscripción en el Registro.

---

<sup>15</sup> VIVANTE, C. “I Commercianti” en *Trattato di diritto commerciale... Ob, cit.*, pág. 327.

<sup>16</sup> Entre otras la Sentencia de *Cassazione di Torino* de 7 de agosto de 1895; de 18 de mayo de 1909; Sentencia de la *Corte de Appello di Venezia* de 14 de septiembre de 1909.

---

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

Por todo ello podemos decir que el derecho a la comisión o la cuantía de esta no depende de la inscripción o la oportunidad, sino del asunto llevado a cabo, así si una vez perfeccionado el contrato de mediación, cumplida la labor encargada y finalizada la relación, no existiese acuerdo sobre esta, sería el Juez quien, acudiendo a los usos locales, determinaría la misma<sup>17</sup>.

La previsión del artículo 32<sup>18</sup> relativa a la existencia al derecho, no menciona en ningún momento la profesión del mediador como requisito esencial para obtenerla, tan solo dice que al “mediador” no se le reconoce el si el asunto no se concluye. Por ello podría decirse que el derecho de mediación que se extrae de la lectura del *Codice di Commercio* es de carácter objetivo y no subjetivo<sup>19</sup>, pues atiende a la relación comercial y no a la profesionalidad o no de quien la realiza.

Pero parte de la doctrina<sup>20</sup>, y alguna jurisprudencia, disiente de esta argumentación y considera que la comisión es siempre una compensación de carácter comercial porque se le presta a quien realiza la mediación profesional de manera habitual, según el art. 32, así, quien no es un mediador profesional no puede

---

<sup>17</sup> Sentencia de la *Corte di Cassazione di Torino* de 31 de mayo de 1907.

<sup>18</sup> Art. 32 C. De Comm. “*Al mediator non compete il diritto di mediazione, se l'affare non è stato concluso*”.

<sup>19</sup> Sin olvidar, lo comentado anteriormente respecto a aquellos asuntos de carácter civil que revisten forma de mediación y que, si son realizados por un comerciante quedarán bajo la tutela de la legislación comercial. Aquí sí, podemos decir, entra de manera necesaria, aunque no como requisito único, el carácter subjetivo para su determinación, pero sin exigir, de nuevo, ni el carácter profesional, por el Registro, ni continuado de la actividad realizada por el mediador.

<sup>20</sup> En la línea argumentativa de reconocer el derecho a la comisión sea o no profesional, BOLAFFIO, L. “*Dei Mediatori, delle obbligazioni commerciali...* Pág.48-49, Ob. cit., y en un sentido contrario, VIVANTE, C., “*I Commercialisti*” en *Trattato di diritto commerciale*”. Pág. 239. Ob. cit.

---

exigirla, siendo compensado a través de las reglas del arrendamiento de obra en razón al trabajo realizado, y en ningún caso considerarse mediación.

#### ***1.2.4 El requisito de la independencia***

Otro de los requisitos que se le reconocían, o mejor dicho imponían, al mediador era el de la independencia, el mediador no representaba, por norma general, a ninguno de los sujetos que forman parte de la relación. Por este motivo precisaba, para realizar sus actos, ser reconocido por los partes como su mediador<sup>21</sup> y requería además de su autorización para concretar el asunto encargado o para cualquier modificación posterior, si tanto una como otra no estaban previstas de inicio en el contrato que los vinculaba, pudiendo ser ratificadas a posteriori de su realización. El mediador debía proteger en todo momento los intereses de ambas partes<sup>22</sup>. En estas afirmaciones podemos reconocer el carácter de independencia que se le exige en la actualidad al intermediario.

En el apartado anterior, mencionábamos la opinión generalizada de considerar la mediación como una *locatio-conductio operis*, tal y como había sido reconocida hasta el momento tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Pero tras la aprobación del C. comm esta argumentación encontraba serios problemas para poder continuar firme. Aun así autores como BOLAFFIO, defendían que a pesar de ello, estábamos ante una variante de la *locatio operis*. La similitud se constata en la máxima descrita en el art. 32 del C.comm, “el derecho a la mediación nace con la

---

<sup>21</sup> Sentencia de la *Corte di Appello di Bologna* de 8 de abril de 1904: “...*Il rapporto di meidazione importa necessariamente l'accordo delle parti sulla persona ed l'opera ...*”.

<sup>22</sup> Sentencia de la *Corte di Appello de Venezia* de 17 de febrero de 1899.

---

## Capítulo IV:

La actividad de intermediación:

Su regulación en la legislación italiana

---

conclusión del asunto”, así si no se concluía el mediador no obtenía la comisión, del mismo modo que si el arrendatario de la obra no la concluía no obtenía el derecho a cobrar del arrendador cantidad alguna<sup>23</sup>. No obstante la similitud no era total, ya que mientras que la entrega de la obra era obligatoria, y el pago por la misma también sin que ninguna de las partes pudiese apartarse del encargo, (art 1570 CC), en el caso del mediador sí que existía esta posibilidad, puesto que tanto el mediador, que podía abandonar el encargo, como las partes, que igualmente podían hacerlo, tanto activa como pasivamente (podían abandonar su interés simplemente, o podían dejar de dar órdenes o de aprobar las actuaciones del mediador), eran libres para hacerlo y esa característica era la que no permitía llevar a cabo una asimilación total a la *Locatio operis* y hablar simplemente de mediación.

Como última característica relevante, podríamos plantear la cuestión de si estamos ante un contrato independiente o si por el contrario tenemos que hablar de un contrato auxiliar vinculado a uno principal y del que depende plenamente para considerarse cumplido plenamente. No nos ocuparemos ahora de ella, sino que la desarrollaremos ampliamente en el siguiente capítulo de nuestro estudio.

## 2 LA MEDIACIÓN TRAS LA APROBACIÓN DEL *CODICE CIVILE*

Durante los trabajos preparatorios para la creación de un nuevo *Códice di Commercio*, el legislador entendió la necesidad de darle una regulación diferente a la figura del mediador, ampliándola a la actividad realizada, esto es, la mediación. Así

---

<sup>23</sup> BOLAFFIO, L. “Dei Mediatori, delle obbligazioni commerciali... Pág. 16, Ob, cit. Hacía Bolaffio la comparativa entre el escultor al que se encarga la obra y el mediador, así el escultor estaba obligado de manera personal a cumplir con el encargo y llevar a cabo la escultura, si esta no era finalizada, si no existía justa causa, el escultor perdía su derecho a la compensación.

---

redacto los que deberían haber sido los arts. 94 a 101. Pero dicho código no llegó a ver la luz, por la conocida unificación del Derecho civil y comercial italiano en un solo código, en este caso Civil. El Código civil hacía “suyos” la idea y los preceptos que el legislador ya había plasmado en el malogrado proyecto del Código de comercio<sup>24</sup>.

En el Título III del Libro IV del Código Civil, ubicada en la regulación de los “*singoli contratti*” encontramos, bajo el título de “*La mediazione*”, la figura jurídica de la mediación, regulada en los artículos 1754 al 1765.

Como ya habíamos anunciado, la situación del mediador no sufrió un cambio sustancial. De la lectura de los artículos del Código podemos extraer una idea clara: nuevamente, todo sujeto que pretendiese realizar una actividad de mediación gozaba de una total autonomía para ejercerla, era una actividad libre y abierta a todo aquel que, actuando en el mercado, lo hiciese bajo la forma de un mediador, ya que el código limitaba la exigencia del Registro, dado que la obligación de registrarse para poder ejercer la actividad de mediación tan solo estaba prevista para aquellos que ejerciesen la mediación pública.

De nuevo el legislador perdía la posibilidad de regular el contrato de mediación, centrándose tan solo en la figura del mediador, pero introduciendo determinados cambios que clarificaban aspectos que con anterioridad resultaron litigiosos, como el derecho a la comisión (art. 1755), el derecho o no a la comisión ante una cláusula

---

<sup>24</sup> En el *Codice di commercio* del 1882, no se regulaba, como hemos visto, la disciplina de las relaciones de mediación, en él podíamos encontrar, en los artículos 29 a 35, tan solo regulada la figura de los mediadores. Al respecto ver: LUMINOSO, A. “*La Mediazione*” en CICU, A y MESSINEO, F. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. XXXI, T.3. Ed. Giuffrè. Milan. 1993. Pág. 1.

---

## Capítulo IV:

La actividad de intermediación:

Su regulación en la legislación italiana

---

condicional o suspensiva del contrato (art. 1757), la participación de más de un mediador (art. 1758).

Con todo, sí debemos considerar relevante que el artículo 1765, al remitir a las leyes especiales, estaba de algún modo reconociendo que el mediador que ejercía la labor prevista en el *Codice civile*, lo hacía con un carácter preferentemente ocasional, reservándose el carácter profesional para aquellos que regulasen las leyes especiales aprobadas por el legislador.

### **3 EL MEDIADOR EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL**

#### **3.1 La regulación de la mediación profesional**

Sobre la mediación como profesión debemos acudir a la Ley de 21 de marzo de 1958, n. 253, relativa a la disciplina de la mediación, a la Ley de 3 de febrero de 1989, n. 39 sobre la profesión de mediación y su posterior Reglamento de actuación<sup>25</sup>, que sustituían la Ley de 1958 y su Reglamento<sup>26</sup>.

Pero la misma ley, n.39 de 1989, prevé que determinadas figuras jurídicas, que considera especiales, no permanezcan bajo la aplicación de sus normas, dado que en todos los casos disponen de un estatuto profesional propio y de una normativa específica: los mediadores públicos, los agentes de cambio, los mediadores marítimos y

---

<sup>25</sup> Aprobado mediante Decreto del Ministerio de 21 de diciembre de 1990, n. 452, publicado en la *Gazetta Ufficiale*, el 5 de marzo de 1991, n. 54

<sup>26</sup> Dicha sustitución no provocó una derogación total de la norma ya que el Reglamento de actuación de la Ley del 89 dejaba en vigor las disposiciones contenidas en el Reglamento de ejecución de la Ley del 58 que fuesen compatibles con la nueva disciplina.

---

los pertenecientes a la sociedad de intermediación mobiliaria. Del mismo modo excluyen a los mediadores de seguros, a los mediadores turísticos, y a los mediadores crediticios. Este último bloque será el más analizado en nuestra investigación. Así:

- Para los mediadores públicos debemos acudir a la vigente Ley de 20 de marzo de 1913, n. 272.<sup>27</sup>
- La intermediación turística ha sufrido diferentes cambios legislativos desde su reconocimiento, en la actualidad la podemos encontrar regulada en el *Codice di turismo de 2011*<sup>28</sup>.
- La intermediación financiera la podemos encontrar el Texto único sobre la intermediación financiera<sup>29</sup>.
- El últimos de los mediadores profesionales que trataremos en este estudio es el intermediario de seguros, regulado en el Código del seguro privado de 2005<sup>30</sup>

Dado este gran número de normas vigentes podemos afirmar que la disciplina de la mediación ha sufrido una gran diversificación, realizando una clara ampliación de su campo normativo y regulando la figura del mediador o intermediario fuera del Código

---

<sup>27</sup> Una legislación especial concreta encontramos para los mediadores marítimos en la Ley de 12 de marzo de 1968, n. 478.

<sup>28</sup> Decreto Legislativo de. 23 de mayo de 2011, n. 79, *Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo*, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché attuazione della direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio. Pubblicato nella Gazz. Uff. 6 giugno 2011, n. 129.

<sup>29</sup> Decreto Legislativo de 24 de febrero de 1998, n. 58. *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, ai sensi degli articoli 8 e 21 della L. 6 febbraio 1996, n. 52. Publicado nella Gazz. Uff. 26 marzo 1998, n. 71.

<sup>30</sup> Decreto Legislativo de 7 de septiembre de 2005, n. 209 *Codice delle assicurazione private*. Con sus distintas actualizaciones.



## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

Civil, siempre a través de leyes especiales. Esta diversificación hace que la lectura e interpretación de los artículos regulados en el *Codice civile* sea insuficiente para la comprensión y el estudio de la mediación, debiendo acudir necesariamente al estudio de toda esta legislación especial mencionada y a aquella normativa de menor rango que este a ella vinculada<sup>31</sup>.

### 3.2 De la libertad de actuación a la obligatoriedad de la inscripción en el registro

Recordamos que inicialmente el legislador italiano había concedido a la actividad de mediación una potestad de actuación libre, que provocaba que todo aquel que pretendiese llevar a cabo la mediación pudiese hacerlo, tanto profesionalmente como ocasionalmente. Pero esta libertad de actuación llevó a la aparición de numerosos actos abusivos que el legislador se vio obligado a atajar con la aprobación de la nueva regulación. La aparición de la Ley n. 253 de 1958 supuso la reserva del ejercicio de la mediación a aquellos operadores que estuviesen en posesión de unos rigurosos requisitos de idoneidad, profesional y moral; quedaba, de este modo, el *Codice civile* relegado a definir la cualidad de mediador y a regular y proteger los intereses de aquellos que practicasen la actividad mediadora de un modo ocasional; La distinción

---

<sup>31</sup> Entre otras citar especialmente el Decreto Ministerial de 21 diciembre 1990, n. 452: Norma de actuación de la Ley de 3 de febrero de 1989, n. 39; y el Decreto Ministerial de 21 Febrero 1990, n. 300: *Regolamento sulle materie degli esami*; que regula el examen que permite acceder al ejercicio de la actividad de mediación. El Ministerio de Industria, del comercio y del artesanado a emanado diversas circulares relativas a la profesión de mediación, citaremos principalmente la: Circular n. 3254/C del 10 de septiembre de 1991: *Disciplina della professione di mediatore*. Aplicación del Decreto Ministerial de 21 de diciembre 1990, n. 452, referente a las normas de actuación de la Ley de 3 de febrero de 1989, n. 39. Y la Circular n. 3287/C del 19 de junio de 1992: *Disciplina della professione di mediatore. Titolo di studio abilitante all'iscrizione*; así como la Circular n. 3294/C del 30 de septiembre de 1992: sobre la *Iscrizione al ruolo degli agenti di affari in mediazione*; por último la Circular n. 3328/C del 1 de marzo de 1994 sobre el *Ruolo degli agenti di affari in mediazione*.

---

entre el mediador profesional y el ocasional residía en el carácter ocasional o profesional de la actividad en sí y no de la cualidad del sujeto<sup>32</sup>.

Pero este último resquicio de libertad, de práctica de la actividad de mediación, se vio completamente limitado tras la aprobación de la Ley de la mediación, L. n.39 de 1989. La ley, en su art. 2.1<sup>33</sup>, extendía la obligación de Registrarse, no solo a aquellos que practicasen la mediación de manera profesional, sino también a aquellos que lo hiciesen de forma ocasional. Esta obligación nacía como necesario control ante los innumerables abusos realizados en la práctica de la mediación<sup>34</sup>. También para la jurisprudencia se hizo clara esta necesidad, y la Casación ratificó la decisión del legislador<sup>35</sup>.

La ley no solo indicaba la obligación de inscribirse, sino que además creó cuatro clases de secciones donde hacerlo (inicialmente se aprobó solamente con tres y fue a través de su Reglamento de desarrollo que al final quedaron distribuidos en cuatro clases) y, con ellas, de algún modo, calificó a cuatro tipos de mediadores profesionales a los que se les aplicaba la norma: los agentes inmobiliarios, los agentes del mercado, los agentes con mandato a título oneroso y los agentes para servicios varios (esta última, una tipificación amplia que permitía acoger bajo su título a un gran número de agentes, en primer lugar a aquellos que practiquen la mediación en el sector de los servicios y en

---

<sup>32</sup> Esta cualidad podía extraerse de la lectura del art. 1760 CC, donde se regulaban las obligaciones que debía seguir todo mediador profesional, dejando de nuevo abierta una posible actuación ocasional de mediación para la que no era necesaria cumplir con las citadas obligaciones.

<sup>33</sup> Art. 2.1 y 3.2.1989, n. 39.

<sup>34</sup> BIGIAMI, W. *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*. Ob. Cit., pág. 241.

<sup>35</sup> Sentencia de *Cassazione* de 5 de septiembre de 2006, n.19066 en Revista *Contratto* de 2007 Tomo 4, pág. 323, con nota a la Sentencia de TOSCHI VESPASIANI: “*Anche il mediatore atípico è obbligato ad iscriversi al ruolo degli agenti in affari di mediazione...*”

## Capítulo IV:

La actividad de intermediación:

Su regulación en la legislación italiana

---

un segundo lugar a todos aquellos que no encontraban cabida en alguno de los otros sectores).

La sección del Registro que prevé la inscripción de una variedad de agentes, los agentes con “mandato a título oneroso” podría llevar de nuevo a la discusión sobre la naturaleza del contrato de mediación y su posible redirección al ámbito de la figura jurídica del mandato. Pero para la doctrina, el legislador aquí, al mencionar el “mandato”, únicamente ha hecho uso de una palabra técnica que sustituyese a la palabra “encargo”, eliminando así cualquier posible acercamiento inicial a la figura jurídica del mandato. Pero a lo largo de este estudio podremos ver como la jurisprudencia, ante la resolución de determinados conflictos, acude en ocasiones al uso de diversas figuras jurídicas del *Codice civile*, como el mandato o el arrendamiento de servicios o *appalto*.

Para una parte de la doctrina<sup>36</sup>, el legislador, con el reconocimiento de esta figura, pretendía dar solución al problema surgido ante la calificación como mediador, y no como mandante, de quien actuaba con un encargo unilateral. La doctrina pretende calificar como mediadores a aquellos sujetos que actuaban tras recibir un encargo, oneroso, de uno solo de los interesados, reconociendo así la existencia de la “mediación unilateral” como tal, existencia que hasta el momento era discutida<sup>37</sup>, Para otra parte de la doctrina lo que se pretendía era habilitar a quienes estaban unidos con un vínculo de colaboración o dependencia con el sujeto que les encarga el asunto

Para LUMINOSO, si se cercenaba la aplicación de la norma se limitaba la finalidad de control de los actos de intermediación, perseguida por esta, es decir se

---

<sup>36</sup> BIGIAMI, W. *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*. Ed. UTED, Giuridica. Torino. 2007. Pág. 243.

<sup>37</sup> VISALLI, N, “La Mediazione”. Ed. Cedam. Milan. 1992. Págs. 11 y ss. y 194. “Altra rilevante novità introdotta dalla legge in esame è la tipizzazione della mediazione unilaterale”.

---

dejaría abierto el camino a la realización de actos abusivos que al no poder ser calificados como de mediación, no quedarían bajo la protección de la posible aplicación de las sanciones en ella previstas<sup>38</sup>

Parecía que la duda existente, respecto a los mediadores, “con mandato a título oneroso”, iba a ser resuelta con la aprobación del Reglamento de desarrollo de la Ley, n. 452 de 1990; pero, sin embargo, no fue así y el legislador se limitó a enumerar las secciones (aumentándolas a cuatro) y a clarificar e indicar que aspectos de la Ley n. 253 de 1958 continuaban en vigor (aspectos estos todos ellos relativos al “mediador público”).

Lo que aparentemente hace el legislador con la creación del “mandato a título oneroso”, es justificar la falta de imparcialidad que, como mencionamos en el apartado anterior, es una de las características que se le exigía a quien mediaba entre las partes, característica que de la lectura de la calificación del mediador, (art. 1) de la L.n.39 de 1989, parece mantener todavía, salvo por este reconocimiento de la obligación del Registro para este tipo concreto de mediadores, que actúan sin el requisito de la imparcialidad exigido.

Por último, hacer una mención a aquellas subespecies de mediación cuya inclusión o no en algunos de los apartados del Registro, pueden provocar una cierta discrepancia. Vemos así: la mediación gratuita, la mediación que se realiza por cortesía e incluso la mediación “accesoria” (aquella que por el ejercicio de otra profesión, como sería la venta de bienes muebles, se ejerce para, por ejemplo, proporcionar al cliente el

---

<sup>38</sup> LUMINOSO, A. “La mediazione” en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, En MESSIMO, F., MENGOSI, L. CICU, A. Ed. Giuffrè, 2ª edición. Milan. 2006. Pág. 10 y ss.

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

acceso a un crédito), a pesar de revestir los requisitos de la mediación, no obliga al mediador a inscribirse para ser reconocida, la citada actividad como tal, y poder ser de aplicación, a estos “mediadores”, las normas del Código civil que fuesen necesarias en cada momento preciso de la relación jurídica.

Para algunos autores, no puede considerarse que el negocio realizado, por estos sujetos, sea nulo como consecuencia de la falta de inscripción. Así, el contrato seguía siendo válido y con él sus efectos, que permanecerían aplicables a los interesados, mientras que para otra parte de la doctrina la inscripción era un elemento indispensable<sup>39</sup>.

#### **4 REQUISITOS DE LA MEDIACIÓN.**

Como habíamos visto en el apartado 1.3, al mediador independiente se le exigían una serie de requisitos en el Código de comercio. Con la profesionalidad de la figura del mediador estos requisitos, algunos de carácter plenamente civil, han sufrido una redirección hacia una apariencia de derecho administrativo, que permitan un estrecho control.

---

<sup>39</sup> En defensa de la existencia de la relación a pesar de la falta de inscripción: VISALLI, N. “La Mediazione”, Ob. Cit., pág. 105 “*Escluso che l’art. 2231 trovi applicazione nell caso contemplato dall’art. 6, primo comma, occorre risolvere un secondo problema, inteso a stabilire se il contratto di mediazione concluso con l’esercente abusivo sia, comunque, nullo in tale ipotesi, .../... , La nullità in questa prospettiva sarebbe determinata dal fatto che il difetto di iscrizione nel ruolo produrrebbe una situazione di invalidità del contratto per illiceità della causa, in quanto contraria a norme imperative. Pur se in astratto si imponeva tale soluzione, non sembra che in concreto il legislatore l’abbia seguita se si tiene conto di quanto dispone l’art. 6 primo comma. In questa norma non solo non si parla di nullità del contratto di mediazione stipulato...*”; En sentido contrario se posiciona BIAGI, W., *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*. Ed. UTED, Giuridica. Torino. 2007.

---

Al mediador se le exige el cumplimiento de unos requisitos generales de carácter legal, (la mayoría de edad legal o la plena capacidad civil, la vecindad o ciudadanía<sup>40</sup>, la prestación de una garantía o cobertura del riesgo profesional para la tutela de los clientes<sup>41</sup>), unos requisitos de carácter moral (no haber sido inhabilitado, o declarado en concurso o condenado penalmente) vinculado con la honorabilidad<sup>42</sup> y un requisito de profesionalidad (que se obtiene con la aprobación de un examen de formación o la realización de un periodo reconocido de prácticas<sup>43</sup>) requisito este que cada vez se hace más exigible, prueba de ello es que a determinadas profesiones, en pro de la protección de los consumidores, se les exige un alto nivel de competencia y conocimiento<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Este requisito sufrió una lógica modificación con la aparición de determinadas normas europeas dirigidas a facilitar la libre circulación de personas servicios y a mejorar las relaciones comerciales, así se reconocía la posibilidad de ejercicio no solo a los ciudadanos italianos, son a todos los ciudadanos de la Unión Europea y a los reconocidos como tales por esta. Directiva 86/653/CE, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros concernientes a los agentes comerciales independientes; Directiva Europea del Consejo 67/43/CEE, de 12 de febrero de 1967, concerniente a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios de la actividad inmobiliaria.

<sup>41</sup> Introducido con el art. 18 la aprobación de la Ley de 5 de marzo de 2001, n.57, publicado el 20 de marzo en la *Gazzetta ufficiale*, n.66., que en su art. 18 desarrolla todo cuanto concierne a la inscripción para el ejercicio de la Profesión.

<sup>42</sup> Un ejemplo de la exigencia de este requisito, lo encontramos en el Texto único de la intermediación bancaria, que en su art.13. *Requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza degli esponenti aziendali 1. I soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso SIM, società di gestione del risparmio, SICAV devono possedere i requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza stabiliti dal Ministro dell'economia e delle finanze, con regolamento adottato sentite la Banca d'Italia e la CONSOB.* Estos requisitos de honorabilidad se ven desarrollados de un modo específico, para los mediadores financieros, en el art. 14 de la misma norma.

<sup>43</sup> El requisito profesional fue modificado por el art. 18 de la Ley n.57 de 2001.

<sup>44</sup> Un ejemplo claro de ello podría ser el Decreto Legislativo de 20 de junio de 2005 núm.122, que tutela al consumidor adquiriente de un inmueble en construcción, exigiendo que ante este tipo de relación jurídica intervengan profesionales de géneros diversos. TOSCHI, F. “*Anche el mediatore...*” Pág.325; MEZZASOMA, L. *Il “consumatore” acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all’abitazione.* Ed. Scientifiche italiane, 2008, Milán.

## Capítulo IV:

La actividad de intermediación:

Su regulación en la legislación italiana

---

Excluiremos el desarrollo de una explicación específica de los requisitos de profesionalidad regulados mediante Reglamentos y órdenes que afectan básicamente al efectivo funcionamiento de la profesión y a su control administrativo, y nos centraremos, a continuación, en aquello que consideramos principalmente relevante para la calificación jurídica de la mediación, como así mismo aseguran doctrina y jurisprudencia, aquellos requisitos que se pueden extraer de la lectura conjunta del *Código Civile* y de la Ley n. 39:

- Que con su actuación se facilite la puesta en relación de las partes.
- La inexistencia de vinculación del mediador con alguna de las partes.
- Que el negocio esté determinado.
- La existencia de un nexo causal entre su actuación y la conclusión del negocio entre las partes.
- La inscripción en el Registro.

### **4.1 La puesta en relación de las partes**

En el art. 1754 CC se describe como elemento principal de la relación de intermediación, aquellos actos realizados por parte del mediador que permiten la “confluencia de voluntades de las partes”, de dos o más partes.

De manera inicial podemos observar que el legislador reconoce así la existencia en la relación jurídica de una pluralidad de partes. Por un lado se encontraría el mediador y en el otro lado, de la relación contractual, las partes, que deberá “acercar” el mediador. Cada una de ellas puede, a su vez estar formada por más de un sujeto. La doctrina mayoritaria no considera que la multiplicidad de personas suponga la

---

realización de una multiplicidad de relaciones contractuales distintas entre el mediador y cada una de las partes por separado, sino que reconoce solo la existencia de un solo contrato de mediación, el celebrado entre el mediador, de un lado, y el resto de partes, posibles contratantes, del otro, manteniéndose así la bilateralidad contractual.

Pero esta bilateralidad de carácter general consideramos que puede no producirse en algunos casos, pudiéndose reconocer una pluralidad de contratos, al menos pudiéndose reconocer dos tipos de contratos, del mediador hacia una de las partes, individual o pluralmente considerada, y otro hacia la otra parte, esto requerirá que precisemos ante qué tipo de negocio jurídico se encuentra el mediador respecto a cada una de ellas, pero este estudio se desarrollara ampliamente en el próximo capítulo, el del contrato de intermediación.

Por lo expresado hasta ahora deducimos que este requisito esconde otro, que se concreta en la existencia de un vínculo con una o ambas partes. Es evidente la necesidad de un nexo entre el intermediario con, al menos, una de ellas para que se pueda hablar de la relación de mediación<sup>45</sup> y del consecuente derecho a la comisión. Así, el intermediario debe ser “contratado” directamente, y debe ser él, o el a través de sus auxiliares o colaboradores (que solo pueden realizar actos administrativos), quien lleve a cabo las gestiones necesarias para que sea posible la realización final del asunto encargado.

---

<sup>45</sup> Discutida por la Jurisprudencia la falta de calificación como intermediario de determinados actores del mercado que o bien quien actúan como intermediario de manera indirecta, es decir, quien tan solo hace mención a un tercero de la existencia de un asunto, pero no facilita el acercamiento de las partes; o del que tercia entre una parte y un mediador, para que sea este último quien lleve a cabo toda la operación, pudiendo hablar de una mediación de tercero. En el primer caso ver la Sentencia de *Cassazione* de 4 de febrero de 2000, n. 1233. En el segundo caso VISSALI, N. “La Mediazione”, Ob. Cit., pág. 322 y la jurisprudencia por el mencionada: “La giurisprudenza e la prevalente dottrina concordano su tale soluzione, mettendo in evidenza che non è mediatore chi segnala l’affare ad altro soggetto....”

---



## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

Este vínculo adquiere una clara importancia en caso de incumplimiento contractual, ya que será a la parte o partes a las que esté vinculado a quien podrá reclamar, el pago de la comisión, de los gastos o el pago de cualquier clase de indemnización<sup>46</sup>.

#### **4.2 La inexistencia de una vinculación con las partes**

El último inciso del art. 1754 CC hace referencia a la necesaria falta de vinculación del mediador con alguna de las partes, así precisa que: “... sin estar unido con alguna de las partes por un nexo de relación de colaboración, dependencia o representación” (“... *senza essere legato ad alcuna di ese da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza*”). De la lectura de la norma podemos extraer alguno de los elementos característicos de la figura del mediador, y que analizaremos más adelante, su autonomía o independencia y su imparcialidad.

Doctrina y jurisprudencia han defendido siempre que el fundamento del Art. 1754 se halla en la necesaria imparcialidad que reviste la figura del mediador y que le permite actuar en un asunto mediando entre dos o más partes, dicho requisito no lo despliega, normalmente, quien mantiene un vínculo con alguna de las partes, tanto contractual, familiar como extracontractual pero visible. A pesar de que la exigencia de este requisito es relevante, hay quien lo concreta y no habla tanto de imparcialidad,

---

<sup>46</sup> Sentencia de *Casación* civil de la Sección III de 28 de julio de 1993, núm. 8404, confirmando la doctrina de la Sentencia de la Sección segunda de 9 de abril de 1984, núm. 2277: “*allorquando sia stato posto in essere un atto in virtù del quale si sia costituito un vincolo che dia diritto di agire per l'adempimento dei patti stipulati o, in defetto, per el risarcimento dei danni.*”.

---

requisito que puede ejercerse aun existiendo dicho vínculo, sino de extraneidad en la relación<sup>47</sup>.

En referencia al vínculo mencionado en el art. 1754 CC y para dar una explicación más clarificadora de la división doctrinal y jurisprudencial respecto a este requisito, debemos denotar que cabe hablar de tres tipos distintos de relación, la representación, la dependencia y la colaboración.

Respecto a la primera de ellas, la representación, para LUMINOSO, en base a la citada extraneidad, el representante no puede indicarse así mismo la existencia de un asunto y convencerse a sí mismo de concluirlo; es evidente que la actividad de conclusión de actos pre contractuales en calidad de representante de una de las partes es incompatible con realización, a un mismo tiempo, de una actividad de intermediación sobre el mismo asunto.

El contrato que, normalmente, vincula a un representante con su representado adquiere la forma jurídica del mandato (arts. 1703 y ss. CC.), quedando así excluida, en dicha relación, la posible aplicación de las normas de la mediación y con ello cualquier posible pretensión del representante a la obtención de una comisión por parte tanto de su representante como de alguna de las otras partes contractuales, ya que respecto a su representado, ya obtiene una compensación por la labor realizada (si la consideramos mandato y este tenía carácter oneroso, por aplicación del art. 1709 CC.) y porque respecto a las otras partes contractuales, no le une vínculo alguno que le permita exigir pago de comisión alguna, porque actúa “en nombre” de su representado.

---

<sup>47</sup> LUMINOSO, A. *La mediazione*. Ob. Cit., pág. 68.

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

La duda nace en la doctrina, e incluso en nuestra opinión, por lo previsto en el artículo 1761 del CC, según el cual, finalizada la actividad de intermediación, y durante la fase de ejecución del contrato perseguido por las partes, el mediador puede asumir labores de representación de una de las partes. La legislación parece aquí reconocer la posible doble actuación del mediador, como representante y como intermediario, en un mismo asunto; pero esa afirmación debe ser matizada. Este, llamemos le, poder de ejecución que confiere el art. 1761 CC, para una parte mayoritaria de la doctrina, tan solo le permite, al mediador, la realización de actos de ejecución, que lleven a la conclusión del contrato perseguido, pero no a la conclusión en sí del contrato, que deberá ser realizada por las propias partes personalmente<sup>48</sup>. Para otra parte de la doctrina, entre ellos LUMINOSO<sup>49</sup>, dicho poder debe entenderse extenso y pudiendo permitir el acto de conclusión del contrato por parte del representante. Defienden esta afirmación en base a la aplicación de la Ley especial, la Ley n. 39 de 1989, concretamente de los arts. 2.2 y 4 de la misma. Encontramos aquí una de las interpretaciones, considerada desde un principio, para nosotros confusa, la de que la inclusión en la obligación de inscripción en un apartado concreto a los “*agenti muniti di mandato*” (para el legislador el mandatario que actúa en actos de intermediación) permitía a la cualidad de mandatario hacerse extensible a todos los intermediarios. Y en base a esta interpretación amplia de la capacidad de un intermediario, por lo tanto, cabe hablar no solo de actos de intermediación sino de actos de mandato, como la posibilidad de concluir un asunto en nombre de una de las partes (art, 1703 CC). Pero LUMINOSO, tras defender la aplicabilidad de la norma especial, concreta un argumento que nos

---

<sup>48</sup> En este sentido VISALLI, N. “La mediazione”, Ob. Cit., pág. 33; MARINI, A. *La mediazione*, Ed. Cedam. Milán, 1992. Pág. 59. En el mismo sentido hayamos la opinión doctrinal actualizada de PERLINGERI, G. *Codice Civile, annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Ed. Edizioni Scientifiche Italiane. 3ªed. Nápoles. 2010. Libro 4º. T. II. Pág. 1957

<sup>49</sup> LUMINOSO, A. Ed. 2006. Ob. cit., págs. 71-72.

---

permite discrepar sobre una tan diversa opinión doctrinal; Concretamente el autor considera que la incompatibilidad de que en una misma persona se acumulen dos calificaciones en un mismo momento, no puede impedir que, una vez finalizada la actividad de intermediación, pueda, a posteriori, finalizar el contrato en calidad de representante. Interpretado así, (el autor dice de modo específico “estipular sucesivamente”) no está defendiendo de un modo absoluto la coetaneidad de ambas figuras, sino que reconoce que “finalizado” su papel como intermediario, este puede a nuestro parecer, actuar como representante de una parte y como tal en aplicación del art. 1761, realizar actos de ejecución, y si además le confieren un poder concreto, llegar a concluir el contrato.

La aceptación por la norma especial del Registro de los mandatarios, debe entenderse, a nuestro parecer, tan solo como cumplimiento de la finalidad con la que nació dicha norma, la de proteger los intereses de los consumidores impidiendo la realización de actos abusivos, pudiendo aplicar sobre estos distintos tipos de sanciones<sup>50</sup>.

Tal y como hemos indicado al inicio de este apartado, de la lectura de la norma podemos reconocer dos figuras más que, si actúan como tales, no pueden, en principio y como norma general, actuar como mediadores. Una de ellas, la que menos discusión doctrinal crea, es la que tiene un vínculo de dependencia con una de las partes,

---

<sup>50</sup> Parece evidente precisar que si nos limitamos a las notas esenciales de ambas figuras, mientras la mediación aparece en el área de la cooperación material, no crea obligación alguna al mediador de iniciar la actividad de cooperación y comporta una obligación para el intermediario de exigir la compensación tan solo si se concluye el asunto, el mandato obliga al mandatario a realizar actos jurídicos por cuenta del mandante, ex. Art. 1703 CC, y obliga al mandante a retribuir la obra del primero en sí y por ella misma realizada, también cuando ningún acto jurídico se produzca por su actuación. LUMINOSO, A. Ed. 1996. Ob. cit., pág. 159

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

normalmente dicho vínculo tendrá un carácter laboral. La otra figura, más discrepante, es la de colaborador. La discrepancia reside en el hecho de que la relación laboral está claramente limitada, mientras que la relación de colaboración es muy amplia y puede recoger bajo su denominación a un amplio abanico de relaciones jurídicas (arrendamiento de servicios o de obra, comisión, agencia, gestión, el propio mandato, etc...) por ello se exige que de una manera clara no exista dicho vínculo para poder hablar de mediación<sup>51</sup>.

Podríamos admitir la posibilidad de que sí, durante la relación de colaboración, nace una obligación jurídica para el colaborador de actuar como mediador respecto a aquel asunto concreto, este pueda hacerlo. Siempre que mantenga una actuación plenamente vinculada a la buena fe y con una total independencia respecto al asunto a realizar (Un ejemplo claro de ello podría ser la situación en que un administrador de una finca comunitaria, por su labor de administración participe de la venta de uno de los inmuebles del edificio, actuando en tal asunto como mediador entre el vendedor, para el cual realiza las funciones de administración, y el comprador. Existiría un asunto concreto que los vincularía de manera doble, como colaborador, la administración, y como intermediario, en la compraventa<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> SSTC de *Cassazione* de 27 de junio de 2002, n. 9380; de 9 de febrero de 2000, n. 1447; de 6 de mayo de 1987, en *Giurisprudenza civile*. 1981, III: “ *la mancanza di un legame di collaborazione, dipendenza o rappresentanza costituisce un requisito (negativo) essenziale della qualità di mediatore e che pertanto in difetto di tale elemento il contratto di mediazione deve ritenersi affetto da giuridica inesistenza*”

<sup>52</sup> STC de *Cassazione* de 14 de marzo de 1984, n.1750.

---

---

### 4.3 La relación jurídica de mediación<sup>53</sup>

La puesta en relación de las partes debe finalizar con la conclusión de un negocio concreto. El legislador está usando este término, negocio, en un sentido amplio ya que no se refiere ni al contrato ni a un negocio específico, lo que parecería indicar es que para que exista mediación basta con la mera concurrencia de voluntades de las partes, que lleguen a un claro entendimiento. En esta misma línea se mueve LUMINOSO que lo que sí considera necesario es que esta presentación inicial revista un carácter vinculante para las partes para, de este modo, poder ser dirigido hacia la calificación jurídica de la relación con el intermediario como de mediación<sup>54</sup>.

Debemos encontrarnos ante un negocio concreto y determinado, porque sobre este se llevará a cabo posteriormente la determinación de la comisión a percibir por el intermediario<sup>55</sup>, porque no podemos hablar de mediación en general o referirlo a una variedad inconcreta de actividades no precisadas. Cosa distinta será que, durante la conclusión del negocio concreto, surjan diversidad de cuestiones que requieran de la aprobación de las partes para su conclusión, pero que, de manera precisa, sean necesarias para la conclusión del primer y principal asunto.

---

<sup>53</sup> El CC habla de conclusión de un “affare”, hemos traducido dicho término como “negocio” dado que su traducción literal “asunto” no era la más apropiada para nuestro ámbito jurídico. Así el “affare” al que hace referencia el legislador italiano, es un concepto reconducible al mundo económico. De hecho su origen jurídico no está del todo claro, deriva de la palabra alemana “*Geschäft*”, y de ahí lo asumió el legislador al redactar el Código de comercio, que es de donde lo toma el *Código Civile*. FOLLIERI, L. “Opzione e diritto del mediatore alla provvigione” en *Obbligazioni e Contratto*., 2011, 5, Pág. 336.

<sup>54</sup> LUMINOSO, A. ZUDDAS, G., Trattado..., Ob. cit., pág. 86

<sup>55</sup> Sentencia de *lacorte di appello* de Milán de 25 de septiembre de 1951, en rev. it. diritto 1951, pág. 517; o la de *lacorte di appello* de roma de 10 de octubre de 1969. rev it. diritto, 1969, pág. 27. Como doctrina relevante la citada de LUMINOSO, A. “*mediazione*” ed. 2006. Ob. cit., pág. 23; TROISI, B. “*la mediazione*”. Milán 1995, Ob. Cit., págs. 40.

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

Determinada la necesidad de concretar el negocio jurídico llevado a cabo, es necesario saber el carácter del mismo. Dado que algunos autores ya habían excluido la actividad intelectual, alegando que esta no puede ser considerada, en sí, mediación profesional, podríamos afirmar el carácter patrimonial de la actividad de mediación, como un elemento de intercambio, tanto de bienes como de servicios,<sup>56</sup>. Así el “asunto” debe identificarse con una actividad de contenido económico que tenga, además, para las partes, una utilidad de carácter patrimonial<sup>57</sup>. Cosa distinta es si el mediador, como persona, física o jurídica, tenga la consideración de mediador y sea él, a través de sus actos quién califique el “contrato” como mediación, ya que es su profesionalidad, su experiencia y su pleno conocimiento del mercado es el que facilitará la conclusión del asunto encargado. En este caso la exigencia de carácter patrimonial de la actividad no la calificará, y provocará que, en algún caso concreto, la mediación se reconozca y se lleve a cabo con una simple actividad “intelectual”; la calificación como no mediación profesional mencionada en el apartado anterior, hace referencia al carácter profesional o no del mediador, el mediador intelectual no puede ser considerado un profesional intermediario, aunque haga uso de esa “intelectualidad” para facilitar actuar.

Evidentemente, como se le exige a todo negocio o relación jurídica, esta debe ser además de determinable, lícita. La licitud del asunto, para PERLINGIERI, es un requisito indispensable para la positiva valoración de licitud de la causa del contrato de mediación. Es evidente que ambos elementos están vinculados, y que necesariamente la

---

<sup>56</sup> LUMINOSO, A. “La mediazione” en *Trattato...*, 2ª. Ed. Milan. 2006. Ob. cit., pág. 12.

<sup>57</sup> Ver las SSTC de *Cassazione* de 16 de diciembre de 1987, n. 9348; de 13 de febrero de 2002, n. 2071.

---

ilicitud del primero supondría la ilicitud del ejercicio de una mediación que tuviera como objeto dicho asunto<sup>58</sup>.

#### 4.4 El nexa causal

La existencia del llamado “nexa causal” del mediador con la conclusión del negocio viene determinada por el art. 1755 CC, que vincula el derecho a la comisión a la conclusión del asunto. Y si, como hemos dicho anteriormente, la conclusión del asunto implica la necesaria actividad del mediador, para que exista mediación debe establecerse, no solo un nexa con las partes, sino también un nexa con el negocio concluido por estas. El código derogado no incorpora una disposición relativa al nexa. Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia se habían dedicado a llenar esta laguna legislativa<sup>59</sup>. Al quedar incluido en el Código, se estaba afirmando la necesidad de estos requisitos. ¿Por qué era útil el requisito del nexa? Para la doctrina dos eran los motivos:

- Evitar atribuir naturaleza de mediación a cualquier acto o intromisión en el asunto por persona ajena al mismo.
- Crear en el mediador el estímulo necesario para que la finalidad perseguida por este, la comisión, le lleve a mejorar su participación en el asunto

---

<sup>58</sup> PERLINGERI, G. *Codice Civile, annotato...* Libro 4º. T. II. Ob. cit., pág. 1935. Indica el autor el debate que hasta el momento suscitaba la ilicitud de la intermediación en determinados asuntos, concretamente, por un lado en el ámbito de la llamada intermediación matrimonial, la actividad de la figura romana del “*proxeneta*”, y por otro en la intermediación en el contrato de trabajo.

<sup>59</sup> VIVANTE, C. “I Commercialisti” 4ª Ed. Milan. 1911. Págs. 234. BOLAFFIO, L., “Dei mediatori” en *Il Codice di commercio...*, Torino, 1937. Ob. Cit., pág. 177, Ob. STOLFI, M. “Mediazione” en *Commentario del Codice civile* en SCIALOJA, A. Y BRANCA, G. *Delle obbligazioni, art. 1754 – 1860*. Libro 4º. Ed. Nicola Zanichelli. Bologna. 1953. Pág. 26. Algunas de las Sentencias seleccionadas: de *Cassazione* de 15 de julio de 1942, en *Foro italiano*. Revista de 1942, Núm. 22; de 23 de abril de 1941, misma publicación, de 1941, Núm. 11.

---



## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

Con posterioridad, una parte de la doctrina reconoció además la necesaria existencia de un nexo causal que debía, necesariamente, ser calificado como útil<sup>60</sup>. Dicha puntualización, a nuestro parecer, no ha lugar en el caso en que se pruebe que de la actividad del mediador resultó la conclusión, porque la conclusión en sí es dato suficientemente relevante de la utilidad del acto.

Estos requisitos ofrecen un abanico de posibilidades muy amplio, que se mueve entre la mínima actividad, que supone la mera presentación de las partes, y la máxima, que incluye el total desarrollo, por parte del intermediario, de todos aquellos actos necesarios para la conclusión del negocio (civiles, administrativos, fiscales, etc...), asistiendo a los contratantes hasta el último momento, el de la formalización del contrato<sup>61</sup>. Lo relevante de esta actuación graduable es su efectividad, esto es, que sea la idónea para incidir en la conclusión del asunto.

La “incidencia en la conclusión” limita, de algún modo, la primera de las afirmaciones que hacíamos, “la mera presentación”. No podemos considerar cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de mediación la simple indicación a una de las partes de la existencia de una posible contraparte, sino que, debe

---

<sup>60</sup> CARRARO, *La mediazione*. 2ª edición. Ed. Cedam. Padova 1960. Pág.287; AZZOLINA, U. “La Mediazione” en *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Vol. 8º, T. 2º. Fasc. 2º, dirigido por VASSALLI, F. Ed. Unione Tipografico – Editrice Torinese. Torino. 1957. Defensores estos de la idea de la existencia de un nexo causal, mientras que otra parte de la doctrina exige además que este nexo causal sea útil, entre ellos MARINI, A. “La Mediazione art. 1754 – 1765” en *Il Codice civile. Commentario*. Dirigido por SCHLESINGER, P. Ed. Giuffrè editore. Milán. 1992. Pág. 100-103; VISALLI, N. “La mediazione”, Ob. Cit., pág. 274; TOSCHI, F. “Il nesso causal tra l’attività del mediatore e la conclusione dell’affare” en *Contratti*, 2008, núm.11, Ob. Cit., pág. 986.

<sup>61</sup> TOSCHI, F. “La vesatorietà della mediazione atípica approda al vaglio della Cassazione” en *Revista Responsabilità civile*, 2012, núm 2, pág. 125.

---

existir, conjuntamente con presentación de las partes, algún acto relevante que permita considerar que además de ponerlos en contacto, ello se hizo con una finalidad concreta y que no fueron necesarias más acciones para la conclusión, de manera que presentación y conclusión del asunto estén extremadamente vinculados<sup>62</sup>.

La necesaria existencia de dicho nexo adquiere su máxima importancia a la hora de poder reclamar el intermediario la comisión. Si el negocio no llega a perfeccionarse en virtud de la intervención activa del intermediario, no se considerará “intermediación” y por lo tanto no nacerá el derecho de este a la comisión, tal y como está previsto en el art. 1755 CC (el aspecto relativo a la comisión será desarrollado ampliamente en más adelante) El derecho a la comisión tan solo verifica que la intervención del intermediario ha producido la conclusión del negocio, serán los actos realizados los que deben ser analizados para saber si son los que permitieron la conclusión, análisis que no depende del cumplimiento de un listado de requisitos, sino del estudio de cada caso en concreto<sup>63</sup>.

El intervalo de tiempo entre la participación del intermediario y la conclusión del negocio, no es relevante si, tras la finalización del contrato de intermediación, las partes vuelven a “coincidir intereses” y lo concluyen gracias a los actos que había

---

<sup>62</sup> PERLINGERI, G. “Codice Civile...”, Ob. Cit., pág. 1943; STC de Cassazione. Sección. II de 13 de agosto de 1990, n. 8245: *“Il mediatore, per avere diritto alla provvigione, non deve limitarsi a dimostrare di avere posto i contraenti in contatto fra loro ma deve provare che in seguito a detto contatto ed eventualmente all'ulteriore opera di mediazione da lui svolta, è stata possibile la conclusione dell'affare”* (C. 09.10.1971 n. 2784). *La mera indicazione di un potenziale acquirente o venditore, al di fuori di qualsiasi altra attività mediatória (a meno che l'individuazione di un compratore o di un venditore, per difficoltà particolari del settore “hic et nunc” determinate, non si configuri già di per sé come contributo causale rilevante alla conclusione del contratto), non può determinare l'esistenza di un contratto di mediazione”*.

<sup>63</sup> MARINI, A, *La Mediazione*. Ver cita sup.

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

llevado a cabo inicialmente el intermediario, sin otra modificación que la del cese de la relación. Así, para MARINI, si los actos iniciales son los que producen la conclusión final sin modificación alguna ni inclusión de otros actos distintos, existiría un claro nexo causal<sup>64</sup>; en este caso, abundante, jurisprudencia ha reconocido el derecho del intermediario a la comisión, porque se sigue reconociendo la existencia del nexo causal entre su actuación y la conclusión, aunque el contrato final sufra alguna modificación<sup>65</sup> o intervenga otro intermediario en la operación<sup>66</sup>.

Hemos podido observar el modo en que nace el acto de intermediación, cómo adquiere el tercero interviniente el derecho a ser reconocido como intermediario; pero este derecho también puede llegar a ser excluido por las partes. Para excluir la intermediación es necesario que las partes que habían sido presentadas por el intermediario realicen, en un momento posteriori a esta presentación, la conclusión de un negocio completamente distinto a aquel para el cual el intermediario los presentó, es decir la naturaleza jurídica del negocio perfeccionado debe ser distinta a la del negocio en el cual intervino el intermediario (como ejemplo negativo a esta afirmación, podríamos decir que si presentadas las partes, para la compra de una vivienda, a

---

<sup>64</sup> MARINI, A. Ob. cit., pág.102.

<sup>65</sup> Sentencia de *Cassazione civil* de 25 de febrero de 2000, n.2136 donde el Tribunal consideraba que la modificación final del precio de venta, que se redujo, no eliminaba el nexo entre la actuación del intermediario y la conclusión final del asunto tratado

<sup>66</sup> MARINI, A. *La mediazione...* Ob. cit., pág.101; Sentencia de *Cassazione civil* de 21 de noviembre de 2000, n. 15014 o en una muy actual Sentencia de *Cassazione civil* de la Secc. III, de 16 de marzo de 2012, n. 4228; el Tribunal a la hora de determinar el derecho a la comisión de varios intermediarios participantes en un mismo asunto, reconoce dicho derecho si se demuestra que con sus actos han inducido la conclusión del asunto: “*ognuno dei mediatori ha diritto ad una quota della provvigione, sempre che ciascun mediatore si sia giovato dell'apporto utile degli altri, limitandosi ad integrarlo in modo da non potersi negare un nesso di causalità tra i vari separati interventi e la conclusione dell'affare e sempre che si sia trattato in ogni caso dello stesso affare sotto il profilo oggettivo e soggettivo (Cass. 18 marzo 2005; n 5952)*”.

---

posteriori se realiza el contrato sobre una vivienda distinta a la inicial pero entre las mismas partes, podrá considerarse que la conclusión se llevó a cabo por la intervención del intermediario, a pesar de que el objeto se modificó). También podrá ser excluido el intermediario cuando alguna de las partes del negocio final, del perfeccionamiento, sea distinta a las inicialmente presentadas; incluso se ha llegado a admitir, como manera de exclusión, que haya transcurrido un lapso de tiempo considerable, entre la presentación de las partes y la conclusión del negocio, aunque esta última opción es mucho más compleja, y sería necesario que el intermediario tan solo hubiese realizado el acto de presentación de las partes, si además de esto hubiese llevado a cabo otras actividades que permitiesen la conclusión del negocio, aunque el tiempo entre presentación y conclusión sea muy amplio, se reconocería su derecho a ser considerado intermediario en dicho negocio y a poder reclamar, por lo tanto, su derecho a la comisión.

A pesar de que no existe una previsión legal respecto a una forma particular que pruebe la existencia del nexo<sup>67</sup>, ello no ha sido un problema para reconocer tanto su existencia como su valor. Es pacífica la idea de que quien debe probar la existencia del nexo causal es el intermediario; a este le compete, en caso de duda, demostrar que el nexo existía, (el Tribunal de *Cassazione*, en el caso de una compraventa inmobiliaria, no aceptó como nexo causal, un listado de clientes que habían visto el inmueble, aportado por la agencia inmobiliaria, ya que en él no se encontraba el adquirente del mismo, y lo único que se probaba era la realización de una actividad de intermediación sobre un bien de una de las partes, pero sin relación alguna con la otra parte contractual). Pero esta obligación de carga de la prueba adquiere un alto riesgo y complejidad, si la actuación del intermediario se limitó a la mera presentación del asunto y acercamiento de las voluntades de las partes implicadas, sin haber participado

---

<sup>67</sup> LUMINOSO, A. "La mediazione", Ed. Milán 2006. Pág. 77.

## Capítulo IV:

La actividad de intermediación:

Su regulación en la legislación italiana

---

en los actos posteriores al acercamiento y anteriores a la conclusión. En este caso será la calificación de la primera intervención del intermediario, como actividad idónea la que permitirá hablar de la existencia de presunción del nexo causal, y no la sucesión cronológica de los actos, (mismos sujetos, mismo elemento), debiendo ser aceptado esto como motivo suficiente de prueba<sup>68</sup>.

La conclusión inevitable a la que llegamos, tras la detallada lectura tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, es que el nexo causal es, ante la aparición de un posible litigio entre las partes, en relación al derecho o no del intermediario a acceder al derecho a la comisión y poder exigirlo, uno de los elementos más relevantes de una relación que pertenece al ámbito jurídico de la mediación. Por ello es, a nuestro parecer, claramente remarcable la importancia que para el intermediario tendría que su relación se desarrollase bajo la protección de un determinado y concreto contrato, como punto de partida, en el que se le reconociese como tal, determinado los límites detallados de su actuación y la comisión a percibir.

### 4.5 La inscripción en el Registro

Es el requisito que, junto al nexo causal, más conflictos ha ocasionado y que, como ya hemos manifestado, para algunos autores implica la modificación sustancial de la calificación del intermediario, al considerarlo indispensable para quienes ejerzan como tales; es el de la obligatoriedad de inscripción en un registro. Para alguna clase

---

<sup>68</sup> En contra de esta afirmación, el Alto Tribunal, en Sentencia de *Cassazione* de 11 de junio de 1999, n. 5760, llegó a exigir al intermediario en la venta de un inmueble la presentación de más pruebas que las que aportaba para probar el nexo causal, no le parecieron suficientes, la de acompañar al adquirente, ni la de negociar el modo de pago, ni la de ponerlo en contacto con el vendedor, al llevarlo al lugar de venta del inmueble. En sentido contrario, la STC de *Cassazione* de 11 de abril de 2003, n. 5762.

---

concreta de mediadores, como por ejemplo los intermediarios del mercado inmobiliario, daba lugar a una discusión jurisprudencial respecto al límite a la libertad de actuación que determinaba la legislación europea. Así, alguna sentencia, de manera contraria a la corriente mayoritaria, reconocía el derecho a la comisión a quien mediase en asuntos inmobiliarios, aunque no estuviese inscrito en el Registro<sup>69</sup>

Para otros autores, este requisito tiene un carácter obligatorio y no puede ser omitido dado que la Directiva 67/43/CEE reconocía la potestad de los Estados para reservar el ejercicio de los asuntos inmobiliarios solo a quienes ejerciesen la profesión de agente inmobiliario<sup>70</sup> y dicha profesión, cómo hemos visto, requería de su inscripción. Esto está siendo plenamente reconocido por la más actual jurisprudencia<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> El tribunal de Calgari en Sentencia de la *Cassazione* civil de 18 de mayo de 1999, Núm. 4817 en conexión con un precedente de la Casación que ha reconocido el derecho a la comisión del agente de “hecho”, en referencia a una Sentencia de la Corte de Justicia Europea de 30 de abril de 1998, que se pronunciaba sobre una cuestión prejudicial ex. Art. 177 del Tratado de la CEE presentada ante el Tribunal de Bolonia, afirmó que la Directiva del Consejo de 18 de diciembre de 1986, 86/653/CEE, relativa al coordinamento *dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti: produca efectos directos sobre el ordenamiento*, de manera que el juez italiano debía desaplicar la normativa nacional en conflicto con la comunitaria. *Poiché l'art. 9 della L. del 1985, che vieta agli agenti di esercitare l'attività se non iscritti nell'apposito ruolo, riguarda il rapporto tra lo stato nazionale e gli agenti*, respecto a esta norma la directiva comunitaria tiene eficacia directa, con la consecuente obligación para el juez nacional de desaplicar las disposiciones internas incompatibles. Con una Sentencia de 13 julio de 2000, la misma Corte di Giustizia se ha nuevamente enfrentado al problema de la inscripción, reiterando que la Directiva 86/653/CEE evita una normativa nacional que subordina la validez de un contrato de agencia a la inscripción del agente de comercio en una sección concreta del Registro. Extendiendo tales conclusiones al caso del mediador inmobiliario ocasional no inscrito, el Tribunal de Calgari ha desaplicado las disposiciones de la L. N. 39 de 1989, reconociendo la existencia del derecho a la comisión del sujeto. Sentencia de la *Cassazione* civil, de 17 de marzo de 2005, Núm. 5766, que se pronuncia respecto al reparto de la comisión en el caso de una pluralidad de mediadores, a pesar de que entre ellos hay uno que no está inscrito en el Registro.

<sup>70</sup> TOSCHI, F. “Comentario a la Sentencia” de *Cassazione civile* de la Secc. III de 5 de septiembre de 2006, n. 19066, en Revista *Contratti*, 2007, núm. 4, pág. 323.

<sup>71</sup> Sentencias de *Cassazione* civil Secc. III de 10 de mayo de 2011, núm 10205: “*Non sono incompatibili con il diritto dell'Unione europea le disposizioni della l. 39/89 che riservano ai soli iscritti nel ruolo degli agenti di affari in mediazione lo svolgimento di ogni attività di mediazione e prevedono l'inesigibilità della provvigione in caso di mancanza di iscrizione*”. Y la de la misma sección, sentencia

---

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

Por ello se reconoce que, tal y como prevé la Ley, la inscripción habilita para el desarrollo de la actividad (art. 3.1 L. n.39/89). De este precepto también se puede extraer que la inscripción es a título personal (art. 3.2), lo que implica que el intermediario no puede delegar totalmente esta función, en su totalidad o en su aspecto más relevante, y que tan solo puede recurrir a colaboradores para el desarrollo de actividades accesorias, como las de carácter administrativo<sup>72</sup>. Del mismo modo, se deduce, que cuando se inscribe una sociedad debe realizarse la inscripción de los representantes legales de esta (art. 11.1 del reglamento de desarrollo), ya que ha de considerarse al representante de la sociedad como sujeto independiente que desarrolla la actividad de mediación, de manera que la sociedad considerada en sí misma, es una y cada uno de sus representantes, otro<sup>73</sup>.

La inscripción es un requisito tan importante, que incide de manera directa sobre el contrato de intermediación y sobre la posible comisión que debería percibir el intermediario. Así, un negocio realizado por un sujeto no inscrito, supone la nulidad de dicho contrato y la imposibilidad para el intermediario, de exigir la comisión

---

de 8 de julio de 2010, n. 16147: “*Con riferimento ai rapporti di mediazione sorti successivamente all’entrata in vigore della normativa di cui all’art. 73 d.leg. 59/10, che ha soppresso il ruolo degli agenti di affari in mediazione, hanno diritto alla provvigione i soli mediatori iscritti nei registri o nei repertori tenuti dalla camera di commercio*”.

<sup>72</sup> BIGIAMI, W. *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*. Ob. Cit., pág. 244.

<sup>73</sup> Sentencia de *Cassazione* civil de la Sc. III de 22 de diciembre de 2011, Núm. 28283: “*Nella nuova disciplina (in regime ordinario) è consentito ad una società di ottenere, se la domandi, l’iscrizione nel ruolo (quale condizione del diritto alla provvigione), qualora il suo legale rappresentante possieda i requisiti soggettivi previsti dalla legge, ma, nonostante tale riferimento soggettivo, la legge non consente d’affermare che l’iscrizione nel ruolo di una società consegua automaticamente all’iscrizione nel ruolo di una persona fisica (come tale), a quale, in ipotesi rivesta la qualità di legale rappresentante della società considerata.*”.

---

eventualmente pactada<sup>74</sup>. Pero lo que no impediría, según VISALLI es que el mediador pudiese reclamar el cobro de los gastos que le ha ocasionado la mediación, ya que comisión y gastos son aspectos distintos<sup>75</sup>

Tal y como habíamos indicado en el apartado relativo a la profesionalización de la actividad de mediación (2.1.1), desde la entrada en vigor de la Ley n. 39 de 1989 están obligados a inscribirse, no solo los intermediarios que ejerzan de manera habitual la profesión de mediación, sino también aquellos que lo hagan ocasionalmente. Pero además encontramos una subespecie de mediadores aquellos que doctrina y jurisprudencia consideran “mediadores atípicos”, que han provocado alguna que otra discusión jurisprudencial respecto a su reconocimiento como una subespecie de la mediación y sobre la obligatoriedad o no de su inclusión en el Registro<sup>76</sup>. Básicamente, la figura del mediador atípico se encuentra limitada a la esfera de la intermediación inmobiliaria. Concretamente lo reconoce la doctrina en el sujeto que es llamado por una de las partes para que encuentre un cliente potencial para la venta o alquiler de un inmueble de su propiedad. En el contrato de mediación que los vincula se hace constar una cláusula por la cual el mediador inmobiliario percibirá comisión por la simple búsqueda y encuentro de un adquirente potencial, prescindiendo de la posterior conclusión del contrato de compra o alquiler. La inclusión de este pacto en el contrato aleja definitivamente al intermediario de la definición que, hemos expuesto con relación

---

<sup>74</sup> Sentencia de *Cassazione* de la sección III, civil de 17 de mayo de 1999, núm. 480: “L’esercizio dell’attività di intermediazione finanziaria richiede, quale condizione necessaria, l’iscrizione al ruolo degli agenti in affari di mediazione; in difetto, il contratto è nullo e la provvigione inesigibile”.

<sup>75</sup> VISALLI, N. *La mediazione*, Ob, cit., pág. 240.

<sup>76</sup> MARINI, A. *La mediazione...* Ob, cit., pág.92; TOSCHI,F. “Anche el mediator atípico e obligato ad iscriversi al ruolo degli agenti di mediazione” en Revista *Contratti*, 2007, núm 4, pág. 323- 334. En jurisprudencia ver, entre otras, las Sentencias de *Cassazione* civil sec. III de 5 de septiembre de 2006, núm. 19066; de 11 de diciembre de 2002, núm. 17628; de 1 de junio de 2000, núm. 7273.

---



## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

a la noción del derecho a la comisión del mediador, que precisa la conclusión del negocio.

Para TOSCHI lo relevante es que la relación que pretendemos calificar como mediación atípica conserve de manera sustancial la naturaleza de la mediación, sin que pueda ser redirigida a la regulación del mandato, del contrato de obra o de otra figura típica<sup>77</sup>, de manera que quede bajo la esfera y protección del art. 1754 y sus normas vinculadas, y para ello es imprescindible que el mediador esté inscrito, como tal, en el Registro, funcionando aquí el requisito de la inscripción como auténtico calificador de la relación contractual. Para BORDOLLI, además no puede ser reconducida dicha relación a otros tipos contractuales, como podría ser el mandato, porque, a pesar de aceptar que se abone comisión sin perfección final de un contrato, el contenido inicial del encargo es una actividad de intermediación es decir una actividad consistente en poner en relación a quien le realizó el encargo con otra persona o personas interesadas en él<sup>78</sup>.

La jurisprudencia se ha posicionado ante la posible calificación de la cláusula penal que garantiza el derecho al mediador a obtener una comisión si una de las partes del negocio no lo concluye con la contraparte aportada por el mediador, o si simplemente desiste de su relación unilateralmente, como abusiva, ya que implica el pago por unos servicios, para el intermediario, prestados aunque no se perfeccione el

---

<sup>77</sup> TOSCHI, F. Cita supra, pág. 328. Pero ante esta doctrina están surgiendo voces contrarias que consideran que esta relación contractual debe ser redirigida hacia el ámbito del contrato de mandato, GRIBAUDI, M. “Mediacione típica e atípica: Quando sorge el diritto alla provvigione?”, en comentario a la Sentencia del Tribunal de Nápoles de 10 de enero de 2012. En Altalex.

<sup>78</sup> BORDOLLI, G. “Mediazione e provvigione senza conclusione dell’affare” en Revista *Inmobili e proprietà*, 2011, núm.4, pág.213.

---

contrato perseguido, que sería, en sí, el “servicio” contratado inicialmente. La cantidad percibida como comisión debe ser, ante todo, proporcional a estos servicios prestados y la cláusula que la prevea debe redactarse de un modo claro y preciso<sup>79</sup>. Esto ha provocado, concretamente en los Tribunales de Florencia una curiosa disputa judicial<sup>80</sup>.

La obligatoriedad de la inscripción en el Registro se extiende fuera de la normativa general y la podemos encontrar en normativa sectorial, concretamente en la relativa a determinadas profesiones de intermediarios, como por ejemplo en el Art. 18.3 del Texto único de la intermediación financiera<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> BORDOLLI, G. “Mediazione e provvigione senza conclusione dell'affare”, Ob. Cit., pág. 216.

<sup>80</sup> Disputa sobre la calificación de la cláusula, posicionándose unos a favor y otros en contra, bajo argumentos diversos en aplicación de lo previsto en los Arts. 33 y siguientes del *Codice de consumo*. Entre las muchas dictadas por el Tribunal de Florencia citamos: Sentencia del Tribunal de Florencia del 4 de febrero de 2003, en este caso el Tribunal no la consideró abusiva por su contenido u objeto del contrato al no poder vincularla a ninguna de las previsiones del artículo 34 del *Codice di consumo*, y que tan solo se podría considerar así si su formulación no era clara o comprensible, aspecto este que no se daba en este caso. Pero en una sentencia posterior, el mismo Tribunal se posicionó de forma diversa, considerando que la cláusula no se ceñía a la determinación del objeto del contrato y que no había sido formulada con claridad, provocando un desequilibrio económico claro entre la labor a realizar y el pago de la comisión, declarándola en este caso, si abusiva, Sentencia de 25 de marzo de 2003, doctrina confirmada por el mismo Tribunal con la Sentencia de 9 de mayo de 2003. Por último mencionar la más reciente Sentencia de *Cassazione* civil sec. III de 3 de noviembre de 2010, núm. 22357.

<sup>81</sup> Art. 18.3. Texto único de los intermediarios financieros: *Gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del testo unico bancario possono esercitare professionalmente nei confronti del pubblico, nei casi e alle condizioni stabilite dalla Banca d'Italia, sentita la Consob, i servizi e le attività previsti dall'articolo 1, comma 5, lettere a) e b), limitatamente agli strumenti finanziari derivati, nonchè il servizio previsto dall'articolo 1, comma 5, lettere c) e c-bis)*

Capítulo IV:

La actividad de intermediación:

Su regulación en la legislación italiana

---

## 5 CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN

Los requisitos exigidos al mediador se corresponden con las características de la mediación. Así, ellas todas ellas tienen un pleno reflejo en los requisitos con los que están directamente vinculados:

- La imparcialidad.
- La independencia.
- Y el derecho a la comisión.

La inscripción en el Registro y el nexo causal influirán de manera directa en el derecho a la comisión, la necesaria inexistencia de un vínculo, sobre la independencia del mediador y la puesta en relación de las partes sobre su imparcialidad.

Dada su enorme importancia, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, hemos querido individualizarlos para desarrollar su explicación.

### 5.1 La imparcialidad: Su evolución hacia el principio de neutralidad

Hablaba BOLAFFIO de la existencia de la imparcialidad como un claro requisito de la actividad del mediador. Para él, los actos que llevaba a cabo el mediador se desarrollaban en interés de las dos partes, no solo de la que estimuló su actividad de intermediación. El mediador actúa de manera libre, pero buscando siempre el mejor interés de los futuros contratantes.

---

Capítulo IV:  
La actividad de intermediación:  
Su regulación en la legislación italiana

---

El requisito de la imparcialidad se consideraba pues una de las características esenciales de la actividad de mediación, admitiéndose incluso la posible existencia de un beneficio mayor hacia una de ellas, siempre que este esté pactado o se lleve a cabo bajo las reglas de la buena fe<sup>82</sup>.

Pero la “buena fe” no parece respuesta suficiente para justificar una actuación que no sea imparcial, por lo que la doctrina ha llegado a discutir si la imparcialidad es un “elemento natural” de la mediación y de la actuación neutral del mediador, o si podemos decir que la imparcialidad no es un elemento de la mediación pero que si se puede admitir como un modo de actuar el mediador, una obligación que surge de la relación, pero que no se puede presuponer<sup>83</sup>. Basa la doctrina más reciente parte de su argumentación e que no existe una norma que infiera al mediador la obligación de actuar de este modo, que le obligue a no favorecer a una parte respecto a la otra, que le inste a actuar con imparcialidad. Por el contrario lo que sí reconocen, por el contrario, es la necesaria aplicación de las normas positivas por las que deberá comportarse conforme a la buena fe y la corrección (arts.1175 y 1375 CC) y con base en la honorabilidad y la correcta actuación profesional que le exigen las normas deontológicas por la pertenencia a un colegio o grupo profesional, que regula la actuación de sus miembros, en pro de un prestigio y garantía de profesionalidad.

---

<sup>82</sup> BOLAFFIO,L., VIVANTE, C. “Dei Mediatori, delle obbligazioni commerciali... Ob. cit., pág.14,

<sup>83</sup> LUMINOSO, *La mediazione, Ob. Cit.*, pág. 74-76; L VISALLI, N. *La mediazione, Ob. Cit.*, pág 38; MARINI, A, *La Mediazione, Ob. Cit.*, pág. 53 y ss.

---

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

A menudo la doctrina ha querido vincular el carácter de la imparcialidad con el de la “tercería”, de forma que la existencia de un interés personal puede llevar a obtener la conclusión de un asunto sin respetar los intereses de las partes<sup>84</sup>.

Pero así como la discusión en la doctrina sobre la aplicabilidad de la característica de la imparcialidad, a pesar de no estar regulada, giraba en torno a si debía ser como interpretación de lo previsto en el art. 1754 CC o si debía considerarse posible su aplicación en base a las normas positivas del *Codice Civile*, es decir si se puede considerar un elemento suficiente para considerarla mediación y nos permita separarla de otras figuras jurídicas<sup>85</sup>, la discusión que sobre su aplicación sobre la mediación unilateral (considerada esta una subespecie de la mediación como tipo general), es distinta. Para algunos autores exigir imparcialidad a aquel mediador que ha sido contratado por una sola de las partes es una situación ilógica y parece estar fuera de lugar<sup>86</sup>, porque si depende solo de una de las partes, el interés del mediador, sí será que el negocio llegue a su destino final, favoreciendo a ambas partes, pero sus intentos de favorecer en un modo superior a la parte que lo contrató parece algo lógico. Para una parte de la jurisprudencia, sí que es necesario reconocer el requisito de la imparcialidad

---

<sup>84</sup> En STC de *Cassazione* de 24 de abril de 1965, n. 728 en *Revista Foro italiano*, 1965, Tomo I, en la cual el Tribunal reconoce el derecho a la parte proporcional de la comisión a un Copropietario de un inmueble, que lleva a cabo la venta en nombre de todos los propietarios, incluido el suyo.

<sup>85</sup> VARELLI, C. *La mediazione*, Ob. Cit., pág. 58; MINERVINI, G. “Il mandato, la comisione, la spedizione”. En VASSALLI, F. *Diritto Civile Italiano*. Ed. Unione Tipografica- Editrice Torinese. Torino. 1954. Pág. 23 y Ss. Y en la jurisprudencia, Sentencias de *Cassazione* de 26 de mayo de 2000, Núm. 6959; de 7 de abril de 2009, Núm. 8374. En la jurisprudencia: Sentencia de *Cassazione* civil de la Scc.III de 16 de julio de 2002, Núm. 10286: “*La mediazione e il contratto di procacciamento di affari si distinguono sotto il profilo della posizione di imparzialità del mediatore rispetto a quella del procacciatore, che agisce su incarico di una delle parti interessate alla conclusione dell'affare e dalla quale può pretendere il compenso, pur non essendo legato a quest'ultima da un rapporto stabile e organico.*”.

<sup>86</sup> LUMINOSO, A. *La mediazione*, Ob. Cit., pág. 75.

---

en la mediación unilateral<sup>87</sup>, incluso hay autores que consideran que esta aceptado por la legislación, concretamente se refleja en el art 2.2 y 4 de la L. n.39 de 1989<sup>88</sup>. Esta argumentación puede encontrar una clara oposición en la comisión, dado que el cómputo o valor de la misma está vinculado al coste total del asunto. Así, si el mediador no tiene que mantener un carácter imparcial puede pretender que el asunto se lleve a cabo en su vertiente más costosa para, de este modo obtener una comisión más elevada, y sin el requisito de la imparcialidad se podrían admitir sin discusión las cláusulas de sobre precio o las cláusulas que aumentan la comisión si se alcanza un precio mayor en la venta.

Por todo ello, la idea clásica de la característica de la imparcialidad como requisito imprescindible para admitir la existencia de una relación de mediación, ha ido evolucionando en pro de una calificación jurídica más idónea. La mediación en sentido amplio, es decir admitiendo todas sus acepciones, unilateral, bilateral, profesional o no, requiere de una actuación “neutral” del mediador, que devendrá en imparcialidad si el asunto concreto así lo requiere, no admitiéndose de este modo la mediación si este era exigible y no se llevó a cabo por parte del mediador<sup>89</sup>. La “neutralidad” como elemento equiparable a la Independencia ya había sido mencionada y reconocida por la jurisprudencia como requisito exigible al mediador profesional<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Sentencia de *Cassazione* Civil de 10 de octubre de 1980, n. 1980, Núm. 5431.

<sup>88</sup> PERLINGERI, G. “Codice...”, Ob. Cit., pág. 1938; LUMINOSO, A. ZUDDAS, G. Ob. Cit., pág. 63

<sup>89</sup> Sentencia de *Cassazione* de 26 de mayo de 2000, Núm. 6959. Que mantiene la doctrina anteriormente desarrollada sobre la falta de imparcialidad cuando una de las partes promete al mediador una compensación superior, pudiéndose presuponer la existencia de una relación entre el mediador y esta parte, Sentencia de *Cassazione* de 29 de mayo de 1957, Núm. 1978.

<sup>90</sup> Sentencia de *Cassazione* civil de la Secc. III del 2 de junio de 1992, Núm. 6677: “*Nell’ambito di un rapporto di intermediazione finanziaria, l’assunzione di compiti di consulenza non pregiudica la neutralità e l’imparzialità che contraddistinguono l’attività del mediatore*”. O la Sentencia de *Cassazione* civil de la Secc. III de 21 de julio de, Núm. 6814: “*Il rapporto di mediazione, a prescindere*

---

## Capítulo IV:

La actividad de intermediación:

Su regulación en la legislación italiana

---

### 5.2 La independencia

La independencia es una de las condiciones indispensables para que podamos seguir hablando de que un negocio ha sido llevado a cabo por un intermediario<sup>91</sup>, Esta característica había sido una de las que había distinguido siempre la calificación de la intermediación<sup>92</sup>. Además y de manera distinta al requisito anteriormente estudiado, la imparcialidad, este sí que tiene un reflejo normativo, ya que cuando el legislador modifica la Ley n.39 del 89 introduciendo la “*incompatibilità*” como requisito de necesario cumplimiento, está reconociendo de manera expresa la necesaria independencia del intermediario respecto a las partes. Pero lo que la doctrina afirma de un modo tajante, es que la pretendida independencia de la mediación no viene provocada de manera directa por la imparcialidad del mediador, sino que es la incompatibilidad el requisito que nos lleva a reconocer el carácter de tercero “extraño” en la relación.

Podemos reconocer la característica de la independencia en una de las potestades que las normas otorgan al mediador (salvo previsión contraria en el contrato), este puede renunciar con plena libertad, a continuar con el ejercicio de la mediación, sin ser penalizado por ello. Este desistimiento unilateral será posible siempre que al hacerlo no

---

*dall'unilateralità o bilateralità dell'incarico, si sostanzia nell'interposizione neutrale e imparziale di un soggetto (il mediatore) tra due persone per agevolare la conclusione di un determinato affare, poi avvenuta per effetto di tale intermediazione”.*

<sup>91</sup> Sentencia de Cassazione Civil Secc. I de 5 de junio de 1992, Núm. 6956: “*Il broker è un soggetto che mette in relazione l'assicurando e l'assicuratore senza essere legato ad alcuna delle due parti da rapporti di collaborazione, dipendenza e rappresentanza; è pertanto incompatibile con il brokeraggio la disciplina del rapporto di agenzia (nella specie, si è negato il valore di disdetta alla comunicazione fatta dall'assicurato al broker, invece che all'assicuratore)*”.

<sup>92</sup> Ver supra apartado 1.3.

---

lo haga de modo que incumpla con la buena fe o el correcto ejercicio de su profesión, y esto solo es posible si no le une vínculo alguno con alguna de las partes.

Respecto a la función de representación, la incompatibilidad con la relación de mediación se basa en el hecho en que una misma persona no puede llevar a cabo actos o tratos precontractuales en calidad de representante de una de las partes y al mismo tiempo actuar como mediador en el mismo negocio. Esto no es posible porque como representante no se le permite exigir la comisión que le correspondería como intermediario. Se da la circunstancia que la relación de representación implica la existencia de un contrato que vinculara a representante y representado, dicho contrato se podría realizar a través de la figura jurídica del mandato con representación del art. 1703 CC.

Lo que sí es admitido, como ya habíamos mencionado, es que el intermediario, finalizada su labor como tal, como pierde su carácter de intermediario, pueda adquirir el de representante de una de las partes llegada la perfección final del negocio perseguido, que se alcanzó gracias a su actuación como intermediario.

El artículo 1754 CC también menciona la necesaria inexistencia de un vínculo de dependencia o de colaboración<sup>93</sup>. Este vínculo hace referencia a que entre el pretendido mediador y alguna de las partes existiera previamente una relación de dependencia o colaboración que se mantiene en el tiempo durante la actividad de

---

<sup>93</sup> LUMINOSO, A., “La mediazione” Ob. Cit., pág. 72; VISALLI N., *La mediazione*, Ob. Cit., pág. 34; MARINI, A., “La mediazione” Ob. Cit., pág. 60. PERLINGIERI, G. “Codice civile...” Ob. Cit., pág.1937.



## Capítulo IV:

La actividad de intermediación:

Su regulación en la legislación italiana

---

mediación<sup>94</sup>, pero incluso debe garantizarse que ninguna de las partes haya prometido la existencia de ese vínculo, como premio, finalizado este negocio concreto<sup>95</sup>, de manera que debe garantizarse la inexistencia de dicho vínculo, anterior, mediante y posterior a la perfección del negocio jurídico.

Durante un tiempo se había defendido que la independencia del mediador se basaba en la necesaria neutralidad de este, que se veía plenamente reducida cuando iba revestido de la cualidad de dependiente o de colaborador de una de las partes. Pero si esto se admitiese otra hubiera sido la intención del legislador al incluirla en la norma y sería inexplicable el motivo por el cual la ley se hubiera limitado a poner una presunción de falta de imparcialidad con respecto a la hipótesis en que el intermediario esté ligado a una de las partes por una relación de dependencia o de colaboración y hubiera omitido el considerar la hipótesis en la cual la presunción podía considerarse más justificada cuando existiese, entre el intermediario y una de las partes, por ejemplo, relación de parentesco.

La jurisprudencia ha admitido en algunos casos la excepción a la norma, cuando de la propia relación de dependencia surja la obligación jurídica del dependiente o

---

<sup>94</sup> Sentencias de *Cassazione* Civil de 27 de junio de 2002, Núm.9380; de 9 de febrero de 2000, Núm. 1447;

<sup>95</sup> Sentencia de *Cassazione* civil Secc. II de 28 de febrero de 1986 en *Revista Giurisprudenza Civile Mass.* 1986 Tomi I. Fasc. 2 “... tale qualità deve escludersi, per difetto del suddetto requisito, quando una delle parti prometta all’incaricato della attività intermediatrice di assumerlo come proprio dipendente dopo la conclusione dell’affare, in quanto in tale ipotesi si verifica una situazione pienamente assimilabile a quella del rapporto di dipendenza”.

---

colaborador de realizar una actividad de intermediación respecto de aquel negocio que este esté desarrollando<sup>96</sup>.

### 5.3 El derecho a la comisión

El derecho a la comisión es un requisito que no solo pertenece a la tradición histórica<sup>97</sup>, sino que además debemos considerarlo adecuado a la índole y naturaleza de la mediación, dado que si el asunto es concluido quienes se benefician de él deberán abonar el *honor*<sup>98</sup> que merece quien les permitió alcanzarlo, el mediador; del mismo modo si no llegase a concluirse con el éxito esperado nada deberán al intermediario.

La previsión que hace el *Codice civile* en su art. 1755<sup>99</sup> respecto al derecho a la comisión, ha sido, junto con la obligación a la inscripción, uno de los elementos más discutidos por la doctrina, no solo por el derecho en sí a obtener una comisión por los actos realizados, sino por la influencia que ejerce de manera directa en todos los

---

<sup>96</sup> Sentencia de *Cassazione* civil de 13 de octubre de 1962, Núm. 2970, en Revista Foro Italiano de 1963, Tomo I, Pág. 287: para un supuesto en que el socio intervino en la venta de las acciones de otro socio. O en la ya mencionada Sentencia de 20 de enero de 1983, Núm. 574, en la que se admitió en el caso de un administrador de una copropiedad que intervino en la venta de un apartamento de la finca.

<sup>97</sup> STOLFI, M. *Mediazione*...Ed. 1953, Ob. Cit., pág. 21.

<sup>98</sup> La denominación de la comisión como honor, jurídicamente hablando, tiene sus orígenes en el mandato romano. Este tenía inicialmente carácter gratuito y era confiado a miembros del entorno del *Pater familias*, quién confiaba en estos para que actuasen en su nombre en determinados actos jurídicos, incluidos los actos de comercio. Posteriormente se llegó a reconocer la posibilidad de que el mandato fuese remunerado, pero no como pago por la actividad sino en agradecimiento por la misma, así que lo que recibía el mandatario eran *honorarium* por su labor, distinguiéndolo así de los *merces* que se cobraban por llevar a cabo un arrendamiento de servicios (SAMPONS SALGADO, M. *El mandato*. Ed. Ánfora. Barcelona.1964. Pág. 129).

<sup>99</sup> Art. 1755 CC.: "*Il mediatore ha diritto alla provvigione da ciascuna delle parti, se l'affare è concluso per effetto del suo intervento.*

*La misura della provvigione e la proporzione in cui questa deve gravare su ciascuna delle parti, in mancanza di patto, di tariffe professionali o di usi, sono determinate dal giudice secondo equità"*

---

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

aspectos relativos tanto de la mediación en tanto que figura jurídica, como sobre el propio contrato de intermediación. De la lectura del art. 1755 del *Codice* se deduce, y así lo ha reconocido la mayoría de la doctrina, que el derecho a la comisión surge en el momento en el que el negocio perseguido con la mediación es concluido por las partes<sup>100</sup>, tanto si se incluye o no en este una previsión ante un posible incumplimiento del contrato por alguna de ellas, estando desde entonces obligadas al pago de la comisión al intermediario.

El momento de la determinación del derecho a la comisión adquiere gran relevancia en cuanto es también el momento en que se inicia el cómputo de la prescripción para que el mediador pueda reclamar su derecho. El plazo de prescripción es de un año, según el art. 2950 CC. Es cierto que no existe obligación legal para las partes, de comunicar al intermediario la perfección del contrato, y que la inscripción del mismo en el Registro, o si no requiere obligatoriamente de esta, desde su elevación a público se inicia el cómputo de la prescripción. Pero se ha venido reconociendo por la doctrina y la jurisprudencia que si la falta de comunicación responde a un acto de mala fe, el plazo será el del momento en que el intermediario tenga conocimiento de la realización de dicho contrato<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> MARINI, A. “La mediazione...” Ob. Cit., pág. 50; LUMINOSO, A. “La mediazione”. Ob, cit., pág. 86;

<sup>101</sup> Desde el momento en que el negocio o contrato es perfeccionado, se inicia el cómputo del plazo de la prescripción del derecho a la comisión. En aquellos casos en que hay un transcurso amplio de tiempo desde la participación del mediador y la perfección del contrato, sin que este tenga conocimiento de dicho acto, el plazo iniciará su cómputo desde que el intermediario es conocedor del hecho, Art.2941.8 CC. PERLINGIERI, G. “Codice civile...” Págs 1942 y 1948. CARBONE, V. “Prescrizione del diritto alla provvigione del mediatore”. Como comentario a la Sentencia de *Cassazione* civil Secc.. III de 21 de novembre de 2011, Núm. 24444 en *Corriere Giurisprudenza.*, 2012, 1, 24: “*La giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato che non vi è alcun obbligo per le parti di informare il mediatore della conclusione dell'affare e che il termine di prescrizione decorre dalla data del rogito notarile, ma che tale termine nel caso vi sia stato un comportamento doloso delle parti volto a nascondere che l'affare si è concluso, decorre dalla data in cui il mediatore ha avuto conoscenza dell'affare.* BRUNI, C. “La

---

Capítulo IV:  
La actividad de intermediación:  
Su regulación en la legislación italiana

---

El derecho a la comisión nace, no solo por la conclusión del negocio, sino, que precisa que este se produzca como efecto de la intervención del intermediario<sup>102</sup> Pero este requisito contiene en sí una exigencia más, la conclusión del negocio por la intervención del intermediario debe haber sido originada por una causa efectiva (y útil) de la conclusión; De modo que la intervención efectiva y “útil” del intermediario le permitirán acceder al derecho a la comisión, mientras que la simple oferta a una de las partes de un posible cliente, o de un posible acceso a un asunto de su interés no se considera suficiente para exigir la comisión<sup>103</sup> excluyendo de esta regla general el caso del “mediador atípico” que ya hemos comentado anteriormente. En algunas situaciones se ha aceptado que la mera presentación de cliente o negocio da lugar a la comisión, pero tan solo si dicho acto tiene la relevancia suficiente y no requiere de otros para que

---

buona fede a tutela del diritto del mediatore alla provvigione”, en *Obbligazioni e contratti*, 2010, Pág. 571; ONOFRI, M. “ L’incidenza della prescrizione sul diritto alla provvigione”, en *Immobili & proprietà*, 2008, Pág.633

<sup>102</sup> Sentencias de *Cassazione civil* de la secc. II de 13 de agosto de 1990, núm. 8245; de la Secc. III de 28 de julio de 1993. Sentencia del Tribunal de Nápoles de 10 de enero de 2012.

<sup>103</sup> PERLINGERI, G. Ob. Cit., pág. 1942; TROISI, B. Ob. Cit., pág.99; LUNINOS, A, Ob. cit., pág.. 87... En la misma opinión se mueve la jurisprudencia, pero también podemos encontrar algunas sentencias discrepantes que reconocen el derecho a la comisión STC de *Cassazione* de 21 de julio de 2004, n. 13590

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

el contrato final sea perfeccionado<sup>104</sup>, o porque el sector concreto donde se realiza el contrato así lo requiera<sup>105</sup>.

Recordemos que la intermediación podrá ser realizada por una multiplicidad de sujetos intermediadores, lo que no limitará su derecho a la comisión si prueban su efectiva participación<sup>106</sup>, y, si no se pactó de manera distinta, la comisión a percibir será proporcional a su participación en el negocio<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> Sentencia de Cassazione civil Secc. II de 13 de agosto de 1990, Núm. 8245: *"Il mediatore, per avere diritto alla provvigione, non deve limitarsi a dimostrare di avere posto i contraenti in contatto fra loro ma deve provare che in seguito a detto contatto ed eventualmente all'ulteriore opera di mediazione da lui svolta, è stata possibile la conclusione dell'affare"* (C. 09.10.1971 n. 2784). *La mera indicazione di un potenziale acquirente o venditore, al di fuori di qualsiasi altra attività mediatrice (a meno che l'individuazione di un compratore o di un venditore, per difficoltà particolari del settore "hic et nunc" determinate, non si configuri già di per sé come contributo causale rilevante alla conclusione del contratto), non può determinare l'esistenza di un contratto di mediazione. La tesi contraria non può essere accettata, in quanto eccessiva; infatti, secondo questa tesi, tutti gli atti, compiuti prima della conclusione di un contratto e in mancanza dei quali il contratto non sarebbe stato concluso, potrebbero dare luogo ad un contratto di mediazione. Anche nell'ambito della mediazione è necessario distinguere tra la teoria della "conditio sine qua non", eccessiva, e la teoria della causalità adeguata.*

<sup>105</sup> Sentencia de Cassazione Civil Sc. II de 13 de agosto de 1990. Núm. 8245, en *Revista Giustizia Civile Mass.* 1990. Tomo II, fasc. 8. *"la mera indicazione di un potenziale acquirente o venditore non è sufficiente a far sorgere il diritto alla provvigione, a meno che tale indicazione, per le particolari difficoltà del settore, non si configuri già di per sé come contributo causale rilevante alla conclusione del contratto"*.

<sup>106</sup> Sentencia de Cassazione Civil de la Secc. III de 16 de marzo de 2012, Núm. 4228: *"In tema di mediazione, a norma dell'art. 1758 c.c., quando l'affare si è concluso con l'intervento di più mediatori, congiunto o distinto, concordato od autonomo, in base allo stesso o a più incarichi, ognuno dei mediatori ha diritto ad una quota della provvigione, sempre che ciascun mediatore si sia giovato dell'apporto utile degli altri, limitandosi ad integrarlo in modo da non potersi negare un nesso di causalità tra i vari separati interventi e la conclusione dell'affare e sempre che si sia trattato in ogni caso dello stesso affare sotto il profilo oggettivo e soggettivo (Cass. 18 marzo 2005; n 5952). O la Sentencia de Cassazione civil, Secc. III de 8 de julio de 2010, Núm. 16157: *"In caso di pluralità di mediatori, il diritto di ciascuno di essi ad ottenere una quota della provvigione sorge a condizione che sia provato il nesso di concausalità obiettiva tra l'attività svolta da ognuno e la conclusione dell'affare"*.*

<sup>107</sup> Sentencia de Cassazione civil de la Secc. III de 18 de marzo de 2005, Núm. 5952: *"Nell'ipotesi di concorso in tempi diversi di più mediatori, ciascuno di essi ha diritto alla provvigione in ragione del proprio apporto causale alla conclusione dell'affare"*.

---

De gran relevancia es la doctrina jurisprudencial relativa al reconocimiento pleno tanto de la actividad de mediación como del derecho a la comisión del mediador, si este concluye un contrato preliminar de intermediación con las partes. Cuando en el capítulo anterior iniciábamos el tema relativo al reconocimiento de la mediación y de la prueba de su participación, ya adelantábamos la efectividad de los contratos preliminares. Pues bien, esto que para nosotros es un elemento relevante, el contrato de intermediación, ha sido reconocido de manera expresa por la doctrina jurisprudencial italiana<sup>108</sup>, que ve en el contrato previo, el nacimiento efectivo de la relación jurídica del mediador con las partes y asimismo del negocio jurídico de la mediación, que le permitirá acceder a la comisión pactada. Podemos considerar que en este caso la “conclusión del negocio” coincide plenamente con el cumplimiento de una actuación de naturaleza económica o patrimonial, como se exige, que dará lugar a una relación obligatoria para las partes, que podrán, en caso de incumplimiento, exigir el resarcimiento del daño ocasionado por este.

Por aplicación de la Ley n. 39 de 1989, (arts. 6 a 8), el nacimiento de este derecho requiere además del requisito de la necesaria inscripción en el Registro del intermediario, tanto si desarrolla la actividad de manera profesional o de forma discontinua u ocasional (Art. 2.1). El incumplimiento de esta obligación provocaría la imposición al intermediario de unas cantidades en concepto de multa administrativa (art.

---

<sup>108</sup> Sentencia de *Cassazione* civil de la Secc. III de 06 de agosto de 2004, Núm. 15161 que se pronuncia en el mismo sentido que las Sentencias de *Cassazione* de 21 de julio de 2004, n. 13590, en Revista *Foro italiano*, Pág 1055, Sentencia de 14 de julio de 2004, Núm. 13067; Sentencia de 8 de agosto de 2002, Num. 12022; Sentencia de 19 de julio de 2002, Núm. 10553; Sentencia de 10 de mayo de 2002, Num. 6731; Sentencia de 11 de enero de 2001, Núm. 325. “*La sentenza in epigrafe aderisce all’ormai consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale, ai fini del riconoscimento del diritto del mediatore alla provvigione, l’affare deve ritenersi concluso quando tra le parti, poste in relazione dal mediatore, si sia costituito un vincolo giuridico che dia diritto a ciascuna di esse di agire per l’esecuzione del contratto. Nel caso in esame si è rinvenuto tale vincolo nella conclusione, ad opera dei soggetti intermediati, di un contratto preliminare di vendita immobiliare*”.

---

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

8.2), que podría además derivar en una sanción penal<sup>109</sup>, por el ejercicio abusivo de una profesión. Pero la Ley prevé, además, la aplicación de una consecuencia de carácter civil, esto es, la devolución de las cantidades percibidas en concepto de comisión (art.8.1), negándole, asimismo, cualquier tutela, privando expresamente de la *solutio retentio*, incluso cuando el sujeto “intermediario” realiza actos menores, si estos se llevan a cabo con base en la aplicación del art. 6.1, en consideración a “un ejercicio abusivo de la actividad de mediación.

Se admite en algunos casos que la falta de inscripción no prive de la comisión: en el de la sub-mediación, la del sub-mediador o en el de la mediación indirecta la del tercero que indica la posible mediación; a pesar de no estar estos sujetos inscritos, si sí lo está el mediador podrá este reclamar el derecho a la comisión<sup>110</sup>

Ha reconocido la doctrina la posibilidad de que el mediador pueda percibir una cantidad, que denomina comisión (a efectos de poder reconducir la actividad realizada hacia la mediación), aunque no se perfeccione el contrato; es el caso, que venimos relatando, del mediador inmobiliario que, percibe unos honorarios por la realización de un encargo, sin que este llegue a cumplirse en su totalidad<sup>111</sup>. Estas cláusulas que permiten el cobro de una comisión, tienen la finalidad de atenuar el riesgo que corre un intermediario inmobiliario ya que a pesar de desarrollar correctamente su actividad, no

---

<sup>109</sup> El art. 8 de la Ley n.39 de 1989 establece en su primer párrafo que quien ejerza la actividad sin estar inscrito será sancionado con una multa administrativa. En el segundo párrafo se prevé que, además, quien persista en ello (se prevé tras tres intervenciones de la administración) además estará sujeto a las penas previstas en el art. 348 del Código penal ( por delito de ejercicio abusivo de una profesión)

<sup>110</sup> VISALLI, N. *La mediazione. Ob. Cit.*, pág.324

<sup>111</sup> BORDOLLI, G. “Mediazione e provvigione...” *Ob. Cit.*, pág.211.

---

siempre se perfecciona el contrato final con el cliente que él ha aportado<sup>112</sup>. Esta opción la había reconocido la jurisprudencia, en algún caso concreto, si de manera clara y expresa las partes renunciaban a la aplicación del art. 1755 CC, en base al principio de la autonomía contractual, y reconocían el derecho del mediador a la comisión en el caso de revocar el contrato de intermediación antes de la perfección del negocio<sup>113</sup>.

Una de las dudas que nos surgen es si la obligación de estar inscrito debe cumplirse antes del inicio de la participación del intermediario en el asunto o podría iniciarlo sin estar inscrito, y hacerlo antes del momento en que, podríamos decir, nace su derecho a la comisión, es decir, en el momento de concluirse el negocio. Para una gran parte de la doctrina el mediador debe estar inscrito necesariamente. Cosa distinta sería que estando inscrito en una sección concreta del Registro acabe desarrollando un asunto que le supusiese su inscripción en una sección diversa<sup>114</sup>. Con este tipo de cláusulas se está ampliando el derecho del mediador a la comisión. Para BORDOLLI, se está excluyendo la obligación de que su participación sea “útil” para la efectividad del negocio, y que se le compensa por la mera actividad. A nuestro parecer, su actividad es útil desde el momento en que está cumpliendo el encargo de manera efectiva, pero la cláusula penal viene a proteger al mediador de la potestad que la mediación otorga a las

---

<sup>112</sup> Es cierto que el intermediario tiene un contrato con el vendedor, o propietario del inmueble para la venta del mismo, pero este último no tiene obligación real de aceptar el cliente aportado por el mediador, lo que podría provocar que una vez realizada la publicidad, mostrado el piso o casa a varios clientes y encontrado un posible comprador, el propietario se niegue a la venta o no lo acepte, ante este riesgo nace la inclusión de estas cláusulas penales en los contratos, cláusulas que, como hemos ido viendo, han provocado una seria discusión doctrinal y jurisprudencial. En este sentido TOSCHI, F. “Mediazione típica e atípica e contratto di mandato” en Revista *I Contratti*, 2009, n.4, pág 1085.

<sup>113</sup> Sentencia de *Cassazione Civil Secc*, III de 22 de mayo de 1990, Núm. 4591 en Revista *Giustizia Civile Mass.* 1990 Tomo II fasc. 5. “*possono derogare al principio fissato dall’art. 1755 CC. stabilendo el diritto del mediatore al compenso, anche nel caso di revoca anticipata del mandato*”.

<sup>114</sup> MARINI, A. “La mediazione...” *Ob. Cit. Supra*. Pág.68.

---



## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

partes de desistir de la relación en cualquier momento. Para la jurisprudencia, además, esta posibilidad es válida porque es merecedora de la tutela del ordenamiento jurídico, concretamente del art. 1322 CC, porque con base en la libertad contractual que promulga el artículo, en su apartado 2º, consiente la perfección del contrato si este contiene intereses merecedores de tutela por el ordenamiento<sup>115</sup>. Para BORDOLLI esto se produce porque el vendedor quiere ampliar sus posibilidades de venta con la búsqueda de un intermediario inmobiliario, y a su vez el intermediario pretende salvaguardar su negocio de gastos y actividades inútiles.

El *Codice Civile*, prevé que el intermediario pueda percibir el reembolso de los gastos aunque el contrato no se perfeccione, pero tal y como dicta el Art. 1756 CC, estamos ante un reembolso y no ante un pago de comisión por servicios prestados, como hemos discutido en el párrafo precedente. En este caso la discusión doctrinal y jurisprudencial gira en torno a si deben reembolsarse todos los gastos, o solo los autorizados por el cliente. Los posicionamientos están plenamente vinculados a la defensa de la teoría de la naturaleza contractual de la mediación y a la teoría contraria. Para los contractualistas el pago de los gastos es un efecto natural de la mediación y no tiene por qué tener un contenido concreto y abarca todo gasto del intermediario en el desarrollo de la actividad<sup>116</sup>, mientras que para que defienden la teoría no contractual, consideran que los gastos surgen por el desarrollo de la actividad encargada por alguna de las partes, y solo estos deben ser abonado, tal y como extraen de la lectura del art.

---

<sup>115</sup> Sentencias de *Cassazione civile* de 7 de abril de 2009, Núm. 8374; de 18 de septiembre de 2008, núm. 23842; de 5 de septiembre de 2006, núm. 19066.

<sup>116</sup> AZZOLINA, U. *La mediazione*, pág.37 y ss. Ob. cit.

---

1756 (“...al rimborso delle spese nei confronti della persona per incarico della quale sono state eseguite...”) <sup>117</sup>

En último lugar respecto al tema relativo a la comisión, cabe referirse a quienes son los obligados al pago de esta. La obligación, según el *Codice civile* recae sobre las partes del negocio, aunque la mediación surja del encargo de una de ellas solamente, ya que la otra parte acepta y reconoce normalmente la actuación del mediador y por lo tanto se ve obligado al pago de su parte de la comisión <sup>118</sup>. Pero esta “doble obligación no hace surgir una obligación de carácter solidario de las partes respecto al pago de la comisión, ya que, aunque estemos ante una sola relación jurídica o ante un solo contrato, la comisión es individualizada, porque el mediador, respecto a cada una de las partes, tiene una obligación distinta (para uno, por ejemplo, encontrar un comprador, y para la otra vender el objeto) y por ello pertenece la obligación de su pago a cada una de las partes, sin que exista vínculo entre ellas para poder exigir el pago total a una y que esta repita sobre la otra.

---

<sup>117</sup> MARINI, A. “La Mediazione...”, Ob. Cit., Pág.115; LUMINOSO, A. *La mediazione*, Ob. Cit., Pág. 83.

<sup>118</sup> VISALLI, N. “La medaizione”.Ob. cit., Pág.277.

Capítulo IV:

La actividad de intermediación:

Su regulación en la legislación italiana

---

## 6 EL CONTRATO DE INTERMEDIACIÓN

### 6.1 Naturaleza jurídica

Antes de hablar del contrato de intermediación es necesario que nos adentremos en la caracterización de la intermediación, para deslindar lo que se refiere a la actividad de lo que constituye una relación contractual.

En la primera parte de este estudio hemos detallado, de una manera clara, cómo el legislador copiando de un modo bastante preciso la ya regulada actividad de la mediación, la introdujo dentro del *Codice Civile*; Su sistematización en el capítulo reservado para los “Singoli contratti”, parecía permitir reconocer, como así afirmó parte de la doctrina, la naturaleza contractual de esta institución, a pesar de que el legislador, de nuevo, omitía toda referencia al “contrato” de mediación y se limitaba a describir la “actividad” de mediación.

Si llevamos a cabo una lectura de la definición que el *Codice Civile* ofrece de la mayoría de los contratos regulados en el mismo capítulo donde está ubicada la mediación, veremos que su redacción se inicia siempre mencionando el contrato y no la persona que lo realiza<sup>119</sup>, mientras que en el caso que nos concierne, su definición se inicia con “È mediatore colui che...”, centrándose evidentemente sobre la actividad que desarrolla aquel calificado como mediador.

---

<sup>119</sup> Así podemos tomar como ejemplo: art. 1703 “Il mandato è...”; art. 1731: “Il contratto di commissione...”; art. 1742 “Col contratto di agenzia...”; etc....

---

Ciertamente, este nuevo descuido jurídico del legislador ha dado pie a que la discusión doctrinal mantenida a lo largo de todo el siglo XIX en Europa respecto a la naturaleza contractual o no de la mediación -que pareció superarse al considerarlo el BGB de 1900 un contrato- renaciese dentro del territorio italiano.

Para una gran parte de la doctrina, el legislador copia la dicción del *Codice de commercio* y no la modifica por una cuestión puramente de costumbre; este estaba plenamente convencido de la contractualidad de la figura pero no se molestó en modificarlo, pensando que su sola inclusión en el Título III del Libro IV del *Codice civile* era justificación suficiente para su calificación. Pero ya durante la existencia del *Codice de commercio* se dudó de la contractualidad de la mediación, por lo que los defensores de esta teoría, al mantener el legislador la misma dicción, consideraron su tesis como la más idónea.

Partimos de la descripción de la mediación típica (dejaremos para más adelante cómo influye la ya descrita mediación atípica en la naturaleza de la mediación) que encontramos plenamente desarrollada en la definición que el legislador da en el art. 1754 CC ita. Vemos que el legislador no nos presenta esta como un “negocio jurídico” sino como una “actividad material” desarrollada por el mediador, sin que este esté vinculado en modo alguno (fuera de la relación de mediación) con ninguna de las partes, actuando de modo independiente y autónomo, sin que además se considere su relación un mandato, pero que su actuación le dé derecho a obtener por ello una comisión.

El vínculo jurídico del mediador con las partes adquiere una gran relevancia porque será el que determinará si estamos ante una mediación o no, o si cabe la

---

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

posibilidad de hablar de una relación contractual redirigida hacia un contrato de mandato, agencia, arrendamiento de servicios u obra o de comisión, pudiéndosele aplicar de este modo las normas previstas en materia de responsabilidad para los mediadores; y, del mismo modo, pudiendo el mediador eximirse de la responsabilidad si demuestra que ha desarrollado su labor de un modo profesional y correcto según lo previsto en el encargo que se le realizó, evitando así su calificación como mandatario de ninguna de las partes (art. 1703 CC ita.).

La aprobación de la Ley n.39 de 1989 dio un impulso a la tesis contractualista<sup>120</sup>, aclarando las dudas existentes hasta el momento, ya que una de las cosas que determinó fue la profesionalización de la actividad de la mediación al imponer, a través del art. 2 de la Ley, la obligación de inscripción, tanto para quienes realizaban la actividad de un modo continuado, como para quienes lo hacían ocasionalmente; La inscripción otorga al mediador un carácter profesional que le “obliga a actuar” a través de un contrato que le permitirá afirmar, confirmar y garantizar sus actos, el formulario regulado en los art. 5 y 7 de la Ley. Hay quien además puntualiza que el formulario sea otra característica de la contractualidad es una teoría demasiado forzada, ya que el formulario realmente ni es obligatorio ni es necesario para admitir la existencia de la relación de mediación<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> VISALLI, N. “La mediazione”, Ed. Cedam. Padova, 1992, pág.99, considera que en la regulación de la mediación el legislador a omitido la inclusión de normas que nos permitan configurarla como no contractual. Para MARINI, A. “La mediazione” 1754-1765 en *Il Codice civile comentario, dirigido por SCHELESINGER*, P.Ed. Giuffrè, Milán, 1992, Pág. 27, es necesario individualizar la tipicidad de la mediación, como figura jurídica regulada en el Codice civile para evitar que los defensores de la teoría no contractualística usen el concepto de mediación atípica, u ocasional, para defenderlo.

<sup>121</sup> TROISI, B. *La mediazione*. Pág. 20 al reproducir las palabras de DI CHIO, “La mediazione”, en *Contratti commerciali*. Dirigido por COTTINO, en GALGANO. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*. Ed. Cedam, Padova. 1993. Pág. 384.

---

A pesar de que la sede material de la mediación es contractual y que tanto la doctrina, como hemos visto, como la jurisprudencia<sup>122</sup>, se han esforzado en remarcar el carácter contractual de la mediación, seguía existiendo una corriente que defendía la teoría no contractualística de la mediación<sup>123</sup> y quienes defendían una posición intermedia entre ambas<sup>124</sup>.

Los defensores de esta teoría basaban su argumentación, inicialmente, en que ninguna norma dirigía de manera expresa los efectos típicos de esta figura al acuerdo de las partes, sino que tan solo la conclusión del negocio perseguido provocaba el perfeccionamiento de la relación de mediación, por ello consideraban que no era necesario acuerdo previo, tácito o contractual, para hablar de mediación. Consideraban que la relación de mediación surgía en el momento en que el mediador ponía en relación a las partes interesadas, sin necesidad de que existiese acuerdo previo, expreso o tácito, alguno entre las partes y el mediador, el simple acto de su intervención le calificaba como tal. Visto de este modo podría decirse que el momento de la perfección material del contrato de mediación sería el momento en que el intermediario, o mediador, convenga con las partes que estas deberán proveerle de una comisión si este realiza lo solicitado y pactado por las partes, pero lo que es relevante no es su formación inicial sino su cumplimiento efectivo, ya que en ninguna de las normas del *Codice*, se distingue que dicho acuerdo sea el que provoque el nacimiento de los efectos de la mediación, sino que será el cumplimiento efectivo del mismo, gracias a la intervención

---

<sup>122</sup> Sentencias de *Cassazione* de 25 de mayo de 2001, n. 7126; de 22 de mayo de 2001, n. 6963; de 14 de abril de 1994, n. 3472; de 28 de julio de 1983, n. 5212; de 23 de febrero de 1983, n. 1381.

<sup>123</sup> MARINI, A. “La Mediazione, Milan. 1992, pág.27. CARRARO, L. *La mediazione*. Ed. Cedam, 2ªed. Padova. 1960, pág. 15 y ss. En Jurisprudencia la Sentencia de *Cassazione* civil de 25 de octubre de 1991, n. 11384, en *Giurisprudenza italiana*, 1992, Núm., Pág.1959.

<sup>124</sup> Entre ellos LUMINOSO, A. *La mediazione*, Ob. cit., Pág 33 ss.

---

## Capítulo IV:

La actividad de intermediación:

Su regulación en la legislación italiana

---

del mediador en su cumplimiento, el que lo hará, el que permitirá al mediador acceder al derecho a la comisión, el “perfeccionamiento efectivo de la relación de mediación”.

Basaban parte de su teoría en el mismo argumento que usaban los contractualistas, la aprobación de la Ley n. 39 de 1989. Los defensores de la teoría no contractual afirmaban que la relación de intermediación, al profesionalizarse, dejó de poder ser considerada un “contrato” para pasar a ser una simple “actividad profesional”, de la que surgen obligaciones en el sentido del Art. 1173 CC ita., porque son actividades que realiza un sujeto cualificado e inscrito de manera que el mediador actúa legitimado por la Administración, que garantiza su profesionalidad con su inscripción en el Registro (previo cumplimiento requisitos de acceso), no precisando de un contrato que la confirme.

Para los defensores de la tesis contractual, la mediación es un contrato, que se inicia con un acuerdo entre las partes y el mediador; contrato no necesariamente escrito, y que no es eficaz hasta el momento de la perfección del negocio perseguido por las partes, contrato claramente protegido por las normas contractuales del *Codice civile* y normas especiales. En el caso de la mediación “atípica” este contrato o encargo viene conferido por una sola de las partes, para poder hablar de mediación y no de mandato, el mediador deberá actuar de manera imparcial y no bajo las ordenes, o el mandato de esta parte únicamente, sino que se supondrá que únicamente se inició por la intervención de una sola de las parte, pero que es necesario para su efectivo cumplimiento y reconocimiento, de la aparición en la escena jurídica contractual de la otra parte, que esta tenga intereses comunes con la primera, y que mediante la actuación del mediador, acaben por confluir dichos intereses en un negocio común, que supondrá finalmente el reconocimiento de la actividad y el derecho del mediador a la comisión.

---

Por último, la teoría que se posiciona en un punto intermedio, defiende una dualidad de la mediación, teniendo que configurarse según cada caso en concreto, así ve la mediación como acto de naturaleza contractual o alternativamente, no negocial, según el caso, puede dar vida o no a un contrato o a un acto.

La raíz común de esta teoría consiste en el reconocimiento de que, si entre el mediador y uno o ambos posibles contratantes se ha llegado a un acuerdo que regule los respectivos derechos y obligaciones, tal acuerdo da vida a un contrato y como tal está disciplinado. Mientras que si esto no se produce surge igualmente a cargo de las partes que se valen de la obra del mediador, la obligación de abonar la comisión siempre que el negocio se concluya y la actividad del mediador tenga el carácter requerido por la norma.

Todo esto adquiere sentido si tenemos en cuenta que las partes, no siempre tienen voluntad de estipular un contrato que obligue a pagar una comisión. Consecuentemente si no existe dicho contrato formal o expreso se debe configurar una aceptación tácita de los contrayentes, de una propuesta contractual con el riesgo de convertirse en una verdadera ficción de voluntad negocial.

Pero la doctrina está un tanto dividida, ya que para algunos la falta de acuerdo contractual configurará, alternativamente, una relación fundada en la actividad de mediación<sup>125</sup>, mientras que, para otros, en defecto de encargo estaremos ante una

---

<sup>125</sup> VISSALI, N. Ob. cit., pág.90, para este autor la mediación contractual representa la fuente primaria de la relación, mientras que la no contractual asume el rol de fuente subsidiaria de la relación.



## Capítulo IV:

La actividad de intermediación:

Su regulación en la legislación italiana

---

relación contractual de hecho<sup>126</sup>, y para otros, la mediación recogida en el Codice es la que da vida a una figura negocial, la que crea la norma general a seguir, no pudiéndose alegar su desconocimiento, en defecto de contrato, considerando la existencia de una mediación no negocial<sup>127</sup>.

En definitiva, solo nos queda decir que toda actividad o acto jurídico que implique la puesta en relación de varias partes por un sujeto que, respecto a estas es un tercero, pero que actuará como conductor hacia un fin en concreto, que para muchos es un simple acto y no un negocio, a nuestro juicio implica claramente la existencia de un contrato, que revestirá forma escrita si así lo prevén las partes, y que será una mera declaración de conformidad respecto a un encargo y viceversa de conformidad respecto a la realización de dicho encargo, pero que se regirán por la mismas normas.

Es un contrato totalmente bilateral, ya que el mediador cobrará la comisión si se perfecciona el negocio. Eso implica que si se perfecciona, las partes habrán conseguido el fin perseguido (por ponerle una sola definición) a cambio del precio estipulado por él, y posteriormente este “objeto” implicará, el cambio de un precio por cosa (inmueble) servicio (seguro o financiación) o disfrute (viajes).

La argumentación que algunos utilizan para defender la teoría no negocial de la mediación, de que como contrato la característica más relevante de la mediación no tendría sentido, la imparcialidad, encuentra una clara contradicción en la admisión de la mediación atípica, es decir, la posibilidad de que la mediación exista aunque sea una

---

<sup>126</sup> MARINA, A. Ob. cit., pág.27.; SACCO, R. Ob. cit., pág. 127, que habla de “*contratto di fatto*” o contrato constituido mediante “ejecución”.

<sup>127</sup> AZZOLINA, U. Ob. cit. pág. 33,

---

sola de las partes la que haga el encargo y por lo tanto el mediador sea “neutral” y no imparcial.

Desde el momento en que existe un encargo de mediación, esta deviene contrato -si este no existiese inicialmente- o bien será reconocido a posteriori, o bien el contrato no llegará a existir por falta de determinación de una de las partes. (1321 CC ita.) El contrato no es el intercambio de una propuesta y su aceptación, porque la aceptación puede ser considerada el inicio de la ejecución del contrato, por ello no es necesaria su existencia para determinar la naturaleza jurídica del contrato: es el acuerdo de las partes lo que lo determinará con claridad. Por ello, al hablar del “rechazo” del mediador, supone básicamente es que no se llegue a iniciar la ejecución del contrato pero no supondrá de manera directa la inexistencia del mismo.

### ***6.1.1 El conocimiento de la actividad de mediación como elemento esencial de su calificación.***

Todas las teorías hasta ahora descritas, tanto las contractuales como las que niegan la contractualidad, giran en torno a dos elementos básicos de la mediación, el conocimiento efectivo de la actividad del mediador como tal y la estructura del contrato, esta última afecta directamente a la figura que estudiaremos en el próximo apartado.

La toma de conciencia de las partes, o la llamada “*consapevolezza*”, de la intervención del mediador en el negocio, investido como intermediario, es uno de los argumentos que han provocado más discusiones entre los defensores de una u otra teoría.

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

Para los contractualistas, es indispensable que las partes conozcan la existencia de la actividad del mediador, pudiendo así valorar su necesaria intervención o no y hagan uso de ella, naciendo así el derecho del mediador al cobro de la comisión si, finalmente el negocio se perfecciona, provocando la falta de prueba de tal conocimiento la consecuente declaración de inexistencia del contrato intermediado<sup>128</sup>. Visto de este modo, la actividad de mediación nace en el momento en que las partes, de un modo consciente, se valen del intermediario. Las relaciones de mediación no pueden surgir concluido el negocio, gracias a la actividad del mediador, sin haber conocido las partes la intervención del intermediario desarrollada para ello, porque no habrían estado en condiciones de evaluar si se valían de estas. Una de las razones esgrimidas es el impedir los abusos, salvaguardar la autonomía de los sujetos interesados, poniéndolo en grado de decidir libremente si hacer uso o no de las prestaciones (a título oneroso) que se le ofrecen, sin tener que asumir iniciativas de prohibición o de demandas de reclamación o de anulación de actos mucho más costosas.

La teoría anteriormente descrita no es seguida, evidentemente, por los defensores de la teoría no contractual; para estos la actividad mediadora no precisa del elemento del conocimiento, sino que el mediador está vinculado por un único objetivo, el desarrollo de la actividad de mediación a favor de los futuros contratantes. La relación existe en tanto hay una actividad objetivamente útil para la puesta en relación de las partes para la conclusión de un negocio, admitiéndose, en este caso un simple anuncio que facilite dicho encuentro (como en la sentencia

---

<sup>128</sup> Sentencia de *Cassazione* Civil Secc. III de 15 de marzo de 2007, Núm. 6004, en *Revista Giurisprudenza Italiana* de 2008, Núm. 1.

---

citada, con respecto a la publicidad de los intermediarios inmobiliarios). Un claro ejemplo doctrinal de esta teoría es CARRARO, para este autor la realización de la mediación prescinde normalmente del elemento del conocimiento de la intervención y se centran en el desarrollo objetivo de esta a favor de los posibles contratantes<sup>129</sup>.

### **6.1.2 El rechazo o prohibición expresa de la actividad de intermediación.**

El conocimiento efectivo de la actividad está vinculado, necesariamente, a otro elemento, que facilita la calificación, cuanto menos negocial, pero claramente contractual de la mediación. Ese elemento no es otro que la posibilidad de rechazo de la actividad de mediación, por una o ambas partes.

Según la opinión dominante debe excluirse la existencia de una relación de mediación en la que una de las partes contratantes, o ambas, declare de manera expresa, antes de que se produzca el resultado útil, no querer aceptar la interposición del mediador.

Negar esta posibilidad, que se puedan rechazar las injerencias de un tercero en la esfera de los propios intereses, comportaría una reducción de la tutela normativa relativa a los principios de autonomía y de libertad.

Problema distinto es si se otorga a la facultad de rechazo de la actividad del mediador, ejercitable por los futuros contratantes, la entidad suficiente para hablar de naturaleza contractual de la figura. La opinión mayoritaria tanto de doctrina como de jurisprudencia se inclina por el sentido afirmativo. La jurisprudencia argumenta la relevancia impeditiva de la *Protestatio* del interesado, propio del

---

<sup>129</sup>CARRARO, L. *La Mediazione*. Ob. cit., pag. 98.

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

carácter contractual de la institución, porque rechazo equivale a impedimento de la conclusión del contrato. Pero hay quien no se suma a ello ya que, para algunos autores, el rechazo de la prestación del mediador no supone una configuración no negocial de la especie constitutiva de la mediación<sup>130</sup>.

Para que el rechazo no produzca el nacimiento de derechos y obligaciones, deberá realizarse con anterioridad a la celebración de la relación de mediación y con ella al encargo de realizar actos que den lugar a un resultado útil. El rechazo realizado “a posteriori” no romperá el nexo de causalidad entre el negocio concluido por las partes y la actuación del intermediario, pudiendo reclamar este su derecho a la comisión<sup>131</sup>, ya que estaríamos ante un desistimiento unilateral no pactado que dejaría a voluntad de la parte el cumplimiento del contrato.

### **6.1.3 La mediación típica y la mediación atípica**

Una de las discusiones más eternizadas en la doctrina, que de algún modo afectaba a la naturaleza jurídica de la intermediación, era el hecho de determinar

---

<sup>130</sup> CARRARO, L. *La Mediazione*. Ob. cit., pág. 109 y ss;

<sup>131</sup> Sentencias de *Cassazione* civile de: 18 de marzo de 1960, Núm. 563, en *Revista Foro Italiano* de 1960, Tomo I, Pág. 965; Sentencia de 20 de abril de 1963, Núm. 974, en *Revista Giurisprudenza Italiana* de 1964, Tomo I, Pág. 471; Sentencia de 23 de enero de 1967, núm 206 en *Foro italiano* de. 1968, Tomo I, Pag. 3080, Con nota de DE ROBERTO, G. “Recesso, frode e mediazione”: “*sia che le parti conferiscano en origine l’incarico al mediatore, sia che accettino el risultato dell’attività da lui prestata, el rapporto trae sempre fondamento dalla volontà dei relativi soggetti, esplicitamente o tacitamente manifestata (nella specie, la Cassazione, nel respingere la censura secondo cui la mediazione potrebbe essere configurata come rapporto non negoziale, ha peraltro dichiarato irrilevante la censura stessa per non avere il recorrente tratto alcuna implicazione concreta*” + “*Accertata l’esistenza del nesso di causalità fra l’opera del mediatore e la conclusione dell’affaire, è inefficace la dichiarazione di recesso dell’intermediato posta in essere dopo che el mediatore abbia espletato la sua attività a vantaggio dell’intermediato*”.

---

cuándo un acto podía ser calificado como mediación típica, y por lo tanto quedar bajo la protección de la normativa, tanto de la general del Codice civile, como de la específica, desde la Ley n. 39 de 1989 pasando por el Texto unificado de las Finanzas hasta la regulación de la aseguración, o cuando estábamos ante un acto que debería ser calificado como de mediación atípica, pudiendo en este caso ser derivado a la regulación del mandato del contrato de obra o de servicio o a cualquier otro afín o si le era posible aplicar la normativa de la mediación típica.

Para los defensores de la teoría contractual, a ambas clases de mediación le es aplicable la normativa de la mediación, ya que la mediación típica cumple todos los requisitos y la atípica tan solo adolece de la falta de uno o alguno de ellos pero, en líneas generales puede ser calificada como una sub especie de la mediación típica.

La tesis no contractualista deviene además perversa al distinguir entre el denominado contrato típico o atípico de intermediación. Para quienes sostienen la teoría no negociado, quienes actúan como “mediadores atípicos” no pueden ser considerados mediadores como tal, sino que son mandatarios, y por ello se les aplicará las normas del mandato, reconocen que se les pueda aplicar además la normativa de consumo, dado que, en la mayoría de los casos, nos encontraremos frente a operaciones llevada a cabo por profesionales, por un lado, y consumidores por otro (tomamos como ejemplo, el ya expuesto del intermediario inmobiliario que recibe el encargo de encontrar un cliente para la compra o alquiler de su vivienda). Para los defensores de esta teoría la mediación no requiere contrato, mientras que estos sujetos intermediarios sí que llevan a cabo un contrato de mandato, Frente a ellos únicamente responde el mandatario, de manera que ante estos, el intermediario,

---

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

actúa de un modo no independiente y son ellos únicamente quienes deberán abonar la comisión<sup>132</sup>.

Pero cualquiera de las teorías expuestas hasta el momento, llevaba ínsita otra discusión doctrinal, que adquiere plena importancia en este estudio, ya que influye de un modo directo en el contrato: la propia estructura del contrato de mediación.

## 6.2 La estructura del contrato de intermediación

Tal y como hemos señalado en el último punto del apartado anterior, contractualistas, no contractualistas y los defensores de la teoría negocial, compartían una problemática, la estructura del contrato de mediación.

Ninguno de ellos conseguía incluso, en sus propios foros internos consensuar a sus seguidores ni en el momento en que el contrato resultaba plenamente perfeccionado, ni tan solo en si estaban ante un único contrato o relación de hecho, o si por el contrario se encontraban ante una multiplicidad de contratos o de relaciones.

Para aquellos que defendían la contractualidad de la mediación, cuando esta era bilateral, trilateral o múltiple o cuando estábamos ante más de un mediador (porque participaba más de uno en la consecución del negocio o cuando cada una de las partes aportaba su propio mediador), la perfección de la mediación requería, obligatoriamente

---

<sup>132</sup> Teoría defendida por la jurisprudencia de un modo claro en la Sentencia de *Cassazione* civil Secc. III de 14 de julio de 2009, núm. 16382, en la que se razona sobre la responsabilidad del intermediario, según estemos ante una mediación típica del art. 1754 o bien ante la que llaman mediación contractual que es reconducible al contrato de mandato. Esta sentencia ha dado lugar a un extenso número de comentarios doctrinales, entre ellos el de ZACCARIA, A. “La mediazione é un contratto sociale mutante, Singolari effetti della síndrome di Peter Pan?” en Revista “*Obbligazione e Contratto*, de 2011 núm., 11 pág. 726. O la de GRIBAU, M. “Mediazione tipica...”.

---

del consenso del mediador y con todos los posibles contratantes del negocios. Pero sobre lo que no había consenso era sobre el número de contratos; Para algunos deberán configurarse dos o más contratos distintos de mediación tantos como posibles futuros contratantes; para otros, se deberá estar a cada situación concreta, podrá haber o un contrato que los vincula a todos frente al mediador y entre ellos y con los las partes contrarias interesadas o admiten incluso la perfección de dos o más contratos de mediación distintos, que podrían configurarse en momentos temporales distintos, en función de la estrada en la escena jurídica de cada una de las partes. Por último están los defensores de la existencia de un único contrato entre el mediador y una de las partes, al que se adherirán todas aquellas partes que vayan surgiendo entrará en el contrato originario, resultando parte del vínculo inicial que se instauró entre el mediador de un lado y el intermediado inicialmente del otro.

La última de las discusiones girará en torno al momento exacto de la perfección, es decir de la aceptación y reconocimiento de la mediación, en el caso de los que admiten la pluralidad de contratos, esperar a validar el primero con el consentimiento del último sería pervertir la relación jurídica. Para los defensores de la bilateralidad se produce cuando el mediador acepta el encargo conferido o cuando son las partes quienes aceptan la participación de la actividad del mediador en el negocio.

Los defensores de la teoría mixta redirigen el momento de la perfección del contrato a las reglas generales del contrato, concretamente a la conclusión del mismo que se identifica, en la legislación italiana, en el momento en que se produce el intercambio de consentimientos entre las partes (Art. 1326) o de no producirse el de ambas, el del inicio de la ejecución del negocio, contrato o acto, según lo previsto en el art 1327 CC. Pero igual que en la doctrina anterior, aquí hay quien se separa de la

---



## Capítulo IV:

La actividad de intermediación:

Su regulación en la legislación italiana

---

generalidad del grupo, considerando la perfección del contrato de mediación en el momento en que se perfecciona el contrato del negocio perseguido por las partes intermediadas, no debemos olvidar que estamos ante una teoría mixta de la mediación, que admite en algunos casos el carácter negocial de esta figura.

Resta mencionar la opinión de quienes defienden la no contractualidad, no podemos decir que exista uniformidad dentro de sus teóricos, ya que se admite tanto la perfección en el momento en que la partes son puestas en contacto por el mediador, como en el momento en que se perfecciona el negocio.

A modo de conclusión podemos decir que las distintas teorías defienden momentos temporales distintos de perfeccionamiento, pero que resultan ser los mismos para cada una de ellas, para otorgar caracteres diferentes a la naturaleza jurídica de la mediación.

En defensa de la teoría contractual o de la mixta cabría decir que en todo contrato se puede percibir la existencia de dos actos de toma de decisión, uno por cada una de las partes contratantes que presuponen la asunción, por cada una de ellas de una serie de reglas dirigidas a asegurar que cada uno de estos actos se introduzcan en la relación por su autor en idóneas condiciones de integridad y de equilibrio en la declaración negocial, nos estamos refiriendo a la aplicación de las normas relativas a la capacidad natural, los vicios del consentimiento, la forma, etc....Para hablar de contractualidad es necesario que estas reglas puedan encontrar su aplicación, en relación a la mediación, en el acto contractual o en la estructura del contrato, si no pudiesen ser aplicadas, este sería un argumento suficiente para dudar de la negociabilidad del supuesto.

---

### 6.3 Su consideración como contrato independiente o vinculado

Como habíamos mencionado en el Capítulo I, una de las características del contrato de mediación o de intermediación, es su calificación como contrato independiente o contrato vinculado.

En los estudios doctrinales anteriores a la aprobación del *Codice di Commercio* se consideraba este asunto como relevante para la determinación del nacimiento del derecho del mediador a la comisión.

Una de las primeras cuestiones que se planteaban era si al existir varias partes contractuales, el mediador estaba vinculado a ellas no por uno sino por dos contratos, es decir si su vínculo con cada una de las partes era en sí un contrato, que tenía como finalidad un mismo asunto.

Para algunos autores, el contrato de mediación podía formarse tan solo con uno de los dos contrayentes, en estos casos se daba la situación que el mediador era contratado por una sola de las partes, percibiendo la comisión por su mediación de este<sup>133</sup>. Pero esta opinión choca de pleno con la idea de la mediación que precisaba, y en esto estamos plenamente de acuerdo con la doctrina que defendía esta idea, del reconocimiento de la otra para ser calificado como mediador, sino podríamos decir, sin lugar a dudas, que actuaba como mandante. En estos casos en los que el mediador era contratado por un solo contratante - si el mediador no mencionaba su carácter, pero se llevaba a término el asunto, existiendo de este modo un reconocimiento tácito de su actuación mediadora, o haciéndolo, la contraparte lo aceptaba como tal, pero no se

---

<sup>133</sup> VIVANTE, C., “I Commercianti” en *Trattato di diritto commerciale*. Ob. cit., pág. 228.

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

obliga al pago de la comisión - el mediador percibiría la comisión únicamente de una de las partes, si se había pactado así, sino debía percibirlo de las dos, al ser reconocido y al actuar como mediador en el asunto<sup>134</sup>. El reconocimiento de la persona del mediador era necesario así como la efectiva actuación de este, para la conclusión del asunto<sup>135</sup>

Otra de las posibilidades era que ante un mismo sujeto actuasen dos o más mediadores, posibilidad reconocida y aceptada por la libertad de actuación que permitía el *Codice di commercio*. En este caso la comisión debía repartirse, si se pactaba, a partes iguales entre todos los mediadores participantes o en función de la labor de mediación que desarrollaba.

Como íbamos diciendo, la calificación del contrato como vinculado o no al principal influía claramente en la condición exigida por el art. 32 del C. di Comm de 1882 para que naciese el derecho a la mediación y con él, el derecho del mediador a poder exigir la comisión por los servicios realizados. Para la doctrina la conclusión del asunto es necesaria para considerar realizado el contrato de mediación, visto de este modo estaríamos claramente ante un contrato vinculado, ya que la actividad de mediación, para el art. 32, precisa de la conclusión efectiva del asunto, además para algunos, es necesario que el intermediario actúe de manera activa para alcanzar dicha conclusión, es decir que debe existir una relación directa entre la actuación del mediador y la conclusión del asunto para que este pueda exigir la comisión. Este nexo, reconoce

---

<sup>134</sup> BOLAFFIO, L. “Dei Mediatori, delle obbligazioni commerciali... Pág. 18, Ob. cit. En la misma línea la jurisprudencia STC *Cassazione di Firenze* de 25 de febrero de 1915: “*Di regola non basta un solo contratto di meidazione... non è pero escluso il contrario, donde segue che la mediazione è perfetta con l’incarico unilaterale dato ed accettato, quantunque, ad affare concluso...*”.

<sup>135</sup> En esta misma línea, BOLAFFIO. L. “Dei Mediatori, delle obbligazioni”, Ob. cit., “anche l’altra parte che, ha, sia pure tacitamente, consentito l’intervento del mediatore e neha tratto profitto, sia tenuta, salvo il caso di espressa riserva, alla retribuzione”.

---

la doctrina, permite que el derecho se extienda a aquellas operaciones, que tras rotas las relaciones entre las partes, con posterioridad se llegue a perfeccionar el asunto, si este se hizo gracias a la actuación del mediador<sup>136</sup>.

Por el contrario, opina la doctrina que si el contrato no llegaba a concluirse o, a pesar de la intervención del intermediario, este se hacía de un modo distinto al inicialmente previsto, sin que participase el mediador en estas modificaciones finales, este perdería el derecho a percibir comisión alguna<sup>137</sup>. Pero esto debe matizarse, porque reconoce la doctrina la posibilidad de considerar concluido el contrato y de nacer el derecho a la comisión, a pesar de que este no se realice efectivamente, ¿cuándo sucede esta situación?, cuando en el contrato se prevea una cláusula penal que permita a una de las partes, haciendo uso de esta facultad alternativa, no concluir el contrato, al abonar la cantidad pactada en la cláusula penal está concluyendo el contrato en una de las formas previstas, y por tanto el mediador vería como nace su derecho a la comisión pudiéndola exigirla<sup>138</sup>.

#### 6.4 El contrato “formulario”

La creciente práctica comercial y profesionalización de la mediación, en servicios tales como la venta de seguros, de productos financieros e incluso de la venta

---

<sup>136</sup> Sentencia de la Corte de *Appello di Venezia* de 13 de diciembre de 1898 doctrina confirmada también por la Sentencia de *Cassazione di Torino* de 29 de enero de 1915. En ambas sentencias se reconoce el derecho a la comisión si las partes concluyen el asunto sin la participación del mediador, pero este puede demostrar que de manera inicial su aproximación y su confluencia de voluntades en una fue causada por su intervención.

<sup>137</sup> Sentencia de la *Corte di Appello di Milano* de 24 de febrero de 1911. En un sentido similar ya se había pronunciado la *Corte di Appello di Venezia* en Sentencia de 5 de noviembre de 1889, que consideró que no se había cumplido el pacto de estipular el contrato de compra a través de un notario.

<sup>138</sup> BOLAFFIO, L. “*Dei Mediatori, delle obbligazioni commerciali...* Pág. 55, Ob. cit.

---

## Capítulo IV:

La actividad de intermediación:

Su regulación en la legislación italiana

---

de “paquetes turísticos” ha provocado que la necesaria practicidad de la mediación lleva a estos profesionales mediadores, a hacer uso de contratos estandarizados para agilizar sus transacciones (Debemos tener en cuenta que en la actualidad la prestación de estos servicios es llevada a cabo por grandes empresas, nacionales e internacionales, que reducen el trato personalizado a mínimos detalles contractuales). Para evitar que el uso de estos modelos reduzca la protección que el legislador proporcionaba al consumidor con la regulación de la mediación, incluyó en esta la regulación de lo que vino a llamar “contratos formularios”, de manera que todo aquel que en el ejercicio de la profesión de la intermediación, hiciese uso de un “contrato formulario” tuviese que seguir aquello previsto en la L. n.39 de 1989.

En el art. 5.4<sup>139</sup> de la Ley se obliga a quién actúe mediante un “modelo o formulario”, a que este sea previamente inscrito en la Comisión de la Cámara, regulada en el art. 7, que tiene la función de inscribirlo en la sección del correspondiente a ese intermediario concreto.

La Ley no describe de un modo detallado y conciso el formulario, sino que se limita a solicitar de él, que sea claro, comprensible y basado en los principios de la buena fe contractual (*Ej.: Art.33 del Codice del Consumo*, o la correcta actuación prevista en el art. 1175 CC.).

Prevé la norma, en el art. 21, sanciones administrativas por el uso de formularios no inscritos. Pero la inscripción no implica un control sobre el formulario, ya que norma

---

<sup>139</sup> Art. 5.4 Ley de 3 de febrero de 1989, núm. 39 “Il mediatore il quale, per l’esercizio della sua attività, si avvalga di moduli o formulari nei quali siano indicate le condizioni del contratto, deve preventivamente depositarne copia presso la Commissione Camerale

---

alguna prevé que la Comisión pueda modificar o solicitar al modificación del mismo previa inscripción, con lo que el control quedará supeditado a las posibles reclamaciones, que por cláusulas abusivas, realicen los clientes en los Tribunales, mediante la acción inhibitoria (nuestra acción de cesación), prevista en el *Codice civile*, art. 1469. Esta protección se hace extensible hacia todas aquellas normas relativas al control de la contratación previstas en el *Codice civile*, concretamente los arts. 1341, 1342, 1370, que son necesarias dado que las empresas de intermediación, sobretodo en el campo de las finanzas y de la aseguración, actúan mediante contratos en masa que contienen condiciones generales de la contratación.

Cuestión distinta a las cláusulas abusivas<sup>140</sup>, serán aquellas introducidas, ya no solo en el contrato formulario, o en las condiciones generales, sino en cualquier contrato que realice un intermediario, que podríamos considerar como cláusulas atípicas, nos referimos, entre otras, a la típica cláusula de exclusividad (que limita al vendedor de un inmueble a ofrecerlo a otros sujetos intermediadores durante un tiempo determinado) o la cláusula de irrevocabilidad del encargo (de manera que encontrado el cliente por el intermediario, la operación deba concluirse de manera obligatoria) o la ya mencionada en otros momentos que obliga al pago de la comisión aunque no se perfeccione el negocio perseguido. Estas cláusulas, que forman parte de la contratación en masa, son de práctica habitual y han sido discutidas en los Tribunales, pero, salvo que se demostrase que no estaban redactadas de un modo claro, o que imponían un desequilibrio económico, han sido, en su mayor, parte aceptadas.

---

<sup>140</sup> El control de las cláusulas abusivas quedará bajo la aplicación o no a estas de la normativa comunitaria, la D/93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas, que tiene su reflejo legislativo en los arts. 33 a 38 del *Codice del Consumo*.

---

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

En los próximos apartados llevaremos un desarrollo más exhaustivo de la regulación y especificidades de cuatro clases distintas de intermediación. Hemos escogido aquellas que tienen una mayor relevancia actualmente en las relaciones de consumo y cuyo carácter es, todavía, privado. Como son la intermediación financiera, de seguros, inmobiliaria y la de las agencias de viaje.

### **6.5 El contrato de intermediación financiera. Forma especial o contrato del C.C. italiano**

En primer lugar, y para comprender la situación específica del contrato de mediación en asuntos financieros, debemos saber que los contratos de inversión reproducen el esquema de la cuenta corriente bancaria<sup>141</sup>, por el cual la banca se obliga a ejecutar inversiones para su cliente, usando los fondos proveídos por este a través de un depósito o de la abertura de un crédito.

El contrato de negociación financiera tiene su origen en la regulación comunitaria, concretamente en las Directivas 39/2004 y la 73/2006, que en la regulación italiana tienen su reflejo en el Texto único de la intermediación financiera (a partir de ahora TUF) y el relativo reglamento Consob (*Commissione nazionale per le società e la borsa*)<sup>142</sup>; y el esquema causal del contrato está regulado en los arts. 1852-1857 CC,

---

<sup>141</sup> La Casación lo califica como un contrato mixto de cuenta corriente y de mandato, por la cual la banca se obliga a ejecutar a las disposiciones del cliente, usando los fondos proveídos con un depósito o con una abertura de un crédito. Sentencia de *Cassacion* civil de 27 de julio de 1972, Núm. 2545, en *Diritto*. 1973, Núm. II, pág. 310, doctrina seguida, entre otros por el Tribunal de Nápoles en Sentencia de 10 de Septiembre de 1996 en *Banca, borsa, titoli di credito*, 1998, núm II, p. 344 y del Tribunal de Milán, en Sentencia de 12 de julio de 1984, en la misma revista, 1986, Núm. II, pág. 95)

<sup>142</sup> Reglamento CONSOB núm. 16190/2007, aprobado el 29 de octubre de 2007, y sus sucesivas modificaciones, que contiene la disciplina de actuación de los intermediarios.

---

podríamos decir que el cliente, cuando da órdenes al banco, dispone de las sumas resultantes a su haber, en el sentido del art. 1852. Según esta regulación las partes del contrato de intermediación financiera son, por un lado un de los habilitados para tal, como prevé el art. 1.1 del TUF y por el otro persona física o jurídica.

Pero si está regulado de forma específica, ¿por qué la doctrina considera que este contrato puede obtener la protección de las normas del Código civil? La respuesta la encontramos en el hecho que podemos considerar el contrato un mandato, en ese caso su finalidad será la de adquirir o vender instrumentos financieros y las órdenes del cliente al banco serán, en el sentido del art. 1711CC ita., instrucciones del mandante al mandatario. La banca, como mandatario, se obliga a seguir las instrucciones del cliente, su mandante, adquiriendo o vendiendo según las órdenes por ellos impartidas. Se trata, en particular, del mandato sin representación: el banco, autorizado por el cliente, adquiere en nombre propio (art. 1705 CC.ita.); y luego trasladará a la cuenta o fondo del cliente los instrumentos financieros adquiridos, sin necesidad de un contrato posterior. Además los comportamientos que, por ley o reglamento, realiza el intermediario financiero son, de la fase de formación del contrato, incumplimientos contractuales, a los que aplicaremos el art. 1337 del CC.ita.; y si se trata de comportamientos a observar tras la formación del contrato, de incumplirse se les aplicaría las consecuencias de los arts. 1218, 1453 CC.ita.<sup>143</sup>.

Una parte de la doctrina consideraba que cada orden de inversión dada por un cliente era un contrato independiente que estaba vinculado a un, llamado, “contrato

---

<sup>143</sup> En este modo se pronuncia la Sentencia de *Cassación* (sala única), de 19 de diciembre de 2007, número 26725, presidida por Carbone, relator Rordord,

---



## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

marco”, el contrato inicial del cliente con el banco<sup>144</sup>, pero para autores como GALGANO<sup>145</sup>, la orden del cliente al banco es un acto unilateral de ejecución de un mandato, no es una propuesta contractual del cliente al banco, y está dirigida a perfeccionar una compraventa. El banco a su vez, en la adquisición en el mercado de los títulos respecto de los cuales, tiene la orden del cliente, realiza una prestación que sirve como cumplimiento del contrato; los títulos entrarán en el patrimonio del cliente, gracias al mecanismo del mandato sin representación que tiene por objeto cosa mueble adquirida por el mandatario por cuenta del mandante (art. 1706 CC.ita.). En la misma línea se mueve la jurisprudencia más reciente<sup>146</sup>, que considera que las operaciones llevadas a cabo por el intermediario por cuenta del inversor son actos de ejecución del contrato de intermediación. Por lo que queda completamente excluida la idea de la existencia de un contrato marco y de sucesivos contratos vinculados a este, sino que estamos ante un solo contrato con diversidad de actos, unos sin necesidad de ser autorizados y otros que sí, pero que están previamente determinados en el contrato.

El intermediario en su actuación debe comportarse con diligencia, corrección y profesionalidad en el cuidado de los intereses del cliente. El intermediario deberá

---

<sup>144</sup> Ver al respecto ROPPO, V. *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, en Revista *Danno e Responsabilità*, Núm 6, 2005, p.604. Como ejemplo de la Jurisprudencia ver la Sentencia del Tribunal de Milan, 25 de julio de 2005, en [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); y en el Tribunal de Génova, de 18 de abril de 2005, en Revista *Danno e responsabilitat*, 2005, p.604.

<sup>145</sup> GALGANO, F. “El contrato de intermediación financiera ante la sesión unida de la casación”. En Revista *Contratto e Impresa*. 2008 Núm. 1, fasc. 1.

<sup>146</sup> La Sentencia de *Cassación* de 19 de diciembre de 2007, citada supra, se pronuncia sobre el contrato de negociación, realizado entre el banco y el inversor y decide seguir la línea de la Sentencia dictada por la sección I de 16 de febrero de 2007, n.3684. Para el Tribunal lo que normalmente se suele calificar como “contrato marco” no es otro que el contrato de intermediación financiera, el cual “puede ser acercado al mandato”. De este contrato derivan obligaciones y derechos recíprocos del intermediario y del cliente. Las sucesivas operaciones que el intermediario cumple por cuenta del este, constituyen todavía actos del contrato de intermediación.

---

situarse como parte también en la fase que previa a la realización del contrato de intermediación financiera<sup>147</sup> así como en otros momentos de la fase de ejecución del mismo. El deber de información, que se le exige en la fase precontractual, subsiste tras la confección del contrato de intermediación, permanece activa durante toda la fase ejecutiva del contrato y finaliza una vez realizada su correcta ejecución.<sup>148</sup> Esta obligación de permanecer actual durante toda la fase ejecutiva de la relación se entiende de manera que se debe renovar solo cuando la naturaleza o entidad de una operación individual así lo requiere; es obvio, ya que la situación del cliente no es estática sino susceptible de evolucionar con el tiempo.

Del mismo modo que el intermediario tiene unos deberes de información para que el cliente contrate determinados servicios, también los tiene en un sentido negativo, recomendar la no contratación cuando la operación sea de una dimensión excesiva respecto a la situación financiera del cliente (letra f.).

### **6.5.1 Forma del contrato.**

Queda por último la referencia a los requisitos de forma que mantienen viva la idea de que estamos ante un contrato regulado y específico de intermediación,

---

<sup>147</sup> Se refiere a la fase pre-negocial y a la obligación de entregar al cliente el documento informativo mencionado en la letra b) del art. 6 de la Ley, y al deber del intermediario de conseguir la información necesaria según la situación financiera de su cliente, letra d), para así poder luego adecuar a él la sucesiva operatividad.

<sup>148</sup> El intermediario tiene el deber de poner al cliente siempre en situación de poder evaluar completamente la naturaleza, los riesgos y la implicación de las operaciones de inversión o de desinversión, además de algunos otros datos necesarios (art.6, a), y tal deber de comunicar debe ser realizado por escrito, tanto la existencia de eventuales situaciones de conflicto de intereses, como la posterior autorización de la operación (letra g.).

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

requisitos como la forma escrita, su falta está penada con la nulidad (art. 23.1 del TUF). La ley aporta además una denominación específica al contrato escrito “Contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento” o “contratto di intermediazione finanziaria”.

Las operaciones ejecutadas a través de un contrato de intermediación tienen, para la Sección Unida de la *Cassazione*, “naturaleza negocial”. No precisa el Tribunal si esta naturaleza se le debe atribuir a las adquisiciones que el intermediario realiza por cuenta del cliente para procurarse en el mercado los instrumentos financieros que los clientes le han solicitado, o si alude a las órdenes de adquisición impartidas por los clientes. En el primer caso estamos en presencia de contratos de compraventa, y por lo tanto de actos de indiscutible “naturaleza negocial”. Pero también en el segundo caso, ya que aunque es un acto unilateral de voluntad, tiene su origen en la instrucción que, según el art. 1711,2, el mandante imparte al mandatario; La sección Unida de la *Cassazione*, en este caso hace una explícita referencia al mandato, por cuyo contrato el intermediario financiero está habilitado para adquirir por cuenta del cliente<sup>149</sup>.

Pero sobre estas operaciones surge una duda formal, ¿deben seguir el requisito de la forma escrita previsto para el contrato inicial? El Reglamento de desarrollo habilita al mediador (inversor del cliente) formalizar el contrato por escrito e indicar en él la obligación de consulta sobre las inversiones (art. 37.1) o podrá en él, por

---

<sup>149</sup> En otra ocasión el Tribunal se ha posicionado de manera diversa, dando validez solo a las instrucciones del mandante, de manera que el exceso de los límites del mandato por el intermediario y en aplicación del art. 1711.1, hace que estos queden a cargo del mandatario, entendiéndose también como exceso de la instrucción que, en el curso de la ejecución del mandato, el mandante le imparte para cada acto concreto Sentencia de *Cassazione*, de 19 de mayo de 2004, n. 9472.

---

otro lado, especificar el modo en que actuará, el modo en que impartirá las órdenes de inversión más arriba descritas (art. 37.2), otorgándole un amplio margen de libertad, de manera que aunque se pueda considerar obligatoria la forma escrita para las posteriores operaciones, para evitar que este requisito ralentice la operatividad de un mercado cambiante, las operaciones posteriores se podrán llevar a cabo sin el requisito de la forma escrita, siempre que esto esté indicando de modo expreso en el contrato, sino por una aplicación amplia del art. 23.1 TUF consideraríamos que se incumple el requisito de la forma escrita y dichos actos serían considerados nulos. Debemos aclarar que este margen de libertad se reconoce solo sobre el cliente profesional<sup>150</sup>, ya que no todos los clientes que recurren a los servicios de un intermediario financiero están a un mismo nivel. Por eso, aquel a quien se considera consumidor quedaría plenamente protegido y sería exigible siempre la forma escrita, pudiéndose declarar como abusiva la cláusula contractual que, para determinadas inversiones de riesgo, excluyese la autorización por escrito de dichos actos<sup>151</sup>.

### **6.5.2 Contenido del contrato.**

El contenido mínimo del contrato está relacionado en el Reglamento<sup>152</sup>. Dicho contenido permite realizar la tutela sobre el inversor, ya que limita la libertad de la autonomía privada de las partes, de ambas, pero dada la situación en que se encuentra normalmente el inversor, dicha limitación lo es para el intermediario o el

---

<sup>150</sup> El art. 23. 1 del TUF prevé la posibilidad de que se estipule de forma distinta a la escrita, teniendo en cuenta la naturaleza profesional del contratante, y el art. 26 del Reglamento Núm. 16190/2007 nos aporta una distinción de las categorías de clientes definiendo al cliente profesional.

<sup>151</sup> MARANGO, R “La nullità del contratto di intermediazione di valori mobiliari per difetto di sottoscrizione dell’intermediario” Revista *Nuova Giurisprudenza civile*. 2010 Núm. 9, Pág. 932.

<sup>152</sup> Art. 37. 2 del Reglamento Núm. 16190/2007.

---

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

banco, mientras que para él es una protección. Entre otras hay la obligación de determinar con claridad los servicios que prestará el intermediario y durante cuánto tiempo y si se renovará tácitamente o no (art. 37.2 Reglamento).

Respecto al coste de los servicios de intermediación prestados, la normativa es clara al señalar que estos deben ser determinados o determinables, constando este dato en el contrato (art.23.2 TUF), siendo considerados nulos aquellos costes que se deje su determinación a los servicios que preste (el artículo habla de los usos que haga el inversor del intermediario)<sup>153</sup>. Cosa distinta es la previsión de una comisión o incentivo por beneficios (art. 52 del Reglamento). La norma considerará nulas las cláusulas que dejen la determinación del coste a los “usos” (en este caso estaríamos hablando de una nulidad relativa, ya que solo podrá ser solicitada por el cliente (Art. 23.3 TUF).

#### **6.5.3 La carga de la prueba.**

Por último debemos hacer mención a la carga de la prueba. En caso de que se produzca una solicitud de resarcimiento de daño, la norma (art. 23.6 TUF), carga con la prueba al cliente inversor. Pero para el resto de situaciones deberá ser aplicada la norma general del art. 2697 CC, en relación al intermediario financiero, este deberá probar que actuó con diligencia<sup>154</sup> sí el cliente demuestra que entre el daño sufrido y el comportamiento del intermediario existe un nexo de causalidad.

---

<sup>153</sup> Debe diferenciarse el coste de los servicios prestados por el intermediario de los intereses y tasas de los contratos bancarios que sí son, de algún modo variables.

<sup>154</sup> La diligencia profesional del art. 1176 CC.

---

## **6.6 El contrato de intermediación turística. De la regulación legal a la codicística: El nuevo *Codice del turismo***

### **6.6.1 La regulación del contrato desde la aprobación de la Ley de 27 de diciembre de 1977 n. 1084<sup>155</sup>.**

El contrato de viaje no estaba regulado de manera específica en el CC. Ita. En aquel momento los Tribunales se pronunciaban en modo que consideraban que no era necesario que se identificase con una de las figuras de la ley, porque a falta de un sistema contractual preestablecido las normas generales sobre las obligaciones podían delimitarlo, siempre que no fuese contrario a la buena fe y las costumbres. Esta afirmación condujo a que tanto la doctrina como la jurisprudencia se posicionasen formulando que el contrato podía ser tanto típico como atípico o innominado

El contrato que habían venido realizando las agencias de viaje, en líneas generales, se asimilaba al contrato de transporte, pero tras la aprobación del CCV se estableció que debía distinguirse cuando estábamos ante un contrato de viaje nacional o internacional. De este modo, el nacional se situaba entre un contrato atípico mixto o complejo respecto al de transporte, siempre que tenga elementos que lo compongan vinculados e inseparables. Por el contrario al internacional se le aplica el contrato del CCV un contrato típico de viaje internacional. Pero la novedad de la figura contractual crearía dificultades de calificación.

---

<sup>155</sup> Que ratificó la ejecución de la Convención internacional relativa al contrato de viaje (CCV), firmada en Bruselas el 23 de abril de 1970.

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

La ley del 77 distinguía entre el organizador y el intermediario, previendo una comisión para este último. El contrato se realizaba entre tres sujetos, la empresa organizadora o tour operador, la agencia de viajes o intermediaria y el tercero adquirente del servicio. Con el nacimiento de este contrato, realizado a través de intermediario, nace también el derecho a la comisión, que será, normalmente, establecida por el organizador.

La actividad de intermediación viene determinada en el art. 3.3 de la ley del 77, que pretende dar claridad al contenido. El intermediario debe comportarse según la corrección y la diligencia de un buen padre de familia (art. 1175 y 1176 CC. Ita.)<sup>156</sup>.

La naturaleza del contrato de intermediación de viaje, no había provocado una gran discusión doctrinal. La jurisprudencia ha afirmado que el contrato tiene naturaleza de mandato, refiriéndose a la actividad del intermediario<sup>157</sup>. La doctrina

---

<sup>156</sup> Principio reafirmado por Sentencia de la Corte de Appello de Milán de 17 de marzo 1939, en Revista *Foro italiano* de 1939, Tomo I, Pág. 842).

<sup>157</sup> FOSSATI, en Revista de *Giurisprudenza Italiana* de 1988, Tomo I pág. 183; Sentencia de la Corte de Appello de Roma de 17 de diciembre de 1974, en Revista *Giurisprudenza di Merito* de 1976, Tomo I, núm. 21 con comentario de CUFFARO: Pretura di Roma de 13 marzo 1973 “*Es motivo de controversia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la naturaleza del contrato de crucero por el cual, la agencia de viaje aporta el programa, lo difunde con oportunos medios publicitarios, consiguen la adhesión de los turistas, concluyendo una variedad de contratos de transporte, de hotel, con unas determinadas localidades, asistiendo al viajante en todo el viaje y procurándole guías, intérpretes, etc... todo cuanto es necesario para que el viaje tenga el mayor resultado posible. Para algunos las agencias de viaje actúan como simple mediador entre el adherente y el crucero y aquellos que prestan los servicios de transporte, hotel, etc... Para otros los agentes establecen un contrato con el prestador del servicio, a favor de los terceros viajeros. Para otros todavía el negocio entre la agencia y el viajante es reconducible al contrato de arrendamiento de obra o mejor al de arrendamiento de servicios. La Corte de apelación de Nápoles, con la sentencia de 23 de abril de 1958, n. 887. Ha visto en el negocio un contrato mixto único, resultante de la combinación de diversos esquemas negociables (transporte, suministro de alojamiento en hotel, etc...) teniendo presente el hecho que el turista, adquiere el crucero organizado haciendo indudable referencia solo al completo servicios ofrecidos y prometidos, del mismo modo que la agencia, organizando del crucero, solo se preocupa de llegar a un número de participantes que le aseguren la utilidad de la iniciativa. Según la opinión mayoritaria, por otro lado, en el negocio entre la agencia de*

---

converge con la jurisprudencia al reconocer la figura del mandato en el contrato entre el agente de viaje y el consumidor o usuario. Al analizar el negocio que se celebra entre el usuario del viaje y el intermediario se aprecia que el intermediario se limita a realizar una actividad cuyo contenido es el desarrollo de contactos y conclusión actos, por cuenta y en nombre del viajante, con una serie de prestadores de servicios por separados o conjuntamente y con un transporte, o bien con un organizador de viaje o tour operador, teniendo en este caso como objeto, un viaje organizado, también llamado paquete turístico. La agencia de viajes recibe por estos actos una comisión, la diferencia del precio obtenido por la agencia intermediaria del consumidor, y el precio que deberá abonarle este al prestador del servicio o al organizador de un paquete turístico.

El negocio concluido entre el viajante y el intermediario se configura como un mandato con representación<sup>158</sup>, deduciéndose esto de la dicción del art. 17, según el cual: “todo contrato estipulado por el intermediario de viaje con un organizador de viaje o con persona que realizan los servicios por separado será considerado como si fuese concluido por el viajante”. Así, por efecto de la estipulación de los dos

---

*viaje y los turistas que aceptan todos los servicios se puede apreciar también un contrato de mandato. No es necesario realizar un examen crítico de las diversas opiniones porque en el caso de la especie del contrato estipulado por las partes se configurará seguramente como contrato de mandato, concluido sobre la base de la oferta pública de la mandataria convenida y aceptada por el mandante actor, que tendrá por objeto la conclusión de los diversos contratos con los terceros para asegurar a los mandantes los servicios de transporte, de alojamiento en hotel...”*

<sup>158</sup> Sentencia de Cassazione Civil sec. III de 28 de noviembre de 2002, n.16868: “Il contratto di organizzazione di viaggio concluso da un agente intermediario per il viaggiator dà luogo ad un rapporto diretto tra viaggiatore e organizzatore di viaggi, ma tra viaggiatore e l’intermediario che faccia constare tale sua qualità nei documenti di viaggio sorge anche un contratto di mandato caratterizzato da poteri di rappresentanza. Pertanto el viaggiatore è tenuto, ex art. 1719 c.c. as somministrate all’intermediario i mezzi necessari por questo rapporto, assuma l’obbligo verso l’organizzatore del pagamento del corrispettivo e delle penali per l’annullamento del viaggio, il viaggiatore è tenuto a rimborsagli i fondi eventualmene anticipati por tali pagamenti”.

---



## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

contratos, respectivamente entre intermediario de viaje y el consumidor, y entre el primero y un organizador de viaje o prestador de servicio separados se crea un negocio directo entre consumidor y organizador del viaje como si entre el consumidor y el organizador del viaje se hubiese estipulado directamente un contrato de viaje.

Esta evidencia de que el intermediario tiene un mandato con representación, tiene una clara consecuencia, que derechos y deberes de tales sujetos estén regulados por el contrato del organizador de viaje<sup>159</sup>. Una de las obligaciones del agente intermediario, es la de comunicar su condición (art. 18) “que actúa en calidad de intermediario del viaje”. La falta de dicha indicación supondrá que el agente deberá responder personalmente como si fuese el organizador, conforme a los principios de la representación, este hecho fue ratificado por el Tribunal de Roma<sup>160</sup>. Otra línea jurisprudencial a través de sus sentencias, por un lado, ratificó la obligación de declarar su propia calificación de intermediario<sup>161</sup>, y por otro, se posicionaron ante

---

<sup>159</sup> Sentencia de *Cassazione* Civil sección III de 19 de enero de 1999, Núm. 460: “ *La convenzione di Bruxelles 23 aprile 1970, ratificata con L. 27 dicembre 1977 Núm.1084 che disciplina el contratto di viaggio nella duplice tipologia di contratto di organizzazione di viaggio e di contratto di intermediario di viaggio, non richiede necessariamente, per la sua applicabilità, che uno dei contraenti sia l'imprenditore (organizzatore o intermediario) e l'altro il viaggiatore. Ed infatti, avuto riguardo alla collocazione sistematica dell'intermediario di viaggio nella figura del mandato con rappresentanza, e della conseguente riconducibilità dell'attività contrattuale dell'intermediario al viaggiatore, la convenzione deve ritenersi applicabile anche al contratto stipulato tra organizzatore ed intermediario di viaggio*”.

<sup>160</sup> Sentencia del Tribunal de Roma de 23 de marzo de 1988: “*La qualifica di intermediario di viaggi deve essere portata a conoscenza del cliente e deve emergere con chiarezza dai documenti illustrativi che vengono a questo consegnati. In mancanza di tali indicazioni l'agente di viaggi deve essere considerato quale organizzatore e non può valersi ingiudizio della qualifica di intermediario*”.

<sup>161</sup> TASSONI, *Aspetti particolari della risoluzione del contratto di viaggio*. En G. Silingardi- ZERO, V. Y ZENCOVICH. “La tutela de Turista”, Ed. ESI, Napoles. 1993, Págs. 209-218. “*La clausola di intermediazione è condizione necessaria, ma non sufficiente affinché l'agenzia turistica sia effettivamente considerata intermediaria: la sua presenza non preclude l'indagine in ordine alla reale natura delle obbligazioni assunte*”.

---

una posible falta de los poderes de representación, determinando que no podía ser calificado como un contrato de mandato con representación entre el agente y el consumidor<sup>162</sup>.

Los servicios turísticos pasaron a ser regulados en el Decreto legislativo de 17 de marzo de 1995, Núm. 111<sup>163</sup>. Decreto aplicable, según su art. 1, a las ventas u ofertas realizadas en el territorio nacional de “*pachetti turistici*”, esto es, los actualmente llamados viajes combinados. El cambio terminológico de intermediario a vendedor no es casual. El legislador pretende remarcar la contraposición entre el consumidor, que recibe el servicio, y los dos sujetos operadores profesionales que se lo ofrecen. Otro aspecto relevante de este cambio es la definición del contrato contenida en el CCV<sup>164</sup> y en el Decreto Legislativo. 111/95. Mientras que la CCV distingue dos tipos contractuales, el contrato del intermediario y el contrato del organizador del viaje, la Directiva 90/314/CEE, ha definido en el art. 2.5 exclusivamente el “contrato” sin distinguir entre el intermediario y el organizador. Además el D.Lgs 111/95 no define el contrato con el consumidor, se limita a prever la forma y el contenido, dándole la denominación de “Contrato de venta de paquete turístico”.

De este modo, el legislador parece afirmar que a pesar que estamos ante un negocio trilateral (organizador-vendedor-consumidor) este no precisa de la realización de dos contratos con el consumidor. Lo importante es la forma y el

---

<sup>162</sup> Sentencia de la Corte de Apelación de Torino de 10 de enero de 1986.

<sup>163</sup> Que supuso la Transposición al ordenamiento italiano de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Publicada en el DOCE núm. L 158 de 23-6-1990 Págs. 59-64.

<sup>164</sup> Siglas con las que se conoce en la doctrina italiana la Convención de Bruselas, firmada el 23 de abril del 1970 (CCV), ratificada en Italia con la *legge 27 dicembre 1977, n° 1084*.

---

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

contenido, elevando así la protección al consumidor, que no debe preocuparse de cuál es la contraparte contractual sino cuál es el contenido del contrato, de este modo es más fácil el control de la protección del consumidor, si solo existe un contrato, independientemente del sujeto que lo lleve a cabo. El contrato, lo firme el vendedor o el organizador, es un contrato realizado entre el organizador y el consumidor, de manera que cualquier imprevisto que surja durante su realización corresponde ser modificado o corregido por el organizador.

Se mantiene la obligación de que el agente no responda, por norma, de los errores del organizador, pero sí que asumía toda la responsabilidad del organizador en caso de que omitiese indicar el nombre del organizador en el contrato, quedando clara su calidad de intermediario<sup>165</sup>.

Tras la entrada en vigor del Código de consumo, se dio fin a esta situación, quedando definitivamente superada la duda de la aplicabilidad, a las cláusulas del contrato turístico, de la legislación de consumo, reflejada en el art. 33 y ss. del C de consumo<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> Sentencia de la Corte de Torino de 8 de noviembre de 1996, Núm. 8013 en Revista *Giurisprudenza Italiana* de 1997, Tomo I, Pág. 58.

<sup>166</sup> A. FLAMINI, *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, págs. 24 e 35 ss., “secondo cui, nel coordinamento tra la CCV e il d.lg. Núm. 111 del 1995, si dovrà dar conto del “principio della tutela del consumatore””.

---

---

### 6.6.2 *El contrato en el Codice del turismo*<sup>167</sup>

El *Codice del Turismo*, tal y como se prevé en su art. 1<sup>168</sup>, es una reagrupación de las normas relativas al turismo, que facilitarían, al Estado un mayor y mejor control administrativo; control que debería reflejarse, posteriormente, en una mejora de la prestación de los servicios y del control de sus prestadores respecto a los consumidores e usuarios de servicios turísticos.

Es relevante mencionar, como respecto a la regulación relativa a los partícipes, es decir a las empresas turísticas, el *Codice del turismo*, tan solo ha llevado a cabo un traslado de la norma regulada en el *Codice civile* (art 1742 y ss. ) en el art. 4 del Código, manteniéndose el reconocimiento de las empresas de intermediación y así mismo la obligatoriedad de su inscripción en el Registro correspondiente, y en al

---

<sup>167</sup> Sin entrar a debatir el malestar generalizado de la doctrina italiana respecto a la innecesaria codificación de la materia del turismo, cabe hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional, que con la sentencia n. 80 depositada el 05/04/2012 ha declarado ilegítima un aparte del Código del Turismo: “*l’illegittimità costituzionale dell’articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 23 maggio 2011, Núm. 79 (Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell’articolo 14 della legge 28 novembre 2005, Núm. 246, nonché attuazione della direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio), nella parte in cui dispone l’approvazione dell’art. 1, limitatamente alle parole “necessarie all’esercizio unitario delle funzioni amministrative” e “ed altre norme in materia”, nonché degli arts. 2, 3, 8, 9, 10, 11, comma 1, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20, comma 2, 21, 23, commi 1 e 2, 30, comma 1, 68 e 69 dell’allegato 1 del d.lgs. Núm. 79 del 2011”.*

<sup>168</sup> Art. 1 *Ambito di applicazione 1. Il presente codice reca, nei limiti consentiti dalla competenza statale, norme necessarie all’esercizio unitario delle funzioni amministrative in materia di turismo ed altre norme in materia riportabili alle competenze dello Stato, provvedendo al riordino, al coordinamento e all’integrazione delle disposizioni legislative statali vigenti, nel rispetto dell’ordinamento dell’Unione europea e delle attribuzioni delle regioni e degli enti locali.*

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

art.18 donde se centra en las agencias de viajes, que también podrán actuar como intermediarias<sup>169</sup>

En el Título VI, se desarrolla la regulación del contrato de viaje organizado (“*Contratti del turismo organizzato*”) que vende el intermediario o el organizador dentro del territorio nacional. El contrato será siempre en forma escrita, redactado en forma clara y precisa, entregándosele copia del mismo al cliente (art. 35), en el siguiente artículo, relativo al contenido, se hace mención expresa a que debe constar los datos del intermediario. Recordemos la importancia que hasta el momento había tenido para la jurisprudencia la omisión en el contrato de la participación en este del intermediario como tal, la responsabilidad recaería sobre él como si hubiese sido el organizador o el prestador de los servicios contratados.

Los deberes de información. Deberá ser comunicado al cliente, no tan solo toda la información con respecto al contrato, sino que además, toda modificación (art. 41) que sobre este se produzca durante su disfrute. Dicha comunicación al cliente, según la norma, deberá ser realizada tanto por el organizador como por el intermediario; el uso en la redacción del artículo de la conjunción “y” (“e”) así lo parece confirmar (art.37)<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup>Art. 18. *Definizioni* 1. *Le agenzie di viaggio e turismo sono le imprese turistiche che esercitano congiuntamente o disgiuntamente attività di produzione, organizzazione ed intermediazione di viaggi e soggiorni e ogni altra forma di prestazione turistica a servizio dei clienti, siano essi di accoglienza che di assistenza, con o senza vendita diretta al pubblico, ivi compresi i compiti di assistenza e di accoglienza ai turisti, in conformità al decreto legislativo 6 settembre 2005, Núm. 206.*

<sup>170</sup> Art. 37.1. *Nel corso delle trattative e comunque prima della conclusione del contratto, l'intermediario o l'organizzatore forniscono per iscritto informazioni di carattere generale concernenti le condizioni applicabili ai cittadini dello Stato membro dell'Unione europea in materia di passaporto e visto con l'indicazione dei termini per il rilascio, nonché gli obblighi sanitari e le relative formalità per l'effettuazione del viaggio e del soggiorno. 2. Prima dell'inizio del viaggio l'organizzatore e l'intermediario comunicano al turista....*

---

La responsabilidad por el incumplimiento será de organizador e intermediario según su participación en la misma, es decir, el intermediario responderá cuando dicho incumplimiento le sea imputable en todo o en parte a él, si no tuviese culpa responderá el organizador (Art. 43.1). Por eso deviene importantísimo que el intermediario conste como tal en el contrato, incluyéndose los términos de este que son directamente prestados por él. Respecto a los prestadores de servicios, el legislador, en protección del consumidor, hace responsable a organizador o intermediario, pudiendo luego estos repetir contra los primeros (Arts. 43.2 y 48).

#### **6.7 El contrato de intermediación inmobiliaria. El carácter abusivo de sus cláusulas**

En la práctica comercial de la mayor parte de las agencias inmobiliarias se usa el contrato formulario. Como ya hemos descrito en el apartado relativo al contrato formulario, este debe regirse por los principios de claridad y simplicidad, que deberán facilitar la comprensión de sus cláusulas a quien lo contrate.

La mayor parte de las agencias inmobiliarias aplican en sus contratos, ya sea en los formularios previstos legalmente, ya sea en los contratos perfeccionados individualmente, una serie de cláusulas que han provocado una discusión jurisprudencial sobre su calidad de abusivas o no. Evidentemente, un módulo seguirá siendo tal aunque se incluya una cláusula en este que no se incorpore en otros

---

---

## Capítulo IV:

La actividad de intermediación:

Su regulación en la legislación italiana

---

formularios de la misma agencia inmobiliaria, a pesar de lo previsto en el art. 34. 4<sup>171</sup> del C. de consumo, si lo que se está pretendiendo con ello es evitar su declaración de cláusula abusiva, y así lo ha visto la jurisprudencia<sup>172</sup>.

El *Codice de Consumo* regula las cláusulas abusivas en el Título III en los art. 33 a 38. La consideración de una cláusula contractual como abusiva dará lugar a que sea declarada nula. Pero de nuevo hablamos de una nulidad relativa, ya que opera solo si su nulidad favorece al consumidor y de manera parcial ya que solo anula dicha cláusula y no la totalidad del contrato.

El art. 33 del C de C. las define y a continuación desarrolla un elenco de “presuntas” cláusulas abusivas<sup>173</sup> (deberá determinarse en cada caso su concreto carácter abusivo). La Ley trata de proteger la existencia de un claro desequilibrio económico pero no la percepción de una retribución económica elevada por parte del intermediario. Dentro de este listado de cláusulas abusivas, se pueden encontrar algunas de las más usadas habitualmente en la contratación inmobiliaria.

---

<sup>171</sup> Art. 34.4 del *Codice del Consumo*: “Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale”.

<sup>172</sup> Sentencia del Tribunal de Nápoles de la sección civil 8º de 22 de mayo de 2009: “La prova contraria della specifica trattativa individuale in ordine ad una clausola tipo inserita in modulo contrattuale unilateralmente predisposto non può essere costituita da una dichiarazione inserita nello stesso modulo contrattuale. Diversamente opinando, infatti, si realizzerebbe un circolo vizioso nel quale lo stesso documento che è sintomo di assenza di trattativa individuale, ossia il modulo-formulario, contiene in sé la prova di detta trattativa. In sostanza, la prova della specifica trattativa sarebbe data proprio dalla sottoscrizione di una di quelle clausole standard che, siccome contenute in un modulo unilateralmente predisposto, postulano l’assenza di una reale negoziazione.”

<sup>173</sup> Art. 33 C de C. ” vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che, malgrado la buona fede del professionista, determinano a carico del consumatore uno squilibrio dei diritti ed obblighi significativo”.

---

Una de las cláusulas más utilizadas hace referencia a la “irrevocabilidad de la propuesta de contrato de intermediación, de manera que estará obligado el consumidor a abonar la cantidad pactada como comisión si anula el encargo antes de que se cumpla el plazo establecido en el contrato. Pero el art. 33.2.g del C de C la considera abusiva si es unidireccional, es decir que se admitiría si dicha facultad de revocación (la norma habla de “receso”) fuese posible para ambas partes.

Otra de las cláusulas más comunes, como ya habíamos indicado, es la que obliga al vendedor a soportar una “exclusividad de venta”, el art. 33.2 en su letra “t” no permite imponer al consumidor restricciones a la libertad de contratación con terceros.

## **6.8 La contratación de intermediación en el ámbito de la regulación del seguro**

El valor del objeto asegurado en el contrato de seguros (Por poner algún ejemplo, una casa, un coche, unas joyas e incluso la propia vida), ha sido uno de los motivos principales para que este contrato soportase un control previo que no soportaba el resto de contratos realizados por los intermediarios. En la mayoría de los casos, de un modo directo o indirecto, el objeto asegurado es la vida del propio contratante, porque ya sea a través del propio seguro de vida o del seguro del hogar, que incluye cualquier daño a la persona, propia o terceros, el riesgo de daño a la persona física está previsto.

Regulada en la actualidad en el Decreto Legislativo de 7 de septiembre de 2005, n. 209 *Codice delle assicurazione private*, se pretendía con este Código unificar y clarificar todas las normas en un texto único y homogéneo, que facilitará al operador el acceso a toda la normativa para, de este modo, aumentar la protección de los asegurados. Pero el legislador no corregía un error que se había ido extendiendo a lo

---



## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

largo del tiempo, y era el de asumir, dentro de la legislación específica, la regulación del contrato de seguros que se encontraba en el *Codice Civile*. El Título XII del *Codice de la assicurazione*, bajo el título de “*Norme relative ai contratti di assicurazione*”, no desarrolla de manera exhaustiva dicho contrato sino que contiene reglas relativas a los criterios de redacción o la disciplina del contrato realizado por empresas no autorizadas, etc.... Lo cierto es que el proyecto presentado sí contenía dicha regulación, pero la Comisión decidió finalmente “expulsarla” del Código y mantenerla en el *Codice Civile*<sup>174</sup>.

El Título IX del *Codice* acoge los preceptos que, para la intermediación de seguros, contenía la Directiva 2002/92/CEE. Para una gran parte de la doctrina al transportarlos prácticamente de un modo literal no se llevó a cabo una corrección y adaptación a las especificaciones que podía precisar la regulación italiana<sup>175</sup>. Es relevante mencionar como la Directiva abandona regular la figura del mediador, para centrarse en la “actividad de mediación” que desarrollan dichos sujetos<sup>176</sup>

No entraremos a valorar aspectos como la distinción que se hace entre quienes llevan a cabo la labor solo de consultoría y los que además ofrecen la asistencia tras la contratación del seguro (se admite que figuras como asesores fiscales o contables

---

<sup>174</sup> El 10 de diciembre de 2003 se presentó al Ministerio un primer proyecto en el que estaba contenido en Título XI que acogía las disposiciones del *Codice Civile*, corregidas y adaptadas a la actual situación y a las nuevas figuras contractuales.

<sup>175</sup> MARANO, P.P. “Gli intermediari di assicurazione e riassicurazione(artt 106 -121) en AMOROSINO, S. - DESIDERIO, L. *Il nuovo codice delle Assicurazioni. Commento sistematico*. Ed. Dott, A. Giuffrè Editore. Milan. 2006. Pág.253 y ss.

<sup>176</sup> Considerando 11º de la Directiva habla de actividad, así como el art. 2.3 se refiere a la actividad de intermediación de seguros: “*le attività consistenti nel presentare o proporre contratti di assicurazione, o compiere altri atti preparatori o relativi alla conclusione di tali contratti, ovvero nel collaborare, segnatamente in caso di sinistri, alla loro gestione ed assecuzione*”.

---

puedan “asesorar en materia de seguros”), ni en la obligatoriedad de inscripción en el Registro, ya tratada. Abordaremos la problemática existente sobre la calificación y ubicación del contrato en el que interviene el intermediario

Volviendo al “olvido” jurídico del que hablábamos, (equiparable al sucedido al trasportar la regulación de la mediación del *C. de commercio al Codice civile*), este ha mantenido viva la discusión doctrinal y jurisprudencial respecto a la calificación del contrato de la mediación de seguros. Concretamente una de las más relevantes, giraba en torno a la calificación de la naturaleza jurídica del contrato desarrollado por un *broker* o intermediario de seguros<sup>177</sup>.

Se reconocía en la figura las características clásicas del mediador, la independencia y la imparcialidad para actuar en el mercado de seguros, ya que no se le reconocían ligámenes con las compañías aseguradoras, ya que su labor era la búsqueda de aquel seguro, fuese cual fuese la compañía, que mejor se adaptase al futuro asegurado. Pero el problema sobre su calificación residía en el hecho que a pesar de que el intermediario se mantuviese en una postura de independencia e imparcialidad respecto a las compañías de seguros, no lo estaba respecto al cliente que al contratarlo esperaba de él, la consecución del seguro que, adaptándose a sus necesidades, resultase más económico. Esta dicotomía era la que impedía calificarlo como mediador y aplicarle de manera analógica las normas de la mediación previstas en el *Codice Civile*<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> La figura del Bróker fue definida por la jurisprudencia en Sentencia de Cassazione Secc. III. de 12 de Noviembre de 1979, Núm. 5860. Donde se consideraba el Broker como aquel operador que: “*su incarico di colui che intende garantirsi contro taluni peculiari rischi, provvede a ricercare la compagnia assicuratrice più idonea al caso, che sia disposta a concludere il contratto di assicurazione alle condizioni di massima volute dall’assicurando*”.

<sup>178</sup> Sentencia de Cassazione Civil Secc. III. De 21 de octubre de 1980, Núm. 5676. Revista *Giustizia Civile Mass.* 1980. Fasc. 10 “*Il broker è un mediatore di assicurazione che mette in relazione*

---

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

Durante un tiempo la discusión giraba en torno si debía calificarse el contrato de agencia, por la vinculación del *broker* con la compañía, o de mandato, por el encargo del asegurado, o si bien cabía la posibilidad de dirigirlo hacia la calificación de un contrato de arrendamiento de obra. Esta discusión acabó resultando un riesgo para los “broker”, que en alguna de estas tesituras vieron perjudicado su derecho a la comisión, ya que llegó un momento que servía esta duda sobre la naturaleza jurídica para que las compañías reclamasen a los asegurados el coste de la intervención del *broker*, alegando que entre este y la compañía no existía relación jurídica y que este actuaba como mandatario del asegurado, eliminando así totalmente cualquier existencia de un contrato de agencia que lo vinculase. A través de la Sentencia de *Cassazione* de 29 de mayo de 1980, la doctrina ha pretendido calificar la figura del mediador, pero aunque se reconocían varias posibilidades jurídicas<sup>179</sup>. La citada Sentencia la Corte reconoce

---

*l'assicurando e l'assicuratore senza essere legato a nessuna delle due parte da rapporti di collaborazione, di dipendenza e di rappresentanza e che si distingue dall'agente di assicurazione perchè è indipendente e imparziale, mentre quest'ultimo, è vincolato all'assicuratore da un rapporto di collaborazione (rapporto di agenzia) sia pure autonomo”*

<sup>179</sup> Sentencia de *Cassazione* Civil Secc. I de 29 de mayo de 1980, Núm. 3531. El juez consideraba que “Non è broker, ma agente chi collabora a tempo indeterminato, continuativamente, stabilmente e con designazione specific della zona di attività, con un assicuratore” Esta Sentencia dió lugar a diversas opiniones doctrinales, entre ellas la de BONILINI, G. “Sulla qualificazione giuridica del rapporto di brokeraggio” en *Revista Giustizia Civile Mass.* 1980. Fasc. 5. “È consentito all'autonomia privata di porre in essere il contratto cosiddetto di “brocheraggio” o comunque quell'attività con cui un soggetto, esperto della tecnica assicurativa (considetto broker), di iniziativa propria o di uno dei soggetti che si propongono la conclusione del contratto di assicurazione, o di entre ambi quest'ultimi, provvede al “colocamento dei rischi”, stabilendo un contratto fra un assicurando” e un assicuratore....Tale attività – che si risolve in una mediazione nel campo assicurativo – e la correlativa figura suo operatore vanno quindi ricomprese ed assimilate a quella tipica della medizione e del mediatore, .../... con la conseguenza que lo stesso abbia ricevuto un incarico (per lo svolgimento dell'attività di mediazione da uno o entrambi i soggetti che poi concluderanno l'affare, sia che gli stessi abbiano, pur in difetto di quell'incarico, semplicemente utilizzaro la sua opera, senza che spossa negativamente incidere il maturare del diritto a la provvigione dei confronti del solo assicuratore....”. o la de CARRIERO, G. “Sulla figura giuridica del broker” en *Revisa Foro Italiano* de 1981 Tomo I pág. 750. “Alla correttezza giuridica di una tale conclusione non pasa peralto ostare l'eventuale rilievo che ogni classificazione delle varie figure giuridiche obbisogna di una definizione unitaria. Poste infatti che, per definizione, il

claramente que la figura del *broker* no está muy lejos de la del mediador y que por ello pueden serle de aplicación las normas para él elaboradas, art. 1754 y Ss. CC. Esta equiparación se consolidó durante los años 80, diferenciando únicamente al *broker* del mediador, en cuanto. La única diferencia es que el *broker* tiene, además que poner a las partes en relación, realizar una labor de asistencia, gestión y ejecución. Pero a finales de esa misma década empezó a hablarse de nuevo de la atipicidad del contrato, atipicidad que se consideraba una especie cualificada del contrato de mediación, al que se le aplicaban analógicamente estas normas, pero que era en el fondo atípico porque de algún modo el “broker” necesitaba, como profesional cualificado del sector, estar vinculado con la compañía aseguradora para poder ofertar sus productos<sup>180</sup>.

A pesar de todas las dudas y cambios de denominación, la jurisprudencia seguía considerando que la figura del *broker* era la de un simple mediador, y aunque alguna esporádica sentencia reconocía en él a un arrendador de obra o servicios esta postura fue rápidamente contradicha y se recondujo de nuevo hacia la calificación, no de un mediador típico, sino de una mediación especial, por no denominarla atípica<sup>181</sup>, que es

---

*“broker” si riporta agli intermediari nek settore delle assicurazioni, si tratta di riconoscere, per motivi di chiarezza, che l’assenza di una disciplina unitaria da parte del legislatore non deve comportare una forzatura negli strumenti giuridici a desposizione dell’interprete, sibbene la adattabilità dei detti strumenti giuridici alla reale portata dei problemi. In ciò quindi prendere atto che “broker”, è si sinonimo di intermediario ma può essere, in alcuni casi, arabe sinonimo di mandatario, prestatore d’opera, etc...”*

<sup>180</sup> este cambio lo provocó la aprobación de la Ley 792/1984 de 28 de noviembre, que de algún modo modificaba la responsabilidad del “broker” si omitía la información de las obligaciones de asistencia y colaboración.

<sup>181</sup> A demás del intento de calificar la atipicidad del contrato existieron otros tendentes a redirigirlo hacia el contrato de arrendamiento de obra o al del arrendamiento de servicios, por el hecho de que el “broker” ofrece al cliente una serie muy diversa de servicios. Pero esta calificación limitaría la relación contractual, de manera que solo existiría “hacia abajo” hacia los clientes y no “hacia arriba” hacia la compañía aseguradora, de quien por otro lado, según la Ley, se ha de percibir la comisión y también modificaría la responsabilidad. Pero esta idea encuentra de nuevo la oposición de que el “broker” se relaciona con ambas partes.

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

realmente la denominación que debería asumir. La relación del *broker*, a pesar de ser doble, hacia la compañía aseguradora y hacia los posibles clientes, (es cierto que su actuación independiente, que le permite estar vinculado a más de una compañía y ofertar productos diferentes), no determina su actuación. Esta tiene una clara y única dirección, el futuro cliente, y se desarrolla con la finalidad de encontrar la mejor opción. Una vez encontrada, sí que se establecerá el vínculo entre las dos partes a través del propio contrato de seguros.

A esta postura jurisprudencial se fue uniendo gran parte de la doctrina que veían en la función de asesoramiento un instrumento del objetivo principal de la labor del *broker*, que no dejaba de ser poner en común ambas partes, que como hemos ido recalcando, es uno, sino el más importante, de los elementos que caracterizan a la mediación<sup>182</sup> y así quedaba remarcado con el contenido del art. 1 de la Ley 792/1948<sup>183</sup>: “*attività rivolta a mettere in diretta relazione le due parti contraenti*”.

Dato relativamente importante era a quien pertenecía el pago de la comisión. Con anterioridad hemos mencionado alguna sentencia, que en base a la reclamación al asegurado de las cantidades abonadas por la compañía al *broker* se pudo calificar, cuanto menos por la jurisprudencia, el contrato tipo, pero este problema subsistió, ya

---

<sup>182</sup> En este sentido los ya citados, MARINI, A. *La mediazione*, Ob. cit., pág. 85; CARRARO, G. *Commento ll'art. 5 legge 1984 n. 792*. Ob. cit., pág. 770; GALGANO, F. *Mediazione di cortesia, mediazione accesoria e prestazioni accessoria del mediatore*. Ob. cit., pág. 148. PEDICINI, E. “Il Broker di Assicurazioni en CENDON, P. *Il diritto privato oggi*. Ed. Giuffrè Editore. Milan. 1998. Pág. 77; CASALI, L. *L'agente e il broker di Assicurazione*. Ed. Giuffrè editores. Milán. 1993.

<sup>183</sup> Art. 1 L. 792/1984 “*agli effetti della presente legge è mediatore di assicurazione e riassicurazione, denominato anche broker, chi esercita professionalmente attività rivolta a mettere in diretta relazione con imprese di assicurazione e riassicurazione, alle quali non sia vincolato da impegni di sorta, soggetti che intendano provvedere con la sua collaborazione alla copertura dei rischi, assistendoli nella determinazione del contenuto dei relativi contratti e collaborando eventualmente alla loro gestione ed esecuzione*”.

---

que si derivamos la figura a la mediación, está determina que el mediador tiene derecho a cobrar la comisión (si el negocio se perfeccionó gracias a su intervención) de ambas partes contractuales. En este caso concreto viene reconocido por la jurisprudencia que esta, si así se determina en el contrato, podrá ser percibida por una sola de las partes<sup>184</sup>. De un modo claro, en este caso concreto, la percepción de la comisión se producirá solamente si se firma el contrato de seguro.

Con la aprobación del Decreto Leg. N.209 de 2005 que dio lugar al *Codice della assicurazione*<sup>185</sup>, el legislador modificó claramente el contenido de la disciplina que debía desarrollar un *broker*, según la previsión de la Ley del 84, sustituyendo el deber de este de estar vinculado con la compañía por compromisos de ninguna clase, a exigirle que actúe en nombre y por cuenta de esta, mediante un poder de representación (“*poteri di rappresentanza*”)<sup>186</sup>.

### **6.8.1 El contenido del contrato**

Respecto al contenido del contrato, cabe mencionar la importancia que dentro de este campo normativo adquiere la información precontractual, de manera que el intermediario, ya sea revestido en forma de agencia, *broker* o colaborador, no puede omitir prestar al interesado una información clara y veraz de las prestaciones del

---

<sup>184</sup> Sentencia de *Cassazione* Civil Sc.C. III de 21 de septiembre de 1988. Revista *Giustizia Civile Mass*, 1988. Fasc. 8-9. Que considera el art. 1755.1 CC de carácter dispositivo para las partes.

<sup>185</sup> DECRETO LEGISLATIVO 7 settembre 2005, n. 209. Codice delle assicurazioni private. (GU nº.239 del 13-10-2005 - Suppl. Ordinario nº. 163 )

<sup>186</sup> Sentencia del Tribunal Administrativo Regional de Venecia, Secc. I de 6 de mayo de 2009, Núm. 1368. En Revista *Giurisprudenza Civile Mass*. 2009. Tomo I. Pág. 197.

---

## Capítulo IV:

### La actividad de intermediación:

#### Su regulación en la legislación italiana

---

seguro que pretende contratar, (Art. 166 C. *della Ass.*)<sup>187</sup> este deber se extiende hasta la fase de ejecución del contrato, y encuentra su claro paralelismo en alguno de los artículos del CC, relativos a la buena fe como cláusula general<sup>188</sup>, art. 1337CC, deber de correcta actuación, buena fe e diligencia de las partes, en fase precontractual, art. 1337, 1338, y en la de ejecución, art. 1375 CC <sup>189</sup>. El Reglamento del ISAP<sup>190</sup>, que incide en algunos artículos del *Codice delle assicurazione*, prevé además una actuación “diligente y profesional” que debe iniciarse en el mismo momento en que se realiza la oferta del contrato, de manera que su incumplimiento dará lugar a la aplicación de determinadas sanciones administrativas (art. 319 C. *della Ass.*) En dicha actuación se menciona de manera expresa los deberes de información al cliente intermediado, teniendo en cuenta también la posible contratación por vía telefónica o vía web, que dada la peculiaridad de su contratación, convierte también en particular el modo en que deberá prestarse la información precontractual<sup>191</sup>

---

<sup>187</sup> Art 166.1. *Il contratto e ogni altro documento consegnato dall'impresa al contraente va redatto in modo chiaro ed esauriente.*

<sup>188</sup> El *Codice* del consumo, art. 2.2.e, también reconoce como fundamental que los deberes de correcto comportamiento, transparencia y equidad en las relaciones contractuales.

<sup>189</sup> PARENTE, F. “La protezione dell'assicurato e gli obblighi di trasparenza e di informazione” en CAVAZZOTI, C., DI NELA, L., MEZZASOMA, L., RIZZO, F. *La tutela del consumatore assicurato tra codice civile e legislazione speciale*. Ed. Edizione Scientifiche Italiane. Naples. 2012. Pág.157 ss.

<sup>190</sup> Reglamento de 26 de mayo de 2010, Núm.35 “*Regolamento concernente la disciplina degli obblighi di informazione e della pubblicità dei prodotti assicurativi*” del ISVAP, Organismo que realiza la vigilancia y control de las empresas de seguros.

<sup>191</sup> BERTI DE MARINIS, G. *Oneri informativi precontrattuali nella commercializzazione via internet di prodotti assicurativi ai consumatori e ai professionisti*. en CAVAZZOTI, C., DI NELA, L., MEZZASOMA, L., RIZZO, F. *La tutela del consumatore assicurato tra codice civile e legislazione speciale*. Ed. Edizione Scientifiche Italiane. Nápoles. 2012. Pág.169 y Ss. Su particularidad no evita que sea necesario individualizar el contenido de la información pre-contractual y ponerla a disposición del cliente. Para la modalidad de contratación vía internet el Reglamento 34/2010 prevé en su art. 13.3 que permanezca a disposición del cliente, en el “sitio” de la empresa, un fascículo informativo previamente integrado en el sentido del art.8. En las contrataciones a distancia se deberá acudir a lo previsto en el art 185 C della Ass.

---

Por otro lado, las normas previstas para el contrato en el *Codice delle Assicurazione* son aplicables, alguna de ellas, a todos los contratos emitidos por las empresas aseguradoras y por ende, a los emitidos por las empresas de intermediación, otras, por el contrario, lo son solo a una clase concreta de contrato o clase contractual, tomemos como ejemplo los contratos de vehículos (art. 170 a 172). Para determinados aspectos, tal y como hemos señalado se deberá acudir a la regulación del contrato de seguros prevista en el CC.

#### **6.8.2 Las ofertas pre-contractuales.**

Una de las últimas modificaciones legislativa<sup>192</sup>, introduce una obligación a los intermediarios o *broker* de seguros de automóviles, la de presentar al futuro asegurado, antes de la suscripción del contrato, al menos tres posibles ofertas de compañías distintas, no pertenecientes a un mismo grupo de empresas, que se ajusten a sus necesidades (Art 34 L.1/2012). Lo relevante es que en el contrato debe hacerse constar la declaración del cliente de haber recibido dicha información, su falta está penalizada.

---

Y a los artículos 67 quarter y 67 octies del C del Consumo. Es evidente que al hablar de “empresa” el legislador se refiere, en un modo generalizado, a todos aquellos profesionales que actúen en el mercado de la contratación de seguros.

<sup>192</sup> Decreto Ley de 24 de enero de 2012, Núm. 1, 1/2012 de *Disposizioni urgente per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*. Publicado en el suplemento ordinario n. 18/L de la *Gazzetta Ufficiale* de 24 de enero de 2012 Núm.19.

---





## **CONCLUSIONES**



### **PRIMERA**

La intervención de terceros en las relaciones jurídicas, sea por sus conocimientos jurídicos, económicos como sociales, o por su proximidad con una de las partes intervinientes, se ha producido a lo largo de la historia. Desde los *proxenetae*, pasando por el mandato romano, hasta llegar a nuestros días, la figura ha experimentado diversas ubicaciones desde el punto de vista del tipo contractual. Fue el auge de las relaciones comerciales las que multiplicaron la aparición de los intermediarios y las que le dieron pleno sentido a la figura, siendo a su vez esta o figuras asimiladas las que directa o indirectamente facilitaron dicho auge.

### **SEGUNDA**

La combinación resultante de la escasa regulación y el recurso por las partes a la autonomía de la voluntad reconocida por el Código Civil, ha conducido a la inexistencia de un concepto, general y estable, tanto de la figura de la intermediación como de un eventual contrato de intermediación. Una vez reconocida la intervención del intermediario como parte de la relación contractual, se hace necesario establecer el contenido mínimo de una definición tanto del propio intermediario como de sus funciones. La dispersa normativa actual y la adecuación de la definición a cada campo específico provocan la existencia de múltiples relaciones jurídicas calificadas de intermediación. Es por ello que se hace preciso el establecimiento de un concepto uniforme.

### **TERCERA**

Partiendo del hecho que el núcleo central de este trabajo de investigación han sido una tipología concreta de actos, es necesario estacar el reconocimiento de la participación en la relación de un consumidor o usuario. Hemos podido remarcar que el intermediario, en alguno de sus campos de actuación, lo hace no solo ante una parte consumidora o usuaria, sino que puede actuar entre dos sujetos que no revistan la condición de empresarios. En este caso la relación de consumo se establece a través del intermediario, esto es aquella persona física o jurídica que, siempre en el ejercicio de su profesión realiza funciones de asesoramiento y/o representación de una o ambas partes contractuales, funciones cuya finalidad principal es únicamente el permitir que con posterioridad ambas partes convengan un negocio jurídico que solamente las vinculará a ellas. Por dicha actuación el intermediario deberá percibir una contraprestación.

### **CUARTA**

De manera excepcional puede admitirse que el acto de intermediación sea esporádico y no forme parte del ejercicio habitual de dicho sujeto, pero aun así y admitido como tal, como un acto de intermediación, deberá estar sujeto a las normas que para él se prevean y a las responsabilidades que recaigan sobre la figura de quien actúe como intermediario aunque sea esporádicamente. Cuando dicho acto no lleve aparejado ni una contraprestación ni otra clase de beneficio, ni de manera directa ni de manera indirecta, deberá ser considerado un acto de mera liberalidad. En este caso, siempre sobre la base de la actuación de la buena fe, el tercero

interviniente no deberá ser considerado responsable por el incumplimiento de cualquiera de las partes.

## QUINTA

No podemos limitar el objeto de la relación de intermediación a un solo elemento, a la búsqueda efectiva de una contraparte contractual. Es cierto que históricamente esa ha sido su función principal, llegando incluso a ser considerada la única función que realizaba y debiendo el intermediario limitarse, tal y como citaba la jurisprudencia, a acercar a las partes. Pero hoy en día este criterio limitativo ha sido superado. La capacidad de involucración del intermediario para garantizar el resultado de su gestión va más allá del propio contrato de intermediación. Su labor se extiende a otros aspectos relevantes de la relación, tanto de él con las partes, como de las propias partes entre sí.

Consideramos que uno de los elementos relevantes es la función de asesoramiento, ya que forma parte también del objeto como elemento contractual, si bien es necesario que quede claramente explicado. Prueba de ello es la importancia que hoy en día se da al asesoramiento en actividades como la intermediación de seguros o la contratación de créditos al consumo, en las que adquiere especial relevancia la demostración por parte del intermediario de que el consumidor ha sido debidamente asesorado antes de tomar la decisión de contratar. Un ejemplo normativo de esta relevancia la hallamos en la inclusión del legislador catalán en el *Codí de consum* de dicha función, no sólo como complementaria a la actividad desarrollada, sino como independiente, de modo que sirva para calificar como acto de intermediación la actuación de un sujeto.

### **SEXTA**

Puede ser considerada intermediación, tal y como se plasma en la norma catalana, la realización únicamente de una de las funciones. En este caso para garantizar un cumplimiento efectivo de la función de intermediación debería ser obligatorio el cumplimiento de alguna de ellas, como ocurre por otro lado en la normativa citada, crédito, seguros..., de modo que junto a la función de acercamiento de las partes, tenga que estar necesariamente vinculada la de asesorar, en mayor o menor medida, dependiendo de la finalidad del acto o de la importancia o sensibilidad contractual del objeto.

### **SEPTIMA**

La regulación dispersa de la figura de los intermediarios, se ve plasmada en las normas de control de la venta de productos financieros, el reconocimiento de los intermediarios en la contratación de viajes, la ampliación de la figura de los agentes de seguros y la aceptación pero no regulación específica de los intermediarios de telefonía. Ello ha provocado la aparición de una red de complejas normas que regulan distintos sectores de la economía, con el mismo nexo común en la mayoría de las situaciones, los servicios, con una parte participativa reconocible y común en todos, el intermediario, pero que todo y así, aceptada y reconocida, la jurisprudencia sigue dudando de la calificación de los vínculos que la une a los clientes o consumidores. Prueba de ello es que el legislador, no ha solucionado este problema en ninguna de las normas aprobadas. Tanto desde la regulación llevada a cabo por el legislador estatal, como por los autonómicos, como a las normas creadas para regular el régimen interno de determinados colectivos de profesionales, se ha

---

destacado la necesidad de introducir una serie de preceptos que indiquen qué es la mediación o quién interviene como intermediario. Esta necesaria reiteración de la calificación del acto o del sujeto en cada una de las normas es uno de los criterios a tener en cuenta a la hora de determinar la necesaria creación de una norma que lleve a cabo una descripción única y concreta de la figura del intermediario, que, a posteriori, podrá ser matizada en cada ámbito de actuación concreto para adaptarlo a aquellas prácticas que en unos pueden ser llevadas a cabo y en otros no.

### OCTAVA

No podemos dejar escapar la oportunidad que se nos brinda desde la Unión Europea, que tomando como excusa las últimas situaciones de crisis económica, pretende realizar un control exhaustivo de las actividades comerciales realizadas por los intermediarios. Claro ejemplo de ello es las actuales Directivas relativas a los viajes combinados, la Directiva sobre Crédito al Consumo, o la recientemente aprobada Directiva sobre la Hipoteca de vivienda de segunda mano. Tomar el testigo brindado por el legislador europeo, no solo en pro de una defensa de los consumidores de un modo directo, sino también del mercado de manera general, no debemos dejarla escapar buscando, al menos, un orden general de definiciones, comportamiento, control y sanciones, y dejando para las legislaciones específicas los aspectos concretos de cada una de ellas, relativos al funcionamiento de cada mercado en su particular funcionamiento comprendido.



## NOVENA

Como consecuencia de la evolución del mercado han proliferado contratos que, tomando como punto de partida las normas del contrato de mandato civil (art 1709 CC) o del denominado mandato mercantil, la comisión (art 244 C.Com), han surgido para dar solución a innumerables situaciones contractuales que no pueden ser abarcadas por esta dos figuras jurídicas. Así hablamos de contrato de intermediación cuando estamos ante un contrato de comisión, de agencia, de corretaje, de franquicia, etc.... pero sin que ninguno de estos se haya erigido en contrato básico de intermediación. Esto provoca una inseguridad jurídica, lo que reafirma la necesaria creación de una norma que dé cabida a las características que de estos tipos contractuales toma la intermediación para crear un contrato raíz, con una normativa general y común, y unos contratos derivados de este con las especificaciones necesarias para cada caso.

De todos los contratos estudiados, el contrato de mandato y el contrato de corretaje son los que, por su similitud con los actos que realiza el intermediario deben ser tomados en consideración a la hora de buscar un tronco común. El de mandato como el encargo de gestión necesario, representativo o no, en función del acto a realizar, y con los derechos y deberes de mandante y mandatario, y el de corretaje para regular aspectos tales como la comisión y el claro carácter de intermediación sin participación, solo representación, de aquel que actúe como mediador o intermediario en una operación. A nuestro parecer será de la fusión de los dos tipos contractuales de donde debería surgir el contrato base de la intermediación, debiendo poder ser útil no sólo en las operaciones que realice un intermediario profesional, sino también en todas aquellas transacciones que realizadas entre

---

particulares, conlleven la intervención de un tercero que actúe como intermediario ocasional entre las partes, todo ello si la intención del legislador es, por fin, dar forma a una hasta hora relación o hecho fáctico.

### **DECIMA**

Dado que, no en todos, pero sí en la mayoría de los supuestos, la finalidad del contrato de intermediación llevaba aparejada la localización de una futura contraparte contractual para la celebración de un posterior contrato, ya sea de compraventa, arrendamiento como incluso, de prestación de algún servicio, quedaba la duda de si este contrato tenía un vínculo directo o no en la conclusión del primero. Tanto el contrato como la propia situación de hecho a través de la cual el intermediario actúa para realizar el encargo que una o ambas partes le han transmitido, nos planteamos si nos encontramos ante un contrato condicionado, supletorio o principal . A nuestro parecer estamos ante un contrato o una situación de hecho que tiene sustantividad propia, que tiene un principio, el encargo, y un final determinado y determinable, la conclusión del mismo, y que, salvo por una actuación no diligente del intermediario, no debe quedar este condicionado al cumplimiento de un contrato posterior para surja su derecho al cobro de la remuneración pactada o debida según los usos y costumbres o según las normas de régimen interno de determinados colectivos.

Podemos afirmar que el contrato de intermediación tiene autonomía y eficacia jurídica por sí solo, su finalidad es claramente la de facilitar un marco necesario para ejecutar un contrato posterior, pero la consumación o no de este contrato posterior no es motivo suficiente para interpretar no consumado o finalizado el propio contrato de intermediación. Todo esto sin omitir que, desde nuestra perspectiva, cabe admitir la negociación, entre la parte y el intermediario, de una

---

cláusula que someta el cobro de un porcentaje de la comisión a la conclusión efectiva del otro contrato proyectado con el de intermediación, dado que tal y como indicamos, consideramos que al alcanzarse con las negociaciones el inicio de los tratos para concluir el posterior contrato, el intermediario ya ha cumplido una parte suficientemente relevante de la relación como para que pueda obtener por ello una contraprestación determinada, siempre sin olvidar la necesaria y obligatoria actuación diligente y la buena fe.

### UNDECIMA

Tras realizar la estancia en el *Centro di Studi Giuridici sui Diritti dei Consumatori* de la Universidad de Perugia y analizar tanto doctrina como jurisprudencia hemos podido concluir que a pesar de estar reconocida y regulada de modo preciso en los artículos 1754 a 1756 del *Codice Civile*, la figura de la mediación no está exenta de discusiones doctrinales y jurisprudenciales provocadas por el incesante cambio normativo que la Comunidad Europea ha realizado en su objetivo de alcanzar un mercado único y garantizar la libre circulación de personas bienes y servicios. La constante modificación a la que se ven sometidas las normas da lugar a reinterpretaciones de la misma, que en muchas ocasiones provocan conflictos jurídicos.

La obligatoriedad para el mediador de registrarse, supuso su profesionalización, y permitió a la Administración ejercer un control sobre la actividad de la mediación. Pero tal y como hemos podido ver a lo largo de este estudio, la profesionalización de la intermediación no supuso la modificación de las normas que la regulaban en el

---

*Codice Civile*, ni la creación de una legislación especial que así lo hiciese, en pro de dar forma y naturaleza jurídica al contrato de mediación.

El legislador italiano considera que lo relevante es el carácter subjetivo de la acción, es decir que esta pueda vincularse a un sujeto concreto, sin que sea necesaria una forma específica de contratación para que sea considerado así. Esto ha provocado que, en determinados casos tanto doctrina como jurisprudencia dudasen de la calificación de algunas relaciones comerciales como de mediación, redirigiéndolas hacia otras figuras jurídicas como el mandato, el arrendamiento de obra, o el arrendamiento de servicios, figuras estas cercanas a la de la mediación pero con algunos rasgos que las asimilan. Pero también ha sucedido todo lo contrario, figuras que, por la falta de alguno de los requisitos exigidos a la mediación, eran consideradas mediación atípica porque eran llevadas a cabo por mediadores profesionales, que estaban inscritos, tal y como exigía la normativa.

Es por todo esto que la conclusión a la que podemos llegar respecto al análisis comparativo con respecto a la situación Italiana, es que la regulación de materias específicas es necesaria dadas las características especiales que cada una de ellas tiene, y por los riesgos que implicaría omitir determinados aspectos en ámbitos contractuales muy sensibles, como podría ser el de los seguros o el de los créditos, pero una regulación general de aspectos comunes a todas ellas es también necesaria y clarificadora y evita reinterpretaciones perversas.

## **DUODECIMA**

Como conclusión final consideramos que si no se lleva a cabo una regulación específica de la figura de la intermediación como tal, estaremos ante una situación de hecho que requerirá siempre de la interpretación doctrinal y jurisprudencial y que llevará aparejada de un modo indisoluble la inseguridad jurídica. Por ello creemos necesario que antes de delimitar contenido alguno, el legislador abunde en la subjetividad externa de la figura jurídica que debe regular, es decir, si toma como referencia al sujeto intermediario, epicentro de dicha figura, por su consideración de profesional podría el legislador, cometer el error de querer regularlo solamente bajo la estructura del cuerpo normativo de la regulación mercantil. Si, por el contrario intuye la relevancia de la intervención de dicho sujeto en actos de consumo, valorará de un modo relevante la que denominamos subjetividad externa, es decir la importancia del sujeto-cliente, cuya protección es de vital importancia para el ordenamiento jurídico.

## **BIBLIOGRAFÍA**



**ABELLÒ, J.** “Los requisitos para el ejercicio de la actividad de la actividad de agente inmobiliario en Catalunya y el Registro de Agentes Inmobiliarios de Cataluña”, en *Artículos doctrinales*. Noticias Jurídicas, Marzo, 2010, [www. Noticias jurídicas.com](http://www.NoticiasJuridicas.com).

**ACEDO PENCO, A.** “La noción de consumidor y su tratamiento en el Derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el Derecho extremeño”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*. Vol. 18 Ed. Universidad de Extremadura, 2000, pág. 299.

**ALBALADEJO GARCIA, M.**

- *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones Vol. Primero. La obligación y el contrato en general*. 9ª edición. Ed. José María Bosch. Barcelona, 1994.
- *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*. Vol. Segundo 12ª edición. Ed. Edisofer. Madrid, 2005.

**ALONSO PEREZ, M<sup>a</sup>.T.** *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*. Ed. J. M<sup>a</sup>. Bosch. Barcelona, 1997.

**ALONSO SOTO, R.** en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. (Dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. II. Ed. Civitas, Madrid, 2001.

**ALPA, G.** *Corso di diritto contrattuale*. Ed. Cedam. Milán. 2006.

**ALVAREZ GARCIA, D.** “El contrato de corretaje” en *Los contratos de gestión*, Consejo General del Poder judicial, Madrid 1995.

**AMOROSINO, S. - DESIDERIO, L.** *Il nuovo Codice delle assicurazioni. Commento sistematico*. Ed. Dott. A. Giuffrè editore. Milán. 2006.

---



**ARROYO AMAYUELAS, E.** “Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea” en *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LXIV-III, Julio 2012, fasc. III, pág. 1142.

**ATAZ LOPEZ, J.** *Los médicos y la responsabilidad civil*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1985. RODRIGUEZ GUTIÁN, A. M<sup>a</sup>. “El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales”, *Anuario de derecho civil*, 2001 Abril- Junio.1999, pág. 697.

**AZNAR VALLEJO, E.** “Los corredores de Lonja en la Sevilla bajo medieval”, en *Historia, instituciones, documentos*. 2004. N<sup>o</sup>.31. Págs.41-49.

**AZZOLINA, U.**

- “La Mediazione” en *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Vol. 8<sup>o</sup>, T. 2<sup>o</sup>. Fasc. 2<sup>o</sup>, dirigido por VASSALLI, F. Ed. Unione Tipografico – Editrice Torinese. Torino. 1957.
- “Sulle differenze fra mediazione e figure affini e sui dovec di imparzialità del mediatore”. *Revista Giurisprudenza Italiana*. 1983. Tomo I. Fasc. 1.

**BADOSA COLL, F.**

- (Dir.) *Manual de Dret Civil català*. Ed. Marcial Pons Madrid-Barcelona, 2003.
- *Dret d’obligacions*. Ed. Barcanova. Barcelona, 1990. Pág.37. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Ed. Cometa, Zaragoza, 1987.

**BAIOCCO, A.** Sulla natura della mediazione, en *Revista Giurisprudenza Italiana*. Fasc. 6. 1992.

**BARRAL, I.** “Del Consumidor destinatari final al Consumidor no expert en la Contractació en Massa”. En *Revista catalana de Dret privat*. Barcelona Ed. Societat Catalana d'Estudis Jurídics, Vol. 7, 2007, pág. 69.

**BATALLER GRAU, J.**

- (Dir.) *Comentarios a la ley de mediación de seguros y reasegurados privados*. Ed. Civitas, Madrid. 2007.
- “La incesante reforma del derecho de seguros. ¿Último acto?” en CUÑAT EDO, V., BATALLER GRAU, J. (Dir.) *Comentarios a la Ley de mediación de seguros y reasegurados privados*, Ed. Civitas, Navarra, 2007.

**BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.**

- “El concepto de consumidor” en *Manuales de formación continuada: Hacia un código de consumidor*, ISSN 1575-8735, Nº. 34, 2005.
- (Coord.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)* Ed. Aranzadi, Navarra, 2009.
- “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios” en: *Estudios de Consumo*, nº. 3. Octubre 1984.

**BERTI DE MARINIS, G.** “Oneri informativi precontrattuali nella commercializzazione via internet di prodotti assicurativi ai consumatori e ai professionisti”, en CAVAZZOTTI, C., DI NELA, L., MEZZASOMA, L., RIZZO, F. *La tutela del consumatore assicurato tra código civile e legislazione speciale*. Ed. Edizione Scientifiche Italiane. Napoles. 2012. Pág.169 y Ss.

**BETTI, E.** *Teoría General del Negocio jurídico*, Ed. Comares, Granada. 2000

---

**BIGIAMI, W.** *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*. Ed. UTED, Giuridica. Torino. 2007.

**BLANCO CARRASCO, M** *El contrato de corretaje*. Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid 2008.

**BOLAFFIO, L.** “Dei Mediatori, delle obbligazioni commerciali en generale” en *Codice di Commercio comentato*, Vol. I, P.II. Ed. Unitone Tipografico. Milan. 1919. “Dei mediatori” en *Il Codice di commercio comentato*, Vol. II, ED. Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1937.

**BONAVITA, R.** *Il contratto de viaggio nella giurisprudenza*.Ed. Giuffrè. Milán. 2001.

**BONILINI, G.** “Sulla qualificazione giuridica del rapporto di brokeraggio” en *Revista Giustizia Civile Mass.* 1980. Fasc. 5.

**BONET CORREA, J.**

- “El contrato de corretaje o mediación” en *Anuario de derecho Civil*, Tomo IV, fasc. 4º, oct-dic. 1951. Pág. 1619.
- “La mediación a propósito de la obra de Luigi Carraro”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo V, 3, 1952. Pág. 1058

**BONILINI, G.** “Sulla qualificazione giuridica del rapporto di brokeraggio” en *Revista Giustizia Civile Mass.* 1980. Fasc. 5.

**BORDOLLI, G.** “Mediazione e provvigione senza conclusione dell’affare” en *Revista Immobili e proprietà*, 2011, núm.4.

**BORRAS, A. y GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.** (Coords.) *"Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-2007)*, ed. Marcial Pons, 2ª edición, Madrid, 2008.

**BOTANA AGRA, M.** "El contrato de agencia en el derecho español" *Revista de derecho de los negocio*, año 4 núm.30.

**BROSETA PONT, M.**

- *La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho mercantil*. Ed Tecnos, Madrid, 1965.
- *Manual de Derecho Mercantil. Volumen I. 3ª.edición*. Ed. Tecnos. Madrid. 1977.

**BRUNI, C.** "La buona fede a tutela del diritto del mediatore all'approvvigione", en *Obbligazioni e contratti*, 2010, núm 8-9.

**BRUTTI, V.** *Mediazione (storia)*, Enciclopedia del Diritto, Milán, 1976, págs. 12-32.

**BURALLI, A.** "Contratto di viaggio: Convenzione di Bruxelles e norme nazionali, compatibilità". *Comentario de informatione giuridica*. Ed. Altalex. 2012.

**BUSTI, Silvio - SANTUARI, A.** *Attività alberghiera e di trasporto nel pacchetto turistico all inclusive: Le forme di tutela del turista-consumato*. Ed. Litotipografia Alcione. Trento. 2006.

**BRUTTI, V.** *Mediazione (storia)*, Enciclopedia del Diritto, Milán, 1976, núm, págs. 12-32.

**CAJAZZO, Luigi.** “Struttura e natura giuridica della mediazione”. Revista Corriere Giuridico. 2007. Tomo I. Núm 9.

**CALAIS-AULOY, J.** Droit de la consommation, Dalloz, Paris, 2010 8ª Ed.

**CÁMARA LAPUENTE, S.**

- “El concepto legal de “consumidor” en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: Aspectos controvertidos o no resueltos”, en *Cuaderno de Derecho transnacional*. Ed. Área de Derecho Internacional Privado Universidad Carlos III, Madrid, Marzo 2011, Pág.84.
- (Coord.) *Derecho Privado Europeo*. Ed. Colex. 2003. Madrid.
- (Dir.) *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Ed. Colex, Madrid, 2011.

**CAMPOS PORRATA, A.** “Mandato y representación” en Revista crítica de derecho inmobiliario, núm. 85, Enero 1932, pág. 27.

**CARBONE, V.** “Prescrizione del diritto alla provvigione del mediatore”. Revista *Corriere Giurisprudenza*. 2012. Tomo I. Núm. 1.

**CARRARO, G.** “Commentario (sub art. 5) alla legge 1984 n. 792. (istituzione e funzionamento dell’albo dei mediatori di assicurazione)” en *Nuove leggi civ. Comm.*, 1985, págs. 764-773.

**CARRARO, L.** *La mediazione*. 2ª Ed. Ed. Cedam, Padova. 1960.

**CARRASCO PERERA, Á.** “La defensa de los consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición” Centro de Estudios de Consumo. Universidad Castilla la Mancha. 2011.

**CARRIERO, G.** “*Sulla figura giuridica del broker*” en *Revisa Foro Italiano*, Tomo I, 1981, pág. 750.

**CASALI, L.** *L'agente e il broker di Assicurazione*. Ed. Giuffrè Editore. Milán. 1993.

**CASTAN TOBEÑAS, J.**

- “*Derecho Civil español, común y foral*”, tomo IV, Madrid, 1988.
- “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1922”, en *Revista de Derecho Privado*, 1923. Pág. 26
- *Derecho Civil Español, común y Foral*. Tomo 3º. *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*. 13ª edición. Ed. Reus. Madrid. 1983.
- *Hacia un Derecho Civil*, 1ª. Edición, Ed. Reus, S.A. Madrid. 1933. Pág.117.

**CASTAÑEDA MUÑOZ, J.E.**, “Nota breve sobre el concepto de consumidor” Cuadernos de Estudios Empresariales, Vol.12.

**CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>. D.** *La prestación de servicios profesionales*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001.

**CHIARINI, G.** “La natura della mediazione tra attività giuridica in senso stretto e mandato”. *Revista Giurisprudenza Italiana*. 2010, Fasc. 4.

**CORDERO, E.** “Las cláusulas en la contratación de préstamos hipotecarios y en la intermediación financiera conforme a la Ley 2/2009” en *Centro de Estudios de Consumo*. Universidad de Castilla La Mancha.

**CREMADES GARCIA, P.** *Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria*. Ed. Dykinson, Madrid, 2009.

**CUADRADO PEREZ, C.** “Consideraciones sobre el contrato de corretaje” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704, Noviembre-Diciembre 2007. Ed. Registradores de España, pág. 2418.

**CUFFARO, V.** “Comentario a la Sentencia de la Corte de *Appello* de Roma de 17 de diciembre de 1974”, en *Revista Giurisprudenza di Merito* de 1976, Tomo I, núm. 21.

**DE BARRÓN ARNICHES, P.**

- “Capítulo 1. Disposiciones generales”, en VAQUER, A. y BOSCH, E. SANCHEZ, M. (Coords.) *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomo II. Ed. Atelier. Barcelona. 2012. Págs.
- “El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código Civil español” en *Boletín del Ministerio de justicia*, Año LXV, núm. 2134, septiembre 2011, pág. 1.
- “Libro IV. Parte C. Servicios. Capítulo 1. Disposiciones generales”, en VAQUER ALOY, A y otros (Coord.) *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomo II. Ed. Atelier.2012. Barcelona.

**DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.** “La revocación del mandato y del poder”, en *Anales de la academia Matritense del Notariado*. Ed. Reus, Madrid, 1948.

---

**DE LA CUESTA RUTE, J.M** (Dir.) VALPUESTA GASTAMINZA, E. (Coord.) *Contratos Mercantiles*, tomo I, Ed Bosch 2ªEd. Barcelona, 2009.

**DE LA TORRE OLID, F.** “Actualidad de los cuasi contratos. Revitalización del artículo 1891 del Código Civil para la tutela de los consumidores-inversores en el sector financiero (Un estudio necesario en tiempos de crisis)”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm.739, septiembre 2013, pág. 2952.

**DE LOS MOZOS, J.L.** *Inexistencia, nulidad y anulabilidad en el Anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía*. Estudios. Nulidad, 2005, en <http://www.codigo-civil.info>.

**DE ROBERTO, Giovanni.** “Recesso, frode e mediazione” Comentario a la Sentencia de 23 de enero de 1967, núm. 206 en Foro ititalian de. 1968, Tomo I.

**DEL POZO CARRASCOSA, P.** “Parte D. Contrato de mandato” en VAQUER ALOY, A; BOSCH CAPDEVILLA, E.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (Coord.) *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomo II. Ed. Atelier. Barcelona 2012.

**DI CHIO, G.**

- *Mediazione e mediatori, Digesto commentatto*”. Ed. Utet. Vol. IX. Torino. 1993.
- “La mediazione”, en *Contratti commerciali*. Dirigido por COTTINO, en GALGANO. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*. Ed. Cedam, Padova. 1993

**DÍEZ PICAZO, L.** “La formación del contrato”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1995, I.



**DIÉZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.**

- *Fundamentos de derecho Civil Patrimonial*. Vol. I. Introducción Teoría del contrato. 6ª. edición. Ed. Civitas. Madrid 2008.
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II Las relaciones obligatorias, Civitas, Madrid, 1996-2008, 5ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 2008.
- “En torno al concepto jurídico de “representación” en *Anuario de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N°8, 2004, pág. 311-316.
- *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, 11ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2003.
- *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 9ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2001

**DOMINGUEZ TRISTAN, P.** “Una aproximación a la figura del proxeneta a tenor de D.50, 14 y su proyección al derecho actual”. En *El derecho comercial, de Roma al derecho moderno* Vol. I. BELLO RODRÍGUEZ, S. Y ZAMORA MANZANO, J.L. (Coords.) Ed. Universidad de las Palmas de Gran Canarias, Servicio de publicaciones, febrero 2007, Págs. 691 y ss.

**DONATO CANDIAN, A.** “Il nuovo Codice delle assicurazioni e la disciplina civilistica del contratto di assicurazione: tendenze e “resistenze”, en *Revista Contratto e Impresa*. 2006, Fascículo 4-5.

**EIRANOVA ENCINAS, E.** *Código Civil Alemán Comentado*, BGB, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1998.

**ENNECCERUS-KIPP-WOLFF**, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, T.II, Vol. 1. Ed. Bosch, Barcelona, 1954.

**ESPINET ASENSIO, J.M.** “La mediación”. En GOMIS MASQUÉ, M.A. (Dir.) *La intermediación inmobiliaria*. Ed. Consejo General del poder judicial. Madrid, 2007.

**ESPUNY TOMÁS, M .J.- GALÁN DURÁN, C.** “Ordenación jurídica de las relaciones laborales” en *Teoría de las relaciones laborales*. Fundamentos. Ed. UOC, 2006.

**FERNANDEZ SEIJO, J.M.** (Dir.) Contrato de agencia, distribución y franquicia, Ed. Consejo del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006.

**FLAMINI, A.** *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*. Ed. Scientifiche Italiana. Napoles, 1999.

**FOLLIERI, L.** “Opzione e diritto del mediatore alla provvigione” en *Obbligazioni e Contratto.*, 2011, Núm.5.

**FOSSATI, G.** Revista de *Giurisprudenza Italiana* 1988, Tomo I, pág. 183.

**GALATI, A.** “Contratto di viaggio tutto compreso e responsabilità dell’organizzatore per danno ha vacanza rovinata”. En *Revista Contratti*. 2009, Núm. 7.

**GALGANO, F.**

- *Diritto privato*. Ed. Cedam. Padova 2006. 13ª ed.
- “Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alla sezione unite della Casazione”. Revista *Contratto e Impresa*. 2008 Núm. 1, fasc. 1.
- *Il contratto*. Ed. Cedam. 2ª ed. Milán. 2011. “Il contratto di intermediazione finanziaria (Art. 14)” *Le nuove regole del mercato finanziario*. Ed. Cedam. 2009. Milán.
- “Mediazione di cortesía, mediazione accesoria e prestazioni accesoria del mediatore”, in ZACCARIA, *La mediazione*, Padova, 1992.

**GALINDO, C.** (Información Estadística) “El Gobierno quiere acabar con los abusos de los intermediarios en la venta de pisos” en *El País*. Sección Economía, del 3 de abril de 2006. Madrid

**GARCIA GOYENA, F.** *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo, Zaragoza, 1974.

**GARCIA VALDECASAS y ALEX, F.J.** *La mediación inmobiliaria*. Pamplona; Aranzadi; 1998.

**GARCIA VALDECASAS, G.** “La esencia del mandato” *Revista de Derecho Privado*, Madrid 1944, Pág. 770 y ss.

**GARRIDO ARREDONDO, J.** “Mediación y mediadores en el tráfico jurídico romano”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* - Núm. LXXII, Enero 2002. Pág. 410.

**GARRIGUES, J.** *Curso de derecho mercantil*, Tomo II, 6ª.edición, Madrid, 1974.

**GAYARRE CONDE, I** (ponente) Dictamen elaborado por la Subdirección General de los Servicios Contenciosos de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, V-Lex, 2006.

**GÁZQUEZ SERRANO, L.** *El contrato de mediación o corretaje*. Ed. La ley. Madrid, 2007.

**GETE-ALONSO Y CALERO, M.C.**

- *Estructura y función del tipo contractual*. Ed. Bosch, Barcelona, 1979.
- *Estudios sobre el contrato*. Ed. Atelier Civil, Barcelona, 2008.

**GIACOBBE, E.** *Brokeraggio e tipo contrattuale*. E. Dott. E. GiuffrèEditore. Milán 2001.

**GÓMEZ DE LA SERNA, P. y REUS GARCÍA J.** *Comentarios al Código de Comercio, arreglado a la reforma de 6 de diciembre de 1868*. 5ª.edición. Impr. de la Revista de legislación. Madrid. 1869. Págs. 91 y ss.

**GONZÁLEZ VAQUÉ, L.**

- “El Derecho de consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores” en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, ISSN 1575-2054, núm. 233, 2004
- “La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo”, en *Estudios sobre consumo*, núm. 75, octubre 2005, pág. 25.
- “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 8, nº 17.

**GRAMUNT FOMBUENA, M.D**

- “La intervención de intermediarios en la comercialización del crédito al consumo”. En Rizzo, V.; Caterini, E.; Di Nella, L.; Mezzasoma, L. (coord.) *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*. Edizioni Scientifiche Italiane, s.p.a. 2010.

- “La excepción de *cosas propias del mandante*”, *Revista de Derecho Privado*. Julio-agosto, 1989, págs. 629 - 643).
- y otros. *Libro verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo (Bruselas, 08.02.2007 COM (2006) 744 final) Consulta* en <http://ec.europa.eu/consumers>. 2007.

**GRIBAUDI, M.** “Mediacione típica e atípica: Quando sorge el diritto alla provvigione?” comentario a la Sentencia del Tribunal de Nápoles de 10 de enero de 2012. *Altalex*.

**GUILLÉN CARAMÉS, J.** *El estatuto jurídico del consumidor: política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración*. Ed. Civitas, Madrid, 2002.

**GUZMÁN BRITO, A.** “La influencia del Código Civil francés en las codificaciones Americanas”, en *Codificación del Derecho civil e interpretación de las leyes*. Ed. Iustel. Portal Derecho, S.A. 1970. Pág. 26.

**HAMZA, G.** “Historia de la codificación del Derecho Civil en Hungría” en *Revista de Derecho Privado* núm. 19, 2010, Págs. 43 a 55 (Publicado en la Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Valparaíso, Chile, 2008, con traducción del alemán de Álvaro Pérez Ragone).

**HELMUNT, C.** “La ciencia del Derecho privado en Europa en el siglo XIX” En *GLOSSAE. Revista de historia del derecho europeo*, núm. 7, 1995 Instituto de Derecho Común Europeo. Universidad de Murcia, pág. 180.

**HERRERO GARCIA, M. J.** *Artículo 1273*. En *Comentarios al Código Civil -Tomo XVII, Vol. 1º B: Artículos 1261 a 1280 del Código Civil (2004):*

**HILL PRADOS, M.C.** *La mediación de seguros tras la Ley 26/2006: esa gran desconocida*. Revista jurídica de Catalunya, Núm. 1-2010.

**IRRERA, M.** *L'assicurazione: L'impresa e il contratto*. 2ª edición. Ed. Cedam. Milán. 2011.

**LACRUZ BERDEJO, J. L.**

- (Dir.) *Derecho de obligaciones* Vol. 1º Parte general. Teoría general del contrato. Cuarta Edición. Revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández. Dykinson, Madrid 2007.
- *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones. Vol. 2º. Contratos y Cuasi contratos. Delitos y cuasidelitos*. Ed. Dykinson. Madrid 2005. 3ª edición.
- (y otros), *Derecho de obligaciones. Volumen Tercero. Contratos y cuasicontratos*. 2ª. edición. Ed. Bosch. Barcelona. 1986.

**LARROSA AMANTE, M.A.** *Derecho de Consumo. Protección legal del consumidor*. Ed. El derecho. Madrid, 2011.

**LASARTE ALVAREZ, C.** *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

**LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.** *Conflicto de intereses y comisión mercantil*. Ed. Reus, Madrid, 2009,

**LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. e IRÁKULIS, N.** *El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil y el mandato en el derecho de obligaciones y contratos*. Ed. Dykinson, Madrid, Junio 2008.

**LEÓN ALONSO, J.R.** “Artículo 1709” en *Comentarios al Código Civil. Tomo XXI, Vol.2º: Artículos 1709 a 1739 del Código Civil*. Ed. Edersa. Madrid. 1986.

**LEVI, G.** *La commercializzazione del diritto privato. Il senso dell'unificazione*. Ed. Giuffrè. Milán. 1996.

**LLÁCÉR MATA CÁS, M.R.**

- “Códigos de conducta y on-line dispute resolutions: una aproximación a la privatización del Derecho” *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, 2009, fasc. IV pág. 1523.
- “El concepto de consumidor: notas en torno al art. 9 del Código Europeo de los contratos”, *Revista Galega de Administración pública*, 2003, núm. 34, Págs. 139-149.
- “La falta de integridad en la obligación de gestión” en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, Fascículo I, Enero-marzo, 1998, págs. 41 a 80.

**LÓPEZ LÓPEZ, A., MONTÉS PENADES, V.L. y ROCA i TRIAS, E.** *Derecho Civil, Derechos de obligaciones y contratos*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

**LUCAS FERNANDEZ, F.**

- “Comentarios a los artículos 1583 a 1603 del Código Civil” en *Comentarios del Código Civil, tomo XX, volumen 2º*, Ed. Edersa, Madrid, 1986.
- “Artículo 1544” en ALBALADEJO, M. Y DIEZ ALABART, S (Direc.) *Comentarios al Código Civil. Tomo XX, Vol. 1ºA: Artículos 1542 a 1553 del Código Civil*, 1997, Ed. Edersa 1982-2008.

**LUMINOSO, A.** “La mediazione” en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, En MESSIMO, F., MENGOSI, L. CICU, A. Ed. Giuffrè, 2ª edición, Milán, 2006.

---

**LUMINOSO, A. ZUDDAS, G.** “La mediazione. Il contratto di agenzia” en BUONOCORE, V. *Trattato di Diritto Commerciale*. Secc. II, Tomo 3-IX Ed. Giappichelli Editore. Torino. 2000.

**MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J.**

- (Coord.) “El negocio jurídico” en *Codificación, persona y negocio jurídico*. Ed. Bosch, Barcelona, 2003.
- *La relació jurídica obligacional*, Ed. Universitat de Barcelona, Barcelona, 2008.

**MARANGO, R.** “La nullità del contratto di intermediazione di valori mobiliari per difetto di sotto scrizione dell’intermediario” *Revista Nuova Giurisprudenza civile*. 2010 Núm. 9.

**MARANO, P. P.** “Gli intermediari di assicurazione e riassicurazione(artt 106 -121) en AMOROSINO, S. - DESIDERIO, L. *Il nuovo código delle Assicurazioni. Commento sistematico*. Ed. Dott, A. Giuffrè Editore, Milán, 2006.

**MARÍN LOPEZ, M.J.** “Comentarios al Proyecto de Ley de reforma de la LGDCU. El “nuevo” concepto de consumidor y empresario en la inminente reforma del TRLGDCU” *Centro de estudios de Consumo de la Universidad de Castilla la Mancha..* [ww.uclm.es/centro/cesco](http://ww.uclm.es/centro/cesco).

**MARINI, A.**

- “La Mediazione, Milan. 1992, pág.27. CARRARO, L. *La mediazione*. Ed. Cedam, 2ªed. Padova. 1960, pág. 15 y ss.



- “La Mediazione art. 1754 – 1765” en *Il Codice civile. Comentario*. Dirigido por SCHLESINGER, P. Ed. Giuffrèeditore. Milán. *La mediazione*. Ed. Cedam. Milán, 1992.

**MARQUEZ LOBILLO, P.** “Prestadores de servicios de intermediación: Algunas especialidades de su estatuto jurídico” en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 88, Diciembre, 2007.

**MARTI MARTI, J.** “El contrato de arrendamiento de servicios de abogado” en *La responsabilidad civil del abogado y del procurador*”, Ed. Bosch, 2007.

**MARTINEZ ESPÍN, P.**

- *Contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*. En Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla La Mancha. [www.uclm.es/cesco](http://www.uclm.es/cesco). Febrero 2009.
- *El contrato de viaje combinado: Antecedentes, derecho comparado, estudio normativo y jurisprudencial*. Ed. Servicios de publicaciones de la Universidad de Castilla- la Mancha. Cuenca, 1999.

**MEZZASOMA, L.** *Il “consumatore” acquirente di immobili da costruiré fradiritto al risparmio e diritto all’abitazione*. Ed. Scientifiche italiane. Milán. 2008.

**MINERVI, G.**

- *El mandato. La comisión-El contrato de comisión de transporte*. Ed. José M<sup>a</sup>. Bosch, Barcelona, 1959.
- “Il mandato, la comisione, la spedizione”. En VASSALLI, F. *Diritto Civile Italiano*. Ed. UnioneTipografica- EditriceTorinese, Torino, 1954.

**MIRANDA SERRANO, LM y PAGADOR LÓPEZ, J.** (Coord.) *Derecho (privado) de los consumidores*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

**MOLFESE, F.** *Il contratto di viaggio e le agenzie turistiche*. 2ª edición, Ed. Cedam, Padova, 2006.

**MONTÉS PENADÉS, V.** “El encargo”, en GOMIS MASQUÉ, M.A. (Dir.) *La intermediación inmobiliaria*. Ed. Consejo General del poder judicial, Madrid, 2007.

**MÓRAN MARTÍN, R.** “Instituciones de derecho mercantil” (Tema 15) en *Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal*. Tomo II. Parte práctica. Ed. Universitas, SA. Texto N°. 295, 2005.

**MORILLO GONZALEZ, F.** “El contrato de arrendamiento de servicios: su distinción de otras figuras afines en la doctrina de nuestros tribunales” en *Aranzadi Civil*, Volumen I, Ed. Aranzadi, Navarra, 1999.

**MOXICA ROMÁN, J.** *La ley del contrato de agencia, análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios*, 2ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.

**NAVARRO VILARROCHA, P.** “El corretaje de los bienes inmuebles” en *Revista General de Derecho*. Sección práctica, año XXXVII, N°. 442-443, julio-agosto 1981, Pág. 878

**O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.**

- “Contrato de mandato. Concepto y clases” *Compendio de Derecho Civil. Tomo 2(Obligaciones y Contratos)* Vol. 2. Ed. Edersa. 2004.

- *Compendio de Derecho Civil. Tomo 2 (Obligaciones y Contratos) Vol.2, 2ª*. edición. Ed. Edersa, Madrid, 2004.
- *Referencia a los contratos típicos y atípicos; contratos mixtos. Compendio de Derecho Civil. Tomo 2 (Obligaciones y Contratos) Vol. 1* Ed. Edersa, Madrid, 2004.

**ONOFRI, M.** “L’incidenza della prescrizione sul diritto alla provvigione”, *Revista Immobili e proprietà*, 2008. Núm. 8.

**OROZCO PARDO, G. y MORENO NAVARRETE, M. A.** “El contrato en el contexto de la unificación del Derecho Privado”, en *Revista Anales de derecho*. Número 29, 2011, Págs. 115-160.

**ORTEGA ALVAREZ, L y GARRIDO, N.** “Comentario al Art. 33”, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de Noviembre*” GARCIA DE ENTRERIA, E. y DE LA QUADRA-SALCEDO, T (Coords.) Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

**ORTEGA DIAZ, J.F.** “Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general”, en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.705, Enero-Febrero, 2008.

**PALAO MORENO, G.** “La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo”, en REYES LÓPEZ, MJ. (Coord.) *Derecho privado de consumo*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

**PARENTE, F.** “La protezione dell’assicurato e gli obblighi di trasparenza e di informazione” en CAVAZZOTI, C. MEZZASOMA, L., y otros *La tutela del*

*consumatore assicurato tra codice civile e legislazione speciale*. Ed. Edizione Scientifiche Italiane, Napoles, 2012.

**PEDICINI, E.** “Il Broker di Assicurazioni” en CENDON, P. *Il diritto privato oggi*. Ed. Giuffrè Editore, Milán, 1998.

**PEREZ GARRIGUES, M.** “El corredor de seguros”, en CUÑAT EDO, V. BATALLER GRAU, J. (Directores) *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*. Ed. Thomson- Civitas. 2007.

**PÉREZ MARTÍN, A.** “Mandato y representación en el derecho histórico”, en *Anales de Derecho*, núm. 12, 1994, Universidad de Murcia, pág. 263.

**PERLINGERI, G.**

- *Codice Civile, annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Libro 4º. Tomo II. 3ª edición, Ed. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2010.
- *Codice del Consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Ed. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2009.

**PIERALLINI, L.** *I pacche tituristici*. Ed. Giuffrè, Milán, 1998.

**PIQUER MARÍ, J.M.** “Algunas consideraciones acerca del mediador comercial o proxeneta en el pensamiento de Ulpiano”, en *El Derecho comercial, de roma al derecho moderno* Vol. II, BELLO RODRÍGUEZ, S. Y ZAMORA MANZANO, J.L. (Coords.) Ed. Universidad de las Palmas de Gran Canarias, Servicio de publicaciones, febrero 2007, Págs. 691 y ss.

**PONCE SOLÉ, J.** “La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda”, en *Revista d’estudis autonòmics i federals*, núm. 7, 2008.

**PRISCOLI, L.** “Contratto di viaggio e rilevanza della finalità turistica” *Revista Danno e Responsabilità*. 2008. Fasc. 8-9.

**PUIG BRUTAU, J.**

- “Contratos de mandato y de prestación de servicios” en *Compendio de derecho Civil 2. Derecho de obligación. Contratos y Cuasicontratos. Obligaciones de actos ilícitos, 3ª edición*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- *Fundamentos de Derecho Civil, II, Vol. II 2ª. edición*. Ed. Bosch, Barcelona, 1982.
- *Fundamentos de Derecho civil, II, Contratos en particular*. Vol. 2, Ed. Bosch. Barcelona 1956.

**PUIG PEÑA, F.** *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV-Vol. II*. Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1951.

**RAMOS IBÓS, T.M.** “El marco legislativo comunitario de los contratos de colaboración comercial: Agencia Distribución y Franquicia” en *Contrato de agencia, distribución y franquicia*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, Madrid, 2006.

**REBOLLEDO VARELA, A. L.**, “Compraventa a través de agente inmobiliario” en *Aranzadi Civil*. Núm. 3/2006. Pág. 2529.

**REYES LÓPEZ, M.J.**

- *Manual de Derecho privado de consumo*. Ed. La Ley, Madrid, 2009.
- (Coord.) *Derecho privado de consumo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

**RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.** “Aspectos generales del Contrato de Distribución y de Distribución en Exclusiva” en FERNANDEZ SEIJÓ, J.M. (Director): *Contrato de agencia, distribución y franquicia*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, 2006, Madrid.

**RODRIGUEZ GUITÁN, A. M.** “El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales”, en *Anuario de Derecho Civil*, 2001 Abril-Junio; L. II Págs. 681-751.

**RODRIGUEZ PIÑERO, M.** “La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho de trabajo” en *Revista de Política Social*, número 71, 1966.

**RODRIGUEZ RUIZ DE VILA, D.** *El Contrato de Corretaje Inmobiliario: Los Agentes de la Propiedad inmobiliaria*. 2ª edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

**ROPPO, V.** *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, en *Revista Danno e Responsabilità*, núm. 6, 2005.

**RUBIO GIMENO, G.** *La herencia como objeto negocial*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.

**RUBIO TORRANO, E.** “Mandato y representación” en *Aranzadi Civil* 21/2007. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2007.

**RUIZ DE VELASCO, A.** *Manual de Derecho Mercantil*. Ed. Universidad Pontificia Comillas. 2007. Madrid.

**SACCO, R. - DE NOVA, G.** *Il contratto*. Tomo II. En SACCO, R. *Trattato de Diritto Civile*, 3ª edición, Ed. Utet, Torino 2004.

**SAMPONS SALGADO, M.**

- *El contrato de corretaje*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1965.
- *El mandato*, Ed. Ánfora. Barcelona.1964.

**SANCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J.** (Coords.).

- *Instituciones de Derecho Mercantil*. Vol. I. 32ª edición. Ed. Aranzadi. Navarra. 2009.
- *Instituciones de derecho mercantil Vol.II. 29ªedición*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

**SANCHEZ LORENZO, S.** “La unificación del Derecho Privado en Europa” en *Revista de Estudios jurídicos*, núm. 11/2011. ISSN 1576-124X. Ed. Universidad de Jaén. [www.rej.ujaen.es](http://www.rej.ujaen.es).

**SANGIOVANNI, V.** “Il contratto d’intermediazione finanziaria”. *Revista Obbligazioni e Contratti*, núm. 11, 2011.

**SCHULZ, F.***Derecho Romano Clásico*. Ed. Bosch. Barcelona, 1960.

**SEMPERE NAVARRO, A.V.** “Naturaleza del contrato existente entre Comunidad de Propietarios o Empresas y personal de limpieza”, en *Aranzadi Social* vol. IV. 1997. Pág. 79.

**SIERRA FERNANDEZ, M.P.** *Instituciones e intermediarios financieros españoles en el marco de la unión económica y monetaria*. Ed. Abecedario, Badajoz, 2009.

**SILINGARDI, G. – MORANDI, F.** *La vendita di pacchetti turistici. La direttiva 13 giugno 1990 n.1990/314/CEE ed el d. Lg. 17 marzo 1995, n. 111*. Ed. G. Giappichelli, Torino, 1996.

**STOLFI, M.** “Mediazione” en *Commentario del Codice civile* en SCIALOJA, A. Y BRANCA, G. *Delle obbligazioni, art. 1754 – 1860*. Libro 4°. Ed. Nicola Zanichelli. Bologna, 1953.

**TASENDE CALVO, J.** “El contrato de mediación inmobiliaria en la compraventa de vivienda” en *Revista. Actualidad Civil*, Ed. La Ley, Madrid, 2008.

**TASSONI, G.** “Aspetti particolari della risoluzione del contratto di viaggio”, en G. SILINGARDI- ZERO, V. Y ZENCOVICH. *La tutela de Turista*, Ed. ESI, Napoles. 1993. *Il contratto di viaggio*. Ed. GiuffreEditore. Milán. 1998.

**TAYLOR VON MEHREN, A.** “La Conferencia de la Haya, ventas a los consumidores y el Reporte Von Mehren”, Reporter presentado a la Comisión III de la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. (Traducido al español por Adriana Sánchez Mussi).



**TOSCHI VESPASIANI, F.**

- “Sentencia de *Cassazione* de 5 de septiembre de 2006, n.19066” en *Revista Contratto*, Tomo 4, 2007.
- “Anche “il mediatore atípico” è obbligato ad iscriversi al ruolo degli agenti in affari di mediazione”, en *Revista Contratti*, fascículo 4, 2007.
- “Comentario a la Sentencia” de *Cassazione civile* de la Secc. III de 5 de septiembre de 2006, n. 19066, en *Revista Contratti*. 2007. Núm. 4.
- “Il nesso causal tral’attività del mediatore e la conclusione dell’affare” en *Contratti*, núm. 11, 2008.
- “La vesatorietà della mediazione atípica approda al vaglio della Cassazione” en *Revista Responsabilità civile*, núm. 2,2012.
- “Mediazione típica e atípica e contratto di mandato” en *Revista I Contratti*, núm. 12, 2009.

**TROISI, B.** *La mediazione*. En CENDON, P. *Il Diritto privato oggi*. Ed. Giuffré Editore, Milán, 1995.

**VACCA, C.** *I contratto di viaggio e turismo. La disciplina, la giurisprudenza, la strategia*. Ed. Egea, Milan, 1995.

**VAQUER ALOY, A.**

- “El *Soft Law* europeo en la jurisprudencia española: doce casos” en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol.1, junio 2013
- “Marco general del nuevo derecho de contratos” BOSCH CAPDEVILL, E. (Dir.) *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*. Ed. Bosch. Barcelona. Marzo 2012. Pág. 40.

**VAQUER ALOY, A; BOSCH CAPDEVILLA, E.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.** (Coord.) *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomos I y II. Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

**VAQUERO PINTO, M.J.** *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*. En Colección de Estudios de Derecho Privado. Dirigido por BERCOVITZ, R. Ed. Comares, 2004.

**VARELLI, Carlo.** *La mediazione*. Ed. Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1953.

**VATTIER FUENZALIDA, C.** *Inexistencia y nulidad del contrato*, en “Código Europeo de contratos. Academia de *Iusprivatistas* europeos (Pavia). Comentarios al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos. Ed. Dykinson. Madrid, 2003.

**VICÉNT CHULIÁ, F.** *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*. Ed. Bosch. 2. Edición. Barcelona, 1986.

**VILLANUEVA LUPIÓN, C.**

- *El servicio como objeto de tráfico jurídico*. Ed. La ley. Madrid, 2009.
- *Los contratos de servicios*. Ed. La ley. Madrid, 2009.

**VISALLI, N.** “La Mediazione”. Ed. Cedam, Milan, 1992.

**VIVANTE, C.** “I Commercianti” en *Trattato di diritto commerciale*. Vol.I, 4ª Ed. Ed. Dottor Francesco Vallardi, Milan, 1911.

**VON TUHR, A.** *Derecho Civil. Vol. III Los hechos jurídicos* (cont.) Ed. Marcial Pons. Barcelona, 2005.

**ZACCARIA, A.** “La mediazione é un contratto sociale mutante, Singolari effetti della síndrome di Peter Pan?” en Revista *Obbligazione e Contratto*, núm, 11, 2011.