**UN MOMENTO HISTÓRICO EN EL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL. PROPUESTAS AL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL SOBRE EL CONTRATO DE MEDIACIÓN MERCANTIL**

*Discurso de ingreso como Académico de Número de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia de Daniel Rodríguez Ruiz de Villa, Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo.*

Excelentísimo Sr. Presidente de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia.

Ilustrísimos Señores Académicos.

Autoridades, Señoras y Señores:

1. **Aspectos generales de la nueva regulación proyectada del contrato de corretaje o mediación.**

En primer lugar he de manifestar mi plena adhesión a la tipicidad legal de la que es dotada el contrato de mediación o corretaje ya desde la Propuesta de Código Mercantil de 2013 (PCM), posteriormente acogida en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014 (ALCM). Es algo que ya reclamaba en el siglo pasado (qué mal me suena, hace a uno aún más viejo de lo que ya es), en 1999, cuando presenté mi tesis doctoral en la Universidad de Oviedo sobre este entonces y hasta ahora contrato atípico dotado de tipicidad social[[1]](#footnote-1).

El adecuado cultivo de la Ciencia de la Legislación exigía y exige su tipicidad y la seguridad jurídica, sin duda, agradecerá la misma. Ahora bien, para que esa seguridad jurídica sea realmente satisfecha es preciso que la regulación sea clara y coherente.

Además, la seguridad jurídica debe ayudar a fomentar la perduración del contrato en la práctica, no ponerlo en peligro de extinción por desaparición de sus protagonistas, los corredores o mediadores, en un mundo cada vez más tecnificado, en el que cada vez fluye con más fuerza la información y en el que las distancias se han reducido.

Justamente ese exceso de información, aunque pueda resultar paradójico a primera vista, ayuda no sólo a que los corredores o mediadores perduren sino a que incluso en la actualidad su importancia puede incrementarse por causa de que su actividad presenta un valor añadido. Hoy, los corredores o mediadores han de ser también selectores de información para la contratación, aportando tal valor añadido a la mera oferta de contratación intermediada, para que esa oferta sea la que mejor se ajuste a los intereses de unos clientes que con su intervención deben ahorrar tiempo y discriminar tal exceso de información de la mejor manera posible en su propio interés. Además, a los corredores se les abre nuevos campos de actuación. Pongamos un ejemplo. Las aparentemente tan modernas Plataformas de Financiación Participativa, previstas en el artículo 46 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, que intervienen en el *crowdfunding,* no son más que corredores o mediadores que ponen en contacto a los inversores con los emprendedores para que los primeros efectúen diversas aportaciones a los segundos, de tal modo que ya se ha llegado a decir en la doctrina mercantilista que las Plataformas de Financiación Participativa son un fenómeno de corretaje financiero porque tienen por objeto poner en contacto a potenciales inversores y prestatarios o emisores de valores, para la conclusión de contratos de crédito o suscripción de “emisiones” de valores[[2]](#footnote-2) . Y otros campos clásicos del corretaje permanecen como es el caso del inmobiliario. Ocurre lo mismo, en fin, con otro ámbito en el que se mantiene el corretaje, menos clásico pero importante en un país como España en el que tantas cosas se miden en relación con el fútbol (una superficie equivalente a tantos campos de fútbol, por ejemplo); efectivamente, el corretaje en la contratación de deportistas, principalmente futbolistas, pero también baloncestistas, balonmanistas, etc…, sigue de plena actualidad.

También comparto que se califique este contrato de mercantil, pues la mediación regulada legalmente es aquella en la que intervendrá lo que la PCM, primero, y el ALCM, después, denominan un operador de mercado[[3]](#footnote-3).

Igualmente entiendo positivo y acertado que se inserte este contrato dentro del Título IV del Libro Quinto, dedicado a los contratos de colaboración, pues efectivamente el mediador o corredor, al concertar un contrato de corretaje, está concertando un contrato preparatorio de colaboración para la perfección de un contrato principal.

Siendo como soy partidario de la unificación del Derecho de obligaciones y contratos sí lamento el que no se haya aprovechado la reforma legislativa proyectada para unificar el Derecho de obligaciones y contratos, pues entiendo que sería preferible aprobar un texto legal unificado de regulación de las obligaciones y contratos, ya civiles ya mercantiles, a la manera de lo que ha venido ocurriendo en las últimas décadas en el Derecho comparado más próximo. Debería ser éste un punto de reflexión para la reanudación de los imprescindibles trabajos modernizadores de nuestro Derecho privado.

1. **Aspectos generales de la nueva regulación proyectada del contrato de corretaje o mediación.**

Hecha en el epígrafe anterior una breve referencia al marco general de la nueva regulación proyectada para el contrato de corretaje o mediación, ya entrando a referirme a aspectos concretos de tal nueva regulación legal proyectada, propongo los siguientes puntos de reflexión y, en su caso, de debate jurídico, acerca de la misma, cara a matizar algunos aspectos que, a mi modesto entender, pudieran ser objeto de modificación respecto del texto propuesto:

1. A propósito de la denominación del Capítulo IV del Título IV del Libro Quinto, “Del contrato de mediación mercantil”, entiendo que sería conveniente que se sustituyese por “Del contrato de mediación o corretaje mercantil”. Ello por las siguientes razones:
2. Por una razón sistemática, toda vez que el artículo 544-1.1 ALCM define este contrato como “contrato de mediación o corretaje”, de manera que si esa es su definición legal, a mi juicio acertada, entiendo que la misma debiera aparecer ya en el frontispicio del Capítulo que se dedica al mismo. Es más, esta razón sistemática se encuentra también justificada con el hecho de que en el apartado VI-86 de la Exposición de Motivos de la PCM, posteriormente apartado VI-78 ALCM, expresamente se habla de “contrato de mediación o corretaje”, cuando se dice que “*También se recoge una regulación actualizada del contrato de mediación o corretaje que, con carácter general no existía en nuestro ordenamiento jurídico*”; quizá no sea muy afortunado el empleo de la expresión “regulación actualizada”, pues, en realidad, no se está actualizando una regulación precedente sino que se está procediendo a una regulación legal *ex novo*. En esa misma línea también hablaba de mediación o corretaje el apartado VI-152 de la Exposición de Motivos de la PCM. Y ya en fin la sistemática referida se veía también apoyada en que el artículo 594-6 PCM, al regular el contrato de correduría de seguros se remitía a la aplicación supletoria de la regulación en la propia PCM del “contrato de mediación o corretaje”.
3. Por una razón de raigambre histórica en España, toda vez que, como bien hace el artículo 544-1.1 ALCM, al identificar mediación y corretaje, el concepto de corretaje ha sido acogido tradicionalmente por la legislación y la doctrina española. Baste remitirse, por ejemplo, a la Ley 33, Título 26 de la Partida 2ª, donde se definía a los “corredores de subastas”, o a la publicación conjunta, en 1797, de la *Curia Philípica* y del *Laberinto del Comercio Terrestre y Marítimo* de Juan de Hevia Bolaños, cuyo Capítulo V del Libro I, llevaba justamente por título “Corredores”. Y es que, en fin, lo normal es que el mediador haya de correr, haya de moverse, para acercar a las partes a concertar el contrato, correr que hoy muchas veces ya no es físico, sino virtual, en la red. Es más, la jurisprudencia utiliza en numerosas ocasiones el concepto de mediación o corretaje para identificar a este contrato aún atípico; por citar algunas de las más recientes, dentro de decenas de ellas, sólo en los últimos cuatro años, y refiriéndose a diversos Ponentes de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por ejemplo, Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2015 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena; Id Cendoj: 28079110012015100290), de 30 de julio de 2014 (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller; Id Cendoj: 2807911002014100419), de 20 de noviembre de 2012 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Id Cendoj: 28079110012012100674), de 14 de noviembre de 2012 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Id Cendoj: 28079110012012100673), de 2 de noviembre de 2012 (Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz; Id Cendoj: 28079110012012100648), de 28 de diciembre de 2011 (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas; Id Cendoj: 28079110012011100886). Ello sólo refiriéndome a Sentencias, pues lo mismo ocurre en numerosos Autos de nuestro Alto Tribunal; más aún, la consulta de la base de datos del Cendoj permite al interesado en la materia constatar que en los conceptos de resumen de las resoluciones del Tribunal Supremo se emplea con frecuencia el concepto de “contrato de mediación o corretaje”.

1. Y por una razón de facilitación de la identificación del contrato. En los últimos tiempos, tanto a nivel comunitario como a nivel español nos estamos encontrando con un creciente empleo del término legal mediación para referirlo a una modalidad de arreglo alternativo de controversias. Más aún: más recientemente -en 2013, con Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización- han nacido en nuestro Derecho concursal los mediadores concursales en el marco de los acuerdos extrajudiciales de pagos que, en realidad, ni tan siquiera son mediadores, pues no dirimen en ninguna controversia, no actúan en un procedimiento completamente voluntario para los acreedores dada la amenaza de subordinación de sus créditos, ni tampoco cumplen con los requisitos de igualdad de las partes, imparcialidad, neutralidad y voluntariedad que les imponen los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 5/2012, de 6 de julio. Por ello entiendo que el término jurídico mediador se ha ido empleando en campos cada vez más alejados del que aquí nos ocupa, cuando no, permítaseme la expresión, prostituyendo. De ahí que su empleo aquí podría no sólo no ser suficientemente coherente con la naturaleza jurídica del contrato en el que son protagonistas, sino que incluso lejos de ayudar a su individualización podría ser un elemento desidentificador y generador de confusión. En fin, creo conveniente, al menos, añadir el concepto de corretaje para diferenciar el contrato que aquí se viene analizando, de tal mecanismo de solución de controversias alternativo al judicial cuando no incluso del instituto preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos.

1. A la hora de identificarse a una de las partes del contrato en el artículo 544-1.1, como mediador, por las razones que he expuesto en la propuesta 1, entiendo que sería conveniente añadirle la identificación también como corredor, de modo que se hable de “mediador o corredor”. De hecho, por ejemplo, en el artículo 581-20 ALCM se utiliza el título de “intervención de mediador” para luego, en el texto del precepto, hacer referencia al corredor de seguros, concepto este último que luego se sigue empleando en el artículo 584-5 ALCM, al regularse el contrato de correduría de seguros[[4]](#footnote-4).

1. Dejo a la reflexión del Poder Legislativo la conveniencia de incluir el inciso final del artículo 544-1.1 ALCM, “que habrá que buscar al efecto”, cuando dice dicho precepto que “*Por el contrato de mediación o corretaje una de las partes, denominada mediador, se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, que habrá que buscar al efecto*”. Entiendo que sería mejor suprimirlo. Tal previsión puede suponer una restricción innecesaria y perturbadora al ámbito objetivo del contrato de mediación o corretaje. La práctica muestra cómo, en ocasiones, la mediación del corredor puede tener lugar entre partes que ya están en contacto entre sí y que buscan a un corredor para que les ayude a limar sus diferencias cara a la concertación del contrato. En otras ocasiones, en los supuestos de corretaje de doble vínculo, puede ocurrir que el corredor ya tenga buscado *ab initio* a tal tercero. Estas dos modalidades de facilitación de la celebración de un contrato para mí también son corretaje y es posible que, de triunfar la definición legal ahora propuesta, pudieran ser llevadas a un limbo legal que obligase a entender que seguiría habiendo un contrato atípico de corretaje, en tales casos, para así dotar de cobertura al derecho de retribución del corredor también en tales supuestos, evitando de lo contrario un enriquecimiento injusto o sin causa de la contraparte, que habría, como digo, que evitar en último término acudiendo a la doctrina jurisprudencial de interdicción del enriquecimiento sin causa.
2. En cuanto a la utilización del concepto de tercero que se emplea en el artículo 544-1.1 ALCM, para identificar a una de las partes del contrato, dejo planteada la posibilidad de que se pudiese añadir el concepto de mediatario. Soy consciente que se trata de una palabra que no existe en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, pero, a efectos legales, se trata de un concepto empleado en la jurisprudencia de forma constante y en la doctrina científica española profusamente, tomado, a su vez, de la doctrina italiana; a este efecto me remito a la doctrina y jurisprudencia españolas referidas en mi *El contrato de corretaje inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria*, 2ª edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 392, nota (37), pudiendo añadirse numerosas resoluciones de jurisprudencia menor más recientes que siguen utilizando tal concepto, como por ejemplo y sólo dentro de los últimos cuatro años, Sentencias de la de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de septiembre y de 12 de febrero de 2015, de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de febrero de 2015, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 14 de mayo de 2014, de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de marzo de 2014, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón de12 de febrero de 2014 y de 21 de noviembre de 2013, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 26 de junio de 2013, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid de 24 de mayo de 2013, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de enero de 2013, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid de 28 de diciembre de 2012, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 13 de abril y de 7 de febrero de 2012, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Baleares de 18 de enero de 2012, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 9 de noviembre de 2011, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 15 de julio de 2011, de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 3 de junio de 2011 y de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cartagena de 31 de marzo de 2011.

1. En relación con la exclusión del ámbito del corretaje o mediación que hace el inciso final del artículo 544-1.2 ALCM al respecto del operador de mercado que esté unido a una de las partes (oferente o mediatario) por relación de representación, entiendo que tal exclusión debiera suprimirse.

Me explico: con esa previsión legal se sacan del ámbito objetivo del corretaje típico a los contratos mixtos de mandato y de mediación o corretaje. Entiendo que no debe haber obstáculo para que, al menos, en el momento de la concertación del contrato intermediado el corredor pueda ser mandatario o representante de una de las partes contratantes, puesto que, sobre todo, en la mediación entre personas distantes, máxime si se trata de extranjeros, es muy frecuente que el corredor sea a la vez mandatario de una de ellas. El corretaje no es mandato y esto lo he venido sosteniendo en diversos de mis trabajos sobre esta materia; pero también entiendo que la mixtura entre mandato y corretaje no tiene por qué suponer que el corredor no pueda ser también mandatario de una de las partes en el momento de la concertación del contrato intermediado. La actuación del corredor es material (*proxenetae officcium est in tractando non in concludendo*), la actividad del mandatario es jurídica, de modo que como se dice clásicamente de forma muy gráfica "el mediador trata, no contrata", pero ello no impide que pueda haber relaciones mixtas de mandato y corretaje, en las que el mandato del corredor se inicia y se superpone al momento en que concluye su intervención como tal, pues es mandatario en el momento en el que se perfecciona el contrato intermediado, instante que coincide con la consumación del corretaje. En fin, en el Derecho comparado se cuenta con el ejemplo del artículo 1761 *Codice Civile* que expresamente admite que el mediador pueda ser encargado por una de las partes para representarla en los actos relativos a la ejecución del contrato concluido con su intervención.

1. Cuando el artículo 544-2 ALCM desgrana las obligaciones del mediador comparto que una de ellas sea la de “desplegar la diligencia debida para hallar a una contraparte adecuada”, pero dejo apuntada la conveniencia de que se matice que tal diligencia debida ha de ser una diligencia profesional. El corredor o mediador del ALCM es un operador de mercado, es un profesional, razón por la cual ya en mi *El contrato de corretaje inmobiliario*…, ob. cit., p. 415, acudiendo a la doctrina y jurisprudencia que allí refería y al respecto en concreto del corredor inmobiliario, actual Agente de la Propiedad Inmobiliaria, sostuve que la diligencia exigida al mismo no era sólo la propia del buen padre de familia, sino la adicional del profesional de la intermediación inmobiliaria. Comparto, de otro lado, que el ALCM no haya incluido algunas otras, en ocasiones, planteadas obligaciones del corredor, a mi juicio en realidad inexistentes, tales como la de imparcialidad o de garantía de identidad y capacidad de los contratantes. Entiendo que sería aconsejable que se previese la responsabilidad del mediador o corredor por la concertación de contratos intermediados ineficaces, circunstancia que sobre todo cuando se trata de mediación en contratos relacionados con el trabajo o la profesión del cliente, afectan a bienes relacionados con el libre desarrollo de su personalidad y pueden obligar a reparar, dentro de los daños y perjuicios, los daños morales sufridos por el cliente[[5]](#footnote-5).
2. Ya en materia de retribución del mediador o corredor, a la que se consagra el artículo 544-3 ALCM, se prefiere utilizar el concepto de comisión, lo que puede generar algunos problemas conceptuales y de identidad del contrato. De un lado, el hablar de comisión pudiera hacer pensar que se está ante un contrato de comisión mercantil, y de otra parte pudiera dar a entender que la retribución del corredor o mediador sólo pudiera ser variable. Por ello entiendo que sería más acertado utilizar conceptos clásicos y más afortunados, como pudieran ser los de honorarios o premio. Honorarios es un concepto que nos acerca a la condición de operador de mercado que se atribuye al corredor en el ALCM; y premio enlaza perfectamente con la naturaleza aleatoria que caracteriza y que debiera seguir caracterizando al corretaje.
3. Sin abandonar el tema de la retribución del corredor quiero llamar la atención acerca de una previsión normativa que puede suponer un golpe de gracia al corretaje. Me refiero a la previsión que hacía el artículo 545-3.1 PCM a propósito de que la retribución del mediador se percibirá, salvo pacto en contrario, de ambas partes. Tal mandato legal exigiría que, en todo caso, el tercero captado por el corredor deba preocuparse de pactar, en forma que pueda luego acreditar en caso de juicio o de arbitraje, que no haya de abonar remuneración al corredor. La tradición en esta materia es que al ser el corretaje un contrato bilateral quien tiene obligación de remunerar es quien ha encargado la mediación. Gráficamente, quien acude a un anuncio difundido en la prensa o en internet por un corredor de un determinado contrato, a menos que así lo pacte con el corredor de forma expresa, tiene el convencimiento de que no se va a tener que hacerse cargo de la remuneración del mediador. Con la previsión del artículo 545-3.1 PCM la situación cambiaría radicalmente. Y lo peor, a mi juicio, es que la situación puede entenderse agravada en el artículo 544-3.1 ALC, pues en el mismo incluso se eliminó la referencia al posible pacto antes citado, lo que puede dar lugar a entender que el legislador quiso que siempre hubieran de retribuir al mediador ambas partes, sin posibilidad tan siquiera de pacto en contrario[[6]](#footnote-6). Es posible, pues, que de triunfar esta normativa, sea, al principio, un semillero de conflictos con los mediatarios desconocedores de la nueva normativa y con el tiempo pueda suponer un grave inconveniente para el corredor, al determinar una reducción del número de posibles interesados en concertar los contratos promovidos por el mediador. No cabe desconocer, es cierto, que el mantenimiento de dicha previsión tendría una incidencia colateral en lo relativo a la cuestión de la parcialidad o imparcialidad del corredor, pues de atribuirse el pago de la retribución, salvo pacto en contrario, a ambas partes, se acentuaría tácitamente la imparcialidad del corredor[[7]](#footnote-7).

1. Una cuestión más en tema de retribución que, dicho sea de paso, es una de las cuestiones estrella en las numerosas controversias que se ventilan ante nuestros Tribunales, sobre todo en relación con el corretaje inmobiliario. No concreta el artículo 544-3.1 ALCM la distribución de la remuneración entre ambas partes, lo que podría ser un nuevo semillero de conflictos. Si triunfa la previsión de retribución a cargo de ambas partes, a la que reitero me opongo, entiendo que debería aclararse que la misma ha de ser idéntica salvo pacto en contrario.
2. Y una última apreciación en relación con la retribución, al respecto del artículo 544-3.2 ALCM. Llamo especialmente a este respecto a la reflexión al legislador, pues si en propuestas anteriores me he referido a un posible golpe de gracia al corredor aquí estaríamos ante el remate o el descabello de la profesión. La estrella de las controversias judiciales en materia, por ejemplo, de corretaje inmobiliario es la relativa al nacimiento del derecho a la retribución del corredor, cuestión que se encuentra ínsitamente unida con la de la naturaleza del contrato como obligación de medios o de resultado y con la natural aversión del cliente a retribuir a su corredor y la búsqueda, en bastantes ocasiones, de todo tipo de artimañas para zafarse tan ingrata obligación. Únase a ello que tampoco faltan supuestos propios de la picaresca hispana en los que el corredor trata de cobrar retribuciones a las que no tiene legítimo derecho por haber resultado su labor mediadora infructuosa y haberse obtenido la concertación del contrato intermediado por la propia intervención exclusiva del cliente o la intervención alternativa de otro corredor competidor. La conclusión que hasta la fecha se ha alcanzado es la de que la retribución del corredor se alcanza por el éxito de su mediación, al entenderse que el contrato de corretaje es aleatorio y la retribución del corredor sólo se obtiene por haberse alcanzado el resultado del éxito de su mediación. Quedan fuera, únicamente, los supuestos de actuación fraudulenta del cliente en los que exista un aprovechamiento indebido de la actuación del mediador.

Pues bien, todo ello cambia meridianamente con el artículo 544-3.2 ALCM, que atribuye la remuneración al corredor con abstracción de la obtención del resultado, siendo bastante para hacer nacer en el corredor su derecho a la retribución con haber desplegado una actividad y diligencia normal en el ejercicio de la mediación[[8]](#footnote-8). Y nótese que tal obligación de retribución correría a cargo del cliente y del tercero.

Insisto en la necesidad de reflexión del legislador en este punto[[9]](#footnote-9), pues tal previsión legal podría suponer:

1. De una parte, una conflictividad encaminada a mensurar qué es eso de una “actividad y diligencia normal en el ejercicio de la mediación”, pues quedaría a la discrecionalidad judicial la fijación del canon de normalidad en este punto.
2. De otra parte, habría que integrar la previsión legal concretando cuál habría de ser el plazo para determinar el periodo de tiempo en el que se debería haber desplegado tal actuación sin obtener el resultado de la concertación del contrato intermediado pero sí el resultado de hacer nacer un derecho a la retribución para el corredor.
3. Y, por último, *last but not least*, el éxito de esta regulación sería el máximo ahuyentador para contratar a un corredor, al tiempo que supondría contravenir la esencia aleatoria del corretaje, acercándolo peligrosamente a un contrato de arrendamiento de servicios.

Una reflexión más en este punto, ¿quién de nosotros encargaría la venta de una vivienda de su propiedad a varios corredores, en la todavía crisis inmobiliaria actual, con el riesgo de que pasado un tiempo siguiéramos teniendo la vivienda en nuestra propiedad y a nuestra puerta una riestra de corredores reclamando ante los Tribunales su derecho a comisión por haber desplegado una inconcreta actividad y diligencia normal en el ejercicio de su inútil mediación durante un ignoto periodo de tiempo? Ítem más, ¿quién de nosotros se acercaría a un corredor, sin ser cliente del mismo, para negociar la compra de una vivienda o de cualquier otro inmueble en tales circunstancias? Y es que los dos sujetos, cliente y tercero, se podrían encontrar con la desagradable sorpresa de que si al final no llegan a un acuerdo para celebrar el contrato intermediado se van a ver obligados a retribuir a un corredor cuya labor mediadora no les proporcionó el resultado deseado, sino un frustrado contrato.

Nótese, en fin, el revuelo que ha provocado la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno), al razonar que “Desde esta perspectiva, esto es, desde la caracterización general del contrato como medio interpretativo del alcance de la gestión encomendada se comprende mejor que las referencias usuales a la «perfección del encargo» y, en su caso, al «éxito de la mediación» resultan aplicables aquellos supuestos en donde la actividad del mediador determina la existencia del marco o vinculación negocial que posibilita la finalidad adquisitiva querida por el oferente, con independencia de la propia ejecución o consumación del mismo; de forma que en el supuesto de opción de compra debe entenderse que ya se produce este marco de vinculación negocial en favor del oferente que le permite la finalidad adquisitiva (perfección del encargo), con independencia de que dicha opción resulte o no ejercitada por el comitente. Todo ello, como se ha señalado desde el principio, salvo que la autonomía de las partes o la aplicación al caso de los usos y costumbres concreten un determinado resultado adquisitivo o entramado negocial. La conclusión alcanzada, por tanto, resulta igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en donde conseguida la perfección o eficacia del marco negocial el cumplimiento o consumación del mismo no se da por causas ajenas a la gestión encomendada, supuestos de desistimiento o incumplimiento contractual del oferente, pero también del propio y natural desenvolvimiento de la relación contractual, casos de la eficacia modalizada bajo condición resolutoria o suspensiva”. Pues bien, el triunfo de la PCM en este punto iría mucho más allá de tan controvertida resolución judicial, en la que, a mi juicio, en el fondo subyace la atribución del derecho a la retribución sobre la base de un aprovechamiento de la mediación por el cliente.

1. En íntima conexión con la propuesta décima que acabo de razonar se encuentra la que ahora vengo a exponer en relación con el artículo 544-4 ALCM, dedicado al reembolso de gastos. La obligación de reembolso de gastos a cargo, en este caso, sólo del cliente, aunque el negocio, hay que sobreentender que intermediado, no se haya concluido, sería el corolario del máximo riesgo tanto para el cliente como para la profesión de corredor. Al principio, los incautos clientes desconocedores de la reforma podrían ser víctimas de un aluvión de reclamaciones de abono de gastos por parte de los corredores, pero a medio y no digamos a largo plazo esta regulación propuesta podría ser deletérea para la profesión de corredor. Entiendo que en este punto debieran seguirse los ejemplos del artículo 413 del Código suizo de obligaciones y de los parágrafos 652 BGB y 99 HGB, que sólo contemplan el derecho al reembolso de gastos cuando expresamente se haya convenido. Es cierto que la previsión del ALCM puede encontrarse en línea con el artículo 1756 *Codice Civile* ("Salvo pactos o usos contrarios, el mediador tiene derecho al reembolso de los gastos frente a la persona por encargo de la cual se han llevado a cabo, aun cuando el negocio no haya sido concluido"), pero es de hacer notar que tal previsión legal italiana ha sido y sigue siendo fuente de controversias en la doctrina y en la práctica, que, pese a tal regulación, vienen a matizar y concretar cuándo y en qué supuestos se tiene tal derecho al reembolso de gastos. Y es que entiendo que por regla general y a salvo de pacto expreso en contrario, la asunción de gastos por el corredor debiera seguir siendo parte del riesgo de empresa asumido por el mismo, máxime teniendo en cuenta que ello es uno de los atractivos de la subsistencia de este operador de mercado.

1. Al respecto de los supuestos de pluralidad de mediadores, entiendo que la solución del artículo 544-5 ALCM, está en línea con el artículo 1758 *Codice Civile* (“Si el negocio es concluido por la intervención de varios mediadores, cada uno de ellos tiene derecho a una cuota de remuneración”) y por ese motivo, de mantenerse así plantearía los mismos problemas con los que ya se han encontrado la doctrina y la práctica italianas: ¿cómo distribuir la retribución entre los plurales mediadores? Por ello considero que sería más aconsejable prever legalmente la conclusión a la que ha llegado la doctrina italiana: una distribución de la retribución por partes iguales salvo pacto en contrario.
2. Es positivo que el artículo 712-1 ALCM contemple un plazo general de prescripción de cuatro años –inicialmente tres años en el mismo artículo 712-1 PCM- para exigir el cumplimiento de las obligaciones mercantiles en general, que será de aplicación al corretaje, por carecer éste de un plazo especial de prescripción, y que supondrá la superación de la excesiva prescripción quindenial pasada, y la reducción de la quinquenal vigente desde el 7 de octubre de 2015 consecuencia de la modificación del artículo 1964.2 CC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil[[10]](#footnote-10). Ahora bien, la regulación propuesta en materia de interrupción de la prescripción en el artículo 713-2.3 ALCM (“La interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores solidarios o a uno de los codeudores de una deuda indivisible produce los mismos efectos respecto a los demás deudores”), entiendo que es susceptible de generar problemas interpretativos en relación con el artículo 544-3.1 PCM, de mantenerse. Ello por causa de que este último precepto no concreta si la obligación de retribución del corredor a cargo de ambas partes (cliente y mediatario) es solidaria o no, así como si no lo fuese si se trataría o no de una obligación indivisible. Entiendo que se trataría de una obligación solidaria por la aplicación de la regla general de solidaridad presuntiva del artículo 415-1 ALCM (“En las obligaciones mercantiles se presume que los codeudores están obligados solidariamente, salvo pacto en contrario”), pero quizá no estaría de más concretarlo en sede de corretaje, a salvo de que se prefiriese adoptar una especial previsión de mancomunidad. Quedan además, los problemas de solapamiento con el contenido del Título XVIII del Libro Cuarto del C.c. al que sin duda actualizan y, muy especialmente, con la jurisprudencia que ha integrado sus lagunas, que llevó a que ya el Informe del CGPJ al ALCLM propusiese que no resulta adecuada la inclusión de tal Libro Séptimo en el Código proyectado, pues salvo su artículo 712.1 que establece un plazo especial para la prescripción de las obligaciones mercantiles, todas las demás normas, absolutamente ajenas a la singularidad de las obligaciones mercantiles, son susceptibles de integrarse en un Código generalista pero, en ningún caso, en una Ley con clara vocación de especialidad.
3. Echo en falta la previsión expresa de la facultad de desistimiento a favor del oferente para el caso del corretaje por tiempo indefinido, obligando, eso sí, siempre a que tal desistimiento sea ejercitado de buena fe para evitar perjuicios indebidos al corredor o mediador.
4. Como soy partidario de que la retribución sólo se debería obtener por el éxito de la mediación, entiendo que sería necesario incorporar al ALCM un precepto en línea con el artículo 1757 *Codice Civile*, cuando previene que si el contrato intermediado está sujeto a condición suspensiva, el derecho a la retribución del corredor sólo nazca en el momento en que se verifica la condición, en tanto que si está sujeto a condición resolutoria no se pierda tal derecho por el cumplimiento de la condición, lo mismo que tampoco se pierda el derecho a la retribución porque el contrato intermediado sea anulado o rescindido por causa desconocida por el corredor. En este último supuesto insisto en que entiendo necesario regular la incidencia de la patología del contrato intermediado en el derecho a la retribución del corredor.
5. Echo asimismo en falta la regulación del pacto de exclusividad del corredor, al objeto de dejar claro:
6. Que la exclusividad no afecta al cliente, quien, a salvo de pacto expreso en contra, podrá contratar cuantos corredores tenga por conveniente para promover la concertación de un mismo contrato[[11]](#footnote-11).
7. Y que salvo previsión expresa el corredor no gozará de tal exclusividad respecto de su cliente, debiendo estar, por tanto, dispuesto a competir con otros.
8. También sería útil regular las causas de extinción del corretaje, sobre todo al objeto de dejar claro que en el caso del corredor persona física, al tratarse de un contrato *intuitu personae* su fallecimiento es causa de extinción del contrato. Para el caso de concurso del corredor entiendo que, siendo como es el corretaje un contrato de tracto sucesivo, las previsiones de los artículos 61 y 62 de la Ley concursal son suficientes al objeto de regular la incidencia que la declaración de concurso del corredor tiene en la vida del corretaje. Por lo demás, tampoco es necesario precisar que en caso de concurso del cliente u oferente el crédito por honorarios o premio del corredor será crédito concursal ordinario o contra la masa en función del momento en que se haya consumado el corretaje por la perfección del contrato intermediado, antes o después de la declaración de concurso de tal cliente. La crisis actual y la transversalidad del Derecho concursal que impregna todo nuestro Derecho exigen, a mi juicio, esta última precisión final.

Es para mí un gran honor pronunciar este discurso de ingreso como Académico de número en la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Agradezco a sus ilustres miembros, tanto a los presentes como a los que ya nos han dejado (de entre ellos, recuerdo con el mayor cariño, por ejemplo, en este momento a D. Luis Varela o a D. Carlos Cima, ambos antiguos profesores míos en la Facultad de Derecho y en la entonces Escuela de Práctica Jurídica), su confianza y que me hayan elegido para formar parte de ella y especialmente a su Presidente, quien no sólo tomó la iniciativa para ello sino que incluso ha aceptado ser quien se va a encargar de responder a este, como ya habrán podido escuchar, más que modesto discurso de ingreso.

También, cómo no y por supuesto, mi agradecimiento a Isabel, que es quien siempre ha tenido una gran ilusión por este momento y quien se ha encargado, como siempre en mi vida, de todo.

Y en fin, mi agradecimiento a Sonia, que también siempre está ahí, escuchando muchas veces ideas y problemas jurídicos que tratan y discuten sus padres y que con gran inteligencia deja a un lado para enfocar su vida hacia otros campos del saber en los que, a buen seguro y si Dios le da salud y algo de suerte, será una maestra, así como a mis padres y hermano que también soportaron los primeros años de estudio y ejercicio profesional, de los posteriores ya se libraron, seguro que afortunadamente para ellos.

Y ya que hablo de Sonia nuestra hija, una primera reflexión que conduce a reiterar mi agradecimiento a los miembros de esta Real Academia. Con frecuencia le comento a Sonia, cuando hablamos de los estudios y del futuro, que nunca pierda de vista que las notas, sus notas, son siempre de aquel que se las da. Y esto mismo es lo que ocurre en este momento, pues este reconocimiento a este abogado es de quien me lo ha dado.

Ya he pronunciado la palabra abogado porque esa es una palabra clave en mi vida, ya que desde hace casi treinta años es lo que soy. Casi treinta y cinco años jurista, desde que ingresé en la vieja Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo con diecisiete años, en la que cursé la carrera de Derecho, conocí a Isabel y en cuya capilla también nos casamos. Realmente mucha vinculación con la Facultad de la calle San Francisco, donde dio clase mi abuelo, Ramón Ruiz de Villa, y en cuya calle, enfrente de la Universidad, durante décadas estuvo Logos, en el que mi padre trabajó sin descanso y con incontestable éxito durante más de treinta años mientras mi madre se encargaba de mi hermano y de mí. También ese éxito gracias a quienes lo valoraron así, lo mismo que este reconocimiento y lo mismo que le digo en casa a Sonia.

En estas palabras también quiero ofrecer mi colaboración a la Real Academia para el desempeño de sus tareas, en esta etapa de impulso renovado, esperando ser mejor Académico de número que correspondiente, pues la vorágine del trabajo diario me ha impedido hasta la fecha colaborar en las mismas como debería.

Y ahora que hablo de la vorágine, una reflexión sobre la evolución de la abogacía en estas décadas. Cuando empecé a trabajar como abogado en el ámbito del Derecho de la empresa teníamos que consultar el Aranzadi de Legislación y Jurisprudencia, la *Revista General de Derecho*, la *Revista Jurídica Española La Ley*, la *Revista de Derecho Mercantil*, los repertorios de la Colección Legislativa de España, que salían con varios años de retraso, y las monografías de las bibliotecas de la Universidad, del Colegio de Abogados y que comprábamos en la librería Ojanguren. En aquellos momentos empezaban los primeros ordenadores y aún no había tan siquiera el fax; los clientes los atendíamos principalmente en nuestra consulta en el despacho y en conversaciones telefónicas desde el propio despacho, pues no había teléfonos móviles. Parece que hablamos del siglo pasado y es que hablamos del siglo pasado, ¡otra vez el siglo pasado!

En estos momentos contamos con un sinnúmero de publicaciones electrónicas y bases de datos, tenemos los más modernos ordenadores portátiles que llevamos con nosotros ¿o nos llevan con ellos, arrastrados (o encadenados con una cadena invisible)?, el fax ya casi ha pasado a la historia, mantenemos reuniones por videoconferencia, negociamos contratos y transacciones por videoconferencia y multiconferencia y los clientes nos quieren tener a su disposición al instante por teléfono y por correo electrónico, cuando no ya incluso por whatsapp. ¿Qué será lo siguiente?

Pues bien, una primera reflexión, ¿todos estos avances han sido tan importantes y positivos para la profesión?

Es indudable que hoy tenemos más medios de conocimiento, pero esos medios técnicos no deben obnubilarnos porque sigo pensando que lo importante de la profesión de abogado debe seguir siendo pensar, leer mucho y reflexionar sobre los temas y eso es algo que nuestros clientes nunca deberían olvidar. No lo más rápido puede que sea para ellos lo mejor.

Estamos instaurando una abogacía fax en la que los clientes, y hablo desde la perspectiva del Derecho de la empresa al que siempre me he dedicado, quieren soluciones inmediatas, curiosamente para problemas que, no pocas veces, pasan meses o incluso años que se van a seguir teniendo que tratar de resolver y que seguimos tratando de resolver con ellos. Y nosotros, los abogados, estamos, no sé si consciente o inconscientemente, colaborando con tal apresuramiento, muchas veces innecesario y no pocas veces contraproducente para ellos mismos y para nosotros. Los clientes deben conocer que un abogado no puede estar disponible las veinticuatro horas los trescientos sesenta y cinco días del año, pues si ello fuera así sería nefasto para los intereses del propio cliente porque a buen seguro que ese abogado le iba a durar poco.

El intento de resolución de los asuntos jurídicos necesita estudio, serenidad y reflexión, necesita tiempo y necesita tiempo que esté dedicado al asunto, no tiempo, mientras se lee un correo electrónico en el móvil, otro en el ordenador, se atiende una llamada o se está pendiente de entrar a la próxima videoconferencia o de atender la siguiente consulta en el despacho.

Por eso cuando antes me preguntaba, y dejaba en el aire esa pregunta, acerca de qué sería lo siguiente, quiero aventurar que quizá lo siguiente sea, o mejor debiera ser, poner un poco de calma y sosiego en la profesión de abogado, una revalorización de esta profesión en la que entran en juego vidas y haciendas, y en la que los principales interesados en ese sosiego son nuestros clientes.

A esos clientes, lo mismo que a mis compañeros abogados, de Despacho (en mi vida he tenido dos Despachos, que han sido mi casa, el de Agustín Tomé, q.e.p.d., cuya viuda y también compañera de profesión, Guadalupe, todavía ayer me felicitaba por este acto, y el de Ontier, que, encabezado por los aquí presentes Bernardo, Jorge y Eutimio, me acogió en momentos de enfermedad difíciles para mí, y que me ha permitido trabajar con magníficos profesionales del máximo nivel, algunos de ellos también aquí presentes como Pelayo, Javi, Miguel, Chema y Axel) y de otros despachos, a los que también tengo que agradecer lo poco que sé de Derecho, pues ha sido gracias a los problemas planteados, a sus reflexiones y a los intercambios de pareceres con los mismos, gracias a los que se me ha exigido el estudio de temas que me han llevado a profundizar y reflexionar sobre los mismos. De hecho, todas mis publicaciones han tenido causa en tales circunstancias. Nunca he escrito sobre ningún asunto de laboratorio, siempre he escrito y escribo sobre la base de problemas de la vida diaria de las empresas y de los particulares en el mundo del Derecho privado.

Muchas gracias a todos los presentes; espero haber sido breve y aunque no se ha cumplido el clásico lo bueno, si breve, dos veces bueno, por lo menos que se haya cumplido el ¡uff, qué alivio, por lo menos ha sido breve!

1. *Vid*. la valoración positiva de esta inclusión en el ALCM de la regulación de mediación mercantil, por causa de su gran importancia práctica en el tráfico comercial, que se hizo también en el Dictamen del Consejo de Estado al ALCM, al tiempo que reconoció que la ausencia de regulación de este contrato en el CC y en el C. Com. obliga a acudir a la jurisprudencia y a los usos para resolver las dudas que suscita muchas veces lo convenido entre los contratantes. [↑](#footnote-ref-1)
2. PITA Y LASTRES, J. L., “Las plataformas de financiación participativa en la Ley 5/2015”, 11 de enero de 2016, <http://dictumabogados.com/prensa-medios/las-plataformas-de-financiacion-participativa-en-la-ley-5-2015/11821/>. [↑](#footnote-ref-2)
3. Los críticos al afán expansionista del ALCM no critican que en el mismo se regule el contrato de mediación, como ocurre en YZQUIERDO TOLSADA, M., “Los excesos autonómicos en el Derecho civil y la ortopédica solución de la huida al Derecho mercantil”, *La Ley*, nº 8439, 11 de diciembre de 2014, p. 9. Sí es cierto que el Dictamen del Consejo de Estado al ALCM exigió especificar el criterio concreto de mercantilidad. [↑](#footnote-ref-3)
4. Para una visión descriptiva de la regulación del corretaje de seguros en el ALCM, destacando que el mismo se ocupa sólo de sus aspectos de Derecho privado, quedando al margen la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación en los seguros y reaseguros privados, que regula el régimen de ordenación y supervisión pública, *vid*. TAPIA HERMIDA, A.J., “Los contratos de seguro y mediación de seguro en la Propuesta de Código Mercantil”, *RDM*, nº 292, abril-junio 2014, pp. 46-47. También vid, VALENZUELA GARACH, J., “La mediación en la contratación de seguros”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, pp. 1921-1926, destacando la ausencia de definición legal de los corredores de seguros en el ALCM. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cuestión de actualidad, a la vista de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2015 (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno; Id Cendoj: 280791100120151000035), en la que se confirma la condena a un corredor deportivo a indemnizar a un futbolista, su cliente, con 2.829.029,07.- euros, por haber intermediado incorrectamente en un contrato con un club de fútbol, Athletic de Bilbao, sin antes haber obtenido la desvinculación o carta de libertad del anterior club, Real Sociedad de San Sebastián, incluyendo en dicha cantidad la reparación de los daños morales sufridos por el jugador. *Vid*. también el comentario a dicha Sentencia, de BARRENECHEA CORREA, G., “Novedades en la responsabilidad profesional de los agentes de futbolistas: Sentencia Zubiaurre y nuevo Reglamento sobre las relaciones con intermediarios”, 8 de abril de 2015, <http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Novedades-responsabilidad-Sentencia-Zubiaurre-Reglamento_11_798805007.html>. [↑](#footnote-ref-5)
6. El Dictamen del Consejo de Estado al ALCM admitió expresamente el pacto en contrario. [↑](#footnote-ref-6)
7. Tesis ya sostenida por QUINTÁNS EIRAS, Mª. R., “El contrato de comisión en el Anteproyecto de Código mercantil”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, p. 1794, nota (24). [↑](#footnote-ref-7)
8. Ya advirtió en la doctrina DE ELIZALDE, F., “Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil”, *InDret* 3/2014, Barcelona, julio 2014, [www.indret.comp](http://www.indret.comp). 19, la ruptura que la entonces PCM suponía en esta materia respecto de lo que siempre ha sido criterio jurisprudencial en relación con el corretaje, partidaria de que la prestación del mediador es de resultado, no de medios; en este último sentido, entre las más recientes, por ejemplo vid. la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2014 (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller; Id Cendoj: 28079110012014100419). [↑](#footnote-ref-8)
9. Ya el Dictamen del Consejo de Estado al ALC defendió reconsiderar esta previsión al legislador, dejando esa posibilidad de retribución al mediador por el simple desempeño de su labor con una diligencia normal a los supuestos de pacto expreso entre las partes. [↑](#footnote-ref-9)
10. De aprobarse el nuevo plazo de prescripción entiendo que debería haber un régimen transitorio doble, respecto del transitorio de la Ley 42/2015, en relación con el plazo de prescripción quindenial, y respecto del quinquenal instaurado por dicha Ley 42/2015. [↑](#footnote-ref-10)
11. No hace mucho hemos visto cómo en la doctrina MAGRO SERVET, V., “El derecho de exclusiva de las agencias inmobiliarias en las compraventas”, *La Ley*, nº 8400, 16 de octubre de 2014, pp. 1-6, defendió un extenso reconocimiento de la exclusiva siempre que se pacte de forma expresa, en condición particular, y con firma separada del cliente, de modo que éste quede obligado a pagar aunque el contrato intermediado se concierte gracias a su única actividad (habla de mediación MAGRO SERVET, afirmación de la que discrepamos pues nadie puede mediar consigo mismo). Con esta tesis se está limitando la libre disposición de bienes por sus propietarios y se está incentivando el que, mientras dure la exclusiva, el interés del corredor al éxito de la mediación sea menor. [↑](#footnote-ref-11)