

Id Cendoj: 28079110012010100130  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 638/2006  
 Nº de Resolución: 174/2010  
 Procedimiento: CIVIL  
 Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x CONTRATO DE MEDIACIÓN x
- x DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES x
- x SOLICITUD DE PRUEBA (RECURSO DE APELACIÓN) x
- x SUPUESTO DE LA CUESTIÓN (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x

**Resumen:**

Contrato de mediación o corretaje. Calificación del contrato. Naturaleza y contenido. Aspectos fácticos no revisables en casación. Denegación de prueba en segunda instancia.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 47 de la misma ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó la Procuradora Dª Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de Dª Encarnacion y Dª Marisa , siendo parte recurrida el Procurador D. Carlos Ibáñez de la Cadiniere, en nombre y representación de D. Celso .

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- 1.- El Procurador D. Angel Montero Brusell, en nombre y representación de D. Celso , interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra Dª Encarnacion y Dª Marisa y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que *estimando la demanda se condene a las referidas señoras Marisa y Encarnacion al pago a D. Celso de la cantidad de ochocientos cuarenta y tres mil doscientos euros con setenta y cinco céntimos, más el impuesto sobre el valor añadido, solidariamente y con expresa imposición de las costas a las demandadas.*

2.- El Procurador D. Angel Quemada Cuatrecasas, en nombre y representación de Dª Encarnacion y Dª Marisa , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que *desestime íntegramente la demanda, con imposición de las costas causadas a la parte actora por su temeridad y notoria mala fe.*

3 .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 47 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 20 de enero de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando en parte, como estimo sólo en parte, la demanda interpuesta por D. Celso contra Dª Encarnacion y Dª Marisa , sobre reclamación de cantidad, debo condenar y condeno a dichas demandadas a que paguen al actor la cantidad de seiscientos sesenta y cuatro mil quinientos ochenta y tres euros con sesenta y cuatro céntimos (666.583,64 Euros). Y sin hacer especial condena en costas. En fecha 9 de febrero de 2005 se dictó Auto de Aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se rectifica el error que resulta en la sentencia dictada en fecha 20 de enero de 2005 , en el sentido de que donde se condena al pago de*

666.583,64 euros en concepto de comisión debe decir: 695.342,11 euros".

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 23 de diciembre de 2005 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dª Marisa y Dª Encarnación contra la sentencia de fecha 20 de enero de 2005 y el auto aclaratorio de 9 de febrero de 2005 dictados por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 47 de los de Barcelona . También desestimamos la impugnación formulada por la representación procesal de D. Celso . Confirmamos dichas resoluciones, sin pronunciamiento en costas de la alzada.*

**TERCERO** .- 1 .- El Procurador D. Angel Quemada Cuatrecasas, en nombre y representación de Dª Encarnación y Dª Marisa , interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS POR INFRACCION PROCESAL: PRIMERO** .- Al amparo del artículo 469.1 apartados 3º y 4º de la Ley de Enjuiciamiento civil, infracción de los artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 24 de la Constitución, en relación con los arts. 460.2.2º y 435.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento civil. **SEGUNDO** .- Al amparo del artículo 469.1 apartado 2º de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre normas procesales reguladoras de la sentencia, en relación con los artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil. **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO** .- Infracción de normas sustantivas contenidas en los artículos 1447 y 1450 del Código civil. **SEGUNDO** .- Infracción de los artículos 1709, 1718 y 1720 del Código civil .

3.- Por Auto de fecha 18 de noviembre de 2008 , se acordó ADMITIR LOS RECURSOS POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION interpuestos y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de marzo del 2010, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Se deben distinguir claramente, en lo que aquí interesa, las dos cuestiones que han llegado a esta Sala, por los recursos que han sido interpuestos por la parte demandada, las hermanas doña Encarnación y doña Marisa . Son la cuestión jurídica relativa al contrato que relacionaba a las partes litigantes y la cuestión fáctica, sobre si puede declararse que aquel contrato ha sido cumplido.

*Quaestio iuris.* Las actuales recurrentes, demandadas en la instancia, junto con su madre, hoy fallecida, celebraron un negocio jurídico el 15 de diciembre de 1999 con el demandante y parte recurrida, don Celso por el que aquéllas le dieron "poderes para representarlas en la búsqueda y negociación de la venta de las acciones" ( sic ) que representaban el 38% de dos sociedades anónimas. El siguiente día 22, como continuación del anterior, fijan el precio mínimo de venta de las acciones y el porcentaje sobre el total que resulte de la misma a favor del señor Celso " que actúa como representante de las mismas para la gestión, asesoramiento y venta del citado paquete accionario" ( sic ).

Tal negocio jurídico se califica de contrato de mediación o corretaje 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 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.

*"Dicho contrato de mediación o corretaje, es un contrato atípico en nuestro derecho, que aunque tenga similitud o analogía con el de comisión, con el de mandato e incluso con el de prestación de servicios, sin embargo nunca responderá a una combinación formada con los elementos a dichas figuras contractuales típicas. Pero a pesar de ello su enorme práctica comercial y la importancia que ha adquirido en dicha área, hace preciso que se fijen las normas por las que se ha regir su nacimiento, desarrollo y producción de efectos. Para ello habrá que recurrir a lo pactado por las partes a tenor de la facultad otorgada por los artículos 1091 y 1.255 del Código Civil , después a las normas generales de las obligaciones y contratos comprendidos en los Títulos I y II del Libro Cuarto del Código Civil, mas 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."

Y, como precisan las sentencias de 30 de marzo de 2007 y 25 de mayo de 2009 :

*"el contrato de mediación se integra en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario (SSTS de 10 de marzo de 1992 y 19 de octubre de 1993 ). Constituye un contrato atípico, consensual, 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 (STS de 6 de octubre de 1990 , entre otras muchas). "*

Tal como se deduce de los contratos -ciertamente, único contrato- la mediación se pactó y se hizo depender de la celebración de la venta de las acciones; la remuneración prevista se fijó "sobre el total que resulte de la venta" por lo que ésta, como perfección del contrato, se contemplaba formando parte de la mediación. Este es el caso que resolvió la sentencia de 30 de abril de 1998 , con cita de abundante jurisprudencia, que dice así:

*"En esta clase de contratos -mediación o corretaje-, como se deja dicho, la relación que los conforman viene constituida porque la función del agente radica en la conexión y contacto negocial que procura entre el vendedor y el futuro comprador, con lo que su relación contractual sólo se proyecta respecto a la parte que le confirió el encargo, que por ello no exige necesariamente que se de propio mandato para un acto de riguroso dominio, estando supeditada su eficacia, en cuanto al devengo de honorarios por comisión, a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso en contra, (SS. de 26-3-1991, 10-3-1992, 19-10 y 30-11-1993, 7-3-1994 y 17-7-1995 ). Dicho contrato nace a la vida jurídica por la actividad eficiente y acreditada del agente mediador, y, en consecuencia, los derechos de éste al cobro de las remuneraciones convenidas, los adquiere desde el momento en que se perfecciona la compraventa encargada"*

En el mismo sentido, la sentencia de 16 de octubre de 2007 precisa:

*"En efecto, está demostrado que el contrato de compraventa se perfeccionó, lo que, a falta de pacto expreso, sería suficiente para entender culminado el negocio y devengado el derecho a comisión del mediador."*

*Quaestio facti.* El tema controvertido, como cuestión fáctica, esencial, es si el mediador, demandante en la instancia, Sr. Celso , ha cumplido su obligación y tiene, por ello, derecho a percibir la remuneración pactada, lo que ha sido el objeto de su demanda, estimada en ambas instancias.

Siendo la cuestión fáctica función del Tribunal *a quo*, cuya revisión no forma parte de la casación, es esencial la que ha sido declarada probada por aquél. Efectivamente, la sentencia de la Audiencia Provincial, objeto de los presentes recursos, tras examinar con sumo detalle la prueba practicada, declara que la venta de acciones se llevó a efecto y, como conclusión:

*"Por tanto, como consecuencia de la mediación del actor las partes se pusieron de acuerdo; el negocio final se realizó como consecuencia de la previa intervención del mediador. En todo caso, las gestiones de aquél fueron aprovechadas. La consumación del contrato se produjo el 2 de Agosto de 2.002, pero las referencias a la venta incluidas en el contrato de mediación no pueden interpretarse en el sentido de que en tal acto el mediador debiera representar a las comitentes sino que habida las gestiones de aquél las vendedoras finalmente cobraron el precio de la compraventa."*

**SEGUNDO** .- Las sentencias de instancia, del Juzgado de Primera Instancia número 47 y de la Audiencia Provincial, sección 11<sup>a</sup>, de Barcelona, han estimado la demanda. Contra esta última las demandadas, condenadas al pago al actor de una importante cantidad, han formulado el presente recurso por infracción procesal, articulado en dos motivos.

El primero de ellos, por infracción de los artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 24 de la Constitución Española, en relación con los arts. 460.2.2º y 435.1.2º *aquella Ley* , todo ello al amparo del artículo 469.1 apartados 3º y 4º (pese a que no cabe fundar el recurso en dos apartados distintos de esta norma, ya que son fundamentos distintos y excluyentes). La infracción que se denuncia es la denegación de la práctica de la prueba testifical en la segunda instancia que había sido admitida y declarada pertinente en primera instancia y que no se practicó porque, una vez no acudieron (" por distintas razones "), otra por los

Letrados de la parte recurrente (" por motivos profesionales "), cuatro veces por el órgano jurisdiccional (" baja del Magistrado "), otra más por la Letrada de la parte contraria (" imposibilidad ").

No se practicó la prueba en la segunda instancia, al denegarse por auto de la Audiencia Provincial (" no advirtiéndose que en la propuesta concurre estructura suficiente a su práctica "), recurrido por la parte demandada, oponiéndose la actora y rechazado el recurso de reposición ("los argumentos vertidos por el recurrente no desvirtúan la fundamentación de la resolución recurrida...").

El motivo se rechaza, en primer lugar, porque la Sala de apelación tiene la facultad que inadmitir la prueba, si considera suficiente la practicada en primera instancia, aunque la argumentación que emplee sea notoriamente pobre, pero en la sentencia analiza con detalle la prueba practicada y de modo suficiente declara probados los hechos básicos a los que aplica la normativa adecuada. En segundo lugar, porque la parte recurrente tan sólo emplea un breve párrafo (cuatro líneas) en el que alega la necesidad de la prueba que no ha sido practicada, con una argumentación notoriamente insuficientes ("... podrían confirmar o desmentir la tesis sostenida por el actor de la operación de venta global...") para considerar que se ha producido indefensión (de entender que se ha fundado el recurso en el *número 3º del artículo 469 .1* ) o infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (sin se entiende fundado en el número 4º).

El motivo segundo se formula al amparo del *artículo 469.1 2º de la Ley de Enjuiciamiento civil* por infracción de normas reguladoras de la sentencia, en relación con los *artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil* y lo *subdivide en seis apartados* que no siempre tienen que ver con la carga de la prueba o la motivación y congruencia de la sentencia. Todos los argumentos de las seis apartados son rechazables y el motivo se desestima. El primero, porque el error material que denuncia no es trascendente a los efectos de la resolución del litigio que no es sino la adecuada intervención del mediador en la compraventa de las acciones, que así se ha declarado probado. El segundo, porque la alegación de error en la valoración de la prueba no es motivo de infracción procesal, a no ser el caso excepcional de una equivocación tan evidente que atente a la tutela judicial efectiva, que no es el aquí planteado. El tercero, porque mezcla conceptos bien distintos como la carga de la prueba, que aquí no se plantea, la prueba documental de la que no cabe revisión probatoria y la interpretación de los contratos que es tema ajeno a la infracción procesal; a largo de este apartado se hace, respecto a la prueba, supuesto de la cuestión. El cuarto, porque vuelve al tema de la carga de la prueba en relación con una presunción de veracidad que no aparece en la sentencia recurrida. El quinto, porque la sentencia recurrida está sobradamente motivada -realmente ni se plantea- y es congruente atendiendo a la relación entre el suplico de la demanda y el fallo, sin que sea preciso para no caer en incongruencia hacer referencia a todos los argumentos vertidos en la instancia, como parece pretenderse en el desarrollo de este apartado. El sexto apartado no tiene sentido ya que mezcla la congruencia con la situación fáctica y pretende alterar la declarada en la instancia, haciendo supuesto de la cuestión.

**TERCERO** .- El recurso de casación que ha sido formulado por la misma parte demandada contra la indicada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, contiene dos motivos que, como los del anterior, deben ser desestimados.

El primero alega infracción de los *artículos 1447 y 1450 del Código civil relativos al precio en el contrato de compraventa*, el primero de ellos, y a la perfección del mismo, el segundo. Aparte de unas referencias a conceptos y normas procesales ajenas al recurso de casación, no se vislumbra en el motivo infracción alguna de tales normas. En primer lugar, son normas que no han sido aplicadas en las sentencias de instancia, las cuales han declarado probada la mediación para la venta de las acciones. Negarlo es combatir el supuesto fáctico declarado probado y hacer supuesto de la cuestión, lo que no cabe en casación. En segundo lugar, tal como resuelve la sentencia de 22 de mayo de 2009 , si se ha probado que con el contrato de mediación se ha obtenido el resultado, el mediador tiene derecho a percibir las comisiones pactadas: éste es el caso que contempló dicta sentencia y el que se plantea en ésta.

El segundo de los motivos de casación alega la infracción de los *artículos 1709, 1718 y 1720 del Código civil* , todos ellos referidos al contrato de mandato: concepto y obligación del mandatario y el motivo se desestima porque a todo lo largo del mismo no se hace otra cosa que supuesto de la cuestión, lo cual está vedado en el recurso de casación, tal como expresan las sentencias de 2 de julio de 2009, 5 de noviembre de 2009, y 20 de noviembre de 2009 : significa partir de hechos distintos a los declarados probados o basarse en los que no han declarado probados la sentencia de instancia.

**CUARTO** .- Por todo ello, se desestiman los recursos por infracción procesal y de casación, con la imposición de las costas que establece el *artículo 398 .1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en su remisión al *artículo 394.1. de la misma ley* .

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

## **FALLAMOS**

**Primero** .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACION, interpuestos por la representación procesal del D<sup>a</sup> Encarnación y D<sup>a</sup> Marisa , contra la sentencia dictada por la Sección 11<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 23 de diciembre de 2005 , QUE CONFIRMAMOS.

**Segundo** .- En cuanto a las costas, se imponen a la parte recurrente.

**Tercero**. Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.