

Roj: STS 7356/2011
 Id Cendoj: 28079110012011100752
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1606/2008
 Nº de Resolución: 777/2011
 Procedimiento: Casación
 Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN
 Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Noviembre de dos mil once.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil demandante OLÉ MEDITERRÁNEO S.L., representada ante esta Sala por la procuradora D^a María Isabel Campillo García, contra la sentencia dictada el 12 de junio de 2008 por la Sección 9^a de la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche, en el recurso de apelación nº 129/08 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 1385/06 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Torrevieja, sobre reclamación de cantidad por comisiones de mediación en la venta de apartamentos. Ha sido parte recurrida la compañía mercantil demandada ANARA GUIPÚZCOA S.L., representada ante esta Sala por el procurador D. José Manuel Villasante García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 2 de octubre de 2006 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil OLÉ MEDITERRÁNEO S.L. contra la compañía mercantil ANARA GUIPÚZCOA S.L. solicitando se dictara sentencia "por la que:

a) *Se declare válido y eficaz en sus propios términos el contrato de agencia en exclusiva suscrito con fecha 19 de abril de 2005, entre ANARA GUIPÚZCOA S.L. como promotor-constructor y OLÉ MEDITERRÁNEO S.L. como agente.*

b) *Se declare que OLÉ MEDITERRÁNEO S.L. cumplió bien y fielmente las obligaciones que como agente había asumido en virtud del ante citado contrato.*

c) *Se declare que ANARA GUIPÚZCOA S.L. incumplió sus obligaciones contractuales derivadas del contrato de agencia habiéndose frustrado por su culpa o negligencia las compraventas formalizadas por OLÉ MEDITERRÁNEO S.L., como agente con sus clientes.*

d) *Se condene a la demandada a estar y pasar por dichas declaraciones y, consecuentemente, a abonar a OLÉ MEDITERRÁNEO S.L. el importe de las comisiones generadas como consecuencia de las ventas de los 115 apartamentos turísticos del complejo GRAN ALACANT GOLF APARTHOTEL conseguidas por OLÉ MEDITERRÁNEO S.L., que asciende a la cantidad de 3.436.900 # (TRES MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS EUROS), más los intereses legales desde la interposición de la demanda.*

e) *Se condene a la demandada al pago de todas las costas y gastos que se devenguen en este procedimiento."*

SEGUNDO.- Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Torrevieja, dando lugar a las actuaciones nº 1385/06 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado- juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 31 de octubre de 2007 con el siguiente fallo: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la mercantil OLE MEDITERRANEO, SL., representado/a por el/ la Procurador/a de los Tribunales D./D^a Vicente Giménez Viudes, contra la mercantil ANARA GUIPÚZCOA

S.L., representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales D./D^a Mariano Díaz Carrio, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de la pretensión de pago de TRES MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS EUROS (3.436.000 #), más intereses legales; DECLARANDO que la demandante MEDITERRANEO, S.L. cumplió con su obligación contractual de promocionar y de intermediar en la compraventa de los apartamentos proyectados bajo la denominación GRAN ALACANT GOLF APARTHOTEL de la localidad de Santa Pola, en tanto que la demandada ANARA GUIPUZCOA S.L. incumplió culposamente con su obligación contractual de 'obtener todas las licencias, permisos y certificados que establezcan la legislación vigente' prevista en la estipulación quinta, apartado g) del contrato de fecha 19 de abril de 2005; sin condena en costas."

CUARTO.- Interpuesto por la parte demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 129/08 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche, esta dictó sentencia el 12 de junio de 2008 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo a la parte recurrente las costas de la apelación.

QUINTO.- Anunciado por la parte-apelante recurso de casación, el tribunal sentenciador lo tuvo por preparado y, a continuación, dicha parte lo interpuso ante el propio tribunal articulándolo en cinco motivos: el primero por infracción de los arts. 1445 y 1450 CC y de la jurisprudencia correspondiente; el segundo por infracción del art. 14 de la Ley sobre contrato de agencia en relación con sus arts. 6, 10 y 17 y con la jurisprudencia correspondiente; el tercero por infracción de los arts. 1258 y 1254 CC y de la jurisprudencia correspondiente; el cuarto por infracción de los arts. 1103 y 1104 CC y de la jurisprudencia correspondiente; y el quinto por infracción del art. 1256 CC y de la jurisprudencia correspondiente.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 3 de noviembre de 2009, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida con imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 30 de mayo de 2011 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 18 de octubre siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión jurídica principal que plantea el presente recurso de casación consiste en si el derecho de la parte actora-recurrente, una sociedad limitada, a la comisión pactada en el denominado "Contrato de agencia para la venta en exclusiva" de 320 apartamentos de un edificio a construir, celebrado en su día por aquella con la demandada-recurrida, sociedad asimismo limitada cuya actividad era la promoción y construcción inmobiliaria, nació con los documentos de "reserva", 115 en total, suscritos por la demandante y los interesados en adquirir los apartamentos, tesis de la demanda y del presente recurso, o por el contrario no nació hasta que se firmaran los contratos privados de compraventa entre dichos interesados y la promotora-constructora demandada, tesis de esta última acogida en las sentencias de ambas instancias sobre la base de calificar el contrato denominado "de agencia" como un contrato de mediación o corretaje.

La razón del conflicto es que el edificio no llegó finalmente a construirse por causas imputables a la demandada-recurrida, hecho que esta no discute al haberse aquietado con el pronunciamiento de la sentencia recurrida que confirmó la declaración de que la demandante había cumplido "con su obligación contractual de promocionar y de intermediar en la compraventa de los apartamentos proyectados" en tanto que la demandada había incumplido "culposamente con su obligación contractual de obtener todas las licencias, permisos y certificados que establezca la legislación vigente". Lo que sucede es que, pese a este incumplimiento culposo, la sentencia recurrida desestima la demanda en cuanto, además, se reclamaba la cantidad de 3.436.900 euros en concepto de comisiones, precisamente por entender el tribunal que no había nacido el derecho a percibir las comisiones y que, en definitiva, aquel incumplimiento ciertamente había causado unos daños y perjuicios a la demandante pero que no podía acordarse su indemnización porque nada se había solicitado al respecto en la demanda, ni principal ni subsidiariamente.

De ahí que el recurso de casación de la parte demandante, articulado en cinco motivos y no precedido de recurso extraordinario por infracción procesal, se oriente principalmente a la estimación de su reclamación de cantidad reiterando, desde una u otra perspectiva, su tesis de que las reservas de los apartamentos conseguidas gracias a su actividad ya generaban el derecho a percibir las comisiones pactadas.

SEGUNDO.- A esa finalidad principal del recurso se orientan sus tres primeros motivos.

El primer motivo, fundado en infracción de los *arts. 1445 y 1450 CC* y de la jurisprudencia que los interpreta y desarrolla, impugna la sentencia de apelación por no haber tenido en cuenta que "[c]on la firma de las hojas de reserva entre el Agente y cada uno de los compradores se ha producido ya la perfección del contrato de compraventa" con arreglo a lo dispuesto en el citado *art. 1450 CC*, ya que en tales hojas figuraban identificados tanto la vivienda objeto del contrato de compraventa como su precio final, citándose en apoyo de esta tesis las sentencias de esta Sala de 28 de noviembre de 1956 y 4 de noviembre de 1994. Se añade que el agente no puede ser responsable de la consumación del contrato de compraventa y, en fin, que el derecho al cobro de sus honorarios nace en el momento en que queda cumplida o agotada su actividad, única a la que se ha obligado.

El motivo segundo, fundado en infracción del *art. 14 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo*, sobre contrato de agencia (en adelante LCA), en relación con sus *arts. 6, 10 y 17*, así como de la jurisprudencia que los interpreta y desarrolla, impugna la sentencia de apelación por haber confundido "*la reclamación de comisiones por actos de comercio realizados con la reclamación por actos de comercio que debieron haber sido realizados*", desprendiéndose del citado *art. 14, en su expresión "hubiera debido realizar"*, que el agente tiene derecho a la comisión si por su parte ha cumplido todas las obligaciones que le incumben aunque su principal, por culpa o negligencia, no realice los correspondientes actos de comercio. Se añade que la jurisprudencia en que se apoya la sentencia recurrida es, en su mayor parte, anterior a la LCA, que según las SSTs 5-11-04 y 21-5-92 lo decisivo es el acuerdo entre comprador y vendedor, no la consumación del contrato de compraventa, y, en fin, que del *art. 17 LCA* se desprende que el derecho a la comisión no está vinculado a la conclusión del acto de comercio y que puede existir derecho a la comisión sin que exista acto de comercio si este no se ha ejecutado por causas imputables al empresario.

Finalmente el motivo tercero, fundado en infracción de los *arts. 1258 y 1254 CC*, insiste en la tesis de que hubo perfección de los correspondientes contratos de compraventa de los 115 apartamentos mediante la suscripción de los documentos u hojas de reserva, pues en virtud de estas el adquirente ya quedaba obligado a pagar el precio pactado.

TERCERO.- Dado el planteamiento de los tres motivos, especialmente centrado en que las hojas o documentos de reserva comportaron la perfección de las compraventas de los correspondientes apartamentos entre quienes entregaron a la actora- recurrente una cantidad por la reserva y la promotora-constructora demandada, procede su examen conjunto, del que resulta que han de ser desestimados por las siguientes razones:

1ª) La parte recurrente prescinde de articular uno o varios motivos que impugnen la interpretación y consiguiente calificación del contrato litigioso, el celebrado entre actora y demandada, como contrato de mediación o corretaje.

2ª) Aunque en el correspondiente documento privado dicho contrato se denominara "*Contrato de agencia para la venta en exclusiva*", por su objeto no era propiamente un contrato de agencia encuadrable en la LCA porque, como precisa la sentencia de 10 de enero de 2011 (rec. 766/07), la directiva 86/653 / CEE considera agente comercial a quien se encargue de "manera permanente" de negociar por cuenta del empresario la compra y venta de mercancías o de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario, y la *ley española, esto es la LCA de 1992, caracteriza la relación entre agente y empresario por su continuidad o estabilidad ("de manera continuada o estable")*. Por eso la misma sentencia distingue el contrato de agencia del de mediación o corretaje por la razón de la estabilidad del primero y, en atención a ello, niega que dos contratos muy similares al aquí litigioso sean calificables como contratos de agencia porque "no puede confundirse la 'estabilidad' de una determinada relación con la duración de la actividad desarrollada a fin de ejecutar los pactado, singularmente cuando a pesar de efectuarse un encargo aislado su ejecución requiere una actividad dotada de cierta continuidad debido a la existencia de plurales actos de mediación o ejecución del contrato único, que es lo acontecido en este caso en el que la sentencia recurrida confunde el encargo de mediar en la colocación de dos promociones inmobiliarias, con una inexistente estabilidad de la relación, ya que la relación entre el 'empresario' y el 'agente' estaba abocada estructuralmente desde el mismo momento de su inicio a finalizar una vez concluida la venta de los distintos apartamentos que componían los complejos inmobiliarios."

3ª) De lo anterior se sigue que pese a la denominación asignada por las partes al contrato litigioso, y por más que su *cláusula novena* se remitiera al régimen del C.Com. y de la LCA "*en lo no previsto en este contrato*", es acertada la calificación de contrato de mediación o corretaje aplicada por la sentencia recurrida.

4ª) La consecuencia de tal calificación, en realidad no impugnada por la parte recurrente, es que su retribución dependiera de la perfección de los contratos de compraventa entre la promotora-constructora demandada y los interesados en adquirir los 115 apartamentos que firmaron las correspondientes hojas de reserva. De aquí que la verdadera discrepancia de la parte recurrente con la sentencia impugnada no se encuentre en cuál sea la jurisprudencia aplicable, pues toda la citada por ambas partes y por el tribunal de apelación supedita la retribución del mediador a la perfección de los contratos subsiguientes, no al efectivo pago del precio por los compradores al ser un acto perteneciente a la consumación de la compraventa, y dicha jurisprudencia se mantiene en sentencias tan recientes como la ya citada de 2011 y las de 18 de marzo de 2010 (rec. 638/06) y 27 de junio de 2011 (rec. 417/08).

5ª) Además de que en el recurso no se impugna la interpretación del contrato litigioso ni de las hojas de reserva por el tribunal de apelación, lo que ya de por sí impide acoger la tesis de la parte recurrente de que dichas hojas comportaban la perfección de otros tantos contratos de compraventa, no hay el menor asomo de que la sentencia recurrida los haya interpretado de forma ilógica, arbitraria o irrazonable. Antes bien, ya en la *cláusula primera del contrato celebrado entre las dos partes litigantes se disponía que "[t]odos los contratos de venta y documentos que se formalicen con los compradores, deberán ir firmados por la CONSTRUCTORA-PROMOTORA"*; en su *cláusula tercera* el primer pago de los compradores se preveía *"a la firma del contrato de compraventa"*; en su *cláusula cuarta* se determinaba la comisión de la hoy recurrente por el incremento del precio de venta que obtuviera por cada apartamento a partir del precio neto fijado en el anexo I del contrato litigioso; y en fin, en esta misma *cláusula el cobro de la comisión se hacía depender de los pagos del comprador, el primero* de los cuales habría de hacerse a la firma del contrato de compraventa y el último *"a la entrega de llaves o escritura pública de compra-venta"*. En las hojas de reserva, por su parte, la cantidad entregada a la hoy recurrente por el interesado en adquirir cada apartamento se calificaba de *"depósito"*, la hoy recurrente se eximía de toda responsabilidad y además se hacía constar, de un lado, que este *"depósito inicial"* no sería devuelto *"en el caso de que el comprador no siga adelante con la compra"* y, de otro, que *"[d]icho depósito podrá ser utilizado durante un periodo de dos años para la compra de una vivienda a través de OLÉ MEDITERRÁNEO, S.L.u."*, es decir la hoy recurrente. Por tanto no cabe deducir del contrato litigioso que las hojas de reserva comportaran ya la perfección de otros tantos contratos de compraventa sino, muy al contrario, que los contratos de compraventa eran los que en el futuro celebrarían los titulares de la reserva con la promotora-constructora demandada, momento en el cual los compradores pagarían un porcentaje del precio para, finalmente, producirse la total consumación de la compraventa, mediante entrega del correspondiente apartamento y pago del resto del precio por el comprador, con el otorgamiento de escritura pública entre comprador y promotora-constructora demandada, conclusión que no queda desvirtuada por la *circunstancia de que la cláusula sexta* del contrato litigioso configurase como obligaciones de la hoy recurrente la de *"vender el producto"* y la de informar a la promotora de *"las ventas realizadas"*, pues el contrato debe interpretarse en su conjunto, como dispone el *art. 1285 CC*, y no en función de las imprecisiones conceptuales de las partes contratantes.

6ª) De ahí que no se esté ante un caso similar al del recurso de casación nº 429/91 resuelto por la sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 1994, porque entonces sí hubo efectiva perfección de varios contratos de construcción de buques, y el aplazamiento de la retribución del mediador en función de los pagos que el armador hiciera a los astilleros no era condición del derecho a su cobro sino mera referencia "a la temporalidad de su percepción".

CUARTO.- Rechazados los motivos orientados a la estimación de la demanda en cuanto a la cantidad de 3.436.900 euros reclamada en concepto de comisiones, los dos restantes impugnan la sentencia de apelación por no haber acordado a favor de la actora-recurrente una indemnización de los daños y perjuicios que se declaran causados por el incumplimiento contractual de la demandada.

Así el motivo cuarto, fundado en infracción de los *arts. 1103 y 1104 CC*, alega que *"sería contrario a derecho y a la más elemental lógica que sea quien sí cumplió con sus obligaciones deba pechar con las consecuencias de la negligencia ajena"*; y el motivo quinto, fundado en infracción del *art. 1256 CC*, alega que *"dejar sometido el cobro de los honorarios del agente a una condición suspensiva consistente en la celebración del contrato mediado, sería tanto como dejar que el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, de la promotora, o lo que es lo mismo dejar el cumplimiento del contrato a voluntad de una de las partes"*.

Ambos motivos se desestiman porque eluden por igual el fundamento de la sentencia recurrida para no acordar indemnización alguna a favor de la hoy recurrente pese al incumplimiento contractual de la parte

contraria, fundamento consistente en que tal indemnización nunca se pidió en la demanda, ni principal ni subsidiariamente.

De ahí que, como considera la sentencia de esta Sala de 27 de junio de 2011 (rec. 417/08), se esté evitando indebidamente por la parte recurrente el planteamiento previo de una cuestión procesal mediante el recurso correspondiente, que es el extraordinario por infracción procesal y no el de casación, pues procesal, y solo procesal, es la razón por la que la sentencia impugnada deniega la indemnización de daños y perjuicios ahora pretendida.

QUINTO.- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1 , todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

1º.- **DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la compañía mercantil demandante OLÉ MEDITERRÁNEO S.L. contra la sentencia dictada el 12 de junio de 2008 por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche, en el recurso de apelación nº 129/2008

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- E imponer las costas a la parte recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

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.-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.-FIRMADA Y RUBRICADA.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, 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.