

Tesis doctoral

UNIVERSIDAD DE GRANADA



.....'NC'EQP VTCVCEK P'EKK'CEVWCN<'
''''''''QTF GPCEK P'I GPGTCN' ['O CPK HGVCEKQP GUS WG'NC'XKGP GP'EQPHQTO CPFQ''''''
.....
"
.....Hcpeueq'Lcxkgt'I ctekc/Xcif gecucu'Crz
.....I tpcf c."4238

Editor: Universidad de Granada. Tesis doctorales.

Autor: Francisco Javier Garcia-Valdecasas Alex.

ISBN: 978-84-9125-570-3

URI: <http://hdl.handle.net/10481/42881>

PRECONTRACTUALIDAD INMOBILIARIA, ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN Y SEGURIDAD JURIDICA.-

SUMARIO.-

SINOPSIS.-	6
I. PLANTEAMIENTO.-	10
II. PROBLEMÁTICA EN LA TRANSACCION INMOBILIARIA.-	14
III. LA SEGURIDAD JURIDICA.-	24
3.1. SEGURIDAD PREVENTIVA EN EL AMBITO INMOBILIARIO.-	27
3.2. LA SEGURIDAD NOTARIAL.-	32
3.3. LA SEGURIDAD REGISTRAL.-	34
IV. HACIA LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA VERTIENTE EXTRAJUDICIAL: DERECHOS DE CONSUMIDORES Y MODERNA CONTRATACION.-	

	39
V. INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA DE CONSUMO EN LAS ADQUISICIONES INMOBILIARIAS.-	
	48
VI. CONTRATO DE MEDIACIÓN COMO GENERADOR DE RELACIONES JURIDICAS EN LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA: CONCEPTO Y NATURALEZA.-	
	51
6.1. INTERMEDIACION VERSUS MEDIACIÓN AL MARGEN DE LA CONCILIACION.-	
6.1.1. ETIMOLOGIA.-	51
6.1.2. COMO ACTIVIDAD PROFESIONAL.-	53
6.1.3. CONCILIACION.-	57
6.2. ENSAYO EN TORNO A LA NATURALEZA Y CONCEPTO DE MEDIACIÓN: EL CONTRATO DE MEDIACIÓN.-	
6.2.1. REFLEXION SOCIOLOGICA.-	59
6.2.2. NATURALEZA Y COCEPTO DE CONTRATO DE MEDIACION.-	61
6.3. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN EN LA DOCTRINA.-	69
6.4. EL CONTRATO DE MEDIACION EN LA JURISPRUDENCIA.-	73
6.5. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN EN LA LEY.-	78
6.6. CONTENIDO OBLIGACIONAL DEL CONTRATO DE MEDIACION EN EL EJERCICIO DE ESTA ACTIVIDAD.-	
6.6.1. EN GENERAL.-	86
6.6.2. DEONTOLOGIA PROFESIONAL.-	88
VII. RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA.-	
7.1. PERDIDA DE HONORARIOS Y RESPONSABILIDAD.-	111

7.2. SUPUESTOS CONCRETOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDIADOR.-	119
7.3. EXPERIENCIA DE OPOSICION A DEMANDA DE INTERMEDIARIO.-	133
7.4. RESPONSABILIDAD DEL MEDIADOR COLEGIADO EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO.-	156
VIII. EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA.-	158
IX. LA PRECONTRACTUALIDAD INMOBILIARIA.-	164
X. EL CONTROL COLEGIAL.-	171
10.1. JUSTIFICACIÓN Y DESMANTELAMIENTO.	171
10.2. COMISION DE LA COMPETECIA Y ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION INMOBILIARIA.-	173
10.2.1. NATURALEZA JURIDICA DE LAS CORPORACIONES DE DERECHO PUBLICO.-	
10.2.2. INTERES PARA LA CONSTITUCION DEL COLEGIO DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA.-	178
10.2.3. 10.2.3. AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA, PROFESION Y MERCADO INMOBILIARIO.-	181
10.2.4. ANALISIS DE LOS PLANTEAMIENTOS DE LA CNC CON RELACION A LOS AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA.-	189

10.2.4.1.	INTRODUCCION.-	
10.2.4.2.	SOBRE LAS RESTRICCIONES A LA DENOMINACION PROFESIONAL EN LOS COLEGIOS NO OBLIGATORIOS.-	191
10.2.4.3.	SOBRE LOS LISTADOS DE PERITOS JUDICIALES Y OTROS REQUISITOS DE ACCESO.-	194
10.2.4.4.	SOBRE LA EXIGENCIA DE SUSCRIPCION DE SERVICIOS PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESION.-	204
10.2.4.5.	SOBRE LAS OBLIGACIONES DE COMUNICACIÓN PARA EJERCER EN EL AMBITO DE OTRO COLEGIO.-	205
10.2.4.6.	CONCLUSIONES.-	206

XI. PROFESIONALES REGULADOS: AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA ¿INSTRUMENTO DE SEGURIDAD?.-

		211
11.1.	SOBRE LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION INMOBILIARIA Y PROPUESTA DE REGULACION.-	213
11.1.1.	PROFESION O ACTIVIDAD.-	213
11.1.2.	PROFESIONALES QUE SE DEDICAN A LA ACTIVIDAD.-	214
11.1.3.	REGULACION.-	215
11.1.4.	ACCESO A LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION INMOBILIARIA.-	219
11.1.5.	FUNCIONES DE LOS API.-	221
11.1.6.	VISION DE LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN.-	223
11.1.7.	JUSTIFICACION DE LA COLEGIACION, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD E INTERES GENERAL: VIVIENDA COMO BIEN SOCIAL VERSUS VIVIENDA MERCADERIA. RESTRICCION AL ACCESO O RESERVA DE ACTIVIDAD.-	225

11.1.8. TENDENCIAS LIBERALIZADORAS.-	231
11.2. SOBRE EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION INMOBILIARIA.-	232
11.2.1. INTRODUCCION Y JUSTIFICACION.-	232
11.2.2. CUESTIONES A CONSIDERAR.-	238
11.2.3. TEXTO DE LA REGULACION PROPUESTA.-	239
11.2.4. COMENTARIOS A LA PROPUESTA.-	241
XII. REGULACION DE LA INTERMEDIACION: CONTRIBUCION DE LA INTERMEDIACION EN LA SEGURIDAD JURIDICA.-	245
BIBLIOGRAFÍA	249
JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES	253
DISPOSICIONES CITADAS	256

SINOPSIS.-

La liberalización del ejercicio de la actividad de mediación inmobiliaria proclamada por el RD-Ley 4/2000 de 23 de junio y posterior Ley 10/ 2003 de 20 de mayo y la atipicidad y ausencia de contenido del contrato de mediación repercute negativamente en el período precontractual de la contratación inmobiliaria, siendo necesario analizar la evolución del contrato de mediación, la justificación de la decisión de liberalización, sus consecuencias en el mercado y su repercusión en la seguridad jurídica en el ámbito de las transacciones inmobiliarias.

Hemos podido observar que el RD-Ley y Ley citados fueron mucho más allá de su pretensión liberalizadora de la actividad provocando una auténtica desprofesionalización mediante irrupción en el mercado inmobiliario de una avalancha de profesionales de la intermediación sin titulación ni cualificación demostrada. La normativa que impuso que la actividad de intermediación se pudiera ejercer sin titulación alguna ni colegiación se justificaba así misma por la necesidad de abaratar el precio de la vivienda, siendo el efecto conseguido diametralmente opuesto a la pretensión. Desde ese momento y hasta la explosión de la “burbuja inmobiliaria” a finales del 2007 (a partir de la cual se paralizó el mercado) la contratación inmobiliaria ocupaba el primer lugar en reclamaciones y quejas ante las organizaciones y entidades de protección al consumidor. Además, el contenido del contrato de mediación es tan parco que apenas genera responsabilidad al prestador del servicio no respondiendo a las necesidades de la realidad social actual. Si a ello unimos la asimetría informativa propia del mercado inmobiliario se puede concluir que el ciudadano se encuentra en situación de notoria inseguridad en su decisión de adquisición de vivienda.

Observamos que en la contratación inmobiliaria hay una alta seguridad jurídica (preventiva) contractual y post-contractual ofrecida por la intervención de profesionales que dan certidumbre y estabilidad al contrato a partir de su perfección, sin que en la fase precontractual de negociación anterior al consentimiento en el contrato, la más crítica de cara a su formación, exista seguridad alguna más allá que la impuesta por la normativa de protección al consumidor de prácticamente nulo control preventivo.

A partir de estos hechos la tesis, desde una observación de la realidad expuesta y percibiendo, con extrema notoriedad en la década de la última expansión inmobiliaria, una cada vez mayor informalidad imperante en la contratación inmobiliaria que repercute negativamente en la seguridad jurídica trata de buscar nuevas fórmulas de aportación de seguridad y transparencia en la negociación de los contratos en este ámbito. Esta informalidad se manifiesta no solo en la etapa precontractual o de formación del contrato, sino incluso en el cumplimiento al haberse abierto paso en la sociedad una concepción relativa de los efectos del contrato en la que, una vez perfecto, todo es discutible y negociable.

Hacemos un estudio somero de la seguridad jurídica y de las instituciones que la proporcionan con carácter preventivo, del derecho de consumo que, entendemos, se muestra insuficiente para su pretensión y desembocamos así en el estudio de la actividad profesional del que interviene en la etapa de formación del contrato con objeto inmobiliario, frecuentemente compraventa y arrendamiento, antes del consentimiento, lo que nos lleva al contrato de mediación o corretaje cuya atipicidad permite experimentar sobre la institución de la que se deduce escasa responsabilidad del profesional intermediario tanto en su labor de mediación como, hoy, en los múltiples servicios que se prestan por las modernas inmobiliarias, o en sus labores accesorias de gestión, formalización privada y asesoramiento. Para demostrarlo se experimenta con la elaboración de una demanda que confirma esa escasa responsabilidad.

Es evidente que el derecho a una vivienda digna y adecuada no lleva consigo un interés meramente patrimonial. La vivienda es, además, un ámbito de protección, espacio de convivencia, de desarrollo en familia que se comparte en sociedad, que contiene, además, componentes sentimentales y de proyecto de vida. Derecho meramente programático cuya tutela, constitucionalmente encomendada a los poderes públicos, debe aspirar, al menos, a una seguridad jurídica sin mermas y que debe comprender, además, la fase de negociación que posiblemente sea la más importante de la gestación de un contrato. La vivienda, al menos la primera vivienda de todo ciudadano que se emancipa de su familia para la creación de otra, no merece el tratamiento de mercadería sometida a normas comerciales; debe concebirse como un bien social y, por ello, se plantea una tutela absoluta de la primera vivienda de cada ciudadano aceptando las leyes del mercado para todos los demás supuestos.

Al igual que en la fase de formalización del contrato y en la post-contractual existen instituciones, y profesionales que las llevan, que intervienen en el “mercado” inmobiliario aportando seguridad jurídica, se plantea la necesidad de extender ésta a la fase de formación o generación del contrato.

Esta evidencia permite reflexionar sobre una recomposición de la actividad de intermediación en un sentido opuesto al que se produjo en el año 2.000, analizando, en contra del criterio de liberalización y desprofesionalización que impera en la actualidad, la justificación de los Colegios como mecanismos de control de la cualificación y profesionalidad de sus colegiados y aportando ideas que, por novedosas, y aunque puedan ser tachadas de descabelladas, abren nuevas puertas a la seguridad que, para protección del ciudadano, requiere a su vez la actividad de mediación inmobiliaria; así, la creación de códigos deontológicos que integren el régimen de derechos y obligaciones del mediador frente al usuario de sus servicios, a modo de condiciones generales de la contratación impuestas por los Colegios que vinculan por el hecho de la colegiación. Forma, ésta, de dotar de contenido a un contrato, el de mediación, que se queda en un mero compromiso de indicar o mediar; contrato que debe ser ajustado a la

demanda actual de la sociedad en la que los mediadores se relacionan con sus clientes por otras instituciones jurídicas pues no se limitan a mediar, sino que también publican, informan, gestionan, organizan e incluso formalizan los contratos privados de los negocios en los que intervienen.

La mediación inmobiliaria tiene una trascendencia en la vida de las personas no reconocida por el Estado y en la doble concepción del ejercicio de la mediación hay que preguntarse por cual optar: la que la concibe como actividad profesional de seguridad jurídica o la que tan solo ve en ella una actividad meramente comercial.

LA PRECONTRACTUALIDAD INMOBILIARIA, ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN Y SEGURIDAD JURIDICA.-

I. PLANTEAMIENTO.-

La liberalización del ejercicio de la actividad de mediación inmobiliaria proclamada por el RD-Ley 4/2000 de 23 de junio y posterior Ley 10/2003 de 20 de mayo y la atipicidad y ausencia de contenido del contrato de mediación repercute negativamente en el período precontractual de la contratación inmobiliaria, siendo necesario analizar la evolución del contrato de mediación, la justificación de la decisión de liberalización, sus consecuencias en el mercado y su repercusión en la seguridad jurídica para la formación de los contratos con objeto inmobiliario.

En la década que comenzó a finales de los noventa y hasta la crisis de la burbuja inmobiliaria (finales del 2007) no ha habido persona que no tenga un familiar, amigo o conocido que haya manifestado problemas de diversa índole en su decisión de adquirir una vivienda. Generalizando la multitud de vicisitudes que se plantean desde que se toma la decisión de buscar una vivienda hasta que termina el proceso con la entrega de la misma podemos afirmar que todo se traduce en una sola palabra: inseguridad. La ansiedad que provoca en el consumidor inmobiliario (calificativo que se viene utilizando aun cuando la vivienda no es bien de consumo) el proceso de adquisición de un inmueble debido al desembolso económico que ello supone, la

trascendencia de la operación en la esfera de su vida personal (al tratarse de un bien que le proporciona confort, seguridad y estabilidad), y la responsabilidad que le generará durante gran parte de su vida (no solo la garantía hipotecaria sino la patrimonial universal hasta saldar la deuda), tiene relación directa con una percepción de inseguridad en dicho proceso que culmina, para bien o para mal, según el caso, con la intervención notarial y registral que dan estabilidad casi definitiva a la adquisición. Lo que aseguran estas instituciones es la certeza y estabilidad del negocio jurídico que ha llevado a la adquisición de la vivienda; negocio que si se ha cerrado en buenas condiciones (con la información adecuada, sin provecho por razón de información asimétrica, sin conductas provocadoras de vicios del consentimiento, con libertad en la formación de la voluntad, etc), quedará para bien en el interesado; pero si dichas condiciones no han sido las idóneas se produce la paradoja de que las instituciones de protección preventiva confirman lo que, en realidad, no ha sido querido por el interesado o, en definitiva, no formaba parte de la voluntad del interesado. Adviértase que el Notario no ha intervenido en el período de formación o generación contractual (etapa precontractual) y de la importancia del mismo en orden a la toma de decisiones.

Desde siempre nuestros legisladores se han preocupado de atender a la seguridad que desde un punto de vista jurídico puedan ofrecer los contratos perfectos y/o consumados sobre bienes inmuebles o derechos sobre los mismos. Se trata de que esos contratos carecieran de todo atisbo de contaminación en perjuicio no solo de las partes implicadas, sino también, y por cuanto que los derechos reales tienen trascendencia “erga omnes”, de los terceros que por tal trascendencia pudieran sufrir efectos colaterales derivados de los mismos, dotando a dichos contratos de la estabilidad y fijeza necesaria para evitar posibles conflictos que se generan por las relaciones jurídicas que con ellos se crean. Para ello, para alcanzar esa estabilidad y fijeza, los legisladores han contado con las eficaces instituciones notarial (fe pública y halo de legalidad) y registral (calificación y principios hipotecarios de legitimación y fe pública registral), paradigmas del orden impuesto y respetado

en todo lo relacionado con la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, dotando a la escritura notarial y a la inscripción registral de una serie de garantías o "privilegios" que refuerzan la posición del que se protege con dichas instituciones hasta el punto de que podemos afirmar que tenemos uno de los sistemas jurídicos más perfectos en cuanto a seguridad de las transacciones inmobiliarias.

Sin embargo, la realidad del día a día demuestra que la paz y estabilidad que promete la seguridad no es absoluta; existen vías de agua que evidencian la existencia de riesgos en el "titanic" de la seguridad y que se producen por la existencia de icebergs en superficie, pequeños en apariencia pero enormes en su masa oculta, que son presagio de auténticos naufragios en el sistema.

Pensemos en el mercado inmobiliario primario, especialmente en lo ocurrido en Marbella y otras zonas del litoral de la Costa del Sol; en Almería; en el Levante... lugares en los que han proliferado las estafas inmobiliarias que se valen de las herramientas que ofrecen las instituciones de seguridad preventiva para crear apariencias insostenibles. Son supuestos que van desde la descoordinación entre el Registro de la Propiedad y la Administración pública competente en materia de Urbanismo, pasando por la incompetentes actuaciones de quienes operan en el mercado inmobiliario y que hacen mala gestión de la información necesaria y así hasta una variopinta interpretación de la normativa en orden a los efectos de la nulidad de planeamientos y sus consecuencias en la vivienda amparada en actos administrativos firmes, e incluso la pugna entre el Derecho hipotecario como protector de la sociedad civil frente a la normativa urbanística mal gestionada para el interés general, todo ello con un alto coste para los ciudadanos y la economía del país. Y es que, el contenido de la propiedad privada, su limitación y delimitación en cada una de las propiedades, debería tener la misma publicidad erga-omnes que el derecho en su máxima extensión, ya que, siendo cierto que el urbanismo goza de una publicidad legal, dicha publicidad se contrae a conceptos genéricos que luego deben ser reinterpretados y trasladados a cada finca concreta.

Para completar ese témpano helado pensemos en la infinidad de incertidumbres en el camino a recorrer en el mercado secundario hasta la compra y entrega definitiva del inmueble deseado; los que lo conocen saben del largo peregrinar de sospechas y desconfianzas, cuando no engaños y dolos, que se encuentran hasta llegar al contrato definitivo después del cual el desengaño, ya consolidado y sellado definitivamente, y esto es lo insólito, precisamente con la intervención notarial, aparece en toda su dimensión (ofertas “informales” que se alteran a la firma del contrato definitivo, nuevas exigencias, cláusulas sorpresivas o abusivas, calidades aparentes, cargas y defectos ocultos, mediciones erróneas, gastos añadidos,).

La conclusión es que si bien lo perfectamente contratado goza de la estabilidad necesaria que requiere el orden social, ocurre que antes de la perfección del contrato la falta de instrumentos que garanticen tanto la información adecuada al caso como la limpieza, seriedad y transparencia precontractual desestabiliza totalmente un sistema jurídico de prevención que, por muy maduro que consideremos, no puede presentarse como un paradigma insuperable.

La reacción, ante estos supuestos, no debería ser la de parchear las vías de agua que comprometen al titánic (sistema de seguridad) pues con esa solución no decrece su debilidad. Los iceberg, personificados en normas contradictorias y farragosas y en sujetos que provocan fraudes, estafas o atropellos de los derechos de los consumidores están siempre ahí, no desaparecen, la regeneración es constante, unos se derriten frente a otros que se forman. Es necesario, y así lo vienen demandando los ciudadanos y la economía en general, seguir avanzando en la mejora del sistema de seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario.

II. PROBLEMÁTICA EN LA TRANSACCION INMOBILIARIA.-

Cuando las partes formalizan un contrato inmobiliario ante un fedatario público se produce un efecto garantía para los sujetos que lo otorgan en el sentido de quedar sellado el pacto con sus consecuencias de irrevocabilidad, exigibilidad, y, por la fuerza de los efectos que las leyes atribuyen al documento público, las de aumentar la dificultad de resolución y de anulación, además de facilitar su ejecución. Básicamente, lo otorgado en documento público otorgado está y, salvo contados casos, no tiene marcha atrás por la unilateral decisión de uno de los intervinientes, al contrario que si se plasmare en un documento privado en el que con más facilidad se pueden plantear interrogantes sobre la identidad y capacidad de los intervinientes, la existencia de vicios, la interpretación de lo pactado,.....

Si, además, ese documento se hizo a la vista de los libros, inscripciones, del Registro de la Propiedad la garantía se extiende a una consolidación de lo pactado entre los otorgantes para con el mundo (erga omnes) sin que el derecho adquirido pueda ser prácticamente atacado de ninguna manera, con presunciones de difícil destrucción y la garantía en futuras cadenas transmisorias de la existencia de una realidad "virtual" más fuerte que la propia realidad.

Pero, claro, esa seguridad parte en el tiempo de los derechos efectivamente constituidos o transmitidos. ¿Qué pasa hasta entonces?

Aunque archiconocido, es necesario traer a colación una breve referencia sobre la importancia de las formas:

En las sociedades primitivas las formas, en cuanto medio de garantía por la exteriorización de voluntades, no tenían el valor actual; al principio, y hablamos de lo primitivo, el respeto a las situaciones creadas se imponía por

la fuerza bruta: la fuerza física sometía a la debilidad y mientras que el débil podía ver invadida su propiedad, el fuerte se erigía en usurpador impune. En esta evolución el hombre se organiza en una sociedad más madura y empieza a desarrollarse en este entorno. Al principio no existía una necesidad de publicidad (conocimiento público de las situaciones jurídicas a respetar). Con la ausencia de competitividad pudiera ser que la palabra o el acto no requirieran garantía. Las personas se obligaban porque querían, porque era su voluntad inequívoca y estable, y eso bastaba. A lo más, se requería un acto simbólico de publicidad si la situación creada debía trascender a terceros. Después de cumplir con el símbolo todo el mundo respetaba la publicidad que supone el propio ejercicio del derecho.

Cuando se amplían las aspiraciones y se extiende el egoísmo se acrecienta la maquinación para imponer la voluntad propia sobre el orden creado en las relaciones jurídicas a la vez que se relaja el respeto a lo aparente; surge así la necesidad de los escribanos y los registros públicos no solo para aportar seguridad al comercio sino también a la propiedad; en ésta, primero, para que se respete al propietario al que ya no le bastaba con ejercitar su dominio que, aun así, podía ser puesto en duda sobre todo en los supuestos en los que por ocupación de tierras en zonas lejanas no hay signos demostrativos del ejercicio dominical; y, segundo, para dejar constancia de derechos reales que gravan a la propiedad de los que, tan solo, se puede demostrar la constitución por un acto simbólico que el tiempo diluye al no haber una intermediación claramente demostrativa de la permanencia del derecho.

Las formas han variado en el tiempo en la medida en que las sociedades lo requerían hasta que ya en tiempos modernos, a medida que la sociedad entra en la modernidad y ya en la actualidad, el mundo de la economía, el capital, el mercado global, la competitividad y el consumo se han aliado para alienar a los grupos sociales envueltos en una espiral evolutiva y continua de innovación de productos y servicios, de manera que lo que hoy se desea mañana, por ser distinto a lo actual, se deja de querer. Desaparece la voluntad y la ferocidad del consumo hace aflorar el estado de ánimo voluble, caprichoso y cambiante y, así, el interés personal en cada momento, en cada segundo,

prevalece y la voluntad deja de ser decisión o determinación y se transforma en mutante deseo: Una sociedad sin voluntades individuales, sino con deseos, también individuales, solapados y cambiantes.

La consecuencia de lo anterior es que ante las voluntades firmes hay seguridad pues la inalterabilidad de la decisión tomada, la firmeza de las posiciones, la seriedad de la determinación, la estabilidad en definitiva, no requiere garantías; sin embargo, una sociedad llena de constantes deseos, de impulsos, claramente inestable, es víctima de sí misma, de su propia inseguridad, y, por tanto, para evitar la esquizofrenia en las relaciones jurídicas y crear un marco estable en las mismas hemos de aspirar a un sistema con mayores garantías que el actual. Sin garantías, sin seguridad, es imposible avanzar....¿Quién se aventura a invertir en una sociedad en la que se desconoce el designio del trabajo y del esfuerzo inversor?

Consecuencia de lo anterior es que hemos pasado de unas relaciones jurídicas en las que preponderaba la seriedad y respeto desde la negociación hasta el consentimiento a otras en la que la negociación sencillamente desaparece para imponerse la adhesión o, cuando existe, se utilizan distintos disfraces para buscar apariencias contrarias a la realidad, y, lo peor, cuando se logra el consentimiento existe la conciencia de que no es un acto determinante, sino etéreo, a tiempo parcial, mientras interese y hasta que otro interés o deseo haga no atender a las consecuencias del mismo: vinculación difusa en la que al término de la negociación e inmediatamente perfecto el contrato deseado se inicia una nueva negociación para alterar la propia relación jurídica ya creada, buscando otras modalidades de cumplimiento lejanas a la exacta y completa ejecución de la prestación debida. El conflicto parece imparable y el Estado no lo puede dirimir más que creando las nuevas fórmulas de resolución de conflictos, especialmente la mediación, que destrona la negociación de intereses contrapuestos en pro de la comunicación de intereses confluyentes, y que contribuyen a poner en duda los vínculos de la relación en los que el acreedor deberá rebajar su pretensión permitiendo al deudor imponer su último deseo frente a lo, en su día, consentido. Así, casi sin darnos cuenta, advirtiendo la ineficacia del poder del Estado cuando

pretendemos hacer valer los derechos que creemos adquiridos, no queda más remedio que aceptar esa degradación del derecho subjetivo y acabamos aceptando la nueva imposición que nos ha llevado de la creación de obligaciones exigibles a la de obligaciones negociables quedando inmersos en un proceso de transición de un sistema de seguridad jurídica a otro de etérea seguridad.

Esto, así en términos genéricos, es trasladable al ámbito de la contratación inmobiliaria: cuando en la formación (período precontractual) del contrato sobre objeto inmobiliario no hay información (fáctica, jurídica, técnica, administrativa, urbanística, medioambiental o energética) adecuada, cuando no cabe la negociación en los contratos, cuando se imponen cláusulas abusivas, cuando lo planificado no se ajusta a lo ejecutado o, sencillamente no llega a existir, cuando ante un incumplimiento existen múltiples interpretaciones o dificultades de todo tipo que impiden sancionarlo, y, además, nada de eso se puede evitar, surge la fuente conflictual y aunque la seguridad preventiva que suponen las instituciones notarial y registral tratan de “apuntalar” lo consentido, ello no mengua la insatisfacción del afectado. Esto es lo que se advierte en las quejas de consumidores por razón de vivienda y de los prestatarios que necesitan financiación para su adquisición.

Detectadas las debilidades del sistema de seguridad jurídica resulta necesario plantearse posibles soluciones que refuercen aquél. Si sabemos que la seguridad se ofrece a partir de la perfección del contrato inmobiliario conviene analizar qué es lo que impide que la misma se pueda ofrecer también en ese periodo que va desde la intención de adquirir el inmueble hasta la perfección del mismo.

Partiendo de estos planteamientos, podemos entrar en el análisis de la cuestión planteada, y si para la perfección y formalización del contrato velan unos profesionales, y para la fijeza y estabilidad futura en el ejercicio del derecho adquirido con aquél velan otros, ¿Quién vela por la etapa en la que se forma dicho contrato, por la etapa precontractual en la que se reconducen

múltiples planteamientos a un resultado final que puede ser anómalo con la consecuencia de quiebra el sistema de seguridad?

¿Sería necesario crear unos nuevos profesionales que respondieran de la transparencia del mercado y evitaran la información asimétrica existente en el mismo? ¿Podrían serlo los intermediarios que intervienen en el mercado inmobiliario durante ese periodo precontractual? ¿Seguimos sin reconocer la existencia de un mercado inmobiliario de dudosa transparencia, de hostilidad en la negociación, de ausencia de herramientas para una adecuada formación contractual, de merma en seguridad, de disfraces del dolo contractual, de falta de palabra, en definitiva, de informalidad o ausencia de seriedad declarativa de los que intervienen en las transacciones inmobiliarias? La pregunta es muy simple: ¿Es suficiente en el ámbito inmobiliario el sistema de garantías actual para la sociedad impulsiva en deseos en la que vivimos?

El legislador solo se ha preocupado del período de formación del contrato a través de la normativa de protección al consumidor con la pretensión de que éste tenga el máximo de información y de detallar las cláusulas que, por abusivas, pueden ser declaradas nulas por los Tribunales, pero poco más.

La solución del suministro de adecuada información al consumidor es claramente insuficiente porque, con independencia de las dificultades de control del cumplimiento de este deber legal por los predisponentes o intermediarios, la desprotección está servida por el simple hecho de que la información o publicidad ofrecida por un predisponente sin más exigencias que el autocontrol no responda a la realidad o, respondiendo, no se presta un consentimiento (utilizando fórmulas precontractuales o reservas....) claro y terminante para vincular al futuro contrato inmobiliario que los Tribunales vienen exigiendo para la perfección de los contratos. Si no hay perfección, no se podrá exigir lo publicitado o informado.

En cuanto a la solución del listado de cláusulas abusivas, además de no ser preventiva, de ser una solución posterior al conflicto (ante la cláusula hay que acudir a los Tribunales u otro medio de resolución de conflicto), la ambigüedad

de los Tribunales (ya menos según hemos visto en diversos asuntos como últimamente el de las cláusulas suelo...inercia que ha partido de Estrasburgo¹), algunos con el rancio argumento del “pacta sunt servanda” y otros, aunque con mayor argumentación, con una hermenéutica muy académica, muy doctrinal pero lejana a la necesidad social de protección y, desde luego, perjudicial para el destinatario que busca amparo, llevan al consumidor a la retracción por el temor al fracaso del ejercicio de acciones.

En definitiva, no sólo hay poca eficacia protectora sino que las soluciones que se aportan no evitan el conflicto, más bien tratan de resolverlo sometiendo al consumidor a un alto riesgo que asumir para obtener razón a su pretensión. Así, acudir a los Tribunales cuando la operación está zanjada y el afectado se percata de que han sido vulnerados sus derechos no deja de ser un mal planteamiento para un consumidor al que se le ha abocado al conflicto por falta de un sistema de seguridad preventiva adecuado. Los Tribunales, al igual que el mero texto de una norma, no son preventivos en el sentido de evitar conflictos y litigios como ocurre con los efectos que se reconocen a las intervenciones notarial y registral. Pero claro, éstos solo funcionan a partir del acto de perfección de los contratos inmobiliarios.

En la década anterior a la crisis iniciada en el 2007 se han visto muchas prácticas habituales, todas con cariz especulativo, en el ámbito de la formación contractual inmobiliaria que dejaban al consumidor en la más absoluta indefensión: listas de espera llevadas por los promotores en función de las cuales se fijaba el precio del producto inmobiliario (cuantos más demandantes había en la lista el precio que se les comunicaba para la firma del precontrato o contrato era más alto), documentos de reserva del demandante sin clara vinculación para el oferente del inmueble, documentos de arras confusos en cuanto a su tipología y casi nunca con devolución del duplo si eran penitenciales, ofertas publicitarias que no respondían a la realidad, publicidad agresiva de precios bajos ofertando inmuebles ya vendidos cuando no inexistentes como método de captación de demandantes,

¹ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013.

opciones de compra sin convenio de inscripción registral, precontratos que obligan al demandante del inmueble sin que aparezca la recíproca del oferente a la formación del futuro contrato, venta de huecos, espacios y recintos como elementos privativos que no aparecían como tales en el título constitutivo de la propiedad horizontal...¿Seguimos?

Tratándose del mercado secundario conocemos multitud de supuestos: desde el oferente que no quiere fijar el precio de oferta o lo fija a modo de “salida de subasta” de manera que va aumentando su importe en la medida en que el demandante se ve inmerso en la subasta privada, hasta la del mediador que vende a sobreprecio buscando el negocio de la operación y no la remuneración al servicio, pasando por la enorme picaresca que supone el no formalizar los compromisos asumidos para después chantajear al interesado en la operación, así como la compra aparente para revender a mayor precio (los pases de contratos en los que realmente se venden compromisos de hacer), en definitiva, y como caso frecuente, el requerimiento (por el oferente) de la intervención del intermediario que cuando encuentra un demandante resulta que la operación no es posible por retirada de la oferta o realización de la operación por el oferente o tercero sin conocimiento del profesional, sin perjuicio de los precontratos, reservas, arras y opciones que intervenidos por profesionales de la intermediación no se consuman por un simple acto de informalidad o falta de seriedad de alguna de las partes implicadas. Proceso especulativo, negocio bobo, que además de crear una imagen de inseguridad al consumidor inmobiliario, originó una brusca aceleración de la producción inmobiliaria y una desbocada subida de precios (que no valores, como el tiempo ha demostrado) que acompañada de una irracional desbandada financiera permitió a muchos ciudadanos gozar, ilusoriamente, del derecho a disfrutar de una vivienda digna que la CE reconoce; frágil ilusión la de un derecho a vivienda que rápidamente se desvaneció con las masivas ejecuciones hipotecarias.

Este es el panorama de un mercado inmobiliario avaricioso en el que impera una picaresca que merma la seguridad jurídica en el ámbito precontractual, teniendo como aliado el exceso de liberalismo que no se ha percatado de que

su defensa está en apartar al que se refugia en él en busca de privilegios que deberían ser ajenos al sistema que lo alimenta.

Conocidos los supuestos de hecho que provocan la inseguridad cabe preguntarse ¿Cómo se pueden evitar esta situación? ¿Cómo evitar futuros efectos burbuja en el ámbito inmobiliario, y su consecuencia de aumento generalizado de pobreza? ¿Podría el consumidor eludir estas frecuentes prácticas? ¿Cómo luchar contra la especulación inmobiliaria y ordenar el mercado? ¿Es posible una novedosa regulación civil que dote de la ansiada seguridad a quien opera, gestiona o accede al mercado inmobiliario, evitando esas listas de espera, esos documentos no vinculantes, esas subastas irregulares.....?

La solución, si es que la hay, parece evidente, está más allá del Derecho de consumo.

Las propuestas de solución a esta problemática pueden ser de lo más variopinto y han sido expuestas en algunos foros:

--- Mayor seguridad jurídica en el ámbito de la precontractualidad reforzando la actividad de intermediación como actividad de seguridad jurídica preventiva, dándoles mayor protagonismo con mecanismos como el de acceso al Registro de la oferta vinculante mediante documento notarial otorgado al efecto haciendo constar la voluntad del oferente y el intermediario designado para cerrar la operación con el nº de referencia sobre los datos de la oferta que éste ofrece al público... La aceptación por tercero, también por documento notarial, en el que el intermediario con representación de aquél pudiera cerrar la operación sin consentimiento del oferente poniendo a disposición del mismo en la cuenta designada al efecto el precio de salida al mercado... lo que no supondría impedir la posibilidad de negociación a efectos de que pueda cerrarse la operación por precio distinto al ofertado, supuesto en el que, por tratarse de condiciones distintas a la ofertada, la prueba de la transmisión debería hacerse por documento notarial con otorgamiento, ya sí, de ambas partes.....o permitiendo el acceso de figuras precontractuales al Registro de

la Propiedad vía anotación preventiva de los documentos, visados por Colegio profesional, en los que intervengan intermediarios colegiados; documentos que se consolidarían con los contratos notariales definitivos.

--- Profesionalización de la intermediación inmobiliaria para que sea entendida y regulada como actividad profesional que requiera conocimiento, deontología, control, con asunción de obligaciones de información y transparencia y que implique responsabilidad, diferenciándola de la actividad libre de comercialización inmobiliaria o negocio inmobiliario especulativo.

--Creación de un Mercado Inmobiliario seguro que grave sobre el Registro de la Propiedad como herramienta no solo de seguridad a través de los efectos de la publicidad de los derechos sobre los inmuebles, sino también, de auténtica plaza de mercado transaccional en el que tengan lugar las ofertas o disposición sobre los mismos. Así:

Permitiendo el acceso de las figuras precontractuales a través de convenio plasmado en formulario intervenido por profesional y visado por Colegio; o de ofertas vinculantes a solicitud, también intervenida, del titular registral.

Regulando la anotación preventiva de precontrato u oferta con plazo de caducidad (v. gr. 6 meses y prorrogable) que, siguiendo el principio de rogación, tendría lugar por voluntad de los interesados o, en su defecto, por decisión judicial -v. gr. por demanda sobre celebración del contrato o elevación a público-); anotación que se convertiría en inscripción definitiva mediante la escritura pública en el que se plasmase el contrato definitivo.

La posibilidad de anular (cancelar) la anotación por ambas partes. En la oferta vinculante, el titular registral oferente podría solicitar la cancelación en cualquier momento. En el precontrato, el oferente (titular registral) con un procedimiento sumario de jurisdicción voluntaria o acto de conciliación en el que bastaría la no personación del demandado (v. gr.: el adquirente no cumple el compromiso y el titular recibe la oferta de otro interesado en el inmueble) y el demandante (beneficiario de la anotación) con la presentación del requerimiento judicial o notarial con certificado o diligencia al demandado para la formalización pública del contrato definitivo.

--- Creación de la Bolsa inmobiliaria llevada por los Registradores de la Propiedad, a la que accederían todos los inmuebles objeto de anotaciones de ofertas inmobiliarias vinculantes aportadas por particulares directamente, o intermediarios autorizados, para ser cerradas, con intervención de éstos, con demandas de inmuebles también aportadas por ellos.

En la Publicidad Registral de las ofertas vinculantes (anotación) se dejaría constancia del intermediario obligado al suministro de la información contractual y de todo tipo o, también, a la pág. Web del Colegio de APIS en donde se recogen todos los términos de la oferta y profesional que interviene en la aceptación.

--- Valoración de inmuebles, a efectos de determinación de riesgos en la concesión de los préstamos hipotecarios, conforme a valores de mercado actuales con margen de corrección futura al tiempo de la ejecución hipotecaria fijados por profesionales independientes y no por Sociedades participadas por los propios prestamistas.

--- Creación de la figura del Auditor inmobiliario, o imposición al Intermediario, como profesional independiente con funciones de comprobación simultánea y certificación de las situaciones registral, catastral, urbanística, técnica, de eficiencia energética y contractual de los bienes inmuebles ofertados en el mercado; como requisito previo a la negociación de un contrato inmobiliario.

Al margen de estas propuestas que atribuyen un mayor protagonismo a la figura del intermediario es necesario analizar la actividad profesional en sí, su situación y la principal fuente generadora de obligaciones, si es que las hay, en el ejercicio de tal actividad para concluir la oportunidad de aquellas y para determinar si a través de dicha actividad se puede generar una mayor seguridad jurídica en el período de formación o generación del contrato por el que se puede llegar a adquirir la propiedad o el uso de los inmuebles.

III. LA SEGURIDAD JURIDICA.-

La Seguridad jurídica es, de partida, un concepto de gran trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico hasta el punto de que el art. 9.3 de la CE la recoge, con el mismo rango en importancia, junto con los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales y responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; principios que fundamentan el Estado social y democrático de Derecho, expresión que no solo consagraba la relación de subordinación del Estado al Derecho sino que es garantizada con el contenido del art. 9.3 de la CE, como cimientos en los que descansa nuestro sistema jurídico.²

Ya dijo el TC³ que dichos principios no son compartimentos estancos y, elevando el rango de la seguridad jurídica, afirmó que ello “...puede predicarse de la seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad.”

² CAZORLA PEREZ, RUIZ-RICO LOPEZ-LENDINEZ y BONACHELA MESAS: “Derechos, Instituciones y poderes en la Constitución de 1978” expresando la opinión de GARCIA COTARELO y ALZAGA.

³ Tribunal Constitucional Pleno, S 20-7-1981, nº 27/1981, BOE 193/1981, de 13 de agosto de 1981, rec. 38/1981.

El mismo TC bifurcó el principio de seguridad jurídica en una doble vertiente: objetiva con referencia a la certeza de la norma; y subjetiva o de previsibilidad de los efectos de su aplicación.⁴

El Diccionario de la RAE, dispone que seguridad es “*cualidad de seguro*” y solo es seguro lo que es “*cierto, indubitable e infalible*” de manera que el que busca seguridad aspira a encontrarse “*libre y exento de todo peligro, daño y riesgo*”.

La seguridad se identifica con el consenso, lo estable y lo pacífico y la inseguridad con el conflicto.

Desde un punto de vista jurídico la seguridad se consigue mediante determinados instrumentos que el Estado pone a disposición de los ciudadanos para mantener la paz social: se dictan leyes que regulan las relaciones jurídicas y las instituciones que se utilizarán como herramienta o mecanismo necesario para conseguir que los derechos que surgen de esas relaciones se puedan ejercitar con certeza, sin eventualidades que impidan lo querido por la voluntad (derecho a justicia y a una tutela efectiva que resuelva los conflictos, reconocimiento y regulación de sistemas alternativos de resolución de conflictos, organizaciones y sistemas que contribuyan a evitar el conflicto....). Es el Estado el que pone los medios para alcanzar la seguridad y conseguir que, desde la voluntad individual, se conozcan y se hagan realidad los derechos reconocidos conforme a dicho reconocimiento (previsibilidad).

Según el diccionario de la RAE la Seguridad Jurídica (SJ) es la “*cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente la previsibilidad de su aplicación*”. SJ que, tenemos que insistir en ello, es un principio constitucional (art. 9.3 CE).

⁴ Tribunal Constitucional Pleno, S 15-11-2000, nº 273/2000, BOE 299/2000, de 14 de diciembre de 2000, rec. 565/1994.

La inseguridad “jurídica” se identifica, por tanto, con la imprevisibilidad. Es inseguro todo lo que no tiene consecuencias jurídicas conforme a lo definido o previsto por el ordenamiento jurídico. Actos en los que el interés o voluntad del sujeto amparado por la norma no va a lograrse por los cauces jurídicos que el Estado pone a disposición de los ciudadanos.

Sin embargo, ocurre también que determinados actos, aún amparados por el ordenamiento jurídico, resultan inseguros por el hecho de que el Estado no dota a los ciudadanos de las “herramientas” necesarias para que sus actos produzcan los efectos deseados (los previsibles) o bien para reconducir lo imprevisto o consecuencias indeseables a lo que se pretende (lo previsible).

Entre los medios que conducen a la previsibilidad de los actos están los preventivos, que se anticipan al conflicto para evitar lo indeseado mediante la cualificación de profesionales que, con su intervención, dan certeza a las relaciones jurídicas. En el ámbito inmobiliario la intervención del profesional se reconduce a la creación de formas seguras que hagan público los actos privados (para, en su caso, probarlo a quien no los considera) y la publicidad de dichos actos con efectos contundentes o incontrovertibles, que todos aceptan o han de aceptar.

3.1. SEGURIDAD PREVENTIVA EN EL AMBITO INMOBILIARIO.-

Son tantas las concepciones y tan variados los matices sobre seguridad o defensa preventiva que resulta difícil llegar a un consenso definitivo sobre su definición.

Lo que confluye en las distintas concepciones es que la seguridad jurídica o defensa preventiva trata de evitar el conflicto en cuanto al reconocimiento o ejercicio de un derecho o de resolverlo sin necesidad de acudir a la defensa represiva que el Estado ejerce a través de la Jurisdicción.

Se pueden reconocer varias modalidades de seguridad preventiva en la que el Ordenamiento jurídico admite la intervención protectora de los particulares de manera amplia para impedir daños o evitar la violación de Derechos. ALBALADEJO⁵ pone como ejemplos de defensa preventiva las garantías o cauciones reales o personales, la legítima defensa y el estado de necesidad.

Sin embargo, el concepto de seguridad jurídica, en la vida civil, viene siendo monopolizado por las instituciones notarial y registral que se atribuyen la exclusividad de la seguridad preventiva por ser portadores (sus intervenciones) de los privilegios que la ley les otorga, únicas que ofrecen estabilidad y certidumbre a los derechos privados sin necesidad de búsqueda del aparato represor del Estado.

Traducido a la realidad lo que hay detrás de ello no es tanto una seguridad en sí, sino, más bien, una consolidación generada a lo largo del tiempo de confianza en ambas instituciones. Es decir, el ciudadano no es que esté seguro, pues no lo puede estar ante un sujeto que se opone a su libertad,

⁵ Albaladejo, Manuel en "Curso de Derecho Civil Español, I, Introducción y Parte General, 3ª Edición, pag. 287.

pero se siente seguro por el hecho de acudir a las instituciones notarial y registral, porque sabe que mediante estas será más difícil poner en duda su realidad.

Los operadores en práctica forense estamos muy acostumbrados a ver en nuestros Tribunales como se impugnan los documentos notariales, cómo éstos pueden ser redargüidos de falsedad o nulidad, o cómo la libre valoración de la prueba por los Tribunales hace desaparecer un acto o negocio jurídico públicamente documentado, o supuestos de vicios del consentimiento públicamente documentados o de contrariedad a normas imperativas o con cláusulas abusivas o tantos supuestos como la imaginación pueda alcanzar..... incluso a ver como el Registro de la Propiedad queda en la nada en base a interpretaciones atrevidas de nuestros Tribunales que puedan ser la mejor solución para el caso pero que distorsionan ese fin en la generalidad de los supuestos. Así, por ejemplo, los cambios de criterio en supuestos de venta de cosa ajena o falta de objeto del contrato, o en si es válida la compraventa subyacente en la donación disimulada, o cuando con amparo en que la inscripción no protege los datos físicos de las fincas y olvidando que la cuota es una participación en la propiedad que sí la protege, se permite que un espacio no descrito como privativo en una propiedad horizontal puede ser vendido por el promotor a tercero al margen del Registro con la consecuencia de desestimación de una reivindicación de la Comunidad accionante.⁶ Queremos decir con ello que los conflictos no se evitan, siempre están latentes, basta con una voluntad opuesta para que aún con prevenciones surja el conflicto y lo que se cree verdad deje de serlo por decisión de la autoridad resolutoria. Por tanto, la seguridad no es absoluta aunque los conflictos se aminoren por la existencia de unas presunciones que den que pensar al que aspira a algo que está bajo el halo de aquella.

Por tanto, las instituciones de seguridad jurídica se mantienen por sí mismas en la confianza que se genera en base a dos premisas: organización

⁶ Sentencia nº 157 de la AP Granada (Sec. Tercera) de 13 de junio de 2014.

que el Estado reconoce y autoridad del profesional que la presta o, si se quiere, efectos de la intervención del profesional.

Confianza que genera la titularidad y ejercicio de derechos privados por quien sabe que esa organización está hecha para tener dicha seguridad. Es la condición de funcionario público de quien tiene la encomienda lo que alimenta la confianza del ciudadano. La intervención del fedatario en sentido objetivo supone una certeza de la aplicación de la ley y en sentido subjetivo es un “saber a que atenerse”.⁷

Con todo, el sistema de seguridad preventiva se auto-protege por la cara oculta a la de ser un instrumento de protección del ciudadano como es la protección del capital. Si la promoción y la adquisición inmobiliarias no se sirvieran de ese capital que, como el ciudadano, busca seguridad posiblemente no habiéramos llegado al nivel de “utilización” de las instituciones notarial y registral.

Sobre la variedad de conceptos sirvan de ejemplo:

“La seguridad jurídica preventiva es un derecho de los ciudadanos que, en un Estado como el nuestro, debe ser garantizado por los poderes públicos. Los ciudadanos necesitan asegurarse de que sus actos, por ser ajustados a la ley, serán eficaces jurídicamente y, en consecuencia, recibirán la tutela adecuada en cada momento.

El legislador debe dotar a la sociedad de herramientas eficaces que garanticen este derecho que, además, es coadyuvante de la realización de cualquiera de las manifestaciones de la libertad (libertad de empresa, libertad de contratación) y favorecedora de la inversión tan necesaria hoy.

Las herramientas con que el Estado garantiza la seguridad jurídica preventiva se crean con posterioridad a la legislación desamortizadora en pleno siglo XIX.

⁷ BOLAS ALFONSO, JUAN (“La función notarial como factor de seguridad jurídica preventiva del consumidor”. La Notaría. Boletín nº 1, enero 1998) trata de la seguridad jurídica como “valor social”

El Estado, ya en aquel momento, fue consciente de que las relaciones jurídico privadas no podían dejarse absolutamente en manos de los operadores privados, sino que el interés general exigía que en determinados ámbitos de actuación interviniera un representante del Estado que velara por el respeto y la realización de los intereses generales y que realizase un control preventivo de la legalidad que impidiese su transgresión al actuar ex ante, persiguiendo la normalidad de las relaciones jurídicas al hacerlas indiscutibles.

Para ello, el sistema que entonces se estableció y que hoy sigue vigente está basado en buena parte en que determinados documentos gocen de unas potentísimas presunciones de legalidad, autenticidad e integridad que hacen que los terceros puedan confiar plenamente en ellos. Estos documentos son los notariales.

Estas presunciones son posibles por cuanto los autores de estos documentos tienen el carácter de funcionarios públicos. Es el Estado el que actúa a través de ellos y es por tanto el poder público el que directamente atribuye a su actuación estos considerables efectos jurídicos.....

Es obvio que cuantos más ámbitos de las relaciones privadas queden bajo el paraguas del sistema de seguridad jurídica preventiva menor va a ser la litigiosidad y, por tanto, menores los costes sociales. Pero, sobre todo, lo que debe ser el objetivo fundamental es generar confianza en el ciudadano, español o no, que decida realizar cualquier actividad en nuestro territorio, especialmente de carácter económico.....”⁸

En este texto contemplamos todo lo que venimos diciendo y engloba la seguridad jurídica.

A este respecto, el legislador ha venido considerando que las profesiones notarial y registral son las protectoras de este interés en cuanto instituciones de seguridad jurídica preventiva, lo que, con el máximo respeto a dichas profesiones, no es del todo exacto. El notariado cubre la seguridad contractual, es decir, da formalidad y evidencia al contrato previamente celebrado que, por la autorización del Notario, pasa a tener la consideración

⁸ MARÍN SANCHEZ, JOSE ALBERTO. “El Valor de la seguridad jurídica preventiva”. *Tribuna de 5 Días* (7-04-2014).

de público con todas las consecuencias, presunciones y privilegios que la ley le otorga; contrato que llega al fedatario público ya negociado y cerrado y del que, emitiendo un juicio de legalidad, da fe de la fecha de otorgamiento y de la capacidad y manifestaciones de los otorgantes siendo una prueba privilegiada de difícil “destrucción” en juicio.

Por otro lado, la institución tabular (Registro) cubre la seguridad postcontractual dando fijeza y estabilidad a lo contratado con una extensión erga omnes en la propiedad y derechos reales inscritos y sobre unos principios de legitimación y fe pública que con sus presunciones hacen prácticamente inatacable la situación creada. La “virtualidad” o apariencia registral tiene más fuerza que la realidad misma. Sistema universalmente reconocido como muy eficiente para la seguridad jurídica de quien se protege por él.

Pero el círculo de protección tiene un déficit que se advierte cuando los ciudadanos son víctimas de lo que las instituciones notarial y registral, sin pretensión alguna, algunas veces apuntalan; en algunos casos, auténticas estafas que son maquinadas en el período de negociación en el que no intervienen ni el Notario ni el Registrador, pues si en ese período de negociación o fase precontractual el ciudadano no ha sido debidamente asesorado, informado y protegido, la operación quedará perfeccionada por la intervención Notarial y Registral en perjuicio de aquél. Eso es lo que ha quedado demostrado en los años de “burbuja” inmobiliaria previos a la crisis del 2007 en los que el número de reclamaciones de los consumidores en materia de vivienda ha ocupado durante muchos años el primer puesto, siendo las alegaciones más frecuentes las de ocultación de información sobre la vivienda, ofertas irreales, publicidad engañosa, precontratos en perjuicio de los demandantes de vivienda, contratos con cláusulas abusivas, vicios ocultos, cargas ocultas, desinformación sobre costes adicionales de gestión, impuestos, tasas, ausencia de garantías por las entregas a cuenta, anticipos que vinculaban al consumidor y no al predisponente, desinformación sobre coste de intervención de funcionarios públicos, defectos ocultos, etc..... y todo ello producto de un déficit de transparencia, capacitación y profesionalidad de los operadores (intermediarios) del mercado inmobiliario.

3.2. LA SEGURIDAD NOTARIAL.-

La intervención, autorización, del notario es fundamental en la seguridad jurídica de las transacciones inmobiliarias. Dicha seguridad se manifiesta en un doble ámbito:

En las competencias que la legislación notarial e hipotecaria⁹ atribuye a los notarios¹⁰ y que se extienden a las funciones de asesorar y adecuar lo querido por los comparecientes al ordenamiento jurídico, redactar el instrumento público y expedir copias del mismo, emitir juicio de legalidad del negocio documentado a través de su juicio de conocimiento, de capacidad y de cumplimiento de los requisitos para la validez del negocio y, finalmente, asumir la autoría del documento dando fe de los hechos y declaraciones de las partes.¹¹ A ello cabe añadir la labor del notariado de ser custodios de las matrices a través de sus protocolos y archivos que evitan la desaparición de pruebas fundamentales para operar en la vida civil.

En la eficacia o privilegios que la ley atribuye al documento público frente al privado; fundamentalmente, por un lado, la eficacia probatoria plena en el ámbito judicial en cuanto al hecho, acto o estado de cosas que documenten,

⁹ Recientemente también la Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria.

¹⁰ El art. 1 de la Ley del Notariado: *El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, fe que se extenderá en los documentos a que se refiere el art. 17 de la misma Ley, exigiendo la Ley Hipotecaria (art. 3) y su Reglamento (art. 33) con carácter general el documento público para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos contratados.*

¹¹ TAMAYO CLARES, MANUEL en sus temas de legislación notarial siguiendo en este punto a VALLET DE GOYTISOLO. (Academia Granadina del Notariado. 1990).

de la fecha del documento y de la identidad de todos los intervinientes;¹² y, por otro, la eficacia ejecutiva de la escritura pública.¹³

La primera es la seguridad transversal que se genera por la estabilidad y confianza que produce la profesionalización, el conocimiento o capacitación que se presume por el hecho de asumir unas competencias en las que se requiere especialización, en definitiva, tranquilidad porque unos profesionales están capacitados para asumir unas competencias que determinarán unos efectos queridos por la sociedad para la estabilidad de sus relaciones jurídicas.

La segunda es una seguridad directa; por el hecho de acudir al notario se sabe que se van a reconocer unos efectos, queridos por el que solicita su autorización, en la actividad desarrollada por el mismo.

Sin embargo, esta seguridad nace con el otorgamiento del negocio, momento de su nacimiento después de un proceso de elaboración, a partir del cual, para darle seguridad, se va a requerir la autorización notarial. El camino existente entre las intenciones de las partes y el consentimiento queda totalmente al margen de la seguridad pretendida.

¹² Art. 319.1 Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

¹³ Art. 517.2.4º de la Ley 1/2000 de 7 de enero.

3.3 LA SEGURIDAD REGISTRAL. -

La seguridad registral tiene su base de sustento principalmente en los principios hipotecarios de legitimación y fe pública registral:

El primero, como presunción iuris tantum de la existencia de los derechos y titulares de los mismos según el contenido de los asientos. Podríamos decir que en el Registro consta lo que el Estado reconoce como realidad de los derechos sobre los inmuebles, con independencia de lo que ocurra fuera del Registro. Lo dice en este sentido el art. 38 de la L. Hipotecaria y, según la doctrina, este principio otorga al titular registral la facultad de disponer del dominio y demás derechos de que sea titular, una presunción posesoria, la consideración salvo prueba contraria de titular de la finca y la defensa del procedimiento judicial sumario del art. 41 de la misma Ley (procedimiento que facilita el ejercicio de acciones del titular registral contra quien, sin título se opongan o perturben su derecho).

El principio de fe pública registral deriva de la publicidad material o protección que dispensa lo publicado por el Registro. En este caso se trata de una presunción iuris et de iure (sin que se admita prueba en contrario) en favor del tercero que de buena fe confía en lo que dice el Registro, irrefragable en cuanto se niega la posibilidad de contradecirla. Tiene un aspecto positivo que consagra la exactitud del contenido del Registro (art. 34 de la L.H.: El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o

transferente.) que coloca al tercero que cumple los requisitos legales en una situación inatacable; y un aspecto negativo o de integridad de ese contenido lo que tiene como consecuencia la inoponibilidad de lo no inscrito (art.32 L.H: Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero.).

La Dirección General de los Registros y del Notariado identifica la seguridad jurídica como evitación de litigios y situaciones de conflicto estando la institución registral al servicio de tal seguridad.¹⁴

Hoy se busca una nueva dimensión de seguridad haciendo al Registro partícipe de la protección del consumidor atribuyéndole nuevas funciones (llevanza del Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación) e imponiéndole deberes de información y de abstención (no inscripción de cláusulas nulas inscritas en aquél).

Nos planteamos¹⁵ si la institución Registral debe decantarse por la protección de determinados intereses o sujetos o, por el contrario, debe quedar al margen de partidismos, sin perjuicio de que la misma institución sea, por su propia esencia, instrumento de protección de dichos intereses y de dichos sujetos (además de los de otros sujetos). Nos parece que la garantía, frente a todos, de la Institución Registral está en su “ceguera”. No mira a nadie pues, al tratar de los derechos y de los titulares de los mismos, actúa con plena objetividad, sea quien fuere el titular del derecho. Es un instrumento de seguridad; y lo es para todos: por supuesto para los consumidores, pero también para quien no lo sea. Por tanto, cabe insistir sobre lo apuntado anteriormente y que se resume en que el Registro de la Propiedad no tiene

¹⁴ Por todas la Resolución DGRN de 5 de febrero de 2014: En este sentido, no debe olvidarse que el Registro de la Propiedad es una institución al servicio de la seguridad jurídica preventiva (cfr. [art. 9.3 de la Constitución](#)) que, como tal, actúa «ex ante» mediante la calificación del registrador, evitando litigios y situaciones de conflicto con el carácter preventivo y cautelar propio de su naturaleza.

¹⁵ GARCIA-VALDECASAS ALEX; FRANCISCO JAVIER: “...del Registro de la Propiedad al Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación” REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

que atender especialmente al consumidor; éste ya existía para el Registro mucho antes de su conceptualización actual.

Este planteamiento está en íntima relación con la comentada extensión de la calificación registral al ámbito de la protección de los consumidores y usuarios; en definitiva, al ámbito del clausurado abusivo que con anterioridad hemos tratado.

En efecto, ya advertimos que la objeción que planteamos a la pretendida función protectora del consumidor a través del Registro la intuyen, sin referirse expresamente a ello, algunos autores, que en sus escritos no pueden desvincularse de la esencia del Registro, que le permite estar por encima de esta consideración, cuando se afirma que “la idea y realidad del usuario y consumidor del derecho inmobiliario fue inventada mucho antes que las figuras de la Ley de 1.984”¹⁶ o, resulta obvio, que “el sistema registral inmobiliario no está pensado en y para el consumidor, sino que tiene por objeto la protección de los titulares registrales y terceros, confiando ambos precisamente en la seguridad jurídica que les ofrece la publicidad de los derechos en un Registro público”¹⁷. Es evidente que estos comentarios no hacen más que reafirmar que los autores, aun tratando la relación Registro-

¹⁶ Es lo que dice LOPEZ MEDEL, JESÚS en “El derecho a la información registral y el derecho constitucional de la información” (RCDI, año LXXVI, mayo-junio 2.000, nº 659, pp.1.775 a 1.813) donde encontramos párrafos tan expresivos como “el tercero registral era ya -y es- un “consumidor efectivo”, un “usuario” plenamente protegido, y no en bagatelas...En el Registrador de la Propiedad se ha dado el “mejor defensor del pueblo hipotecario...”

¹⁷ Esta es la respuesta de ALBIEZ DOHRMANN, J.K. (“El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral” RCDI, año LXIX, septiembre-octubre 1.993, nº 618, pp. 1.429-1.430) a la afirmación de GÓMEZ GÁLLIGO de que el artículo 18 de la LH sirve de base para dar coherencia al establecimiento de un sistema de protección al consumidor inmobiliario (“Distinción entre faltas subsanables e insubsanables en la calificación registral”. Madrid, 1.989, p.98).

El mismo autor pone de manifiesto (pág. 1.432), referenciando al esbozo histórico del Derecho hipotecario (de DIEZ-PICAZO), que éste respondía a las exigencias de los acreedores hipotecarios y después pasó a ser un instrumento de protección de adquirentes inmobiliarios; concluyendo, en esta evolución, que jamás se ha pensado que la protección registral adquiere una dimensión distinta cuando los sujetos interesados en el Registro de la Propiedad tienen la condición de consumidores. Aunque es cierto que después el autor trata de la función protectora del consumidor que corresponde al Registrador, al final parece reconocer que el principio del *favor consommatoris* no deja de ser más que un principio político. Y es que, para el Registro, ahora, al igual que en su punto de partida, todos, sin distinción son “consumidores inmobiliarios” y, eso sí, con el tratamiento del nuevo “usuario” de su servicio.

Derecho de consumo, no pueden desembarazarse de, se encuentran condicionados por, lo que el Registro realmente es: de su objeto y finalidad.

El problema, como apuntamos en su momento, no está en que el nuevo Derecho de la contratación atribuya a los Registradores la nueva misión protectora de cierto concepto subjetivo (el de consumidor), sino si en el principio de legalidad, como formando parte de su función calificadora, se puede incluir el control del contenido de los contratos cuando dicho contenido forma parte de los derechos personales (de crédito) que están al margen del objeto del Registro.

Por otra parte, habría que analizar si las atribuciones de nuevas competencias o funciones al margen de la tradicional función registral pueden empañar esta trayectoria en el sentido de que la labor objetiva, imparcial e inocua¹⁸ de la intervención del registrador se desvíe a la de protección de determinados sujetos y sus intereses. Es decir, si ésta labor protectora debe corresponder al Registrador como profesional jurídico o, por el contrario, éste debe limitarse a la llevanza del Registro, al margen de cualquier contaminación externa.

El art. 258 LH atribuye al registrador una función de información y protección al consumidor, pero se trata de una función que no va más allá del indiscutible sometimiento a las decisiones judiciales sobre nulidad de cláusulas abusivas¹⁹. Por lo demás, el resto del precepto se limita a recoger normas de protección del usuario del servicio registral al que se le permite exigir al registrador la “justificación” de sus decisiones. En consecuencia, el precepto

¹⁸ En el sentido de no atender al sujeto y, por tanto, tomar partido de sus posibles intereses frente a otros sujetos o colectivos.

¹⁹ Dicho art. remite en su nº 2 al párrafo 2º del artículo 10,bis de la ley 26/1.984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el que se deduce que es el Juez el que decidirá sobre la nulidad de las cláusulas. En definitiva, la cláusula sólo se podrá tener como nula cuando exista una resolución judicial al efecto y no en otro caso. Sin perjuicio de que, en principio una labor mediadora, conciliadora o arbitral, cada una en la medida que la ley permita, apacigüe conflictos que surgen en torno a las cláusulas contractuales.

realmente no atribuye al registrador una función protectora del consumidor. Hasta ahora, conserva su independencia e imparcialidad.

Lo mismo se puede decir del ya no vigente artículo 10.6 de la Ley 26/1.984 GDCU²⁰, hoy art. 84 del RDLivo 1/2007 de 16 de noviembre que aprueba el nuevo texto refundido en materia de consumo, que no es más que reiterar la exigencia del artículo 258 LH, así como del artículo 23 de la Ley 7/1.998 sobre CGC que exige a los registradores advertir a los consumidores de la aplicación de la misma. En definitiva, no estamos ante especialidades para los consumidores y usuarios, sino ante la orientación en su condición a todos los que usan los servicios registrales, sin distinción²¹.

En conclusión, y es opinión particular, cualquier intento del legislador de que el registrador tomara partido en la defensa de algún colectivo afectaría a la esencia de la propia institución registral. Sería, en definitiva, el primer paso de desnaturalización de la función pública que le ha sido encomendada al registrador con independencia de la propia Administración, sin partidismos en la estricta legalidad en el ámbito de los derechos reales, ni con ésta, ni con ningún colectivo particular.

²⁰ El Proyecto de Ley sobre CGC preveía la extensión de la calificación al carácter abusivo de las cláusulas que “afecten a la eficacia real de los derechos inscribibles”, lo que hubiese supuesto la asunción de defensa del consumidor por parte del Registrador. Afortunadamente no se dio tal paso que se planteó, seguramente, de forma poco reflexiva. Entre otras cuestiones la denegación de la inscripción de una cláusula por abusiva poca trascendencia iba a tener en la realidad frente al consumidor afectado.

²¹ Si atendemos al contenido del artículo 6.1 del C.Civil (“la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”)... por el que basta la publicación (art. 2 C.C.) para que no se pueda excusar, es como la otra cara de la misma moneda; aquí se impone a quienes cumplen funciones públicas una especie de recordatorio al consumidor de que lo es (como si no lo advirtiera en su día a día), y que existe una normativa que lo protege, pero poco más; por lo demás, estas advertencias o recordatorios se les hace a todos los que son usuarios del servicio registral. Para el Registrador todos son usuarios de su función, más no puede distinguir entre los que son, o no, consumidores y usuarios de los bienes y derechos que aparecen en los libros tabulares. En este sentido ni siquiera era necesario que se especificaran estos deberes en la normativa de consumidores al bastar con la imposición de los deberes que corresponde a los Registradores en función de su estatuto profesional, según hemos apuntado con anterioridad.

IV. HACIA LA SEGURIDAD JURÍDICA²² EN LA VERTIENTE EXTRAJUDICIAL: DERECHOS DE CONSUMIDORES Y MODERNA CONTRATACION.-

Más tarde analizaremos como mediante la imposición legal del suministro de cierta información en la contratación inmobiliaria y la posible responsabilidad del intermediario por su incumplimiento se genera una suerte de protección del consumidor y usuario; pero claro, esto no resuelve el conflicto que la ausencia de dicha información genera en el ámbito de la contratación civil pues si la compraventa o arrendamiento se ha formalizado sin dicha información el consumidor, aun con intervención notarial y registral, tendrá que accionar para resarcirse y, lo más grave, si se trata de un bien inmobiliario que implica una gran inversión y por el que el consumidor ha optado como espacio de convivencia familiar, difícilmente podrá verse compensado con un resarcimiento económico. Suele ocurrir que la operación no tiene vuelta atrás y el consumidor no está en condiciones de asumir los riesgos de otro proceso de adquisición.

²² OROZCO PARDO, GUILLERMO (“De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho Civil”. Comares, 1.995) trata de la seguridad jurídica como *“una situación de estabilidad y certeza creada por el ordenamiento, que garantiza la aplicación objetiva de las normas para la protección de los derechos”* y nos remite al estudio de MEZQUITA DEL CACHO, J.L. (“Seguridad jurídica y sistema cautelar”, Bosch, 1.989) en el que afirmaba, en palabras de aquel, que en las relaciones privadas *es imprescindible lograr “una certeza en su normativa rectora” con la finalidad de que las partes llamadas a respetarla la conozcan claramente y para que los órganos encargados de interpretar y aplicar tales normas lo puedan hacer de forma ajustada y coherente. Por ello, afirma el autor antes citado, la vertiente privada de la seguridad jurídica pretende garantizar la eficacia de las relaciones jurídicas y los derechos subjetivos tanto en los actos de constitución, modificación o extinción y “la regularidad y certeza de las instituciones que operan en este campo del Derecho”.*

STC 147/86 de 25 de noviembre hace referencia al art. 9.3 CE asimilando la seguridad a la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes.

Podemos concretar la aplicación de la nueva LGDCYU²³ en el ámbito de la contratación inmobiliaria a través de una serie de derechos y facultades a favor del consumidor o usuario que derivan de su aplicación:

- El derecho a la información (art. 17 TR) que se concreta en los arts. 20 y 60 del TR.
- La potestad sancionadora que corresponde a las Administraciones públicas para sancionar infracciones en materia de defensa de consumidores y usuarios (arts. 46 y ss del TR).²⁴
- El ejercicio de acciones judiciales (art. 53 TR) (cesación, nulidad, anulabilidad resolución o rescisión) o extrajudiciales (art. 57 TR) (Sistema Arbitral de Consumo).
- La integración de la oferta, promoción o publicidad en el contrato (art. 61 TR).
- La formalización contractual gratuita (el art. 63.2 TR).
- La obligación de entrega de documentación complementaria conforme a la Ley de Ordenación de la Edificación o normativa autonómica en la primera transmisión de viviendas (el art. 64 TR).
- La integración del contrato en beneficio del consumidor conforme al principio de buena fe objetiva (el art. 65 TR).
- La resolución por mora de 30 días del empresario o, en su caso, por la no entrega del bien en el plazo esencial señalado (art. 66 bis del TR).
- La delimitación genérica de las cláusulas abusivas (art. 82 TR), su concreción (artículos 85 a 90 TR) y la sanción de nulidad de las mismas (art. 83 TR).
- La obligación de abstención de Notarios y Registradores respecto de cláusulas abusivas inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (art. 84 TR).

²³ Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre (BOE nº 287 de 30 de noviembre de 2007).

²⁴ Hay que advertir que el art. 50.1 del TR, en cuanto atribuye a las Administraciones competentes la calificación de las infracciones lo que atenta contra el principio de taxatividad, legalidad y seguridad jurídica (reserva de ley en materia sancionadora ex art. 25.1 CE) ha sido declarado inconstitucional en Sentencia 10/2005 del TC.

- Consideración de cláusula abusiva de la que imponga al consumidor gastos de documentación y transmisión que por ley correspondan al empresario y en particular, en la compraventa de viviendas: gastos de titulación previos a la entrega de vivienda (obra nueva, horizontalidad, hipotecas financiación obra...), imposición e subrogación de hipoteca, tributos, acceso a suministros (art. 89.3 TR), y de la renuncia o transacción sobre la elección del notario por parte del consumidor (art. 89.8 TR).
- Régimen especial de responsabilidad por defectos no cubiertos por régimen legal específico. (art. 149 TR).

Lo primero que advertimos en todo ello es que no hay nadie que proteja al consumidor en el período precontractual o de formación del contrato, y solo, cuando éste logra su perfección se puede producir la intervención de profesionales para proteger lo creado al margen de ellos. Ninguno de estos profesionales ha tenido contacto con el inmueble para el que interviene, ni conoce su estado, ni si ha sido rehabilitado, o tiene aluminosis, o humedades, o si tiene abierto algún expediente por urbanismo, o

Por otra parte, la ley impone límites a los empresarios en la contratación con consumidores, y si no los cumplen voluntariamente el consumidor deberá obtener el reconocimiento de sus derechos vía arbitral (que será evitada por el empresario reticente) o vía judicial; no hay seguridad preventiva en la normativa de consumo. Tan solo la Administración podrá sancionar a posteriori. Por tanto la seguridad preventiva solo lo es para quien no viene con problemas generados en la etapa de formación del contrato. De ello se encargan los notarios y registradores que se limitan a no permitir la introducción en los contratos y folios registrales de cláusulas contractuales abusivas si éstas están inscritas en un Registro en el que nadie promueve dicha inscripción. Solo, en la práctica, las organizaciones de defensa del consumidor tienen el arma de las acciones colectivas en las que existen serias dificultades de ejecución de las sentencias cuando se trata del ejercicio de las mismas. En definitiva, el consumidor está desamparado si, en el período que

va desde que comienza una negociación hasta la emisión del consentimiento, nadie controla ese proceso de formación del contrato con objeto inmobiliario.

Además, tanto la normativa sobre consumo como la reguladora de las Condiciones Generales de la Contratación más que de evitar, prevé la sanción de nulidad por imposición de condiciones predispuestas, impuestas y previstas para una generalidad de contratos que contengan cláusulas abusivas en perjuicio de una de las partes del contrato. Nadie lo podrá evitar nada más que la negativa a la firma del contrato de quien actúa con la ceguera que produce el bien deseado pues la vivienda tiene un componente sentimental, su elección responde a deseos arraigados en el devenir de la vida de cada persona. Es decir el riesgo, tiempo y esfuerzo económico que requiere una acción judicial. La conclusión es que la solución se reconduce a una resolución posterior a lo consentido lo que nada tiene de preventivo.

Sobre esta cuestión, y relacionándolo con la seguridad preventiva, cabe preguntarse dónde está la frontera en el control de las cláusulas generales de la contratación y en la defensa del consumidor o usuario. Hasta dónde quiere llegar el legislador para proporcionar la anhelada seguridad jurídica preventiva. ¿Se eliminan realmente los conflictos -litigios- con estos reconfortantes términos? Intentaremos, al menos, avanzar en estos planteamientos, pero sobre la última cuestión podemos afirmar que si ello no fuera así, si por la seguridad jurídica preventiva no se consiguen evitar conflictos pacificando intereses contrapuestos, la conclusión no puede ser otra: bastaría la intervención jurisdiccional para el control de las cláusulas; la Administración no debería inmiscuirse en las relaciones entre particulares más que en los casos extremos y con instituciones creadas al efecto (protección del consumidor y usuario), sin desnaturalizar las que en su génesis no tuvieron tal concepción; sólo ante el conflicto están las instituciones privadas (mediación, arbitraje, transacción, etc.) o la propia Administración de justicia para restablecer las situaciones de equilibrio y de desviación legal pacificando los intereses contrapuestos. Gráficamente: se puede decir que muchos barrenderos en el mismo patio sólo conseguirían limpiar cada uno su losa para

ensuciar la del compañero y, al final, el patio sin barrer²⁵. Sin embargo, resulta sugerente hablar de la desjudicialización del tráfico jurídico²⁶. El problema está en buscar el equilibrio para no caer en esa situación. Por tanto, el planteamiento definitivo es el siguiente: si basta la creación del Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación para facilitar la labor judicial de juzgar o es necesario, además, que se puedan ofrecer soluciones alternativas. Es cuestión de decidir si se atribuyen facultades decisorias al Registrador para descongestionar a la Administración de justicia o, por el contrario, la adecuada política es dotar a ésta de medios humanos y materiales para dar respuesta rápida y acorde a lo que demanda la sociedad. En definitiva, por un lado si el Registrador de la Propiedad, como tal, debe ser protector del consumidor; y por otro si aquél, como “funcionario” del Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación, en el dictamen de conciliación cumple una función jurisdiccional que se sustrae, en pro de la eficacia, de quien corresponde, o forma parte de la calificación que tradicionalmente ha sido atribuida a los Registradores. Adviértase que, por primera vez, una decisión

²⁵ El puro filosofar no es una mera retórica; a veces se encuentra su visión práctica. Esto viene a cuento de las reflexiones que plantea LOPEZ MEDEL, JESÚS (“Propiedad Inmobiliaria y Seguridad Jurídica. Estudios de Derecho y Sociología Registral”. CRPME; CER. 1.995; pp. 386 y 387) cuando habla de “la independencia judicial: delimitación de lo registral” poniendo cada institución en su debido lugar: “...una cosa es aprovechar al máximo la eficacia de las instituciones -como los supuestos de adscripción a los Notarios de declaraciones abintestato o a los Registradores las notificaciones antes judiciales en procedimientos ejecutivos, o la certificación de los Libros de Actas de las Comunidades de Propietarios, o a los Mercantiles, depósito de las cuentas anuales, o nombramiento de expertos independientes- y otra distinta el que se pueda ir desnaturalizando la propia función. Sobre todo si obedece a meras coyunturas, o decisiones políticas, no convergentes”. En realidad, el pensamiento del autor va más allá de las cuestiones que aquí planteamos, pero tendrá que perdonar la osadía en este provecho, y por ello añado lo que, a continuación de lo anterior y recordando el pensamiento de Joaquín Costa, concluye: “Las cosas judiciales, las cosas registrales, las cosas administrativas...cada una de ellas tienen su orden, y ordenadas en sí, pueden coordinarse con las demás....cada institución debe ser fiel a sí misma, y desde ella se puede servir a las demás”.

²⁶ L.M. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA en su obra “la ley de las Condiciones Generales de la Contratación” (CRPME, Centro de Estudios Registrales; 1.998; pp. 13 a 15) comienza hablando de la desjudicialización de la contratación privada que, dice, “requiere no sólo la adecuación de los medios personales, formativos y materiales a las necesidades de cada momento, sino el dotar a los Jueces y Tribunales de los instrumentos jurídicos útiles para desarrollar su misión constitucional”. Parece que se trata de poner, no entiendo que pueda ser de otra manera, la seguridad jurídica extrajudicial al servicio de la judicial. Es por ello que los distintos Estados de la Unión Europea no sólo se han preocupado de simplificar los procedimientos aplicables a los litigios de pequeña cuantía, sino que también han desarrollado los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos (conciliación, mediación, arbitraje) (pag. 19 obra cit.).

del Registrador puede llegar a ser vinculante (¿ultra partes?²⁷) sin un adecuado procedimiento contradictorio y la práctica de una prueba de la que se pueda concluir con un mínimo de garantía la evidente intención de los contratantes²⁸.

Algunos autores²⁹ ponen de manifiesto los tres tipos de controles que pueden tener las cláusulas abusivas: preventivo (voluntario de los empresarios que establecen códigos de conducta o convienen con los consumidores, o administrativo con sistemas preventivos de control, negativa a la autorización de los fedatarios públicos, registros públicos, etc.), legislativo (con la no incorporación de cláusulas desconocidas para el adherente, control del contenido de las cláusulas con listados de las que son nulas, sanción de nulidad y sus consecuencias, normas sobre interpretación) y judicial o extrajudicial (a posteriori, sobre todo en cuanto a la eficacia, cumplimiento y ejecución de las condiciones generales; control de su contenido con declaración de nulidad de las cláusulas abusivas sin duda y de las que admiten valoración).

Los dos primeros son “fáciles” de eludir, prácticamente basta la voluntad del predisponente, pues aunque se pueda hablar de seguridad preventiva (V.gr. la no inclusión de cláusulas), ésta sólo es efectiva mediante el ejercicio de la correspondiente acción. No así el último que tiene el poder del constreñimiento a aquél. Sin embargo, la moderna contratación, que se caracteriza por afectar a las masas dispuestas a demandar todo cuanto su patrimonio personal pudiera soportar, dando lugar a la contratación

²⁷ Ni la ley ni el Reglamento prevé que el dictamen, al menos cuando sea vinculante, sea inscribible en el Registro. Entendiendo que lo sea, se plantea el problema de si, por suplir a la sentencia, por voluntad de las partes, sus efectos han de ser los pretendidos para la misma.

²⁸ En efecto, aun cuando estemos en el ámbito de los contratos de adhesión ¿quién puede afirmar que las partes se limitaron al contenido del contrato adherido? ¿Es que no puede haber anexos al mismo que saquen de dudas, o testigos que manifiesten que el predisponente matizó la cláusula cuestionada ante todos los presentes en determinado sentido? ¿Y todo ello no requiere una tutela efectiva para las partes mediante un procedimiento adecuado que esté bajo la salvaguardia de los tribunales? En su momento estudiaremos las contradicciones que plantea el Reglamento con relación a la Ley.

²⁹ EDUARDO POLO (“La protección del contratante débil” -Civitas-) y ALBIEZ DOHRMANN (obra cit.).

adhesiva³⁰, ofrecía una fácil escapatoria a los oferentes de bienes y servicios que, evaluando el riesgo de contravenir la norma, se percataron de que para ellos el coste del cumplimiento de la norma era superior al de su contravención: es más rentable (mayor beneficio) cometer abusos que sufrir limitaciones. Así, los monopolios u oligopolios en determinados sectores de la economía; el alto coste para los adherentes en la selección de condiciones no abusivas³¹; el hecho de que ante los abusos sólo unos pocos ejercitarán acciones en defensa de sus intereses; y que, de estos últimos, muy pocos resultarán victoriosos (dificultades de prueba, artimañas procesales, errores en los planteamientos de defensa e interpretaciones judiciales). Todo ello invitaba a los oferentes a no plantearse que debe evitarse el abuso ante la reacción sancionadora del Ordenamiento jurídico.

Se deduce, por tanto, que una de las mayores dificultades para conseguir la seguridad más efectiva se encuentra en la protección individual del consumidor impuesta por nuestro sistema procesal³². Ello trae como

³⁰ “ADHESIÓN” fue denominación que utilizó por primera vez SALEILLES en su “Declaration de volonté” de 1.901. También se han utilizado otras denominaciones como la de contrato “impuesto”, “tipo”, “formulario”, “standard”, “masa”, “en serie”, “de cola”, “de ventanilla”, “de sumisión” o “sometimiento”.

³¹ ALFARO AGUILA REAL, JESÚS (Las condiciones generales de la contratación”. Civitas, 1.991) argumenta con aplastante lógica el coste que supondría para un adherente buscar los posibles oferentes del mercado, comparar y decidir. En este sentido concluye el autor que los adherentes no hacen *shopping* (selección) entre las condiciones generales de sus oferentes (prácticamente sólo se fijan en el objeto esencial del contrato) y es por ello que los oferentes no tienen necesidad de cambiar las cláusulas generales para un posible aumento de la cuota de mercado. En este sentido se afirma que no es posible sostener la teoría de que sólo en las situaciones de monopolio existe indefensión de los adherentes. Es por ello necesaria la legislación de protección de los adherentes pues la regla *signing is binding* (quien firma el contrato comunica su consentimiento respecto del total contenido del mismo con su consecuencia -como ya afirmó VON TUHR- de que quien no lo haya leído deberá ser tratado como si lo hubiera leído, comprendido y aceptado) hoy ve reducido su ámbito de aplicación.

³² Según BARONA VILAR, SILVIA (“Acciones de cesación, retractación y declarativa” en “Comentarios a la LCGC”. Aranzadi 2.000. pp. 392 y ss.) el reconocimiento de la legitimación a las asociaciones de consumidores fue uno de los logros más importantes de la LGDCU/1.984 (art. 20 que legitimó para tres pretensiones: en defensa de los asociados, en la de la propia asociación y en la de los intereses generales), así como de la LOPJ (art. 7.3). Pero ello no era suficiente para proteger a los consumidores ya que sólo facilitaba el ejercicio de acciones para el caso de la producción de daños, pero no en el supuesto de protección como consecuencia de una actuación contractual en masa o en serie. Leyes posteriores, en determinados sectores, (General de Publicidad, de Competencia Desleal) se han preocupado de la legitimación “colectiva”; pero es la LCGC la que, desde el punto de vista procesal, crea una nueva tutela específica, privilegiada que, con la actual LEC, resuelve los grandes problemas procesales que planteaban las incipientes acciones por intereses “difusos”. La LCGC “resuelve” (el entrecomillado es mío), a través de las acciones colectivas ejercitadas por las personas legitimadas activas, la defensa de los consumidores en la contratación en masa, en caso de afectación o perjuicio por condiciones o cláusulas abusivas.

consecuencia³³ el planteamiento de la necesidad de ejercicio de acciones colectivas por las organizaciones y asociaciones que tienen una finalidad de protección del consumidor³⁴ del que puedan salir beneficiados (eficacia ultra partes de la sentencia firme) el conjunto de adherentes que consiente la cláusula abusiva con el mismo predisponente (oferente, profesional o predisponente). Claro está, los mecanismos previos de seguridad jurídica pueden evitar llegar a esta situación, y aún llegada la situación de conflicto consistente en la puesta en escena de una presumible cláusula abusiva, no podemos rechazar la búsqueda de fórmulas jurídicas que, aunque no preventivamente, pueden ofrecer la seguridad jurídica “firme” propia de la jurisdicción. La conclusión no es otra que la de la siguiente frase: “Por mucho que prevenga la seguridad jurídica preventiva en el ámbito de la contratación, el conflicto es inevitable, por lo que aquella no puede ofrecer soluciones definitivas, o al menos de una gran estabilidad, como ocurre con la seguridad tradicional que se ofrece con los derechos reales en el ámbito del Derecho inmobiliario”.

Hemos visto que la protección del consumidor y usuario amparada desde nuestra Constitución, posteriormente llevada a norma de rango legal en la LGDCU³⁵ se completó en el ámbito inmobiliario estableciendo una relación entre esta protección y la calificación del Registrador³⁶. El resultado fue

³³ Así lo exige el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE.

³⁴ PINTO MONTEIRO, ANTONIO (“El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores” Revista de Derecho Mercantil nº 219, enero-marzo de 1.996, pp. 79 y ss.) apunta como problemas fundamentales a resolver en las condiciones generales los de (a) desconocimiento del adherente, (b) incorporación de cláusulas abusivas y (c) la inercia del adherente que, dice, sólo se puede evitar con medidas preventivas de las instituciones públicas o con las asociaciones u organizaciones de los consumidores a los que se les otorga legitimación procesal activa.

³⁵ L 26/1.984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, hoy Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, que siguiendo el criterio de la CE impone a los poderes públicos y, en particular, a las Administraciones públicas competentes en materia de consumo la adopción y promoción de medidas adecuadas para suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pueda encontrarse, individual o colectivamente, el consumidor o usuario.

³⁶ El art. 51 CE dice: 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*

entender que como el Registro estaba íntimamente ligado al principio de seguridad jurídica, éste podía ser el perfecto instrumento de protección, de seguridad, de los consumidores, lo que hemos criticado con anterioridad. La seguridad jurídica, desde el Registro, debe ser acorde con el principio de igualdad. Insistiremos: no hay que proteger a nadie en particular, sino una legalidad. La seguridad que como profesionales del Derecho deben ofrecer los registradores no es la de solucionar conflictos, sino la de evitarlos. Debe ser encauzada a tal sentido sin perjuicio de que, por la vía del arbitraje, y sólo en determinados casos (por acción colectiva y por voluntad de ambas partes), coadyuve, como sustituto de la jurisdicción, a la resolución de conflictos en la moderna contratación.

organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.3.... Desde el punto de vista de la calificación registral han sido muchos los autores que se han referido a la protección del consumidor y usuario. Así, Fº JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO trató de la protección del consumidor inmobiliario sancionado en el art. anterior y desarrollado por la L. de Consumidores y Usuarios de 15 de julio de 1.984, destacando lo novedoso que resultó la Directiva CEE de 5 de abril de 1.993 al facultar, además de la posible acción de impugnación individual de cláusulas abusivas un control de tipo general, legitimando a las organizaciones de protección del consumidor, que después se consagró en nuestra legislación con la Ley sobre CGC (“La calificación registral en el pensamiento de D. Jerónimo González, su vigencia actual”. RCDI, nov-dic 1.993, pp. 1.853 a 1.899). En este mismo sentido DIAZ FRAILE analizó la influencia de la Directiva comunitaria en el Derecho de consumo (“La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 5 de abril de 1.993”. Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, sep. 1.993, nº 49, pp. 126 y ss.) Junto con ellos podemos destacar a J.L. GIMENO LOPEZ-LAFUENTE (“La incidencia de la legislación comunitaria sobre protección de consumidores en la calificación registral de los préstamos hipotecarios. CRPME, CER. Madrid, 1.993, pp.857-864); K.J. ALBIEZ DOHRMANN (“Control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral”. RCDI nº 618, sep-oct 1.993 pp. 1.421-1.486); ALFARO AGUILA REAL (Las Condiciones Generales de la Contratación; Madrid 1.991).

V. INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA DE CONSUMO EN LAS ADQUISICIONES INMOBILIARIAS.-

Ya desde mediados del siglo pasado algunos autores hablaban de cuestiones novedosas en el Derecho de la contratación: la crisis del principio de autonomía de la voluntad, la desigualdad no tanto en la decisión de contratar como en la capacidad para pactar, las condiciones generales de los contratos y el Derecho de protección del consumidor, unificación del Derecho de los contratos, pero todo era incipiente y no terminaba de “arrancar”. En la Constitución Española del 78 se advierte la preocupación de los representantes de la nación en materia de consumo, que tuvo su debida plasmación en el artículo 51 CE y que se concretó en la LGDCU de 1.984. Cuando España irrumpe en Europa, adhiriéndose a los Tratados de la actual Unión³⁷, adquiere una mayor relevancia eso que algunos autores venían preconizando con anterioridad. El Derecho comunitario, sus Directivas, a pesar de ser escrupuloso con el Derecho privado de sus “socios”, nos abriría de par en par la puerta hacia nuevos conceptos que, aun cuando ya eran tratados por algunos autores, todavía parecían lejanos para nosotros. La literatura jurídica sobre Derecho de consumo y la incidencia del Derecho comunitario no se hizo esperar; sin embargo el caminar no sólo es largo, sino también tortuoso. Hoy, el consumidor sigue siendo lo que antes, más con el inconveniente, la impotencia, de proclamarle unos derechos que difícilmente puede hacer efectivos; hay que dar un paso más.

³⁷ Decisiones del Consejo de las Comunidades Europeas de 11 de junio de 1.985 para la CECA y CEE, y Tratado de 12 de junio de 1.985 para la CEEA (EURATOM); L. Orgánica 10/1.985 de 2 de agosto de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas.

El que con un mínimo de cultura jurídica haya vivido una situación de indefensión de las que todos los días les ocurren a los consumidores acaba con la impresión de que el nuevo Derecho de protección del consumidor tiene mucha literatura y poca efectividad. Si en un conflicto en el que se ve inmerso un consumidor suelen acontecer dificultades de interpretación de lo documentado, de exigencia de lo pactado, de prueba, etc., y a ello añadimos la escasa o nula cultura sobre la condición de consumidor que todavía hay en nuestra sociedad y, como formando parte de ella, en la propia Administración de justicia, rápidamente advertimos que nos encontramos aún en el punto de salida. De nada sirve la ley si en su trayectoria hacia la realidad se encuentra obstáculos de compleja resolución.

Otro problema añadido es que el consumo a “gran escala”, el de todos los días, el de bajo o medio coste, no es satisfactoria ni económicamente viable para ser defendido por el consumidor individual (el riesgo, tiempo, esfuerzo y dinero a emplear no compensará, en la mayoría de las ocasiones, la satisfacción obtenida). Es por ello que la vía más solvente de protección es la de las acciones colectivas y la ayuda o intervención administrativa.

Pero es que, además, en muchas ocasiones los problemas del consumidor no están en la letra de los contratos, sino en los “oídos sordos” de los empresarios o predisponentes ante cualquier eventualidad; y ante esto sólo la ejecución después de una larga vía “declarativa” con tortuosos caminos y obstáculos, dará “satisfacción” al consumidor, y ello si no se queda en el camino.³⁸ Por tanto, hoy, la eficacia, la protección debe buscarse en los mecanismos e instrumentos de rápida reparación. Quiero decir: el desequilibrio está en la pasividad absoluta del reclamado frente a la actividad (y riesgo) del reclamante. Esto es lo que el Derecho tiene que salvar.

³⁸ Sobre esta cuestión TRUCHERO CUEVAS, JAVIER en “*Cuando el incentivo es no pactar*” (Diario La Ley de 25 de marzo de 2015) sostiene que “el Ordenamiento procesal español no está preparado para atender las reclamaciones procedentes de la contratación masiva que preside hoy en día la relación entre consumidores y empresas. El tratamiento individualizado de los casos, las tasas y otros costes de acceso a la jurisdicción junto con los tiempos en los que se produce la respuesta judicial configuran un marco en el que las empresas no tienen ningún incentivo para alcanzar acuerdos extrajudiciales. El resultado es perjudicial para la tutela de los derechos de los consumidores y provoca sobrecarga en los juzgados”.

Abunda en esta desprotección del consumidor la reciente sentencia del Tribunal Constitucional³⁹ declarando la inconstitucionalidad y nulidad del artículo art. 50.1 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre que establece que “las infracciones podrán calificarse por las Administraciones públicas competentes como leves, graves y muy graves, atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y reincidencia” y ello por posponer “la calificación de las infracciones a un momento aplicativo posterior y, por ende, externo a la previsión legal en contra de la vertiente material del derecho a la legalidad sancionadora recogido en el artículo 25.1 CE”.

Ante lo visto parece exagerado lo que decía Carlos Solís Villa: *«la defensa de los consumidores, lejos de ser una simple moda o el producto pasajero de una determinada política económica, tiene profundas motivaciones de justicia y está llamada a transformar el Derecho privado de la contratación»*. Más acertado parece lo que afirmó Eduardo Polo *«dado el carácter remiso de los consumidores a ejercitar judicialmente sus derechos, ya sea por ignorancia, desconfianza, desidia e incluso temor a los elevados costes de los procesos judiciales, el movimiento de protección de los consumidores se encamina hoy día a la búsqueda de soluciones que faciliten el ejercicio de las acciones judiciales»*. A ello cabe añadir las soluciones que lleguen a evitarlas.⁴⁰

Más que un análisis sobre suficiencia de la protección se trata de determinar si se pueden añadir a las ya existentes otras medidas protectoras. Ese es el debate.

³⁹ STC 10/2015 de 2 de febrero de 2015 (BOE nº 42 de 2 de marzo de 2015).

⁴⁰ A ambos autores se refería BOLAS ALFONSO, JUAN (obra cit.) en La Notaría. Boletín nº 1 de enero de 1998. El inciso final añadido es de él.

VI. CONTRATO DE MEDIACIÓN COMO GENERADOR DE RELACIONES JURIDICAS EN LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA: CONCEPTO Y NATURALEZA.-

6.1. INTERMEDIACION VERSUS MEDIACIÓN AL MARGEN DE LA CONCILIACION.-

6.1.1. ETIMOLOGIA.-

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua la palabra “intermediar” (verbo intransitivo, infinitivo) significa “Actuar poniendo en relación a dos o más personas o entidades para que lleguen a un acuerdo” o, en versión de 2014, equiparándolo al término “mediar” sería “estar entre dos personas o cosas” o “actuar para poner de acuerdo”.

La palabra “mediar”, no se restringe a un lugar o, más en concreto, a una posición física (estar entre) o a un acto consistente en lograr un acuerdo entre personas, sino que es un concepto mucho más amplio que en la RAE (2014) extiende a:

1. intr. Dicho de una cosa: Llegar aproximadamente a su mitad. Mediaba el mes de julio.
2. intr. Interceder o rogar por alguien. Mediará por él en el juicio.
3. intr. Actuar entre dos o más partes para ponerlas de acuerdo en un pleito o negocio. Medió entre los dos vecinos. En la venta del piso medió un agente inmobiliario.

4. intr. Participar o intervenir en algo. En el cambio climático media la mano del hombre.
5. intr. Existir o estar entre dos personas o cosas. Entre las dos ciudades media una gran distancia.
6. intr. Dicho de una cosa: Ocurrir ente dos hechos o dos momentos. Entre estos dos hechos medió su llamada.
7. intr. Dicho del tiempo: Transcurrir entre dos hechos o dos momentos. Medió un mes entre sus visitas.
8. tr. Hacer que algo llegue más o menos a su mitad. Medió el vaso de un sorbo.
9. tr. p. us. Intervenir en algo. Ellos, como miembros de justicia, mediaron la causa y fueron árbitros de ella.

Podemos concluir que desde un punto de vista etimológico “mediar” e “intermediar” son palabras prácticamente sinónimas, si acaso con la especificidad de que en la “intermediación” se pretende poner en relación a quienes no lo están mientras que por la “mediación” se trata de poner de acuerdo a quienes ya tienen relaciones; ahora bien, descendiendo al sentido jurídico del término, vemos diferencias fundamentales que ahora se despejan más que nunca con la nueva Ley sobre mediación civil y mercantil⁴¹ que viene a definir la institución “transaccional”.

⁴¹ Ley 5/2012 de 6 de julio sobre Mediación Civil y Mercantil nos da un concepto de mediación: “medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con intervención del mediador.”

6.1.2. COMO ACTIVIDAD PROFESIONAL.-

La actividad profesional de mediación es un buen ejemplo para descubrir las diferencias:

Hoy, en una sociedad moderna con complejas leyes civiles e intervención administrativa en la vida civil, la actividad de intermediación va mucho más allá de una simple actuación consistente en intentar poner en relación y de acuerdo a varias partes acerca de un negocio. En efecto, la implicación de los profesionales en éste ámbito requiere el conocimiento de aquello para lo que se media y, en concreto, en el ámbito inmobiliario que nos ocupa, de un mercado cada vez más complejo y de una técnica de comercialización especializada y se extiende al asesoramiento que lleva a la seguridad de la operación y que implica informar en materia de fiscalidad, formalización contractual, registro de la propiedad, urbanismo, relación con la Comunidad de propietarios, normativa sobre eficiencia energética, sobre catastro y, en general, cumplimiento de exigencias administrativas y de normas de protección al consumidor y usuario⁴², generando todo ello una mayor responsabilidad; en definitiva, un amplio abanico de posibles que en toda operación se presentan y que obligan a una labor tendente a la solución de la multitud de incidentes que se producen por el hecho de la transacción.

En esa labor del profesional está ínsita otra de mediación “civil” poco reconocida que pacientemente prestan los intermediarios en los pequeños, a veces no tanto, conflictos surgidos entre las partes por razón del cumplimiento de los contratos inmobiliarios en los que intervienen.

⁴² Lo que el mercado y la normativa de consumo impone es que el intermediario tenga la información sobre la situación fáctica, jurídica, catastral, administrativa, urbanística, técnica, medioambiental y energética.

Así, podremos hacernos una idea de la complejidad y dimensión que en la actualidad conlleva actividad profesional del Agente inmobiliario que comienza con una labor de intermediación para culminar con otra de mediación.

A esto, a la mediación civil, quería llegar: el legislador descubre la mediación civil y mercantil como instrumento o institución para resolver los conflictos entre partes, una labor que los Agentes Inmobiliarios llevan décadas practicando como inherente, aunque es preciso decir que independiente, a su labor de intermediación inmobiliaria.

La mediación, es el género, y consiste básicamente en hacer que las partes lleguen a un consenso acerca de algo por medio de un tercero. Por tanto, es mediación tanto la labor de rogar o interceder por alguien que quiere conseguir algo, como la de interponerse entre los contendientes para reconciliarlos o ponerlos de acuerdo o para que sean ellos mismos los que se pongan de acuerdo. La mediación mira a las partes quienes, con la intervención de un tercero mediador al que acuden de manera simultánea o sucesiva, pretenden crear una relación jurídica o resolver el conflicto generado dentro de ella.

Como especie de mediación está la intermediación que parte de una posición activa del mediador; es el mediador el que actúa y pone en relación a dos o más partes para que lleguen a un acuerdo. La intermediación mira al mediador porque no existen partes que, a partir de una relación y por razón de ella, precisen del mediador; es éste (intermediario), precisamente, el que las pone en relación.

Por ello, una cosa es la labor de intermediación que se limita a encauzar la contraposición (que no conflicto) de intereses existente en el nacimiento o formación de una relación jurídica y que básicamente consiste en la perfección de un contrato; y otra, distinta, es la de mediación civil que consiste en resolver el conflicto que surge en una relación jurídica (contrato) ya creada que será mediación (civil) inmobiliaria cuando el conflicto lo es con relación a un bien o derecho inmobiliarios. Ambas instituciones forman parte del día a día de las

Agencias: el mediador primero intermedia en la operación y, luego, media en los contratiempos que surgen del cumplimiento del contrato intervenido.

En la compraventa, desde la perfección hasta la consumación del contrato e incluso post cumplimiento simultáneo de prestaciones (vivienda por dinero) surgen multitud de incidencias (frecuentemente sobre el pago de IBI, comunidad o suministros pendientes; cantidades aplazadas; pequeños vicios ocultos o no; condiciones o compromisos verbalmente aceptados, demora en la entrega del inmueble;.....), en todos estos casos, sin ninguna duda, al primero al que se acude en busca de solución es al Agente inmobiliario (“profesional”) que intervino en la negociación y que pacientemente intenta que las partes acuerden la resolución de su disputa.

En el arrendamiento, el tracto que implica la relación arrendaticia lleva también al Agente inmobiliario a cumplir esa función pacificadora adicional (defectos de mobiliario, arreglos, retrasos en pagos, devoluciones de fianzas, modificaciones del contrato, subrogaciones o subarrendos, etc....).

En definitiva, el Agente de la Propiedad Inmobiliaria intermedia para la formación de un contrato inmobiliario y media para dar solución a los conflictos que surgen de dicho contrato.

Por lo tanto, en la intermediación se pone en relación a partes entre las que no existe vínculo jurídico previo (se resuelve el “conflicto” que supone crear una relación jurídica), mientras que en la mediación se pone de acuerdo a partes que ya tienen una relación (se resuelve el conflicto que surge de una relación jurídica ya creada).

A través del contrato de mediación los sujetos convienen con el tercero que gestiona el conflicto y coadyuva a resolverlo bien sea intermediando, bien mediando.

Más adelante, cuando estudiemos el concepto de contrato de mediación o corretaje veremos que alude a la intermediación (“...servir de

intermediario...”) como modalidad de gestión del mediador frente a la mediación de indicación (“...se compromete a indicar...”) que aun formando parte de la definición del contrato no es en realidad reconocida por la Jurisprudencia al exigir la “eficaz intervención del mediador” para la perfección del negocio pretendido.

Por ello, y lo veremos más adelante, la intermediación propiamente dicha es coincidente con lo que la doctrina viene en llamar como mediación de negociación. Desde este punto de vista, si se confirma que no basta con indicar la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero para agotar la prestación del mediador, la denominación del contrato que estamos analizando debería ser la de contrato de intermediación, para diferenciarlo del de mediación como modalidad de servicio para la resolución de conflictos a que se refiere la ley 5/2012 de 6 de julio sobre Mediación civil y mercantil.

6.1.3. CONCILIACION.-

Finalmente, el término “conciliación” de “conciliar” que en la RAE se describe como “Componer y ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí”; o “Conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias” ha quedado reducido al ámbito ritual de la jurisdicción que lo concibe como intento, dentro o previo al proceso judicial, de evitar entrar en la vía de resolución judicial del conflicto que sin ser requisito de procedibilidad (excepto la conciliación extrajudicial en la jurisdicción social) se regula al modo de la mediación pero con la oficialidad que supone la intervención de una autoridad judicial o administrativa y de la que derivan efectos ejecutivos.

Hay quien afirma⁴³ que no hay diferencias entre mediación y conciliación, concluyendo que en el Derecho comparado son términos sinónimos que se refieren a la intervención de un tercero para llegar a un acuerdo así como a la propia posibilidad de llegar a un acuerdo las partes enfrentadas, hasta el punto de concluir que en los sistemas anglosajones la conciliación engloba a la mediación.

Este parece ser el criterio de la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo⁴⁴ cuando define en su art. 3 la mediación como procedimiento estructurado “sea cual sea su nombre o denominación” que introduce el legislador español en el concepto de mediación que recoge el art. 1 de la Ley 5/ 2012 de 6 de julio sobre Mediación civil y mercantil. Esta posición se refuerza cuando la citada Directiva incluye como mediación la “llevada a cabo por un juez que no sea

⁴³ SOLETO MUÑOZ, HELENA. “La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español”. Revista electrónica de Derecho Procesal. Periódico semestral da os Graduacao de Stricto Sensu en Direito Procesual, da UERJ, Volumen III, pág 60, 2009.

⁴⁴ Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo del Parlamento Europeo y el Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en los asuntos civiles y mercantiles.

responsable de un procedimiento judicial vinculado a dicho litigio”, es decir, la de carácter preprocesal que se conoce en nuestra Jurisdicción civil como conciliación propiamente dicha⁴⁵; y excluye “las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o juez... realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio”, en este caso, la conciliación laboral⁴⁶ o el intento de conciliación (intraprocesal) en la jurisdicción civil⁴⁷.

Incluso encontramos jurisprudencia que, para significar la naturaleza no jurisdiccional del acto de conciliación, identifica la mediación con la conciliación. Así, la del T.S. de 5 de Noviembre de 1976 y de 31 de octubre de 1989, que resaltan su condición de negocio jurídico particular⁴⁸.

Sin entrar en otras disquisiciones y visto que tras la Ley 5/2012 sobre mediación civil y mercantil el acta con acuerdo produce los mismos efectos que un acta con avenencia, podemos concluir que entre mediación y conciliación no hay más diferencias que el carácter de autoridad del tercero que interviene en ésta.

⁴⁵ Arts. 460 a 480 de la LEC de 1881.

⁴⁶ Regulada en los arts. 82 a 84 de la Ley de Procedimiento Laboral en redacción dada por la Ley 13/2009 en la que se advierte que el Secretario judicial intentará la conciliación “*llevando a cabo la labor de mediadora que le es propia*”.

⁴⁷ A la que se refieren los arts. 415 y 428.2 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁸ A ellas remite la SAP Granada núm. 6/2004 (Sección 3), de 12 enero en la que se dice que “*la mención a la Jurisdicción Voluntaria hace ver que el Juez que es llamado a ejercer la función conciliadora, no interviene como órgano jurisdiccional, sino como **mediador***” (fundamento primero).

6.2. ENSAYO EN TORNO A LA NATURALEZA Y CONCEPTO DE MEDIACIÓN: EL CONTRATO DE MEDIACIÓN.-

6.2.1. REFLEXION SOCIOLOGICA.-

Sin embargo, y volviendo a la intermediación, algo que en la práctica inmobiliaria resulta tan sencillo de explicar puede llegar a complicarse extremadamente cuando entramos en un análisis sobre la naturaleza jurídica de la institución. Pero antes de comenzar con este debate sería necesario partir de una concepción que podríamos llamar sociológica⁴⁹ de la intermediación:

La inter-mediación, en su ejecución, es un arte sin obligación; el arte, voluntariamente aceptado (por quien no rechaza o, en su caso, requiere al mediador), de unir intereses contrapuestos o, si se quiere, puesto que para conseguir esa unión ambas partes tienen que estar conformes en sus prestaciones, el don del *SUUM CUIQUE TRIBUERE*⁵⁰. Y, como cualquier arte, su ejercicio en sí es libre, voluntario y hasta puede ser autodidacta aunque la forma de ejecutarlo obedezca a una técnica o protocolo de actuación; lo

⁴⁹ MILLAN GARRIDO (Pág. 694 de "Introducción al estudio del corretaje". RGD. 1.987) y JORDANO BAREA, J.B. (pag. 61 y ss de "Los contratos atípicos" RGLJ XXVII. 1953) hablan de la "tipicidad social" del contrato de mediación que CASTRO LUCINI, F. (pág. 33 "Los negocios jurídicos atípicos" RDN, julio-diciembre 1974) califica de reiterada, hasta el punto que autores como CUADRADO PEREZ, C. (pág 2497 "Consideraciones sobre el contrato de corretaje" en RCDI nº 704), siguiendo a SANCHEZ CALERO, F. (pág 220 de "El Código de Comercio y los contratos mercantiles" Mterio. Justicia. Madrid 1986) reivindican del legislador una regulación.

⁵⁰ "DAR A CADA UNO LO SUYO", De ULPiano....D. 1.1.10pr «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere alterum non laedere, suum cuique tribuere.*»

"La justicia es la voluntad constante de conceder a cada uno su derecho. Los preceptos del derecho son estos: Vivir honestamente, no dañar a otros y dar a cada uno lo suyo."

interesante de esta concepción es que su ejecución no es producto de obligación alguna.

Esta visión de la mediación que algunos han venido defendiendo calificando de unilateral (sin obligaciones para el mediador) el contrato de mediación, con todo lo que pueda tener de cierto (¿Quién demanda a un intermediario por no encontrar al tercero mediatario o, encontrándolo, no conseguir cerrar una operación?), hoy, en una sociedad moderna en la que el cliente es sensible a cualquier menoscabo de su patrimonio e incluso a su integridad moral y, por tanto, a cualquier servicio que incida en ellos, y en la que el derecho lo eleva a la categoría de consumidor o usuario especialmente protegido, decimos que hoy no es admisible esta concepción, por lo que, invirtiendo la misma, sí podemos ir más allá y llegar a decir: *“LA MEDIACIÓN ES EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN CON ARTE.”*

El matiz está en que en el primer caso el mediador no asume obligaciones, la obligación sin nacer del contrato de mediación es la conclusión del negocio en el que interviene sin que para llegar a ella nada se le pueda exigir. En el segundo caso, por el contrario, es posible exigir al mediador, si no una conclusión del negocio pretendido que siempre depende de las partes mediadas, sí, al menos, un modo de actuar, una *lex artis* que imbuye el signo de profesionalidad o, lo que es lo mismo, diligencia en el obrar. Pero es que, además, la mediación inmobiliaria en la actualidad no puede estudiarse soslayando el derecho a una vivienda digna, a la seguridad jurídica y a la protección del consumidor inmobiliario; más adelante insistiremos en ello.

6.2.2. NATURALEZA Y COCEPTO DE CONTRATO DE MEDIACION.-

Partiendo del estudio del contrato de mediación en directa relación con el ejercicio profesional de intermediación inmobiliaria⁵¹ se trató de la definición y la naturaleza jurídica del contrato de mediación en los siguientes términos:

Así, en el intento de abordar una propia definición, ya consideré que estábamos ante un contrato civil, atípico o innominado, principal aunque previo al de su finalidad, consensual, aformal⁵², plurilateral y plurisubjetivo, puro (no condicional), oneroso y aleatorio por el que una parte (mediando u oferente) encarga a otra (mediador o corredor) que ponga en el mercado un determinado bien (primer servicio u obligación del mediador, sin que todavía se perfeccione el contrato), comprometiéndose a aceptar su mediación si llega el caso (mediación perfecta; caso: que aparezca el demandante mediatario), y facilite la conclusión de un determinado negocio sobre el mismo con un tercero (mediando o mediatario) quien, aceptando el servicio ofrecido o requerido por él y con la perfección del negocio pretendido, se obliga junto con el primero al pago de la contraprestación correspondiente o, en su caso, a los gastos que, por los servicios o gestiones necesarios y exigidos, sean debidos.

Civil porque el mediador inmobiliario generalmente interviene en la realización de negocios inmobiliarios entre particulares, sin que haya una relación de predisponente o empresario más que en sus servicios con sus clientes; el objeto que forma parte del negocio no es mercadería, ni la labor del mediador

⁵¹ Javier García-Valdecasas Alex en la monografía: "La mediación inmobiliaria". Aranzadi. 1998.

⁵² En contra MILLAN GARRIDO que se refería a la naturaleza consensual del corretaje y la necesidad de nota de encargo entendiendo que su omisión haría derivar la mediación en un simple mandato...y ello por la invasión del D. Público (Rtos de la profesión) en el Privado como ya preconizaron autores como MARTINEZ DEL VAL Y FRAGA IRIBARNE. Hoy, derogado el Reglamento de 1969 (excepto su art. 1) que imponía la nota de encargo, no se puede mantener esa afirmación, no obstante las conclusiones que se indicarán más adelante.

es la de comprar para revender, sino la de prestar un servicio de información y estímulo a las partes.⁵³

Atípico o innominado, por no tener regulación específica en nuestras leyes, sin perjuicio de la regulación de figuras afines como el mandato, arrendamiento de servicios o agencia entre otros...⁵⁴

Principal porque existe por sí y para sí, sin que dependa ni se encuentre ligado a ningún otro contrato.

Previo a su finalidad porque se otorga con el fin de que otros sujetos celebren un contrato con ayuda de la intervención del mediador contratado. Se contrata a un mediador para contratar sobre un inmueble.

Sobre el carácter **consensual** del contrato de mediación se dice:

La hoja de encargo es la prueba evidente de que el mediador ha sido contratado por su cliente para que intervenga en una determinada operación y su falta origina problemas en cuanto a una posible reclamación de honorarios profesionales.

No hay que alejarse mucho en el tiempo para encontrar testimonios de la seriedad del consentimiento sin necesidad de formas documentales, bastando con la simbología del “apretón de manos”, sin embargo en la actualidad la ausencia de prueba documental complica extremadamente las cosas.

A pesar de las formas exigidas por la reglamentación de la profesión de API (el derogado, salvo su art.1, D. 4 diciembre de 1969 o el anulado D. de 1981), ésta no puede ir en contra del sistema espiritualista del Código Civil que hace que el de mediación sea considerado como contrato que la Jurisprudencia califica como consensual. No obstante bastar el consentimiento para la

⁵³ A pesar de ello hay que advertir que encontramos una incipiente regulación, con todas las dudas sobre su definitiva aprobación, a través del anteproyecto de Código Mercantil aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 en una inevitable evolución en el que los servicios profesionales se equiparan con los actos de comercio pues lo que prepondera es el mercado sea de bienes o de servicios siendo sujetos que operan en el mismo no solo los comerciantes, hoy empresarios, sino también los profesionales y todo el que, aun no siendo empresario, ejerza actividad productiva, de cambio de bienes o de prestación de servicios.

⁵⁴ Si el Código proyectado acabara en Ley, pasaría a ser una modalidad contractual tipificada.

existencia del encargo de mediación es lo cierto que la forma suele ser requerida como medio de prueba incontrovertible de la relación entre el mediador y su cliente.

La falta de hoja de encargo no implica inexistencia de contrato, pero en estos casos no queda más que acudir a otro tipo de pruebas (“indirectas”) que ayuden a presumir que, en efecto, ha habido un encargo, lo que, ante la libertad del Juez en la valoración de la prueba, supone la asunción de un enorme riesgo para la demostración de ese hecho.

Hoy, la normativa sobre defensa de consumidores y usuarios, en cuanto supone que el intermediario debe obtener una serie de datos facilitados por el cliente, deja un “rastros” de pruebas sobre la existencia del contrato de mediación que es posible hacer valer en caso de reclamación judicial.

Desde el punto de vista comercial, la hoja de encargo y parte de visitas son elementos fundamentales para el buen desarrollo de la actividad profesional del API.⁵⁵

Esto es lo que se corrobora con la doctrina en la que suelen coincidir las Audiencias Provinciales; sirva de ejemplo la Sentencia de la AP Madrid, sec. 10ª, S 5-4-2006, nº 264/2006, rec. 747/2005. Pte: Illescas Rus, Angel Vicente:

UNDÉCIMO.- De todo lo anterior se desprende que no se ha probado debidamente la existencia y realidad del pretendido contrato de mediación en el que la actora funda su pretensión.

Como se cuida de precisar la SAP de Cantabria, Secc. 3.ª, de 18 de diciembre de 2003 (R.A.459/2002 ;) EDJ 2003/197384 , no citada por la recurrente -- que si invoca otras resoluciones del mismo tribunal-- «...no es habitual que las

⁵⁵ Son conclusiones, elaboradas por el autor de la tesis, de las “Segundas Jornadas Inmobiliarias Andaluzas” organizadas por el Consejo Andaluz de COAPIS en Sevilla el 14 de noviembre de 2014.

agencias inmobiliarias, a pesar de haber documentado su supuesta operación de mediación, no exijan la firma de quien se va a obligar por ella, ni, sobre todo, es habitual que las agencias inmobiliarias carezcan de llaves del piso cuya gestión de venta se supone se les encomienda (...) Tampoco se ha traído como testigos a otros posibles interesados en la compra del piso a los que, supuestamente, la actora les enseñara éste.

La Jurisprudencia es unánime cuando, en el campo de la probanza de los contratos de mediación o corretaje, exige para considerar generado el derecho a la retribución por parte del mediador: A) Que esté debidamente documentado tanto la realidad del encargo o contrato de mediación, como las condiciones del mismo, al menos en lo referido a la duración del encargo, la posible exclusividad y la retribución; B) Que el mediador acredite de forma fehaciente que su gestión ha sido decisiva para que la gestión se lleve a cabo (por todas, SAP de Salamanca de 7-9-2000 EDJ 2000/69753)».

Informal⁵⁶, por su carácter consensual, y a pesar de lo anterior si el vínculo contractual tiene como base la confianza, lo que ocurre con frecuencia, no surgirán problemas por la no adopción de la forma escrita que se viene imponiendo para acreditar el contrato.

Plurilateral al surgir obligaciones de muy diversa índole para tres partes distintas, en términos generales, el oferente debe suministrar cierta información al mediador además de las condiciones que impone y las autorizaciones oportunas para cobrar a cuenta, comprometer el inmueble, pagar el servicio; el mediador deberá poner en el mercado el inmueble, informar a los interesados, mostrar el inmueble, y realizar una labor imparcial de intermediación para lograr el consentimiento en torno a la cosa y la causa

⁵⁶ En contra MILLAN GARRIDO que se refería a la naturaleza consensual del corretaje y la necesidad de nota de encargo entendiéndolo que su omisión haría derivar la mediación en un simple mandato...y ello por la invasión del D. Público (Rtos de la profesión) en el Privado como ya preconizaron autores como MARTINEZ DEL VAL Y FRAGA IRIBARNE. Hoy, derogado el Reglamento de 1969 (excepto su art. 1) que imponía la nota de encargo, no se puede mantener esa afirmación, no obstante las conclusiones que se indicarán más adelante.

del contrato pretendido, gestionando, en su caso, la operación; el demandante, que se dirige al mediador para obtener la información y acceder al inmueble, aceptando, si está interesado, la intervención de aquél, deberá pagar el servicio prestado y aceptar las condiciones que sobre la gestión de la operación establezca el mediador.

Plurisubjetivo, porque el contrato de mediación es el mismo en la relación del mediador con el mediando y el mediatario. Son tres partes las que conforman este contrato. Si no hay dos partes que aceptan la intervención del mediador para que sean puestas en relación la actividad de éste no puede ejecutarse. Más adelante veremos los problemas que se plantean sobre la naturaleza unilateral o bilateral del contrato de mediación.

Puro (no condicional), pues las prestaciones del contrato no penden de circunstancia alguna, cada parte cumplirá con las suyas conforme al contenido propio del contrato de mediación. Es decir, la obligación de retribuir no está condicionada a la celebración del contrato pretendido, sino que se trata de una prestación que está concebida al modo de si se tratara de un contrato de obra o resultado (en este caso consistente en la celebración de un contrato) y que, como veremos a continuación, tienen naturaleza aleatoria.

Oneroso, pues la gestión eficaz del mediador tiene como contraprestación la retribución en dinero.

Aleatorio pues la retribución u obligación de dar (pagar) de una de las partes depende del acontecimiento incierto o indeterminado en el tiempo de la celebración del contrato pretendido.

No es fácil llegar a un consenso en la conceptualización del contrato de mediación pues se tiende a la confusión con sus contratos análogos o con los de mediación en otros ámbitos de la vida. Por ello, la mediación “inmobiliaria” es una institución marginada, ya menos, del ámbito científico o legislativo y pervive sin necesidad de tipificación como formando parte de la cultura

humana. Posiblemente sea éste el detalle que dificulte su análisis jurídico, ya que resulta evidente que en el ámbito de las relaciones sociales todo el mundo entiende lo que es una mediación; de hecho, nadie podría negar haber estado sometido a una relación de mediación. Sin embargo, trasladar la “cultura” al campo del ordenamiento supondría minar la esfera de la libertad en la que se desenvuelve la mediación. Y es que, según hemos adelantado, ésta, su ejercicio, tiene mucho de arte y poco de constreñimiento; por ello la dificultad de encorsetarla en una obligación, la de mediar, sobre todo si entendemos el arte como una esencia intrínseca del hombre, de lo autodidacta, y, por tanto, al margen de todo academicismo. En este sentido, la primera dificultad está en que en el ámbito del ordenamiento no se puede concebir una relación entre personas fuera del esquema de los derechos subjetivos y de la obligación o constreñimiento que suponen desde el lado pasivo. Esta traducción del arte en obligación es la que induce a una primera confusión al abordar el problema de su conceptualización. En realidad, esta concepción favorece a los que mantienen el carácter unilateral de la mediación, es decir, los que afirman que sólo surgen obligaciones para el oferente y no para el mediador.

El arte de mediar se clarifica con el ya clásico dicho de que no es buen mediador el que se limita a proponer cortar una naranja en dos mitades simétricas para repartirla entre dos interesados en la misma, sin advertir que a uno le reporta mayor beneficio su jugo y al otro su cáscara y pulpa. Por ello se dice que el buen mediador no puede operar encorsetado en parámetros de la obligación, sino que se le debe permitir el ejercicio en libertad de su “don”.

Pero ¿es posible profesionalizar la mediación? ¿Es posible convertir el arte en obligación?

La definición doctrinal de la mediación⁵⁷, también de la Jurisprudencia, tiene dos inconvenientes. El primero es que no se sabe muy bien si el compromiso del mediador es o no una obligación. Y el segundo es que sólo

⁵⁷ “Contrato por el que una de las partes, el mediador, se compromete a indicar a la otra, oferente, la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero, o a servirle de intermediario en esa relación a cambio de una retribución.”

aparece la relación oferente-mediador, marginando al otro sujeto que forma parte del contrato mediado, el mediatario.

El que suscribe siempre ha defendido que en la mediación propiamente dicha no se puede prescindir de la figura del mediatario. Y que, en la realidad, toda relación de mediación comienza con un mandato que, entrecruzado con otro tendente al mismo fin, hace surgir, nace, se perfecciona, el contrato de mediación. Una mediación sin mediatario no es más que un mandato de gestión y no representativo o, si se quiere, un servicio. La mediación necesita de dos encargos (mandatos) que persiguen una misma pretensión, negocio, fin, causa y que por la intervención del mediador puede llegar a cristalizar. El mediador al servicio sólo del oferente o es un mandatario o, simplemente, un arrendador pasando de intentar realizar una labor imparcial (esencia de la mediación) a otra parcial en defensa de su único cliente. Toda mediación, cualquiera que sea el ámbito en que se mueva, necesita de un oferente o proponente y un demandante (también proponente), lo que, desde su inicio, invita a desechar la actual propuesta de definición. En la mediación, además, hay un interés del mediador en la perfección del negocio hasta el punto de que sus honorarios dependen de esa perfección, pero para llegar a ello necesita de las dos partes, de manera que, si una de ellas no es su cliente, éste, o se limita a aceptar la oferta o, no aceptándola, si no quiere que intervenga el mediador que le ofrece, deberá intervenir con otro mediador con el mismo interés en la perfección en esa labor de unir intereses contrapuestos. Sin éste último la labor del mediador pasa a ser la del mandatario del comerciante, comitente o mandante. Sigue el interés propio en la perfección pero la labor de mutua atracción de partes decae a favor de la labor de captación de tercero a los intereses (parcialidad incompatible con la verdadera mediación) de su mandante.

En la práctica el demandante de inmuebles se dirige a la inmobiliaria solicitando los servicios del mediador... información, visita al inmueble...; pero también, en algunas ocasiones, no se pone en contacto directamente con el mediador del oferente sino que éste busca a aquél o, también (seguimos con el demandante), actúa a través de su propio mediador que se dirige al del

oferente. La conclusión sería que solo en éste caso los mediadores actúan como mandatarios en defensa de sus clientes; en todos los demás supuestos, si el demandante tiene contacto directo con el mediador del oferente es que acepta la relación de mediación.

Con esta reflexión podemos ensayar una nueva definición y llegar a una nueva propuesta extensa por descriptiva: “contrato por el que un sujeto (oferente) encarga a otro (mediador) dar a conocer (poner en conocimiento del público en general o, en menor extensión, de alguien en particular) una información como propuesta de negociación, comprometiéndose, a su vez, a aceptar su intervención mediadora si llega el caso, facilitando con ésta la conclusión del negocio con un tercero (mediando o mediatario) destinatario de la información quien, aceptando el servicio de mediación requerido al, u ofrecido por, el mediador, [consistente en una imparcial actividad de información, solución y allanamiento en la negociación así como de realización de propuestas para la convergencia de voluntades en aras al consentimiento], se obliga, junto al primero, al pago de la contraprestación correspondiente por la perfección del negocio pretendido o conforme a lo convenido.

Y es que, una definición que abarque todos los ámbitos de la mediación requiere cierta amplitud, además de que para una adecuada delimitación de todo su contenido no se puede desprender de cierta descripción.

6.3. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN EN LA DOCTRINA.-

Algunos autores ponen de manifiesto la distinción de dos clases de mediación que han considerado denominar⁵⁸ como mediación de indicación, en la que el mediador sólo informa al comitente sobre la oportunidad de celebrar un contrato con un tercero, y mediación de negociación en la que el mediador, además, intermedia; ambas legalmente consagradas en Derecho comparado como demuestra el art. 412 del Código de las Obligaciones Suizo⁵⁹ o el primer párrafo del § 652 del BGB alemán, al tratar éste de la promesa de corretaje por información sobre la oportunidad de concluir un contrato o por la mediación del mismo.

Veremos como la concepción bilateral del contrato de mediación hace difícil que la mera indicación agote la prestación del mediador. La práctica demuestra que no es el mediador el que busca al tercero demandante (ocurre solo excepcionalmente), sino éste el que, en base a la publicidad de la oferta, acude a aquél surgiendo a partir de ahí la labor intermediadora. En cualquier caso aun admitiendo que es la propia labor de publicidad realizada por el mediador la que consigue la captación del tercero, la mera indicación al comitente forma parte del mandato que, en su caso, podrá ser origen de una posterior actividad de intermediación. Es decir, para indicar, y solo para ello, acto o servicio de mera gestión, no hace falta configurar un nuevo contrato pues encaja perfectamente en la figura del mandato que el propio C. Civil considera retribuido cuando quien lo realiza es un profesional.⁶⁰

⁵⁸ Así lo manifiesta CUADRADO PEREZ, CARLOS en sus "Consideraciones sobre el contrato de corretaje" Revista Crítica de Derecho Inmobiliario nº 704. Noviembre-diciembre 2007. Pág. 2486 y ss.

⁵⁹ *Col contratto di mediazione il mediatore riceve il mandato di indicare l'occasione per concludere un contratto o di interporsi per la conclusione d'un contratto verso pagamento di una mercede.*

⁶⁰ Artículo 1.711.2 C. Civil.

En la mera indicación ni siquiera surgiría la obligación de retribución del tercero pues si éste no quiere ser intermediado nada le es exigible y la labor de captación forma parte del mandato que hizo el comitente.

En efecto, ha formado parte del debate doctrinal la disyuntiva sobre si el contrato de mediación tiene carácter unilateral: sólo obligaciones para una de las partes, el mediado (retribuir), o bilateral por el que el mediador contrae también obligaciones para con el cliente.

Entre los estudiosos del contrato de mediación hay diversidad de criterios:

La unilateralidad (BONET CORREA, JOSE) se basa en que la obligación del mediador de realizar una actividad no es una "obligationis causa" sino que se encuentra "conditionis implendae causa" (condicionada a la efectiva conclusión del contrato), por ello, en la práctica, no se puede exigir responsabilidad por una gestión incumplida.... (probatio diabólica la de demostrar la inactividad del mediador...).

Pero veamos:

La bilateralidad oferente-mediador como doctrina tradicional, que es la que sigue nuestro Tribunal Supremo, la expresa MILLAN GARRIDO (sin embargo su opinión personal es la de la unilateralidad -pág. 705 de su obra cit.) (pág 702 de su obra cit.) afirmando que es defendida en nuestra doctrina por autores tan insignes como BROSETA PONT, URIA, VICENT CHULIA, JARDI CASANY, RIERA AISA, RODRIGUEZ VALCARCE, LAZARO PEREZ y SANPOS SALGADO, entre otros.

No quedan atrás, en cuanto a su importancia, los autores que sostienen la unilateralidad del corretaje: BONET CORREA, MARTINEZ VAL, COSSIO Y GULLON, FERRANDIS VILELLA y mercantilistas como LANGLE, VICENTE Y GELLA, SANCHEZ CALERO, OTERO LASTRES y GARRIGUES (éste en su última época). Sin embargo, sostener que el corredor no se obliga a nada y que "a nadie se le ocurre demandar al corredor que no lleva a cabo la gestión

ofrecida o que la realiza a medias o incluso sin la diligencia necesaria, puesto que él a nada quedó obligado, sino todo lo contrario"⁶¹, o afirmar que "nada puede imperarle o exigirle su oferente o mediado. No puede imponerle ni una mínima actividad: Sólo tres cosas le garantizan, por así decirlo: 1) La buena fe del corredor; 2) Su cuidado por el prestigio profesional que depende del feliz resultado de sus mediaciones; y 3) el deseo de ganancia de su prima"⁶², es, a mi juicio, insostenible. Pensar que, en la actualidad, en el ejercicio de una actividad profesional no se contrae ningún tipo de obligación, ni se responde de los perjuicios de una mala actuación es dejar en la más absoluta indefensión a los consumidores inmobiliarios, a los necesitados de vivienda. Hoy, el mediador debe responder en los términos en que se abordará en su momento. Los perjuicios de una negligente actuación, dada la actual complejidad del mercado inmobiliario, pueden ser enormes y, ante ello, no se puede desamparar al perjudicado, a pesar de las dificultades de prueba que en la práctica se pueda presentar.

Así, en la venta de una promoción en exclusiva ¿podría el promotor ante la pasividad del mediador (incumplimiento) resolver el contrato y exigir daños y perjuicios?

Siguiendo la definición de nuestra Jurisprudencia del TS que lo concibe como contrato bilateral, evidentemente sí sería exigible dicha responsabilidad.

En el estudio de las prestaciones del contrato de mediación señala PUIG PEÑA que son dos las obligaciones del corredor. La primera es la de desarrollar la actividad prevista en el contrato o deducida de la naturaleza de la obligación, incluyendo aquí un deber fundamental (facilitar al oferente la información relativa a aquellas ocasiones propicias para la celebración del contrato, interviniendo eficaz y definitivamente en el mismo) y ciertas prestaciones accesorias (transmisión de las declaraciones recíprocas,

⁶¹ Es de BONET CORREA, pág. 1.620 del Anuario de Derecho Civil cit.

⁶² como sostiene MARTINEZ VAL en pág 28 de su obra cit.

acercamiento de los contratantes, etc). Y la segunda, guardar la más estricta fidelidad contractual.⁶³ Las obligaciones de los mediados las reduce a las de retribución y abono de gastos ocasionados, sin olvidar que el oferente debe facilitar al mediador los datos necesarios para el buen fin del negocio pretendido.

Respecto a la obligación principal del mediador señala LAZARO PEREZ⁶⁴ que el pacto de exoneración de responsabilidad del mediador, en caso de fracaso de las negociaciones, está implícito en el contrato de corretaje, afirmando que la determinación concreta de los actos que haya de realizar es imposible que esté especificada en la ley al revestir una indefinida variedad que no puede petrificarse en el encasillado de un Código. Añade este autor a las obligaciones accesorias antes referidas el deber de discreción que debe encerrar la actuación del mediador. Esta discreción lleva implícita, según SANPONS SALGADO, la obligación de guardar secreto de las gestiones que se le confían, añadiendo entre las obligaciones del oferente las de un comportamiento leal frente a su mediador.⁶⁵

Todos los autores, sin grandes discrepancias, coinciden con las notas características del contrato de mediación que se repiten en la Jurisprudencia y que estudiaremos más adelante.

La doctrina actual no evoluciona hacia alguna

⁶³ fidelidad implica para el autor actuar conforme al interés del comitente, no abandono caprichoso del encargo, no influir para perjudicar en las condiciones del contrato, no silenciar datos que perjudiquen al comitente – insolencias o informalidades de contraparte- y mediar para ambas partes...

⁶⁴ En la pág. 195 (obra cit.) insiste en el principio de buena fe y en el valor de los usos para determinar el alcance del contrato de conformidad con los artículos 1.258 y 1.287 del Código Civil.

⁶⁵ Este comportamiento (pág. 143 de obra cit.) lleva aparejada una abstención de un comportamiento frustrante de la actividad del mediador, una explicación de todas las características esenciales del encargo (con información sobre derechos reales que se pretenden negociar), sin que se ponga al mediador, sin previo aviso, en condiciones difíciles o peligrosas. Igualmente deberá comunicar el corredor todas las noticias sobre su avenencia con la otra parte. En todos estos casos responderá frente al corredor de buena fe, no sólo del pago de su retribución, sino también de los daños y perjuicios causados.

6.4. EL CONTRATO DE MEDIACION EN LA JURISPRUDENCIA.-

Es habitual encontrar en los textos la definición del contrato de mediación coincidente con el que en distintas sentencias aporta nuestro TS al que, por la trayectoria seguida en este concepto, algunos autores⁶⁶ lo han tachado con calificativos de dudoso o vacilante dado que se ha concebido la mediación de distintas maneras que van desde la especialidad del mandato⁶⁷, pasando por contrato sometido exclusivamente a la voluntad de las partes y, subsidiariamente, a las normas de los contratos afines, entre ellos el mandato⁶⁸, adoptando la definición coincidente con el Código Suizo de obligaciones⁶⁹ que nos dice que es un "contrato por el que una de las partes (corredor) se compromete⁷⁰ a indicar a la otra (oferente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle de intermediario en esta conclusión a cambio de una retribución"⁷¹ y que años más tarde, tras la

⁶⁶ GÁZQUEZ SERRANO, LAURA. "El contrato de mediación o corretaje" pág. 59 a 62 que resumimos en las que se repasan los distintos conceptos que ha aportado el TS desde la Sentencia de 11 de junio de 1.947 hasta la de 17 de julio de 1.995, que, con distintas variables hace suyos las Audiencias Provinciales.

⁶⁷ STS 11 de junio de 1947.

⁶⁸ SsTS 8 de febrero y 18 de octubre de 1956.

⁶⁹ STS de 4 de diciembre de 1953.

⁷⁰ El compromiso es algo así como el acatamiento de una obligación futura que pueda surgir, pero no existe obligación más que cuando surja. **No hay obligación de presente**. Esta palabra "compromiso" hay que entroncarla con el primitivo contrato de compromiso (actual arbitraje) en el que la relación era plurisubjetiva dos sujetos aceptaban la decisión de otro sujeto; se requería el compromiso de los dos sujetos para con la decisión del tercero....queremos decir...no se puede intermediar sin el compromiso de ambas partes de someterse a la mediación.

⁷¹ Definición de CASTAN y PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, según nos dice FEDERICO PUIG PEÑA en su Tratado de Derecho Civil V.IV-2º, pág. 351. Esta definición se repite en casi todos los estudios sobre el contrato de mediación.

MARTINEZ VAL (Obra cit.) afirma que los Códigos Alemán y Suizo dan por supuesto un concepto o realidad social, a diferencia del suizo que lo define como "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". Este autor afirma que todas las definiciones de nuestra doctrina fueron superadas por el Maestro CASTAN, pero presenta como conveniente, en contraste de opiniones, la definición de BONET CORREA: "acuerdo por el cual una persona (oferente o mediado) se obliga frente a otra

adopción de otros conceptos en los que aparecen las notas de independencia y ausencia de colaboración o representación del mediador, así como los compromisos de “facere” en que consiste la prestación del mediador⁷², retoma en Sentencias como las de 22 de diciembre de 1992, 5 de marzo de 1993, 4 de julio de 1994 y 4 de noviembre de 1994.

Al margen de que las definiciones puedan ser variadas, podemos concluir que nuestra Jurisprudencia define la mediación al igual que lo hizo CASTAN⁷³ que, en definitiva, coincide con la doble concepción de mediación (indicación-negociación) a la que antes aludíamos y que se refleja en el C. Suizo de las obligaciones.

Las notas diferenciales del contrato de mediación a la luz de la constante Jurisprudencia del Supremo y decisiones de las Audiencias Provinciales se sintetizan en:⁷⁴

(corredor o mediador) a pagarle un premio si le indica o intermedia con una tercera persona para un negocio jurídico que con ella pueda llegar a realizarse".

Existen definiciones eminentemente prácticas, como la de MILLAN GARRIDO, quien afirma que el corretaje es "aquel contrato por el que una persona (oferente) se obliga a abonar una determinada prima o comisión a otra (corredor) si, con su intervención mediadora se concluye un negocio concreto, no obligándose ésta a actividad alguna más que en el caso de que expresamente así se pacte". Reconociendo la aparente "lógica" de la definición, no estamos de acuerdo, como se verá, en el carácter condicional y unilateral (¿o sinalagmático "ex post facto" -que deviene bilateral por un acontecimiento posterior-?) de la mediación que se refleja de tal definición. De igual modo no se puede obviar al mediatario, sin cuya existencia e incorporación a la mediación jamás podría efectuarse el servicio propio de ésta.

⁷² SsTS de 28 de noviembre de 1956, 28 de febrero de 1957, 27 de diciembre de 1962 en las que aporta las notas del C. Civil italiano de independencia del mediador y ausencia de colaboración o representación con el oferente al que debe poner en relación con un tercero; o las Ss de 2 de mayo de 1963 o 21 de octubre de 1964 en las que claramente distingue los “faceres” en que podrá consistir la prestación del mediador: mera indicación o contribuir en la negociación.

⁷³ Así lo significa CARLOS CUADRADO PEREZ (Obra cit.) pag. 2485.

⁷⁴ Seguimos en este caso a DANIEL RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA: El contrato de corretaje inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria. Aranzadi. 2.000. pags.198 y ss.

Naturaleza contractual, frente a los que hablan de contrato trilateral⁷⁵ o de promesa unilateral.⁷⁶

Atipicidad, a pesar de la regulación administrativa que supuso el Decreto de 4 de diciembre de 1969 que en su opinión incide más en la actividad profesional que en el contrato de corretaje.

“Facio ut des”, Nota que se expresa en reiterada jurisprudencia y que para el autor no es signo distintivo del corretaje inmobiliario.

Onerosidad, indubitada en el ejercicio de cualquier actividad profesional y que, según afirma, supone una clara diferenciación con el mandato civil.

Bilateralidad o unilateralidad, repasando toda la doctrina concluye que el contrato de corretaje siempre es bilateral con contenido obligacional tanto para oferente como para el mediador.

Principalidad, rechazando tajantemente la accesoriedad que preconizan algunos autores.

Consensualidad, pues no se requiere la entrega del inmueble al mediador encargado de ponerlo en el mercado para que nazca el contrato. Basta el acuerdo de las partes con los elementos necesarios (identificación del inmueble, precio de oferta, retribución pactada, plazo del encargo.....).

Mercantilidad, para justificar esta nota asimila la actividad profesional a la comercial.

Antiformalidad. La nota de encargo profesional no cumple más que una función probatoria.

⁷⁵ MILLÁN GARRIDO, ANTONIO: “introducción..”(cit). Pag 415.....remitiendo a doctrina italiana.

⁷⁶ TUMEDEI: “Del contrato de mediazone” *Rivista del Diritto Commerciale*. 1923,1, pags 113 y ss.

Aleatoriedad. Basado en el riesgo “bilateral” que implica el contrato de mediación.

Básicamente coincidimos con esta exposición excepto en la nota de la mercantilidad que solo se podría concebir pensando en una actividad meramente empresarial o especulativa que, es obvio, no es aceptable en la actividad que se demanda por medio de este contrato.

En la actualidad hay autores⁷⁷ que repasan esas mismas notas ya analizadas sin adoptar una posición discrepante del criterio seguido por nuestra Jurisprudencia y concluyendo que en su opinión⁷⁸ el contrato puede ser civil o mercantil, éste cuando el negocio en el que se media tiene naturaleza mercantil o cuando el mediador se dedica a actividad comercial.

Podemos concluir con lo que en el estudio sobre este contrato de una reciente autora⁷⁹ adopta como punto de partida: la SAP de Barcelona de 18 de octubre de 2.002 que sintetiza toda la doctrina reiterada en los últimos tiempos por el TS en el siguiente párrafo:

“Es reiterada la doctrina que considera que el contrato de corretaje o mediación, es un contrato innominado, atípico o sui generis, Facio ut des pero de carácter principal, consensual y bilateral (STS 30-6-1950, 27-12-1962, 3-3-1967, 4-7-1994, etc.) que puede definirse como aquel contrato especial por virtud del cual una de las partes (mediador) se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra y un tercero, o por servirle de intermediario en esa

⁷⁷ Todos ya mencionados: RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, GAZQUEZ SERRANO, CUADRADO PEREZ; o la que concluirá este apartado: CREMADES GARCÍA.

⁷⁸ Y siguiendo a SANPONS SALGADO “El contrato de corretaje...” (cit) pags. 42 y ss.

⁷⁹ GARCIA CREMADES, PURIFICACIÓN: “Contrato de mediación o corretaje y Estatuto del Agente de la Propiedad Inmobiliaria”. Dykinson 2.009. Pág. 35.

conclusión que ha de buscar al efecto (STS 5-3-1993).... Habiendo de regirse este contrato por las normas generales de los contratos contenidas en los artículos 1.254 y ss. del Cc y por la aplicación analítica de los tipos contractuales afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios y la comisión mercantil....”

6.5. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN EN LA LEY.-

A lo largo de este estudio hemos hecho referencia a alguna legislación foránea pues en Derecho comparado (italiano, alemán, suizo...), al contrario que en nuestro Ordenamiento jurídico, sí ha cristalizado esta modalidad contractual.

Según hemos adelantado en pie de página, el 30 de mayo de 2014 el Consejo de Ministros aprobó el anteproyecto de Código Mercantil en el que, al margen de referencias en textos históricos, por primera vez se aborda en nuestro Ordenamiento reciente una regulación del contrato de mediación, y aunque parece confirmarse que no saldrá a la luz consideramos interesante poner de manifiesto el criterio del legislador.

El libro quinto del Código proyectado trata de los “contratos mercantiles en particular” refiriéndose el título IV a los contratos de colaboración con un capítulo IV que regula, aunque someramente, el contrato de mediación.

Esta regulación resulta aplicable a cualquier modalidad de contrato de mediación que no tenga una regulación específica; supletoriedad que consagra el art. 544-6 del Código al decir que *“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.”*

El art. 544-1 es el que se refiere a la noción del contrato y lo aborda en un doble aspecto objetivo y subjetivo. Desde el punto de vista objetivo se hace referencia al objeto de la obligación que surge del contrato, a las prestaciones del contrato: por una parte remunerar, y por la otra buscar y promover o facilitar la celebración de un contrato:

“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 de buscar al efecto”.

Pues bien, se sigue el criterio de que el tercero o mediatario es ajeno al contrato de mediación cuando la realidad, al menos en el mundo inmobiliario, demuestra que en la mayoría de los casos es el tercero, demandante o consumidor inmobiliario, el que busca al intermediario y no éste a aquél pues su actuación se limita a poner el inmueble en el mercado por los cauces habituales.

Desde el punto de vista subjetivo se hace un intento de definición del mediador-colaborador:

“Se considera mediador al operador del mercado que pone en relación a dos o más personas para la conclusión de un negocio jurídico, sin estar ligado a ninguna de ellas por una relación de dependencia, colaboración, agencia o representación”.

Ya, de inicio, advertimos una contradicción: si, sistemáticamente, el contrato de mediación se encuentra en el título que regula los contratos de colaboración no puede, en el texto, negarse que haya colaboración entre las partes. Lo que el legislador busca, y, considero, expresa mal, es la imparcialidad del mediador que sí que colabora pero con ambas partes. Por tanto no podrá depender, agenciar o representar a ninguna de las partes, pero sí colaborar con ambas para la emisión del consentimiento que propicia la celebración del contrato pretendido. En realidad el legislador, pensamos, quería decir que lo que no puede hacer el mediador es colaborar con una sola parte.

El art. 544-2 que se titula “obligaciones del mediador” trata de imponer un *facere* al mediador (“...queda obligado...”) que comprende una triple prestación:

Una primera, quizás sea la primera en importancia pero desde luego no en su cronología pues en realidad es la última, consistente en desplegar una actividad intermediadora (promover o facilitar según expresaba el art. 544-1), la que resulte necesaria para lograr la conclusión del negocio.

La segunda, y ésta sí es en el tiempo lo primero, la de hallar a una contraparte que se someta a esa actividad intermediadora, pero no cualquiera, sino la “adecuada”.⁸⁰ No entra el legislador en la forma de hallar a la contraparte que puede ser variada, pero que en el mundo inmobiliario, según hemos adelantado, se va imponiendo el sistema publicitario a través de los portales inmobiliarios o mediante mls u otros canales de colaboración entre profesionales.

Y la tercera es la actividad informativa que se limita a “circunstancias relativas al negocio que pueden influir sobre la conclusión del mismo”, y que, debemos añadir, el art.001-3.2 del Código⁸¹ extiende a toda información exigible por la normativa de protección del consumidor.

El legislador limita la prestación del “arrendatario” al deber de retribución y pasa por alto algo que es fundamental en ciertas intermediaciones y en concreto en la inmobiliaria que no es más que la necesidad de entregar al mediador la documentación e información que con relación al inmueble se disponga, información que viene exigiéndose por la normativa de protección al consumidor o por leyes varias (eficiencia energética, inspección técnica de edificios, deudas a comunidad del edificio...).

Pues bien, después de concebir la mediación como relación entre oferente y mediador, dice el Código que la obligación de remunerar corresponde a

⁸⁰ Por buscar ejemplos no sería adecuada una persona insolvente, un menor no emancipado,¿O hay otras pretensiones del legislador como que la adecuación la configure el oferente del objeto del contrato a intermediar?

⁸¹ “Cuando en los actos y contratos referidos en el apartado anterior intervenga un consumidor, la aplicación de las normas de este Código se hará sin perjuicio de la normativa protectora de los consumidores.”

ambas partes (art. 544-3.1) aun cuando la mediación no hubiera dado resultado siempre que hubiera desplegado una actividad y diligencia normal en el ejercicio de la mediación (art. 544-3.2), lo que, en esos mismos términos, va a resultar controvertido pues lo que hasta ahora se ha reconocido es que el mediador tiene derecho a la retribución siempre que se hubiera perfeccionado el contrato resultante de su actividad al margen de que luego se incumpliera, resolviera, anulara, revocara, rescindiera, etc..., pero desde luego sobre la base de un contrato perfecto. Hay que retroceder al art. 544-2 para entenderlo así ya que en éste se dice expresamente que la actividad deberá ser la necesaria para lograr la “conclusión del negocio”.

Al margen de los honorarios, y aquí sí que no se requiere la conclusión del negocio, el mediador podrá siempre exigir los gastos en que hubiera incurrido por su labor de intermediación (art. 544-4).

Concluye la regulación con una norma que será origen de conflicto al determinar que en caso de pluralidad de mediadores la retribución se distribuirá en función de la actividad de intermediación desplegada. El conflicto está en que el legislador no distingue lo que con mucha frecuencia sucede en la práctica de que cada cliente (cada una de las partes del contrato) pague los servicios del mediador al que se dirige, pues fuera de estos casos los mediadores que no se ponen de acuerdo en el alcance de su intervención tendrán dificultades de prueba hasta el punto de que el testimonio o, mejor, declaración del cliente será fundamental, precisamente del que tiene que pagar. Y decimos “declaración” porque se produce la “agravante” de que la legitimación pasiva en estos conflictos es la del que no paga, el mismo cliente; es decir, el conflicto entre mediadores se traslada al demandante del servicio de mediación que, también es lo frecuente, suele oponer el pago del servicio al otro mediador. En definitiva, habrá un intermediario en posición más débil pues la pretensión del legislador es diametralmente opuesta a lo que, por razones prácticas en opinión de quien suscribe, entiende la Jurisprudencia. Es más fácil no condenar a quien ya ha pagado a un intermediario que dictaminar una distribución equitativa en función de la actividad desplegada lo

que supondría un nuevo pleito para pedir la devolución de lo pagado de más al otro intermediario.

En la Jurisprudencia menor encontramos sentencias variadas⁸² entre las que podemos destacar la de 27 de febrero de 1998 de la AP Asturias que, siguiendo lo afirmado por sentencias anteriores de la misma Sala y atendiendo al criterio jurídico que se deduce del art. 13.2 de la Ley del Contrato de Agencia (?) y al práctico de que al cliente no se le puede obligar a pagar dos veces (aunque luego pueda repetir contra el que cobra indebidamente), considera que el cliente carece de legitimación ad causam al respecto debiendo resolverse la cuestión entre los profesionales; o la de 3 de abril de 2003 la AP de Zaragoza en la que los intermediarios quedaron satisfechos cada uno con la mitad de sus honorarios.

Sin embargo, este tema ha sido objeto de estudio en una reciente sentencia en la que el TS resuelve en unificación de doctrina:

En efecto, la debilidad o dificultad de la que hablamos se demuestra en la unificación de doctrina que el TS⁸³ impuso en un caso muy frecuente en la práctica en el que después de que un intermediario realiza todas sus actuaciones y gestiones (oferta, publicidad, informar, mostrar el inmueble, contactar a las partes e intentar que se pongan de acuerdo) no logró que el vendedor bajara el precio de oferta, interviniendo poco después un segundo intermediario que sí lo logra y consigue el otorgamiento del contrato. ¿Es decisiva la intervención del primero para el acuerdo? ¿Sin esa intervención se hubiesen conocido las partes o lo hubiesen logrado? ¿No es cierto que el primero es el que configura el marco negocial del que se aprovechan las partes posteriormente? ¿Podemos concluir que el segundo intermediario se ha aprovechado de toda la labor del primero y que sólo ha tenido la habilidad de estar en el momento adecuado para conseguir el acuerdo? En definitiva, ¿quién tiene derecho a cobrar honorarios: el primero o el segundo?

⁸² CREMADES GARCIA, PURIFICACIÓN. Pág. 215 de su obra.

⁸³ STS de 30 de julio de 2014.

La sentencia establece la siguiente doctrina jurisprudencial: el derecho a percibir una retribución por parte de los agentes de la propiedad inmobiliaria por su labor de "mediación" en la contratación de tal clase no tiene su fundamento en la aplicación de la Ley reguladora del Contrato de Agencia.

En efecto en el caso contemplado se reclamaban honorarios en aplicación del art. 12.1.b) de la Ley del contrato de Agencia que dice:

1. Por los actos y operaciones que se hayan concluido durante la vigencia del contrato de agencia, el agente tendrá derecho a la comisión cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a).....

b) Que el acto u operación de comercio se hayan concluido con una persona respecto de la cual el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido con anterioridad un acto u operación de naturaleza análoga.

La solución podía haber sido el reparto de honorarios entre ambas, sin embargo, la doctrina que impone esta sentencia tiene como consecuencia que el primer intermediario no tiene derecho a cobrar honorarios porque el vínculo que une al cliente con el intermediario se produce, no a través de un contrato de agencia, sino mediante un contrato de mediación o corretaje que exige que la actividad del intermediario logre el cumplimiento del contrato final o, lo que es igual, la mediación se consuma con la perfección del negocio pretendido.

Esta Sentencia, en cierto modo, está en contradicción con otra anterior⁸⁴ que también se dictó en unificación de doctrina pues lo mismo que en aquella el intermediario no tendría derecho a retribución por, a pesar de todas sus actuaciones, no haber estado en el "cierre" de las condiciones del contrato definitivo, en ésta (la anterior) dándose la misma circunstancia objetiva (aunque no la subjetiva de concurrencia de intermediarios), la decisión del Supremo es la de que el intermediario tiene derecho a retribución. Veamos:

⁸⁴ STS de 21 de mayo de 2014.

Se trata de un supuesto “de libro” y frecuentísimo en la práctica de burla de la intervención de un intermediario que es esquivado una vez que presenta a las partes e inicia su actividad “negociadora”....., las partes siguen la negociación a espaldas del intermediario para cerrar la operación de compraventa de la vivienda y le niegan los honorarios con la excusa de que la venta se cerró ya sin su intervención y por precio inferior al propuesto por el mismo. Es en realidad una forma de negar que la operación se cerró por la intervención del intermediario.

Ante el supuesto contemplado, unas Audiencias Provinciales afirmaban que el mediador, en estos casos, no tenía derecho al cobro de honorarios (exclusión de comisión) y otras consideraban que el mediador debería cobrar en función del nuevo precio estipulado.

Una serie de cuestiones aclara la sentencia como el derecho de retribución del intermediario aun en los casos de opción de compra, desistimiento, incumplimiento del contrato intervenido o sometimiento de éste a condición suspensiva o resolutoria; pero vayamos a lo importante:

En este supuesto, el Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial de la Sala “que el mediador encargado de la venta de una vivienda tiene derecho a la retribución íntegra de la comisión pactada cuando su gestión resulte decisiva o determinante para el "buen fin" o "éxito" del encargo realizado, con independencia de que la venta se lleve a cabo por el oferente sin su conocimiento y del precio final que resulte de la misma”.

La retribución íntegra significa que cuando ésta ha quedado pactada en una cantidad fija (y no comisión en función del precio) el mediador tendrá derecho a su totalidad con independencia del precio finalmente acordado por las partes. Con este criterio, aunque es favorable al intermediario, no hay que “lanzar las campanas al vuelo” ya que se requiere en todo caso que la gestión resulte decisiva o determinante para el éxito de la operación aunque, aclara, sería suficiente con que se configure el marco negocial que posibilita la

finalidad transmisiva de la que se aprovechan las partes. Por ello, ante el ambiente “relajado e informal” que impera en el mercado inmobiliario, cuando llega el momento de probar este hecho (gestión decisiva....configuración del negocio...) es cuando se advierte la debilidad de los profesionales de la intermediación para conseguirlo. Y si no, que se lo pregunten al intermediario del caso “Barceló Chicago” ⁸⁵ que se apoya en esta doctrina para negarle honorarios por no probar su decisiva intervención en una larguísima negociación de más de 2 años con numerosas interrupciones que lo dejaron “fuera de juego”.

En definitiva, a pesar de la unificación de doctrina, los intermediarios se encuentran siempre en arenas movedizas cuando se trata de determinar el grado de intervención en cada operación en la que intervienen si se encuentran con clientes infieles que tratan de aprovechar sus gestiones para prescindir de su servicios tan pronto se produce la indicación de la contraparte.

Ante tanta indeterminación, riesgo e inseguridad consideramos que cualquier intento de regulación de la intermediación es positivo, si bien estamos ante una institución en la que, en su abordaje, no basta con una regulación genérica o superficial. Es necesario una mayor implicación para resolver los problemas que plantea la institución.

⁸⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de febrero de 2015.

6.6. CONTENIDO OBLIGACIONAL DEL CONTRATO DE MEDIACION EN EL EJERCICIO DE ESTA ACTIVIDAD.-

6.6.1. EN GENERAL.-

El contenido contractual de la mediación es el que antes hemos analizado⁸⁶, sin perjuicio de lo específicamente pactado y de las disposiciones generales del C. Civil sobre obligaciones y contratos. No olvidemos que es un contrato sin regulación que ha de ajustarse a la voluntad de las partes, los usos negociales, los contratos más afines y las disposiciones generales de la contratación.

Sin embargo, en el ejercicio de la actividad profesional no basta con el cumplimiento de las normas generales sobre contratos del Derecho común, o las específicas de arrendamientos de servicios o asimilados a la mediación, sino que toda actividad profesional está condicionada por una suerte de heteronomía que se pone en evidencia ante el compendio de normas imperativas de distinto significado (estatutos profesionales, códigos deontológicos, reglamentos sobre actividades concretas) que determinan la forma del hacer profesional.

En los ámbitos de la medicina, la abogacía o la arquitectura son numerosas las sentencias por las que, civilmente, es exigible responsabilidad por incumplimiento de la normativa propia de la “profesión” que, teniendo carácter reglamentario, tiene su fundamento en los arts. 1258 del C. Civil exigiendo la doctrina una diligencia superior a la que denota el art. 1104.2 del C. Civil⁸⁷

⁸⁶ Punto 4.2. “Ensayo en torno a la naturaleza y concepto de mediación: el contrato de mediación”.

⁸⁷ SSTs de 6 de junio de 1.984 y de 30 de septiembre de 1.991.

Con ello queremos decir que esta normativa profesional impone límites, conductas y actuaciones que se incorporan como contenido contractual o como algo que va ínsito al contrato en el ámbito de la prestación de servicios profesionales. Estos “hacer y no hacer” sin que consten como cláusula en contrato alguno resultan exigibles como formando parte del mismo por imposición “reglamentaria” en la actividad profesional contratada.

Respecto de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, el nuevo Estatuto de la profesión (año 2007), con contenido exclusivamente gubernativo e institucional, deja sin efecto toda la normativa anterior de carácter profesional a la que la Jurisprudencia recurría para imponer responsabilidades en el ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria. Las obligaciones concretas del Agente, exigibles a través de su normativa reglamentaria, dejan de serlo quedando la actividad sin referentes exigibles, más allá de los deberes “en blanco” (honorabilidad, imparcialidad, eficacia....) que marcan el camino de actuación en el ejercicio de la profesión.

6.6.2. DEONTOLOGIA PROFESIONAL.-

Ahora procede plantearse la siguiente cuestión: ¿Podría asumirse contractualmente a través de la nota de encargo (contrato de mediación) obligaciones civiles que se deducen de la normativa deontológica? O quizá, mejor, hacer el siguiente planteamiento: ¿Se podría garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales mediante su descripción e imposición a través de los Códigos deontológicos, de manera que estos fueren más allá del comportamiento ético del profesional para pasar a constituir auténticas condiciones generales de contratación de profesionales? Pues bien, creemos estar ante una propuesta que parece evidente que en algunos aspectos sería posible; no ya en otros, sobre todo por su indeterminación o imprecisión como ha advertido la Jurisprudencia menor.

Descendiendo al ámbito de la intermediación inmobiliaria y ante el hecho de la liberalización del ejercicio de esta actividad, este planteamiento trataría de ofrecer una nota de distinción entre el colectivo colegiado y resto de intermediarios inmobiliarios. La garantía que supondría para el demandante del servicio poder alegar un Código general para exigir un adecuado cumplimiento del servicio justificaría de alguna manera que la importancia de la colegiación, además de en los servicios y organización que ofrece el Colegio, está en la garantía del servicio a través de la auto-imposición de obligaciones que, sin ser legalmente exigibles, se incorporan a todo contrato de mediación suscrito por quien forme parte del colectivo colegiado.

La doctrina científica está de acuerdo en que toda actuación profesional requiere:

Conocimiento científico (capacitación que se acredita con títulos u oposiciones).

Habilidad técnica (capacidad de aplicación del conocimiento).

Condicionante ético (responsabilidad en el obrar).

En este sentido se define la Lex artis profesional⁸⁸ como “conjunto de reglas de contenido ético, científico y técnico que debe observar el sujeto en el desarrollo de su actividad profesional, de acuerdo con las circunstancias y factores presentes en el caso concreto, y cuyo grado de cumplimiento sirve de criterio de valoración e imputación de responsabilidad por el resultado de su actuación. Son las que dotan de contenido a la conducta que en este caso concreto presumimos que llevaría a cabo el “buen profesional”.

La lex artis ad hoc es una concreción de la lex artis que hace referencia al caso concreto objeto de actividad. El antónimo de la lex artis es la mala praxis.

Estos son conceptos que aparecen con frecuencia en la jurisprudencia en torno a las actividades de la arquitectura, medicina y abogacía.

Pero....¿cuáles son las buenas prácticas del ejercicio de la mediación, o, que actuaciones deben formar parte de esa lex artis del mediador?

La deontología marca las pautas de conducta o comportamiento del profesional como tal frente al exterior sin que se conciba exclusivamente en la relación profesional-cliente, sino que se expande a toda relación que deriva del ejercicio de la actividad que conlleva la profesión (compañeros, otros profesionales, Juzgados, Colegio, Instituciones –con las que se relaciona el mediador como la notarial, registral, catastral, y demás administraciones territoriales o institucionales con competencias en materia inmobiliaria-).

Con relación a los intermediarios inmobiliarios colegiados, derogado en la actualidad, excepto su art. 1, el Decreto 3248/1969 de 4 de diciembre que regulaba la profesión y que contenía normas que formaban parte del arte de

⁸⁸ OROZCO PARO, GUILLERMO: “El ejercicio en grupo de profesiones liberales”. Universidad de Granada. 1.993.Pág.. 522. En el mismo sentido coinciden otros autores que han estudiado el ejercicio de las profesiones liberales en la Universidad de Granada (Albiez Dohrmann, García Perez).

la profesión, se encuentran aprobadas las normas deontológicas del Colegio de Madrid que se basaron en un proyecto anterior del Consejo General que, debatido en el año 1.992, no llegó a ser aprobado, y que, en cuanto tal, debería ser adoptado como regla de conducta profesional en el momento de la colegiación.

Un compendio del Código deontológico, de la normativa profesional que reflejaba el Decreto 3248/1969 y del actual estatuto regulador de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (RD 1294/2007 de 28 de septiembre) sería el que nos llevaría al estatuto del arte de la actividad de intermediación inmobiliaria en el que cabría incluir los siguientes conceptos:

a) Eficacia (art. 28.1 Decreto 3.248/1.969 de 4 de diciembre y 9,a) del RD 1294/2007 de 28 de septiembre): poner los medios precisos e idóneos necesarios para el desarrollo de su actividad profesional que le permitan un conocimiento del mercado y el buen fin de las operaciones encomendadas. Implica un comportamiento activo no limitado a la comercialización o mera publicidad.

b) Honorabilidad (art. 28.1 y 35,b) D. 3.248 y 9 k) del RD 1294/2007 de 28 de septiembre cuando habla de lealtad): en el doble sentido de comportamiento acorde a la confianza depositada y corrección en el actuar profesional en el plano ético y jurídico (implica ausencia de comportamientos que impliquen sanciones penales o administrativas).

c) Secreto profesional (art. 35, c) D. 3.248 y 9 k) del RD 1294/2007 de 28 de septiembre cuando habla de "lealtad"): aquí sólo fundamentado en el derecho a la intimidad y en la relación de confianza profesional-cliente (no en el derecho de defensa como ocurre en la Abogacía). Por tanto, entendida como no revelar, hacer público, datos que perjudiquen a la esfera de la intimidad del cliente y que son conocidos por las necesidades de información que comporta el ejercicio de la profesión.

d) Reserva (art. 28,1 D. 3.248 y 9,a) del RD 1294/2007 de 28 de septiembre): actuación con la necesaria discreción para conseguir el buen fin de la operación objeto de mediación, atendiendo en plano de igualdad a las partes sometidas a su intervención.

e) Información (art. 28.7, 30.2 y 35,c) D. 3.248): facilitando a los interesados los datos materiales y jurídicos relevantes en evitación de perjuicios no deseados, a los que deberá tener al corriente de las actuaciones realizadas. Se requiere una extremada diligencia tanto en la obtención de los datos necesarios para la celebración del negocio pretendido (que pueden venir del oferente, de registros públicos -de la Propiedad o Mercantil, Catastro, Ministerio, Consejería, Ayuntamiento-, de empresas suministradoras, de la Comunidad de propietarios, etc.), como en su emisión bien a través de publicidad (información genérica) bien en contacto directo con el cliente (información concreta).

f) Legalidad (art. 28.1, 2, 3 y 4 y 37, c) D. 3.248): que exige una actuación en la que se tenga en cuenta la legalidad vigente, condenando la estafa, el fraude, el desequilibrio y, en general, las actuaciones en contra de la normativa imperativa (v.gr.: legislación sobre VVPPOO, sobre consumidores, sobre publicidad, RD. de 21 de abril de 1.989 sobre protección de los consumidores en cuanto a información a suministrar en las compraventa y arrendamiento, normativa autonómica en el mismo sentido como D 218/2005 de la Junta de Andalucía, sobre eficiencia energética.....). El art. 9,a) del RD 1294/2007 de 28 de septiembre se refiere a la legalidad y luego lo desarrolla en otras letras del mismo art. Así: cumplimiento del ordenamiento jurídico y, especialmente, la normativa sobre garantía en la entrega de cantidades a cuenta. (letra b), normativa sobre protección del consumidor (letra c), normativa reguladora de la actividad profesional (letra d).

g) Rendición de cuentas (Se deducía de las normas civiles afines a la mediación como son los arts. 1.720 C.C. o 263 C. de Co.): custodiando o poniendo a buen recaudo los fondos o depósitos confiados, dándoles su destino y justificando los gastos que la operación comprenda. En cierto modo

esta obligación adquiere relevancia con relación a los APIS en concreto con la letra b) del RD 1294/2007.

h) Imparcialidad (es nota esencial del corretaje inmobiliario⁸⁹ frente a sus contratos afines y se puede deducir del art. 29.2 D. 3.248): Actuando con independencia respecto de las partes sometidas a la mediación, procurando la igualdad de trato y promoviendo el equilibrio de intereses en la operación a realizar de manera que exista una protección por el actuar profesional de los sujetos sometidos a la mediación. Sin que ello se pueda confundir con la pretensión de obtener un precio justo.

i) Seguridad jurídica (art. 28,7 y 32 D. 3.248): Comprobación de la veracidad de la información suministrada al mediador y documentación de los acuerdos adoptados por las partes bajo su intervención, aconsejando la forma pública cuando la trascendencia de los actos así lo requiera. Conocimiento exacto por el demandante de toda la información posible con relación al inmueble demandado. Hoy ínsito en los términos legalidad y diligencia profesional.

j) Responsabilidad: esta es una nueva nota que se desprende de la letra e) y k) del art. 9 del RD1294/2007 imponiendo la última la diligencia respecto a sus clientes con obligación de proteger los intereses de los mismos.

Entendemos que el Código deontológico puede ser un medio no solo de plasmar conductas éticas no exigibles por la vía civil, sino que, además, puede ser un catálogo de condiciones de contratación que implica la asunción de obligaciones y responsabilidades por los profesionales destinatarios del Código en cuestión.

⁸⁹ Javier Gómez Gállego, analizando la eurohipoteca en el Congreso Internacional de Derecho Registral del año 2.005 identificaba al intermediario financiero como comisionista del prestamista carente de las notas de independencia e imparcialidad.

Sobre la base de esta idea se propuso⁹⁰ al Consejo General de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España la aprobación de un nuevo Código deontológico en el que se incluyeran además de las Máximas del ejercicio de la actividad otros deberes profesionales.

Se pretendía con ello dotar de contenido al contrato de mediación como fórmula de generar confianza del consumidor en el profesional, ofreciéndole al primero la posibilidad de exigir responsabilidad por incumplimientos concretos de los deberes profesionales que implica el sometimiento al Código deontológico.

Para ello, como hemos dicho, se trataba de diferenciar las máximas del ejercicio de la actividad que son conceptos imprecisos y abstractos, que exigen conductas intuitivas de carácter personal de índole más moral que jurídico, de difícil imposición, y sobre todo, determinación en el grado de cumplimiento que, en definitiva, no son configurables como obligación civil; de otros deberes profesionales, que sin formar parte de contenido contractual alguno, son perfectamente delimitables en su contorno y contenido y se pueden llevar al ámbito de la exigencia elevándolos a la categoría de obligación o cuasi-obligación propia de la actividad y que, en consecuencia, podrán dar lugar a responsabilidad por incumplimiento; a esta dicotomía (ético-civil) se añaden, por fin, aquellos otros deberes cuya responsabilidad se mueve, exclusivamente, en el ámbito administrativo.

En dicha propuesta encontramos lo siguiente:

PREÁMBULO:

Entre los fines esenciales de los Colegios profesionales destaca el de ordenación del ejercicio de las profesiones (art. 1.3 de la L. 2/1.974, de 13 de febrero), siendo una de sus funciones Ordenar en el ámbito de su competencia

⁹⁰ Propuesta de GARCIA-VALDECASAS ALEX, Fº JAVIER, asumiendo la responsabilidad de la Comisión creada al efecto, con entrada en el Consejo de COAPIS de España el 1 de julio de 2008.

la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial (art. 5 i).

Sobre los contratos inmobiliarios en los que frecuentemente intervienen los intermediarios y sobre la actividad de mediación en sí incide en los últimos tiempos una profusa normativa de protección a los consumidores y usuarios cuyos derechos deben ser garantizados por los poderes públicos (art. 51 CE) y que se manifiesta en la normativa general y autonómica sobre la información que se le debe suministrar en la compraventa y arrendamiento de inmuebles, o sobre determinadas reglas y obligaciones que llevan aparejadas las transacciones inmobiliarias, sin olvidar las condiciones de actuación profesional impuestas por la reciente legislación sobre derecho a la vivienda. Esto, unido al derecho que reconoce el art. 47 CE a todos los españoles de disfrutar de una vivienda digna y adecuada, separa la mediación inmobiliaria de cualquier otro tipo de mediación que se pueda producir en las relaciones jurídicas civiles o comerciales, sociales o de cualquier otra índole.

En efecto, la normativa aludida no es más que el reflejo de la función social que, por el ámbito objetivo de su actuación, por recaer su actuación sobre el derecho a la vivienda constitucionalmente reconocido, desempeña el mediador inmobiliario que interviene, y es testigo privilegiado, en una de las decisiones más importantes, tanto desde el punto de vista patrimonial como incluso personal de calidad de vida, del ciudadano; pues ya no se trata de ser un mero testigo que coadyuva al contrato de venta o arrendamiento de inmuebles, sino de un operador que tiene importantes obligaciones tendentes a proteger el interés de la sociedad, de cada uno de los ciudadanos, de lograr una de sus aspiraciones constitucionalmente reconocidas.

Si bien la liberalización del ejercicio de la mediación inmobiliaria desde el RD-Ley 4/2.000 de 23 de junio, luego convalidado por el parlamento nacional en la posterior Ley 10/2003 de 20 de mayo, hace escapar a los Colegios de API la total cobertura de esta protección del ciudadano por no poder abrazar a todos los que libremente quieran dedicarse a la actividad fuera del colectivo,

ello no debe ser impedimento para que dichos Colegios, en su ámbito de actuación, asuman el objetivo de que se cumpla la pretensión del legislador de que las transacciones inmobiliarias sean transparentes y seguras, pues solo así los consumidores y usuarios lograrán el objetivo de gozar de una vivienda digna y acorde a sus necesidades. La clandestinidad, inoperancia y falta de profesionalidad de los que pueden coadyuvar a este objetivo sin duda repercute negativamente en su logro.

Esta nueva dimensión de la actividad profesional con multitud de deberes impuestos por los poderes públicos y que tiene entre otros destinatarios a los API, unido al respaldo que para la profesión supone su nuevo texto Estatutario aprobado por Real Decreto 1294/2007 de 28 de septiembre, hace necesario revisar un aspecto fundamental en el ejercicio de cualquier actividad profesional: el Código deontológico como guía o ruta de actuación del profesional en el ejercicio de esa actividad. Es la garantía de la profesión frente al exterior, la carta de presentación que ha de inspirar la confianza del ciudadano en el colectivo profesional.

El art. 36 de la CE traslada al ámbito de la legislación ordinaria la regulación de los Colegios profesionales y el régimen jurídico del ejercicio de las profesiones tituladas, lo que no excluye la posibilidad de desarrollo pormenorizado, vía reglamentaria, de las leyes formales que han de contener inexcusablemente esas líneas básicas de regulación de las profesiones y sus Colegios (STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, 4/05/2004).

Es dicho precepto constitucional el que da cobertura, con la habilitación que suponen los arts. 5 i) y 6.1 de la Ley de Colegios Profesionales, a la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial que, por medio de sus Estatutos y Reglamentos internos, corresponde a los Colegios profesionales (STC 21/12/1.989). Así pues, la reserva legal que se materializa en la Ley de Colegios Profesionales no excluye la remisión reglamentaria para la determinación de limitaciones y deberes que conforman el libre ejercicio profesional de los colegiados.

Esa determinación o delimitación del actuar profesional viene reglamentándose por medio de unos Códigos de conducta que se conocen como Normas de deontología profesional y que, como puso de manifiesto el TC en su sentencia de 21/12/1989, no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias disciplinarias o sancionadoras ya que estas normas imponen conductas de necesario cumplimiento, obligatorias, y su trasgresión supone el arquetipo más evidente de ejercicio de facultades disciplinarias características de los Colegios Profesionales.

Hoy, el contrato de mediación, y nos limitamos al ámbito inmobiliario, ha sufrido una importante evolución como consecuencia de la liberalización de su ejercicio y de la demanda de servicios adicionales por el usuario de los mismos que ha impuesto como práctica más común el del servicio multidisciplinar a través de la Agencia Inmobiliaria; y en este nuevo "mercado de servicios inmobiliarios" los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, concibiendo la vivienda en su dimensión constitucional de derecho, al menos programático, de todos los ciudadanos y reconociendo a éstos su condición de consumidores merecedores de la especial protección que la ley les dispensa, han optado por preservar su carácter profesional frente al comercial o mercantilista, sin merma en el cumplimiento de las nuevas demandas de los usuarios y sin que ello suponga limitar su actuación al ámbito de los consumidores.

Si algo debe caracterizar al profesional es el garantizar el adecuado cumplimiento del servicio que se presta en el ejercicio de la actividad y en ello los Colegios Profesionales, en tutela de la profesión, deben velar por la efectividad de esta garantía mediante la aprobación de una adecuada normativa de conducta profesional como medida de amparo a los demandantes de intermediación. Sólo amparando el interés de estos se tutela la profesión pues la defensa individual de cada profesional muchas veces choca con el interés del colectivo al que pertenece. No se trata, pues, de proteger a cada colegiado en los conflictos que surjan del ejercicio de su actividad, no obstante su posible defensa a través del Colegio, sino de proteger el interés de la profesión con una normativa de obligado

cumplimiento en garantía de los que requieren los servicios prestados mediante esa actividad.

Así, reconocida la creciente importancia de la protección del consumidor "inmobiliario" y usuario de "servicios de mediación", en la elaboración de este nuevo Código deontológico, y con independencia de su tradicional contenido de índole más moral que jurídica y de difícil y a veces imposible imposición coactiva, se quiere dar un nuevo paso, una nueva dimensión, para que no sea una simple guía de conducta en la que, unilateralmente, pueda vincularse o apartarse el profesional según el interés particular del caso, y con la única posibilidad del usuario del servicio de criticar o denunciar un comportamiento del que difícilmente va a obtener una reparación más allá de la sanción disciplinaria del profesional. Se aspira, por el contrario, a que el Código Deontológico sea un título por el que los Profesionales, frente a los usuarios, asuman obligaciones que le sean exigibles en el ejercicio de su actividad.

Y es que, la realización de un servicio en base a un contrato sin contenido prestacional, sin servicios concretos y delimitados que prestar, redundaría en la informalidad entre las partes ligadas en virtud de ese contrato y, en consecuencia, en el desprestigio de quien ejerce la actividad. No podemos olvidar que la mediación surge en todas las relaciones sociales, jurídicas o no, y que, en el ámbito jurídico, se extiende a situaciones de contraposición de intereses muy divergentes, dándoles a todas, curiosamente, un mismo tratamiento a través de figuras contractuales diversas (mandato, gestión de negocios, comisión, arrendamiento...) que desembocaron en un "contrato de mediación", el que hoy conocemos, cuyo concepto y caracteres arrancan de una ya arraigada doctrina del TS, referida a la mediación en venta de carbón, que se remonta a 10 de enero de 1.922 culminando con el concepto formulado por la STS de 4/12/1.953 coincidente con el art. 412 del C. Civil Suizo de Obligaciones, y que, hoy, al menos en el ámbito inmobiliario en el que nos movemos, con especiales deberes de protección de los consumidores y usuarios, debería ser objeto de un especial esfuerzo por su superación. Por ello, dado el carácter innominado del contrato de mediación y el escaso interés de la doctrina jurídica por su adaptación al status quo del momento, por

reconocer su evolución, es necesario conformar, vía reglamentaria y a modo de condiciones generales impuestas en la Reglamentación profesional, el contenido obligacional que se asume en la labor de intermediación; contenido que incorpora el Título V de este Código como necesariamente vinculante para el API y, en consecuencia, exigible civilmente por el usuario.

Por ello, el presente Código no se limita a la exposición de las máximas éticas o morales propias de la profesión, sino que trata, además, de dotar de contenido obligacional a la actividad de intermediación, como medio de obtener el reconocimiento de la sociedad en el imperante libre mercado de servicios.

Sobre la efectividad civil de las relaciones jurídico administrativas, y la imposición por el Colegio de conductas profesionales al colegiado, resulta elocuente la STC nº 71/1982 de 30 de noviembre (F.Jº 10º), cuando trata el deber de información veraz que se impone con fórmulas jurídico-administrativas, aunque en este caso con rango de ley, a los oferentes de inmuebles y, por tanto, con incidencia en el contrato de mediación al ser el mediador oferente en el mercado de los inmuebles ajenos, y las consecuencias civiles que ha de generar la falta o defectuosa información.

Ya la Jurisprudencia del TS, seguida por la menor, ante la falta de otros resortes más contundentes y partiendo de la normativa civil (rango de ley), ha venido conformando y concretando las obligaciones del API en el ámbito de la mediación con base en su propio Reglamento profesional (con remisión al Decreto de 6 de abril de 1951 como primer referente de organización profesional de los API, y el posterior Decreto 3248/1969 de 4 de diciembre, hoy derogado excepto en su art. 1). Así, desde la STS de 14/03/1952 o de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6/07/1.962 o, más recientemente, STS 11/02/1991 que tratan de la aplicación reglamentaria de la profesión en los contratos de mediación, o la STS de 4/07/1994 remitiendo a los art. 30.2 y 28.1 y 7 del citado Reglamento referentes al deber de conocimiento e información veraz sobre cargas de la finca y exactitud de los datos suministrados, o la STS de 2/10/1999, que, aun rechazando el Rto.

Profesional como motivo de casación, impone, con clara inspiración en la reglamentación, un deber de conocimiento e información de precios tasados en viviendas protegidas, todo ello más allá de una labor de indicación o negociación a que se contrae el contrato de mediación, sin que el nuevo Estatuto de 2.007, centrado más en aspectos institucionales de acceso a los Colegios y funcionamiento de los mismos y sus Consejos y órganos, cubra estos aspectos propiamente profesionales pues tan solo impone obligaciones genéricas que se limitan al cumplimiento de las normas (art. 9), lo que justifica la finalidad integradora del presente Código. En conclusión, eficacia y honorabilidad en la transacción inmobiliaria, tal y como reza el escudo representativo de la profesión, debe presidir toda actuación del Agente de la Propiedad Inmobiliaria; y si bien la honorabilidad encuentra su justificación en un plano ético o propiamente deontológico, la eficacia es el signo del arte o buen hacer de la actividad a desplegar por el API tendente al buen fin de la labor encomendada, lo que implica prestación o, lo que es igual, objeto de obligación, y por ello su exigencia no puede limitarse al plano de lo ideal, de lo recomendable, sino que, más allá del mismo, tiene una traducción en la vida civil. Así, este Código, según hemos adelantado, aspira a ser algo más que una guía moral a modo de recordatorio que remueve conciencias gremiales; es, además, en la eficacia y seguridad que requiere el Derecho moderno, pliego de Condiciones Generales de los servicios del API.

I. MÁXIMAS DE LA ACTIVIDAD DE MEDIACIÓN.-

HONORABILIDAD.- El comportamiento del API debe ser acorde a la confianza en él depositada por el cliente, siendo el principio base de su intervención el de la honorabilidad en la transacción como criterio inspirador de su actuación profesional que implica tanto la transparencia en su actuación como la absoluta indemnidad de los clientes en las transacciones en las que intervenga; y ello, con la debida corrección profesional en el plano ético y jurídico y con total ausencia de actos imputables al Agente en vía penal o administrativa.

INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD.- El API actuará con independencia respecto de las partes sometidas a su intervención mediadora, procurando la igualdad de trato y promoviendo el equilibrio de intereses en el negocio objeto de mediación. Si alguna de las partes no estuviera previamente ligada al API por contrato de mediación y rechazara su intervención en la formación del contrato, éste actuará como mandatario de su cliente en defensa exclusiva de sus intereses.

LEALTAD. La imparcialidad del API debe ser compatible con la protección demandada por sus clientes a los que tratará con lealtad respecto de sus intereses, informándoles, sin instigación en su voluntad, de las decisiones más acordes a los mismos.

RESERVA O CONFIDENCIALIDAD. La relación del API con el usuario de servicios de intermediación debe tener bases de mutua confianza que deberá ser promovida por aquél, actuando con la máxima reserva respecto de los datos que le sean facilitados por el cliente sin que, en respeto de la esfera de su intimidad, pueda hacerlos públicos fuera de las necesidades de su actuación profesional.

LEGALIDAD. El API debe proteger al consumidor contra la publicidad engañosa, el falseamiento de datos esenciales de la transacción, y cualesquiera otros fraudes o prácticas dudosas en los negocios inmobiliarios; velará por evitar la estafa, el dolo, el fraude, el desequilibrio contractual y en general cualquier actuación contraria a normativa imperativa en materia contractual, de vivienda, o de garantías del consumidor.

El API se ajustará a la normativa sobre publicidad, prevención de blanqueo de capitales, protección de datos y cualquiera otra que afecte al ámbito de su profesión.

DILIGENCIA. El API debe tener la mayor información posible de los productos inmobiliarios que le sean objeto de encargo a fin de poder cumplir correcta y fielmente su cometido, evitando errores, omisiones, y, en general, toda conducta que afecte a la recta conclusión de su competencia.

El API debe custodiar con toda diligencia los fondos o depósitos que le hayan sido confiados por terceras personas para afianzar las operaciones. Se recomienda que el API ingrese las cantidades recibidas en una cuenta bancaria especial, independiente de la propia, para asegurar su conservación, legítimo destino y finalidad; y en evitación de equívocos de índole tributaria.

PUBLICIDAD: El API cuidará especialmente el contenido de la publicidad de los inmuebles de su cartera incluyendo datos ciertos y previamente comprobados por él, sin ocultación de datos relevantes o inductores al error, y cumpliendo la normativa reguladora. El precio ofertado será el fijado por el cliente, sin confusión con el que corresponda por honorarios de profesionales, gastos o cualquier otro concepto.

El API deberá identificarse en los anuncios de los productos que le hubieren sido confiados.

II. MÁXIMAS DE LA ACTIVIDAD DE TASACIÓN Y PERITAJE.-

PRINCIPIOS: El API deberá observar y aplicar los principios propios de la actividad tasadora recogidos por normativa de tasación, cualquiera que sea su objeto y ámbito de aplicación, según la finalidad de la misma. Se atenderá especialmente a los principios de transparencia, mayor y mejor uso, probabilidad, proporcionalidad, prudencia, sustitución y temporalidad, según los supuestos de hecho en los que se base la valoración encomendada.

ACTIVIDAD: Para emitir el dictamen se harán las comprobaciones fácticas, técnicas y jurídicas mínimas que resulten aplicables al caso y que sean necesarias para cumplimentar los aspectos estructurales del dictamen, anexionando, en su caso, la documentación que coadyuva al resultado del trabajo.

MOTIVACIÓN: Todo dictamen pericial deberá estar lo suficientemente motivado o fundamentado para que, sin necesidad de criterios o posiciones arbitrarias, pueda concluirse su resultado, de manera que éste quede perfectamente justificado.

CONGRUENCIA: El dictamen se ajustará estrictamente a lo solicitado por los particulares, partes del procedimiento en que se intervenga o Tribunales de Justicia que lo encomienden, sin introducir hechos o circunstancias ajenas a lo interesado de las que, en la elaboración del dictamen, se haya adquirido conocimiento; lo anterior, sin perjuicio de las advertencias que por incidir en el resultado del dictamen sea necesario poner de manifiesto.

INTELIGIBILIDAD: El contenido del dictamen debe ser comprensible en el lenguaje utilizado y accesible al proceso mental de la sana crítica.

HONORABILIDAD: Todo dictamen deberá hacerse constar, con identificación y número de colegiado del Agente-perito, en cualquier soporte que permita su guarda por el solicitante, salvo que, expresamente, éste solicite la forma verbal como medio de evacuar la consulta.

CAUTELA: Las conclusiones del dictamen deberán condicionarse, en su caso, al cumplimiento de los requisitos, deberes, autorizaciones, licencias, obligaciones y demás imposiciones que, por disposición legal, sean determinantes de su resultado.

LEGALIDAD: Se atenderá en todo caso a las exigencias de la ley en materia de prueba pericial, emitiendo promesa o juramento cuando fuere exigible, y cumplimentando cualquier otra formalidad que preceptivamente impongan las normas de procedimiento.

III. MÁXIMAS CON RELACION A LA PROFESIÓN.-

INFORMACIÓN.- El API deberá estar al corriente de la evolución del sector inmobiliario, en sus ámbitos local, autonómico y estatal para hallarse en condiciones de asesorar, intervenir y participar en los requerimientos que a tales fines se le hagan sobre aspectos legislativos, económicos y tributarios en materia inmobiliaria y urbanística. Además, tiene el deber fundamental de estar bien informado en todo momento de las condiciones del mercado, a fin de aconsejar correctamente a sus clientes sobre las condiciones más adecuadas para el buen fin de la operación.

REPUTACIÓN.- El API contribuirá con su actuación profesional a la buena imagen de la profesión eludiendo toda práctica susceptible de perjudicar la dignidad y la integridad de la misma, y difundiendo el contenido y la relevancia social de su actividad a fin de promover el respeto y el reconocimiento sociales de la misma.

DISCRIMINACIÓN.- El API deberá rechazar todo encargo de venta o alquiler cuando el propietario imponga exclusiones de clientes por razón de su raza, sexo, credo, color, estado civil, edad, nacionalidad o profesión.

FINALIDAD.- El API rechazará el encargo del cliente cuando sospeche, fundadamente, que los fines del mismo, o las cláusulas pretendidas en el contrato propuesto, puedan ser ilícitos, inmorales o contrarios al orden público.

AUTOACTUACION.- El API no comprará, en todo o en parte, un inmueble cuya venta o valoración le hubiera sido encargada, salvo que informe previamente de su intención al cliente y éste lo consienta.

IV. RELACIONES CON EL COLEGIO.-

SOMETIMIENTO: Todo colegiado debe cumplir los deberes que vengan impuestos por el Estatuto y demás normas de la profesión, así como las decisiones que, dentro de sus competencias, emanen de los órganos colegiales y cualesquiera resoluciones de obligado cumplimiento.

SOSTENIMIENTO: El API deberá contribuir al sostenimiento del Colegio pagando las cuotas ordinarias establecidas a dicho fin, además de las derramas extraordinarias que correspondan.

VISADO: Cuando la ley lo exija o el cliente lo solicite, y a efectos de control del Colegio con relación a la identidad y habilitación legal del colegiado, observancia de acuerdos y Reglamentos colegiales, integridad formal del trabajo y apariencia de viabilidad legal del mismo, los API deberán presentar al Colegio, por los medios que éste habilite, los trabajos consistentes en informes y dictámenes propios de la labor pericial que se le encomienden por los Juzgados y Tribunales, Administraciones y Organismos públicos y particulares personas físicas y jurídicas.

COLABORACIÓN: El API participará, cuando le venga encomendado, en cuantos proyectos elaboren el Colegio Oficial y organizaciones profesionales para la creación de centros de formación, edición de publicaciones especializadas y realización de actividades culturales que procuren al colectivo la mejor y más actualizada información en el ámbito de su competencia.

INFORMACIÓN: El API suministrará al Colegio la información sobre valores de mercado o de oferta de los inmuebles, con respeto de los datos personales, que formen parte de su cartera de clientes y que le sea requerida para cumplir con los fines propios de la actividad, así como los de estadística sobre el mercado inmobiliario que acuerde elaborar el Consejo General, los Autonómicos o los Colegios Provinciales.

FORMACIÓN: El API deberá estar al día en el conocimiento de la normativa vigente en el ámbito de su actividad asistiendo a tal fin a los cursos de formación y perfeccionamiento organizados por los Colegios.

V. RELACIONES CON LOS CLIENTES O USUARIOS DE LOS SERVICIOS.-

DEBER DE EFICACIA O ACTIVIDAD.- El API deberá poner medios precisos e idóneos para que los inmuebles ofertados por sus clientes accedan al mercado, dar publicidad por las formas y medios habituales, atender las solicitudes de los interesados, mostrar los inmuebles, visitar a los interesados y cualquier otro acto que se requiera para el buen fin de la labor encomendada.

DEBER DE INFORMACIÓN VERAZ Y TRANSPARENCIA: El API deberá tener y facilitar a los interesados los datos jurídicos y materiales que le sean accesibles de los inmuebles en cuya mediación intervengan, así como los datos sobre vicios, limitaciones y afecciones por obligaciones civiles, comunitarias, fiscales, administrativas o urbanísticas, medioambientales, técnicas o de eficiencia energética de que disponga que sean de influencia en el negocio pretendido.

DEBER DE RENDIR CUENTAS Y GARANTIZAR DEVOLUCIONES: Cuando el API esté autorizado para recibir cantidades por cuenta del cliente o tenga facultades representativas que le permitan actuar en nombre de aquél, deberá justificar dichas cantidades frente al mismo, pero con reserva, en todo caso, de las necesarias para devolver al pagador los importes entregados en los supuestos en que conforme a Derecho sea procedente.

DEBER DE REQUERIR LA DOCUMENTACIÓN QUE IMPONGA LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y USUARIO: El API requerirá al cliente oferente toda la documentación que venga determinada como necesaria para la información al consumidor y usuario en los términos que exija la normativa de protección.

DEBER DE FORMALIZACIÓN EN LOS NEGOCIOS EN LOS QUE INTERVENGA: El API, salvo negativa expresa y documentada de los clientes, formalizará todos los actos de negociación, transacción inmobiliaria o acuerdos en que intervenga, especialmente aquellos en los que medie entrega de cantidades a cuenta, a fin de proteger sus derechos y asegurar los intereses de los contratantes.

DEBER DE PROCURAR LA SEGURIDAD JURÍDICA: El API, cuando haya medios para ello, deberá comprobar la veracidad de todos los datos jurídicos

que sobre los inmuebles objeto de mediación le sean facilitados por el cliente, así como aconsejar a las partes y, en su caso, gestionar la contratación a través de los profesionales de seguridad jurídica preventiva en garantía de las transacciones en las que intervenga, siempre que la trascendencia de los actos así lo requiera y los clientes no rechacen esa gestión.

DEBER DE RESPONDER DE LAS CONSECUENCIAS DE UNA INDEBIDA FORMALIZACION DOCUMENTAL DEL CONTRATO INTERMEDIADO CUANDO HAYA SIDO EL REDACTOR DEL MISMO: El API se hace responsable del contenido y datos que se hagan constar en el documento de formalización del negocio celebrado siempre que haya sido redactado por él y que le fuere imputable el perjuicio que se ocasionare a alguna de las partes por motivo de la redacción.

DEBER DE GUARDA DE LOS INMUEBLES Y SUS PERTENENCIAS CUYO ACCESO LE SEA PERMITIDO POR SUS CLIENTES.- El API deberá custodiar el inmueble y mobiliario o pertenencias del mismo cuando el cliente le entregue las llaves para el cumplimiento del encargo, sin que pueda servirse de ellos, salvo permiso expreso del titular, y restituyéndolo, en su momento, en el mismo estado en que le fue entregado. Salvo pacto en contrario será de aplicación el Código Civil: para el inmueble regirán las reglas del comodato siendo destino del mismo el de mostrar a los demandantes que lo soliciten; y para los muebles y pertenencias, también salvo pacto, las reglas del depósito.

VI. RELACIONES CON LOS TRIBUNALES EN LABORES PERICIALES.-

ACEPTACIÓN: Todo nombramiento de Juzgado o Tribunal deberá ser aceptado en los plazos marcados en la Ley de procedimiento; sólo se rechazará el encargo por motivos excepcionales que estén plenamente justificados.

CELERIDAD: La pericia se realizará, en todo caso, con cumplimiento de los plazos legales y, si por razones justificadas no fuere posible, se notificará de inmediato al Juzgado o Tribunal solicitando ampliación de plazos por el tiempo razonable al supuesto de que se trate.

COLABORACIÓN: Se atenderán los requerimientos y necesidades, aclaraciones y subsanaciones solicitadas por los Juzgados y Tribunales en orden a la labor pericial encomendada, atendiendo a los horarios impuestos en las citaciones y contribuyendo a la eficaz tramitación y resolución que requiera el caso.

DECORO: Arrogar la deferencia y buen trato en las dependencias judiciales con los Secretarios, Letrados, Jueces, Magistrados, Oficiales, Agentes, Auxiliares y demás funcionarios de los órganos Judiciales, así como con los representantes, defensores y propias partes litigantes.

VII. RELACIONES CON ADMINISTRACIONES Y OTRAS OFICINAS RELACIONADAS CON SU ACTIVIDAD.-

ARMONIA.- El API debe aportar su concurso en las Administraciones y Oficinas públicas de las que se sirve para el ejercicio de su actividad, tales como Notarías, Registros de la Propiedad, Gerencias, puntos u oficinas Catastrales, Concejalías o Gerencias de Urbanismo locales, Delegaciones estatales o autonómicas en materia de vivienda, turismo, obras públicas, urbanismo o medio ambiente, o cualesquiera otras con las que se relacione en el ejercicio de su actividad, contribuyendo siempre a una buena relación y armonía sin merma en la exigencia del servicio o información requerida.

COLABORACIÓN.- Cuando el API actúe como colaborador de cualesquiera de las Administraciones territoriales o sus Organismos en programas sobre adquisición o transformación de suelo, adquisición en cualquier régimen de vivienda, sea libre o protegida, programas de alquiler, rehabilitación, gestión de ayudas, gestión documental, declaración e información tributaria, o cualquier otra encomienda comprometida, deberá ajustarse en todo caso a los

protocolos, reglamentos y convenios suscritos por sus respectivos Colegios o, en su caso, Consejo Autonómico o General.

GESTION NOTARIAL.- El API al que se le encargue la gestión de la formalización pública del contrato intermediado se dirigirá al fedatario que manifiesten las partes interesadas conforme a ley.

VIII. RELACIONES CON OTROS PROFESIONALES.-

COMPETENCIA.- El API no debe asesorar en materias que sean competencia de otros profesionales. En este caso, el API deberá recomendar la intervención del profesional competente cuando los intereses del buen fin de la operación, y en beneficio de las partes contratantes, así lo exijan y para fomentar la no intromisión en actividades ajenas.

COLABORACIÓN PLURIDISCIPLINAR.- Lo anterior no es óbice para que el Agente pueda, en colaboración aislada o por negocio asociativo, concurrir con otros profesionales para aportar su actividad profesional en actuaciones que requieran la intervención de los mismos.

IX. RELACIONES CON LOS COMPAÑEROS DE PROFESIÓN.-

LEALTAD.- El API no intervendrá en operaciones que hubieran sido confiadas a otro API, con carácter de exclusiva, durante la vigencia del contrato. Si tuviera conocimiento de esta circunstancia después de haber iniciado gestiones de mediación, cesará en las mismas, sin perjuicio de exigir los daños que pudiera haberle causado el cliente por ocultación de la exclusiva.

COLABORACIÓN.- La colaboración entre profesionales de la intermediación para, sin menoscabo de los derechos del cliente mandante, conseguir el acuerdo entre las partes es el principio inspirador de una correcta actuación.

TRANSACCIÓN o CONCILIACION.- En caso de conflicto entre Agentes por concurrencia en un mismo contrato se recurrirá como mejor solución a la transacción o, si no se alcanzare, a la mediación de la Junta de Gobierno del Colegio que, si no alcanzare la solución, propondrá, en su caso, el convenio arbitral.

Es el punto V de la propuesta de Código deontológico el que dotaría del necesario contenido al contrato de mediación al que deberían remitir todas las notas de encargo de servicios como garantía para el cliente de las prestaciones debidas y asunción por el profesional de responsabilidad por razón de las mismas.

VII. RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA.-

7.1 PERDIDA DE HONORARIOS Y RESPONSABILIDAD.-

Veremos que casi toda la jurisprudencia existente que trata sobre conflictos de las relaciones surgidas en el ejercicio de la intermediación inmobiliaria está directa o indirectamente relacionada con el cobro de honorarios por parte del Agente intermediario; de hecho, prácticamente casi todas las sentencias que se encuentran en las bases de datos tratan de la falta de legitimación o también de la *exceptio non adimpleti contractus* o *exceptio non rite adimpleti contractus* que oponen los demandados frente a la demanda de reclamación.

Es curioso como los “clientes” de los intermediarios se conforman con no pagar honorarios a éstos y prácticamente apenas concurren como actores para reclamar daños y perjuicios por los ocasionados en una intervención del intermediario. La sociedad parece asumir que la labor de intermediación no genera responsabilidad y ello redundaría en perjuicio de la institución.

La curiosidad se disipa desde el mismo momento en que se advierte que la Jurisprudencia limita la obligación del mediador prácticamente a la de hacer gestiones para poner en contacto a las partes que pretenden celebrar un contrato sobre un bien inmobiliario, ampliando la más moderna Jurisprudencia la responsabilidad en los casos en que no se transmite una adecuada información sobre el inmueble objeto de contrato, atendiendo al caso concreto y sin que exista una especie de catálogo informativo cuya omisión genere responsabilidad civil.

Por ello debemos hacer una breve reflexión sobre este punto⁹¹:

NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO.- El contrato de mediación es, a diferencia del mandato, esencialmente oneroso. Los servicios de mediación son una prestación de medios, no de resultado, sin embargo sólo nace el crédito del mediador si se produce el resultado que no es la consumación de un contrato, el cumplimiento de lo pactado, sino la perfección del mismo⁹², la dación del consentimiento o, lo que es igual, el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa inmobiliaria y la causa, generalmente compraventa o arrendamiento, que han de constituir el contrato (art. 1262 CC) que coincide con la existencia del contrato (art. 1254 CC), siempre que, evidentemente, el mediador haya intervenido eficazmente en dicho concurso (lo que se dice coloquialmente como intervención en el “cierre del trato”).

No estamos de acuerdo con la Sentencia de la AP Baleares de 20/09/2005 cuando afirma que el pacto por el que se “aplaza” el pago de honorarios a la firma de la escritura pública está condicionando su cobro a dicho otorgamiento. Esta interpretación supondría una clarísima vulneración del art. 1119 del CC al pender la condición (de la firma) de la voluntad del obligado frente al mediador así como del art. 1.256 C.C. que proscribía que la validez y cumplimiento del contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes. La práctica demuestra que son muchos los casos en que se evita la firma para no pagar al mediador dejando trascurrir un tiempo más o menos largo para, a espaldas del profesional, firmar el contrato. No hay condición alguna en el contrato de mediación sino que más bien se trata de un contrato aleatorio.

⁹¹ AYARZA SANCHO, JOSE ALBERTO realizó un estudio minucioso sobre los honorarios de los API concluyendo en que (1) el derecho a retribución nace con la perfección del contrato mediado, (2) que la tendencia a la ocultación y fraude en el pago de honorarios solo se combate con la prueba documental o nota de encargo, (3) que a estos efectos la Jurisprudencia más reciente considera que el pacto de arras penitenciales supone la no perfección del contrato y (4) que, salvo pacto, las vicisitudes o incumplimientos posteriores a la perfección del contrato no afecta al derecho de retribución. Diario la Ley nº 6630 de 16 de enero de 2.007.

⁹² AYARZA SANCHO, J.A. (Obra cit.) señala la STS del TS de 30 de abril de 1998 en la que se citan otras muchas.

Recientemente el TS, en sentencia ya aludida,⁹³ ha fijado la doctrina en cuanto al cobro de honorarios en el sentido de que “el mediador encargado de la venta de una vivienda tiene derecho a la retribución íntegra de la comisión pactada cuando su gestión resulte decisiva o determinante para el "buen fin" o "éxito" del encargo realizado, con independencia de que la venta se lleve a cabo por el oferente sin su conocimiento y del precio final que resulte de la misma.”

La pregunta sería la siguiente: ¿Qué gestión hay en la mediación de indicación cuando el mediador se limita a señalar tercero con el que el comitente podrá contactar para intentar negociar la operación inmobiliaria?

SUJETO OBLIGADO AL PAGO.- La pregunta es: ¿Sólo el vendedor o también el comprador? Algunas sentencias, equivocadamente pues lo que hacen es equiparar la mediación al mandato, en el que la relación es exclusivamente entre el mandante (que encarga) y mandatario (que gestiona), imponen esta obligación sólo al mandante y se olvida del mediatario que se ha aprovechado de las gestiones imparciales del mediador. El argumento es que las actuaciones en provecho del adquirente forman parte del contenido obligacional del contrato de mediación suscrito por el oferente. Para nosotros no cabe duda que para la prestación de un servicio a una persona nos bastaría sólo con la institución locativa o, quizá, con el mandato no representativo.

La SAP de Asturias de 23/09/2003 aporta criterios contundentes cuando afirma que en el servicio de mediación tan beneficiado resulta el comprador como el vendedor pues precisamente es con la función mediadora con lo que

⁹³ Sentencia del TS de 21 de mayo de 2014 (La ley 74472/2014) en la que se califica al contrato de mediación de principal sin que exista vínculo causal directo con la celebración del contrato ulterior y concluye que en este contrato, por su atipicidad y dada la naturaleza jurídica del mismo separado de la comisión mercantil, innominado “facio ut des”, derivado del contrato de mandato y con yuxtaposición de varios contratos típicos, difícilmente puede deducirse que *“la obligación del mediador pueda calificarse de una propia obligación de resultado que determine su perfección con la ejecución o consumación de una situación jurídica que posibilitada por el mediador, no obstante, no depende ya de su marco de actividad.”*

entran en contacto el uno con el otro. Parece evidente que se refiere a la mediación de negociación y que este criterio no cabe en la de indicación.

Pero no son pocas las sentencias que afirman que la información que del mediador obtiene el comprador forma parte del servicio prestado al oferente de puesta en el mercado del bien (indicar la oportunidad de concluir el negocio con el tercero); la AP de Madrid ha reiterado que sólo queda obligado el oferente que solicita el servicio al mediador⁹⁴, doctrina que, aun cuando el que suscribe no considera acertada ya que el solo hecho de acudir al agente solicitando información implica requerimiento de servicio, sería remotamente admisible siempre que la captación del tercero fuere por comportamiento activo del agente y totalmente pasivo del tercero y, además, constara expresamente la negativa de éste a aceptar la intervención del mediador pues en otro caso le está sirviendo de intermediario debiendo, en consecuencia, abonar la retribución.

Ante la inseguridad jurídica que se crea con la disparidad de criterios se nos ocurre proponer una cláusula de estilo, por lo demás habitual de la contratación intervenida por Agente, para que el pago de los honorarios formara parte del negocio celebrado consistiendo la cláusula en distribuir los honorarios conforme a los estipulado en el contrato resultante de la actuación de intermediación. Sin embargo, siendo esto lo más conveniente para las partes no lo es, por contra, para el mediador que por razón de sus honorarios y la necesidad de negociar las partes su pago pasa a formar parte del conflicto que supone la creación del negocio; es decir, el mediador forma parte del problema que supone ponerse de acuerdo en todos los puntos del contrato pretendido.

CUANTUM DE HONORARIOS.- Es criterio constante y uniforme estar a:

⁹⁴ SsAP Madrid (sec. 21) de 18 de noviembre de 2005, 14 de septiembre de 2005 o (sec 11) 30 de septiembre de 2005 y, más reciente, la sentencia de 20 de mayo de 2013 que remite a la STS de 30 de abril de 1998 con la doctrina de que el comprador solo viene obligado al pago si se acredita que éste solicitó al mediador otros servicios más allá del hecho de aceptar una oferta del Agente; o, también de la AP de Madrid, de 14 de mayo de 2014, en este caso exonerando del pago al vendedor.

Lo pactado entre las partes.
Tarifas oficiales (normas orientativas).
Usos de la plaza.

Para su determinación se tendrá por base el valor real del bien transmitido.

No podemos terminar este apartado sin aludir a supuestos prácticos analizados por la doctrina en que es posible negar los honorarios al mediador inmobiliario. En este sentido ya sabemos la posición Jurisprudencial al respecto: basta la perfección del negocio para que surja el derecho a retribuir, sin tener en cuenta los actos posteriores de las partes en la consumación del contrato; a salvo los supuestos en que el contrato no se consuma por actos imputables al mediador. La doctrina es clara, el mediador no puede quedar mermado por la mala fe, falta de seriedad o posturas incongruentes de alguna de las partes mediadas. Partiendo de este principio general, como señaló SANPONS SALGADO⁹⁵, no es fácil (quizás mejor, prudente) generalizar en este supuesto. Según este autor puede ocurrir que, en la práctica, el corredor, por descuido o mala fe, ponga en relación a su oferente para la conclusión de un negocio con una persona totalmente insolvente, y que el contrato no llegue a consumarse por falta de pago del precio estipulado. Sobre este supuesto afirma dicho autor que es necesaria la consumación del contrato para que surja la obligación de retribuir al corredor. Pienso que, a su vez, el autor generaliza de nuevo. Así, no debería responsabilizarse a un mediador (salvo, lógicamente, actuación dolosa o mala fe) de la situación económica del posible adquirente, pues para ello existen medios de defensa y garantía de las que se puede valer el transmitente que por el deseo de vender (supuestamente a un buen precio) debe asumir ciertos riesgos propios del tráfico jurídico. La responsabilidad del mediador, concluyo, queda a salvo desde el momento en que informa a su cliente de los medios de garantía y defensa que le asisten para el caso de incumplimiento del contrato y sólo una actitud dolosa de engaño le puede hacer incurrir en responsabilidad. Por ello,

⁹⁵ Obra cit.

como señala GARRIGUES (según referencia del autor que comentamos) es conveniente el examen de cada caso concreto.

En busca de los supuestos más importantes que la casuística nos puede dar, LAZARO PEREZ⁹⁶ atiende a una serie de casos que también son expuestos, y ampliados, por SANPONS SALGADO⁹⁷ y que son los siguientes:

- 1) Contrato nulo o inexistente.- El corredor tendrá derecho a retribución si desconocía la causa de nulidad, conociéndola el cliente.
- 2) Contrato anulable.- Se aplica también el criterio del conocimiento o desconocimiento del mediador, advirtiéndose que éste podrá reclamar sus honorarios en tanto la nulidad no sea declarada judicialmente (el contrato existe y puede ser convalidado) y, en todo caso, en los supuestos de ratificación -confirmación- y caducidad del plazo de anulación (desaparece la causa de anulabilidad).
- 3) Contrato rescindible.- Se aplica el principio antes expuesto. La jurisprudencia, en estos casos, ha reconocido los derechos del mediador (SsTS de 5 de julio de 1.946, 3 de junio de 1.950 y 16 de abril de 1.952).
- 4) Contrato resuelto.- Sea la resolución convencional, legal o judicial, el mediador debe ser retribuido. También en los supuestos de desistimiento unilateral del contrato. En todos estos casos el contratante no culpable podría ser indemnizado por la otra parte de los perjuicios que se ocasionen, entre ellos la retribución al mediador.
- 5) Novación extintiva.- La retribución del corredor no puede verse afectada por esta causa. Así lo entendió la STS de 11 de junio de 1.947 en base al artículo 1.207 del C Civil en cuanto que "cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubieran prestado su consentimiento".

⁹⁶ LÁZARO PEREZ, Juan: "Los contratos de mediación" (Estudios de Derecho Privado. Vol. II Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1965. Pág 198) refiriéndose a los supuestos de contrato inexistente o nulo, anulable o rescindible, condicional, preliminar y simulado.

⁹⁷ SANPONS SALGADO, MANUEL: "El contrato de corretaje". Editorial Montecorvo. Páginas 150 y siguientes en las que intenta traer las soluciones propuestas por la doctrina italiana.

En realidad es una aplicación analógica pues el contrato de mediación, principal "per se", ya lo calificamos como previo-contrato al posterior objeto del mismo. Hay cierta razón cuando se dice que la retribución del mediador es accesoria de la obligación resultante del negocio mediado.

6) Contrato condicional.- Se dice que por ser criterio de equidad recogido en Códigos como el italiano, alemán y suizo, la suspensión o resolución dimanantes de la condición del contrato debe afectar a la retribución del mediador en el sentido de que la primera la excluye hasta su cumplimiento y la segunda obliga a retribuir sin devolución caso de cumplimiento. Algunos comentarios hicimos, anteriormente, al respecto. Sólo advertir que la condición se tendrá por cumplida cuando las partes mediadas impidiesen voluntariamente su cumplimiento (art. 1.119 del C. Civil)

7) Contrato de ejecución continuada o sucesivo tracto.- El corredor tiene, por supuesto, derecho a retribución sin que la misma sea fraccionada en función de la que se produce en el negocio concertado; éste, aunque aplazado en su total consumación quedó perfecto desde su celebración con la actuación, ya concluida, del mediador.

8) Contrato preliminar o precontrato.- Habría que entrar en el estudio de la naturaleza jurídica de este contrato para llegar a una conclusión más o menos certera. Si a ello añadimos la nada pacífica conclusión de nuestros autores sobre el vínculo que une a los sujetos en este contrato (preparatorio) las dificultades se extreman y dependen de los términos del propio documento contractual. Por ello considero acertado el espíritu conciliador del autor que comentamos que, basado en la Casación italiana, concluye afirmando el derecho de retribución del mediador cuando le fue expresamente encomendado la consecución de la estipulación precontractual. Si lo que se le encomendó fue el contrato definitivo y, por imposibilidad de conseguirlo, se desemboca en un futuro compromiso, habrá que valorar (difícil cuestión) objetivamente la idoneidad del contrato preliminar que deba desembocar en el definitivo. Todo ello sería de aplicación a la llamada "opción de compra".

Vemos como los supuestos que puedan surgir de la práctica pueden ser extensos (por su número) e intensos (por su solución). Pero ante todo habrá que tener en cuenta la intención de las partes interesadas y los términos de la

mediación encomendada, sin que por decisiones unilaterales se puedan menoscabar los derechos del mediador que, al fin y al cabo, en todos los supuestos contemplados, realiza una ardua labor (desconocida y no reconocida lo suficiente) que, en mayor o menor medida, debe ser recompensada, pues la causa de la mediación, como credendi -siempre se espera contraprestación por la perfección del negocio, sea el que fuere e independientemente de acontecimientos posteriores; de lo contrario, seguro, no actuaría el mediador-, no puede ser transformada de manera aleatoria en beneficio del que aprovecha la labor del mediador.

7.2. SUPUESTOS CONCRETOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDIADOR.-

La responsabilidad del mediador en su intervención profesional podrá ser extracontractual o al margen de un contrato de mediación o en relación con el mismo (yuxtaposición de responsabilidades) o contractual en virtud del contrato de mediación.

La primera basada en el genérico “neminem laedere” del art. 1.902 del C. Civil.

La segunda con arreglo a las normas generales del C. Civil... art.1124 y 1.101; así, el incumplimiento también puede venir de mano del mediador en su relación con el solicitante del servicio. Incumplimiento total (dejación absoluta de dar salida al mercado al inmueble sin notificarlo al solicitante de los servicios, puesto que el mandato tiene un carácter voluntario en los términos que recoge el C.C.; es decir, puede el mediador no aceptarlo o renunciarlo poniéndolo en conocimiento del cliente. En este sentido, la voluntariedad de la mediación a que se refería el art. 2 del Rto. del 69 podría estar pensando no sólo en el mediado, sino también en el Agente), o parcial (mala gestión del asunto, falta de información adecuada a las partes, formalización contractual mal planteada, etc) que puede causar perjuicio a las partes, las cuales podrán acogerse, además de a las acciones legales que les corresponda, a la vía de hecho de la retención o negativa al pago. Este supuesto es recogido en STS de 4 de julio de 1.994. En ella se dice que el cobro de los honorarios por el mediador presupone que el contrato de compraventa que se perfeccione por su intervención sea el que corresponde a la verdadera situación jurídica y registral del inmueble o inmuebles que se tratan de vender, lo que el mediador (en este caso Agente de la Propiedad Inmobiliaria) tiene el deber profesional de averiguar y conocer (lo ordena el artículo 30 del Reglamento de diciembre del año 1.969), y ponerlos en conocimiento de las dos partes y de responder

de la exactitud de los datos que les facilite (art. 28 del citado Reglamento), nada de lo cual constaba haberse hecho...pues además de no dar a conocer al comprador importantes circunstancias referentes al inmueble vendido (condición resolutoria, afección a liquidación complementaria de la Agencia Tributaria, etc), el simplista documento privado redactado por el mediador se limitó a consignar datos que no correspondían con la realidad lo que provocó indebidamente el consentimiento del comprador. Este es un resumen de lo que la Sentencia considera como un mal cumplimiento por parte del mediador que no facilitó datos registrales de gran trascendencia para el comprador.

En fin, la responsabilidad será contractual en el ámbito que recogen las reglas generales de las obligaciones y que dará lugar a la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados a las personas con las que se comprometió a realizar sus servicios de mediación o cualesquiera otros servicios pactados. Por supuesto, la actuación del mediador tendría que quedar comprendida en los supuestos de dolo, negligencia o morosidad que señala el art. 1.101 del C. Civil, aun cuando el concepto de morosidad es de difícil encaje dado que es obvio que un mediador no puede garantizar el resultado de su actuación en un determinado plazo de tiempo, ni siquiera que su actuación sea eficaz, sobre todo cuando son las partes mediadas las que van a decidir la perfección o no del negocio pretendido. En consecuencia, la morosidad del mediador se circunscribe a la falta de actuación profesional una vez hecho el encargo y aceptado por el mismo, lo que deriva, sin duda, en una falta de diligencia que impide dar salida al bien inmobiliario que se le confía. La realidad demuestra la dificultad de imputar conductas generadoras de responsabilidad a los mediadores, dado que estos están sujetos a las reglas del mercado. Y es que, de lo que no hay duda es de que los bienes en los que se produce cierta dejadez por el mediador es o porque su propietario está fuera de lugar (pide un precio desorbitado, no cede ante una negociación razonable, no "lava la cara" al inmueble para hacerlo más "apetecible" impidiendo su estado la captación de posibles compradores, etc.) o porque la coyuntura del mercado no es todo lo favorable que se quisiera. Ello conduce a que parte de la cartera inmobiliaria del mediador se encuentre en situación de espera de nuevos acontecimientos, lo que no quiere decir que su conducta

sea culposa o negligente. En consecuencia la falta de actuación del mediador para con un determinado inmueble no es generador de responsabilidad, salvo que dicho inmueble le haya sido concedido en exclusiva. Todo lo anterior se confirma cuando más adelante estudiemos la extinción del contrato de mediación. Con lo dicho, serán los Tribunales los que han de tener la palabra.(art 1.726 C.C.).

(Art. 1.726 C.C.: "El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido.")

En los contratos de trabajo o gestión, por la relación de confianza que los caracteriza, es posible tanto la revocación del solicitante del servicio como la renuncia del requerido; igualmente, en estos contratos, ante una conducta generadora de responsabilidad parece más propio acudir a la indemnización restauradora que al cumplimiento en forma específica (art. 1.098 C. C.), sobre todo cuando la elección de la persona, en este caso el mediador, se hace por la creencia en sus cualidades y capacidad personal (art. 1.161 C.C.). Esto creo que es básico en muchas profesiones liberales. Así, si yo confío un asunto a un abogado por mi creencia en su buena profesionalidad y con la convicción del buen resultado del litigio, ante la ulterior negligencia de éste, no puedo ser resarcido con que se obligue al abogado a la prestación del servicio pues la pérdida de confianza es inevitable. Tampoco podré ser resarcido con que desarrolle el servicio solicitado un abogado "cualquiera" a costa del primer obligado. Lo lógico sería evaluar el daño si es que se ha producido, indemnizar, y luego ya decidiré si seguir con el asunto adelante o no y, optando por lo primero, quién será el que lo lleve a su fin. Algo así pasaría con la mediación. El mediador no podría eludir su responsabilidad diciendo que el asunto se ponga en manos de otra persona pues el daño ya está hecho. El daño se indemnizará y el asunto se pondrá o no en manos de otro mediador.

Ahora bien, para que proceda el resarcimiento por los daños y perjuicios causados se deben dar una serie de requisitos que difícilmente se

concentrarán en el mediador. En este sentido debe concurrir que el incumplimiento le sea imputable (ya hemos comentado esta difícil imputación...), que no se pueda cumplir en forma específica (igualmente comentado), que exista un daño resarcible y probado no sólo en su existencia sino también en su cuantía, y finalmente la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño que se alega. Todo ello, en la mediación, de difícil evaluación, hasta el punto de que, a mi entender, debe haber un auténtico dolo (intención y conciencia en dañar) o una culpa lata (con cierta malicia o rayana en el dolo) para poder exigir esa responsabilidad. Sin embargo, esta afirmación no excluye otros supuestos en que, realizada la mediación, se causen perjuicios a alguno de los mediados. Son casos en que el mediador no da una información veraz sobre el estado jurídico del inmueble, o muestra un inmueble similar (ante la imposibilidad de mostrar el vendible) afirmando que el que se vende se entregará en el mismo estado de conservación, o cualquier otro supuesto que la imaginación nos pueda decir (la realidad puede superar la ficción).

En materia de extinción del contrato de corretaje hay que advertir sobre una posible responsabilidad del mediador. No hay que olvidar la posibilidad de renuncia que tiene el mediador por simple aplicación analógica de las reglas del mandato (y por el carácter voluntario y recíproco que supone la mediación según el Rto. de la profesión), a lo que cabría preguntarse, también, si es posible una renuncia tácita. Al respecto, se deduce de los preceptos del mandato la imposibilidad de renunciar de forma tácita y es que, cuando se confían los asuntos propios a una persona, la dejación o desidia de ésta puede originar perjuicios a su mandante. Perjuicios que, en el ámbito de la mediación son, según hemos visto, difícilmente alegables fuera del dolo, lo que se traduciría, en opinión discutible, en la posibilidad de renunciar de una forma tácita.

Ello no obstante la evaluación de la situación sería distinta en el supuesto de mediación concedida en exclusiva a la de mediación no exclusiva. Mientras que en el primer caso los perjuicios a ocasionar serían más evidentes por una renuncia tácita sin conocimiento de la persona interesada, en el segundo caso

es claro que el interesado, al no dar exclusiva, está evidenciando su voluntad de actuar por sí mismo o de ponerlo en manos de otros profesionales, por lo que la renuncia (tácita, sin aviso) de alguno de ellos no supondría dejar sin efecto las intenciones del cliente (v. gr. poner en el mercado, vender o alquilar un inmueble). El carácter tácito de la renuncia se pondría en evidencia si por el transcurso del tiempo, el mediador deja de tener contactos con el cliente para ponerlo al día de los distintos acontecimientos que resulten de su encargo. La práctica nos dice que estas situaciones están a la orden del día, consolidándose como costumbre impuesta por el uso de la mediación. En conclusión, cabe admitir una renuncia tácita a la mediación por parte del mediador, siempre que ésta no haya sido puesta a su disposición con el carácter de exclusiva. Sin esa exclusividad, el mandante está siempre en disposición de salvar la renuncia evidenciada en la omisión del mediador cumpliendo con la protección que le brinda el artículo 1.737 del Código Civil. Con ello digo que el mandante-oferente, en la mediación no exclusiva, siempre podrá disponer, cuando y como quiera, de su inmueble. No queremos insistir en los comentarios que se hicieron sobre la práctica habitual de las Agencias de tener una cartera que por diversas consideraciones (situación de mercado, onerosas pretensiones o condiciones del oferente,, estado del inmueble, etc.) se encuentra en "segunda línea", que no quiere decir fuera de expectativas (más bien a la espera de nuevos acontecimientos o instrucciones).

(Art. 1.737 C.C.: "El mandatario, aunque renuncie al mandato con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta.")

La responsabilidad por mala praxis, que, según hemos adelantado, con tanta nitidez se advierte en determinadas profesiones, no la encontramos como criterio inequívoco en el ámbito de la intermediación inmobiliaria en el que resulta realmente difícil imputar responsabilidad en base a actuaciones de escaso celo profesional. Así, el TS, en S de 17/12/1986 (8384) parte de la idea de que el incumplimiento de los deberes impuestos por los, ya derogados,

arts. 28, 30, 31 y 32⁹⁸ del Rto. del 69 no afecta a los honorarios de los Agentes que, en este sentido, no pueden estar sujetos a meras formalidades administrativas. Por no afectar a su derecho de remuneración parece evidente que el incumplimiento de tales preceptos no se puede oponer frente a la exigencia de esta remuneración y si esto es así es porque no contienen obligaciones civilmente exigibles y, en consecuencia, no pueden ser fuente de responsabilidad.

Sigue este criterio la Jurisprudencia menor en sentencias como la de la Sec. 5ª de AP Oviedo: “la declaración de incumplimiento de las obligaciones a las que se refiere el art. 28 del RD 3248/1969, no solo por su notable imprecisión, sino también por referirse a supuestas infracciones de carácter administrativo cuya definición y sanción no corresponde a este orden jurisdiccional civil....”; o, en el mismo sentido, la SAP Castellón de 13/09/1999 (EDJ1999/56198) que considera que la no suscripción de la nota de encargo generaría tan solo responsabilidad administrativa. Hay otras sentencias que hacen referencia a la falta de diligencia atendiendo a la normativa reglamentaria reguladora de la profesión.

Sin embargo, frente a esta doctrina, se va abriendo paso a una nueva que ve en la falta de profesionalidad del Agente con arreglo a su normativa específica un elemento determinante en la imputación de responsabilidad. La jurisprudencia suele imputar responsabilidad al intermediario en dos supuestos muy concretos, a saber:

Primero: No cumplir con el deber de legalidad que le impone su normativa profesional, lo que equivale no solo a la exigencia del conocimiento de las leyes que regulan los negocios inmobiliarios sino, además, el deber de velar por el cumplimiento de esa legalidad. En estos casos se exige una responsabilidad reclamando el daño acreditado. Un claro ejemplo lo encontramos en la Sentencia del TS de 2 de octubre de 1.999 que condena a

⁹⁸ El art. 28 se refiere a la eficacia, honorabilidad, reserva y legalidad en las actuaciones; el art. 30 a la nota de encargo; el art. 31 al derecho a honorarios con y sin exclusiva en la gestión; y el art. 32 a la documentación de sus actuaciones con arreglo a las directrices colegiales.

un Agente a abonar daños y perjuicios causados al oferente del contrato de mediación sobre la base legal de los arts. 1101 y 1106 del C. Civil. Esta Sentencia se hace eco de la heteronomía existente en orden a la lex artis de la actividad y que viene formada por “las normas generales de las obligaciones y contratos comprendidos en los Títulos I y II del Libro IV del C. Civil, usos comerciales y normas complementarias.....”, debiendo incluirse entre éstas el régimen estatutario de la profesión, la deontología de la misma y los criterios que se puedan desprender del principio de la buena fe y de los usos a que hace referencia el art. 1.258 del C. Civil.

La sentencia se refiere a un supuesto en el que interviene un Agente inmobiliario en el que cabe destacar los siguientes hechos:

El oferente, adquirente de unos inmuebles de protección oficial por incorporación como socio a una Cooperativa promotora, encarga al Agente la venta de la vivienda y plaza de garaje adjudicados, haciendo constar en la nota de encargo de los servicios profesionales que el inmueble era de renta limitada, así como el precio que pretendía aquél y la retribución de éste.

Los inmuebles fueron vendidos con intervención efectiva del Agente por el precio libremente pactado entre ambas partes contratantes, cobrando aquél sus honorarios.

La compradora denunció a la vendedora ante el Instituto de la Vivienda que, tras expediente sancionador, impuso a ésta sendas sanciones pecuniarias.

En demanda de conciliación promovida por la compradora, la vendedora se aviene a la misma transigiendo en los términos del contrato en el sentido de ceder sus derechos en la Cooperativa para la adjudicación de la vivienda y garaje por el precio de las aportaciones realizadas a la misma, dando por resuelto el contrato de compraventa y declarando terminadas sus relaciones con dicha transacción.

La vendedora demanda al Agente exigiéndole los daños y perjuicios sufridos por la intervención del mismo en la compraventa consistente en la diferencia entre el precio establecido en el contrato y lo realmente recibido por la transacción realizada.

La sentencia estima la demanda señalando como único fundamento el incumplimiento del deber de información del “corredor” en el sentido de que tuvo que “advertir” al cliente (vendedor) sobre “la imposibilidad de celebrarse la venta en cuestión por un precio superior al permitido por la ley”.... Pues entre sus obligaciones profesionales estaba la de “conocer el precio máximo para las viviendas oficiales, y sus consecuencias para el caso de que excediera del mismo”, concluyendo que “el agente.... incurrió en una negligencia inexcusable de la que se deben derivar responsabilidades contractuales.....”.

Y segundo: No cumplir con el deber de información que, igualmente, le venía imponiendo su normativa reguladora. No nos referimos a la información exigida por la normativa de protección del consumidor ya que esta generará una responsabilidad administrativa según veremos. La información que debe darse es la que resulta tan sensible al demandante de inmuebles que podría generar una acción de nulidad o anulabilidad del negocio inmobiliario intermediado. Sin embargo, en estos casos, el conflicto no se encuentra en exigir indemnización por daños, sino en impedir el cobro de honorarios, lo que no es óbice para exigir aquellos si se acredita su existencia. El ejemplo lo encontramos en la STS de 4 de julio de 1994 que, según hemos adelantado, determinó como deber profesional del mediador el suministro de información veraz: “la referida doctrina jurisprudencial, que aquí se ratifica, expresiva, en síntesis, de que, como norma general y salvo pacto expreso en contrario, el derecho del agente mediador al cobro de su comisión nace desde el momento mismo en que el contrato de compraventa (objeto de la mediación) queda perfeccionado, sin necesidad de esperar a la consumación del mismo, a la que ya es totalmente ajeno el agente mediador, la referida doctrina jurisprudencial, repetimos, presupone, como es obvio, que el contrato de compraventa que se perfeccione sea el que corresponda a la verdadera

situación jurídica y registral del inmueble o inmuebles que se tratan de vender, lo que el agente de la Propiedad Inmobiliaria, que interviene como mediador, tiene el deber profesional de averiguar y conocer, conforme le ordena el pfo. 2º art. 30 Rgto. de los colegios oficiales de agentes de la propiedad inmobiliaria, aprobado por el D 3248/1969 de 4 diciembre, y de ponerlos en conocimiento de las dos partes y de responder de la exactitud de los datos que les facilite (núms. 1 y 7 art. 28 del citado reglamento), nada de lo cual consta en el proceso que lo haya cumplido el Agente de la Propiedad Inmobiliaria,...”.

Esta sentencia, que consideramos realmente acertada en su doctrina, ha abierto las puertas sobre la responsabilidad por incumplimiento de deberes no contractuales, sino profesionales (lex artis); sin embargo resulta criticable su aplicación al caso concreto cuando vemos los hechos que se declararon probados por la Audiencia Provincial de Albacete (fundamento Tercero)⁹⁹ cuya sentencia fue revocada.

Criterio, el de imputación de responsabilidad al Agente poco profesional en la información que maneja y facilita, que vemos en la Jurisprudencia menor: SAP Cádiz de 21 de junio de 2002 (2002/42117) referido a un chalet inscrito como solar que, ante la omisión de la declaración de obra nueva, impidió acudir a financiación con garantía hipotecaria. O la SAP Vizcaya de 2/05//2000 (2000/35981) referida a problemas en un expediente de descalificación de VPO. E incluso la SAP Jaén que estimó el cobro de honorarios por no acreditarse, imponiendo la carga de la prueba al demandado, el incumplimiento del art. 28,1 y 7 del Rto. del 69.

⁹⁹ En ese fundamento se lee como hecho probado: "...y sin que se pueda señalar con cierto grado de validez en derecho que no existía hoja escrita del encargo encomendado al mismo, por resultar probado que el documento privado de compraventa se redactó por la persona del corredor de fincas, y sin que la denunciada cualidad de figurar libres de cargas los bienes sea atendible por aparecer pendiente de otorgar la oportuna escritura de cancelación registral la hipoteca cuya deuda que viene a garantizar estaba abonada, así como la titularidad de uno de los inmuebles pertenecía a una sociedad de la que eran socios mayoritarios los vendedores, y cuyos extremos eran conocidos por la persona del comprador al que le interesaba la operación, como resulta de haberse obligado mediante la autorización del documento privado, origen de la controversia y de la procedencia de la reclamación deducida por el *agente mediador*....”

Ello, con independencia de la exigencia de prueba al Agente actor, como elemento que acredita la efectividad de la intervención, de la relación de causalidad entre la intervención o gestiones del mediador y el contrato celebrado, relación que se rompe por el mero lapso de tiempo (más de 6 meses) (SSAP Asturias 24/07/2000 y 19/03/2003).

También se basa en la necesidad de atender al Rto. de la profesión la SAP de Baleares de 4/03/2004 (2004/16234) que desestimó una demanda de honorarios por omitir el plazo de duración en la nota de encargo, al haberse celebrado el contrato después del plazo fijado en el art. 30 del Rto., posición que se reforzaba con el art. 1256 del C. Civil, y todo ello a pesar de pactar el devengo de honorarios si la venta la realizaren por su cuenta los clientes. Sentencia que lo que realmente impone es la eficaz intervención del Agente como causa (1274 CC) del contrato pues la razón de los honorarios se encuentra en la contraprestación del Agente.

Como hemos adelantado, se puede afirmar que son escasas las demandas de exigencia de responsabilidad contra los mediadores inmobiliarios pues más bien se tratan conflictos con relación al pago de honorarios; de manera que frente a la demanda de los mediadores se suele oponer la excepción de falta de cumplimiento del servicio prestado (*exceptio non adimpleti contractus*) o mal cumplimiento del mismo (*non rite..*).

Podemos concluir que:

1.- La ausencia de prestación del servicio de mediación generalmente no es determinante de responsabilidad del mediador. A pesar de que se estima la bilateralidad del contrato de mediación en la práctica no encontramos sentencia alguna que condene a un mediador por omisión total de actuación. Así se puede afirmar que la ausencia de eficacia a la que se refiere la normativa profesional no genera responsabilidad por daños, si acaso impide el cobro de honorarios pues son muchas las Sentencias que exigen al mediador no solo poner en contacto las partes sino también contribuir eficazmente a la conclusión del negocio. En este sentido la SAP Madrid de 5

de abril de 2006, remitiendo a la de Salamanca de 7 de septiembre de 2000 y afirmando la unanimidad de la Jurisprudencia en este sentido, dispone que para considerar generado el derecho de retribución por parte del mediador es exigible: “A) Que esté debidamente documentado tanto la realidad del encargo o contrato de mediación, como las condiciones del mismo, al menos en lo referido a la duración del encargo, la posible exclusividad y la retribución; B) Que el mediador acredite de forma fehaciente que su gestión ha sido decisiva para que la gestión se lleve a cabo...”; doctrina que ha provocado en muchas ocasiones que las partes una vez contactadas por el intermediario sin lograr el acuerdo hayan reanudado más tarde la negociación al margen de aquel para evitar el pago.

2.- Por el contrario, sí se origina responsabilidad por daños y perjuicios en los siguientes supuestos:

2.a.- No salvaguardar la legalidad en el acto intermediado.

2.b.- Facilitar a las partes información no veraz con trascendencia en el consentimiento.

2.c.- Ocultar a las partes, con intención o sin ella (ignorancia inexcusable), información con trascendencia en el consentimiento de aquellas.

En este caso (2.c) la cuestión fundamental en el supuesto de información suministrada por el cliente es saber si el mediador tiene un deber añadido de investigar la realidad de los datos facilitados. La SAP ZARAGOZA 11 de diciembre de 1998 (EDJ 1998/36152) señaló que el cumplimiento del deber informativo y de consejo del mediador no se limita a los datos físicos del inmueble, sino también a los jurídicos y éste no se soslaya con la razón de recaer sobre datos de Registros Públicos accesibles a los compradores.

Si intentamos ordenar las resoluciones que tratan estos conflictos encontramos dos tipos de consecuencias:

1.- Desestimación de las demandas de cobros de honorarios sin que se generen indemnizaciones a cargo del patrimonio del mediador.

2.- Estimación de demandas de clientes por las que se reclama indemnización de daños y perjuicios derivados de la incorrecta gestión del mediador ya por no salvaguardar la legalidad, ya por razón de la información que maneja.

Ejemplos de la primera:

SAP MADRID 5 de diciembre de 2006 (EDJ2006/395392): No exclusiva. Perfección por intervención de 2ª inmobiliaria.

SAP MADRID 4 de diciembre de 2006 (EDJ 2006/395658): Solo enseñó la vivienda. No puso de acuerdo con la vendedora.

SAP CIUDAD REAL 28 de noviembre de 2006 (EDJ 2006/346425): Falta de legitimación ad causam (art. 1.257 CC). Dos Inmobiliarias; cada una ligada con su cliente. Una no puede demandar a ambas partes.

SAP TOLEDO 27 de noviembre de 2006 (EDJ 2006/362881): Hoja de visita insuficiente para acreditar gestión a favor de comprador. Sólo paga el vendedor. Se presume que el comprador no paga salvo pacto expreso. Presunción de gratuidad.

SAP MADRID 14 de noviembre de 2006 (EDJ 2006/385937): Arras penitenciales no perfeccionan el contrato.

SAP BALEARES 8 de noviembre de 2006 (EDJ 2006/319611): Solo se tramitó la venta. El mediador no intervino en la perfección del contrato.

SAP A CORUÑA 30 de octubre de 2006 (EDJ 2006/313126): No existe hoja de encargo. Falta de prueba.

AP MADRID 30 de octubre de 2006 (EDJ 2006/373754): Arras confirmatorias condicionadas a la aceptación del vendedor.

SAP MADRID de 23 de octubre de 2006 (EDJ 2006/373258): Arras penitenciales no perfeccionan contrato.

Concluimos con la STS de 27 de junio de 2013: Mala fe del mediador ante la deslealtad de entorpecer la consumación de los contratos en los que había intermediado e incumplimiento contractual al demandar la resolución de dichos contratos y no ajustarse a las instrucciones del mandante.

Advertimos lo que venimos denunciando a lo largo de este trabajo que no es más que aun cuando el concepto de contrato de mediación que se acepta unánimemente por la jurisprudencia incluya la de indicación, la realidad demuestra que son muchas las sentencias desestimatorias de demandas de reclamación de honorarios basadas en que el mediador se ha limitado a indicar y no ha sido el que con su actividad ha contribuido a poner de acuerdo a las partes, a la perfección del contrato, lo que supone exigir que exista una labor de intermediación, en definitiva, que la mediación sea de negociación. Estas sentencias que, insistimos, son reiteradas excluyen el cobro de honorarios en los siguientes supuestos:

Cuando el negocio se perfecciona a través del trato directo entre las partes, y ello aun cuando el mediador haya sido el que las ponga en relación.

Cuando interviene un segundo mediador, a pesar de que haya sido el primero el que puso inicialmente en relación a las partes.

Cuando la operación se ha cerrado al retomar las partes la negociación soslayando al mediador que inicialmente intervino sin conseguir llegar a la

perfección, supuesto demasiado frecuente en el que se amparan las partes para eludir el pago de honorarios.

En cuanto a la segunda consecuencia (además de los contemplados con anterioridad) podemos mencionar las siguientes sentencias:

SAP BALEARES 22 de septiembre de 2006 (EDJ 2006/312440): La Inmobiliaria (mandataria de vendedor) acepta arras penitenciales del comprador y no lo comunica a aquél que vende a tercero (responsabilidad solidaria del mandatario por incumplimiento de obligaciones para con el comprador).

SAP BARCELONA 4 de septiembre de 2006 (EDJ/413438): Error en las condiciones de la cosa que dieron motivo a celebrar el contrato ya que la vivienda constaba “administrativamente” como local, lo que produjo inseguridad jurídica que entorpece la pacífica posesión. El mediador, en quien confiaba el comprador, debe entender y conocer sobre regulación de la habitabilidad y ocupación de inmuebles asegurándose de la información disponible.

SAP ALAVA 15 de junio de 2006 (EDJ 2006/404660): Responsabilidad del Agente por intervenir en venta de vivienda para rehabilitar con subvenciones públicas, ya que la vivienda no cumplía los requisitos para obtener el dinero público (no basta información telefónica emitida por el Agente aun aceptado por el comprador). Incumplimiento normativa protección consumidores (RD 515/1989 de 21 abril).

7.3. EXPERIENCIA DE OPOSICION A DEMANDA DE INTERMEDIARIO.-

En este estudio, considerándose necesario plantear una exigencia más acorde con la labor actual de las Agencias Inmobiliarias, se quiso “experimentar” mediante oposición a una reclamación de honorarios de mediador en base al defectuoso cumplimiento de servicios complementarios que se suelen realizar junto con la labor de intermediación propiamente dicha y que, en el caso concreto, tuvieron como consecuencia la no consumación del contrato:

Estos fueron los hechos y argumentos jurídicos de la oposición a la reclamación de honorarios de un mediador que, además de intermediar, había formalizado el contrato resultante de la mediación:

HECHOS

Nos oponemos a todos y cada uno de los hechos narrados de contrario y que no sean expresamente reconocidos en los siguientes números:

PRIMERO.- Esta parte desconoce quién está tras el nombre o marca que aparece en el contrato como mediadora y, por tanto, única posible acreedora de la cantidad que se reclama; marca que, per se, carece de personalidad jurídica, y sin que en dicho contrato se encuentren datos de persona física o jurídica que se vincule en la operación. Adviértase que todos los documentos (contrato y burofaxes) presentados por la actora aparecen firmados por una marca: “S.J.P.”. La primera identidad de persona física en todo este proceso aparece con la demanda (el actor).

Aportamos DOC. N° 1, ejemplar del contrato de mi representada, con firma de la Inmobiliaria distinta de la que aparece en la documental aportada por la actora y en los burofaxes, sin duda porque quien atendió (en nombre propio) a mi representado es persona distinta de quien ejercita la acción. Por ello, SOLO RECONOCEMOS COMO MEDIADOR AL FIRMANTE (quien sea, pues el “garabato” no aporta identidad) DEL DOCUMENTO N° 1 presentado con esta contestación.

SEGUNDO.- En efecto, fue el demandado D. FJ, y sólo él, el único que suscribió u otorgó el contrato como presumible comprador, y no D^a E que fue mera espectadora y que ni firmó el contrato ni se entendió que tuviera que hacerlo.

La inmobiliaria no se limitó a mediar, sino que se erigió en asesora de las partes, formalizó el contrato y redactó sus cláusulas, e igualmente se comprometió a gestionar toda la operación e incluso a facilitar la financiación si las entidades con las que tenía relación el comprador oponían algún problema.

TERCERO y CUARTO.- Lo único cierto es que D. FJ, tuvo intención de comprar la vivienda condicionado a ciertos hechos y que la opacidad y mala gestión de la Inmobiliaria mediadora frustró la operación de venta. Prueba de la opacidad y de la pésima gestión que hemos señalado se demuestra no solo en las actuaciones llevadas con la ocultación de identidades sino con el mismo contrato, firmado por la partes bajo asesoramiento y redacción de la Inmobiliaria:

Aparece en el encabezamiento la identidad de persona que no interviene en el contrato: D^a. Y no aparece ni en el encabezamiento ni en otro lugar del contrato la identidad de quien elabora el documento y actúa como mediadora.

En el expositivo del contrato consta como carga una hipoteca a favor de ----- y según lo pactado (estipulación primera) la vivienda debería entregarse libre de cargas, sin que ésta, a fecha de hoy, esté cancelada (DOC. N°2). Cuestión fundamental para la financiación de la compra.

De la letra c) de la estipulación segunda parece deducirse la entrega de 3.000 € en concepto de arras confirmatorias (a cuenta del total precio convenido) y en cláusula aparte -la quinta- se permite el desistimiento voluntario -dice resolución- sin consecuencias si se produce en una semana, y con la consecuencia de resolución automática y efectos propios de las arras penitenciales al día siguiente de esa semana.

Vemos como la estipulación quinta prevé la resolución en una semana y sin embargo la segunda (letra d) concede 60 días para la “celebración” de la escritura pública de compraventa.

5. En fin, nadie ha requerido al comprador para que proceda al cumplimiento del contrato o, en su caso, se tenga por resuelto....

Este confuso contrato frustró las expectativas adquisitivas de mi representada que en la creencia de que disponía de 2 meses para cerrar la operación vio cómo, transcurrida una semana desde la firma y no pudiendo conseguir financiación en tan poco espacio de tiempo, le negaron la posibilidad de consumación de la venta y sin que pudiera ya reclamar, a pesar de que lo intentó, la entrega inicial. La sensación de mi representado fue, afirma sin tapujos, la de sentirse engañado.

QUINTO.- Dichas reclamaciones de burofax (las de honorarios de la Inmobiliaria) no llegaron a destino, pero, en cualquier caso, después de los graves perjuicios sufridos por mi representada que en cuestión de una semana se les negaba toda posibilidad de adquirir la vivienda, nos parece en todo punto abusiva y no amparada por ley la pretensión de la actora, también

incumplidora en un adecuado asesoramiento y gestión de su labor mediadora y coadyuvante al buen fin de la operación.

No consta el arrepentimiento o mala fe de los demandados, actos que, por “pacto”, más bien adhesión, serían los únicos determinantes de la exigencia de honorarios.

Por el contrario, es significativo que no hay previo contrato de corretaje (nota de encargo, parte de visita) con la compradora sino que las cláusulas sobre las condiciones del mismo se imponen directamente a modo de adhesión en el contrato de compraventa redactado por la marca “SJP”, y en términos que no se pueden discutir si, como era pretensión de mi representada, quería quedarse con la vivienda ofrecida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

JURÍDICO-PROCESALES

Conforme con los alegados de contrario en cuanto a capacidad, jurisdicción, competencia y procedimiento, así como con la cuantía fijada en la demanda. En cuanto a las costas se aplicará el criterio de vencimiento.

JURÍDICO-MATERIALES

Se rechazan, con carácter general, los preceptos de carácter sustantivo alegados de contrario, así como las referencias jurisprudenciales en cuanto se pretendan su aplicación y afecten a mi representado. Además, en oposición a dichos fundamentos, alegamos los siguientes:

PRIMERO: La falta de acción o legitimación “ad causam”¹⁰⁰ que se evidencia en un doble sentido:

UNO.- En la falta de legitimación de quien ejercita la acción que, según documento nº 1 que presentamos, no es el firmante del contrato (sin duda, el ejemplar presentado por la actora quedó, en cuanto a la firma de la Inmobiliaria, en blanco y luego ha sido firmado por persona distinta de quien realmente intervino en la operación), único obligado en virtud del mismo que no puede, ahora, alegar hacerlo en representación de una marca o logotipo comercial.

Y DOS.- En la falta de legitimación de la demandada, D^a E.S.R., por haber sido mera espectadora de la operación inmobiliaria y sin que se vinculara con su firma a las obligaciones derivadas del contrato suscrito. Es decir, no forma parte de la relación jurídica de la que deriva el crédito reclamado.

Todo (los hechos anteriores) producto de la falta de formalidad con que se actúa en este ámbito en el que muchas veces, como medio de defensa de quien en una mala gestión puede incurrir en responsabilidad, y en perjuicio de

¹⁰⁰ AP Granada, sec. 3^a, S 27-4-2005, nº 315/2005, rec. 718/2004. Pte: Gallo Erena, Antonio.- En relación a dicha cuestión, este Tribunal debe resaltar que el artículo 10 de la vigente LEC EDL 2000/77463, exceptuando los casos en que la ley atribuya legitimación a persona distinta del titular (entre otros arts.507,1111, 1552 y 1869 del CC o art. 7 LPH) considera legitimados para actuar en juicio a los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

La legitimación activa constituye en realidad un presupuesto de fondo, que configura la propia acción, y que debe ser examinado por el juzgador como uno de los requisitos necesarios para la viabilidad de la misma, siendo así que tiene carácter de orden público, en cuanto puedan verse afectados derechos de terceros.

Sólo puede ser tratada juntamente con la cuestión de fondo, en la que se encarna la relación, jurídico-material que es objeto de las pretensiones sustantivas de las partes (STS DE 25 de enero de 1990). Dado este carácter, deberá ser resuelta en la sentencia definitiva sin que resulte posible hacerlo en la Audiencia Previa por no constituir una mera cuestión procesal a que se refieren los artículos 414,416 y las análogas que prevé el 425 de la LEC. EDL 2000/77463

Pero sentado ello, corresponde a la parte actora acreditar suficientemente el llamado presupuesto de su legitimación activa “ad causam”, esto es, el derecho preexistente, en virtud del cual por el demandante se ejercita su acción (STS de 14 de junio de 1991), pues la carencia del mismo, considerada como ausencia de un presupuesto preliminar a la consideración del fondo, pero basado en razones jurídico materiales, debe conducir a una sentencia desestimatoria (STS de 10 de noviembre de 1992)...

los consumidores y ante una presumible acción de los mismos, no se sabe realmente quien es el sujeto obligado.

Los siguientes fundamentos se entienden para el caso de superación del anterior:

SEGUNDO.- Excepción de mal cumplimiento de la prestación del servicio de la “Inmobiliaria”. Nos encontramos ante un contrato mixto con prestaciones de mediación, asesoría, gestión, ...Al surgir obligaciones recíprocas entre actor y demandado, la exigencia de una obligación por el actor cuando la propia ha sido mal o indebidamente cumplida permite al reclamado oponer la exceptio non rite adimpleti contractus¹⁰¹ que aun sin ser explícita, se inspira en el art. 1124 C.Civil y ha resultado ampliamente reconocida por la Jurisprudencia. Pero es que, si de la actuación del mediador (asesoramiento, financiación,...) dependía el éxito de la operación podemos afirmar que no se trata de un cumplimiento defectuoso, sino de un auténtico incumplimiento que tiene como consecuencia la imposibilidad de solicitar la contraprestación derivada de sus obligaciones.

Así, la mediación actual, no la del corredor de a pie, nunca mejor dicho, sino la de los Establecimientos abiertos al público, conlleva una labor multidisciplinar aneja a la mediación propiamente dicha (limitada exclusivamente a la formación contractual) que conlleva la formalización del contrato, asesoramiento y gestión que deben coadyuvar al buen fin de la operación mediada con un deber mínimo de diligencia en la redacción del contrato mediante un clausurado nítido y sin realizar actos que supongan la obstaculización de su consumación.

¹⁰¹ Al lado de dicha excepción, la Jurisprudencia da relevancia a la denominada “exceptio non rite adimpleti contractus”, que tampoco está regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico pero cuya existencia está implícitamente admitida en diversos preceptos y ha sido sancionada por la jurisprudencia; así, los artículos 1157 EDL 1889/1 , 1.100 apartado último EDL 1889/1 , y 1154 del Código Civil EDL 1889/1 y las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1976 EDJ 1976/95 , 18 de abril de 1979 y 27 de marzo de 1991 EDJ 1991/3304. Esta excepción de contrato no cumplido adecuadamente, engloba aquellos incumplimientos que, sin ser esenciales, sean sin embargo, “de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente” (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1985 EDJ 1985/7346)S AP Granada sec. 4ª, S 1-12-2003, nº 639/2003, rec. 157/2003. Pte: Maldonado Martínez, José.

Si trata, en consecuencia, de valorar si la conducta de la Inmobiliaria se ajusta a una labor diligente de lo que con carácter de mínimos se puede esperar por un consumidor cualquiera en, posiblemente, la operación de mayor importancia de su vida: adquirir vivienda. Pensamos, sin género de duda, que todo lo acontecido en este supuesto no ha hecho más que crear un clima de inseguridad para el adquirente.

TERCERO.- Nulidad de la cláusula sexta del contrato como exoneradora de la responsabilidad de la “ Inmobiliaria”. Planteamiento, que por el carácter patente, o no valorable, de la causa de nulidad, oponemos como excepción.-

Es cierto que en el contrato de mediación los honorarios se devengan, salvo pacto en contra , por el hecho de la perfección del contrato , pero ocurre que hay que partir de una adecuada gestión del mediador cuya actuación, por acción u omisión, no puede ser obstáculo o impedimento en la consumación del contrato mediado.

También ocurre que, a sensu contra de lo estipulado, se deduce que, en este caso concreto, el mediador asumía la responsabilidad, pues de lo contrario sobraría toda cláusula excluyente. Y, si por las circunstancias del caso (las que señalaremos al final de este párrafo), se reconoce implícitamente una posible responsabilidad del mediador en el contrato, éste, profesional en los servicios de mediación frente al consumidor demandante del servicio, no puede fijar cláusula de exoneración de la misma (Art.10 bis y Disp. Adicional Primera de la LGDCU de 19 de julio de 1.984 añadida por Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación). En particular, los nº 3, 10 y 15 de la D. Adic. en los particulares casos de cláusulas abusivas por vinculación del contrato a la voluntad del profesional, privación de derechos básicos del consumidor y falta de reciprocidad en la relación contractual, por medio de las que se impone al consumidor una obligación de pago de servicios aún cuando éstos estén indebidamente prestados o se hayan fijado en el contrato mediado estipulaciones rígidas (fundamentalmente el corto espacio de tiempo -5 días si excluimos el fin de

semana- para arreglar “los papeles”¹⁰²) o dudosas que dificultan extraordinariamente su consumación.

La consecuencia es que en este supuesto concreto el mediador debería asumir el no cobro de honorarios aún en caso de arrepentimiento de alguna de las partes.

Por todo lo expuesto es por lo que,

SUPLICO AL JUZGADO que, teniendo por presentado este escrito, demás documentos y sus copias, se sirva admitirlos, me tenga por comparecida y parte en la representación acreditada, así como por contestada la demanda, y celebrada que sea la audiencia previa y demás trámites procedimentales, se dicte sentencia por la que se desestime en su totalidad los pedimentos de la actora. Por ser de justicia lo que, respetuosamente, pido y espero en Granada a doce de marzo de dos mil seis.

La demanda del intermediario fue estimada sin que se atendiera ninguno de los motivos de oposición de la contestación, razón por la que se formuló recurso de apelación en el que se aportaron los siguientes argumentos:

ALEGACIONES:

PRIMERA: SOBRE LA FALTA DE ACCION DE LA ACTORA: Lo único que vemos en la prueba practicada es que la firma de la actora en el mismo documento presentado por ambas partes (en demanda y en contestación) es distinta y que aquella reconoce como suyas dichas firmas con la sorprendente declaración de que el ejemplar entregado al cliente tiene otra firma para eludir responsabilidades “fiscales”; dato, el reconocimiento, que se estima bastante como prueba a favor del interrogado al que le ha bastado para legitimarse una

¹⁰² Esos papeles, lógicamente, cancelación de hipoteca el vendedor y búsqueda de financiación el comprador.

declaración en su propio beneficio en contra de lo que indica (en cuanto a la firma) el propio documento (contrato) con el que se legitima para formular su demanda y en contra de la declaración de su testigo de parte que afirmó que en dicha operación intervino una compañera suya de esa Inmobiliaria que, al parecer, ya no trabaja en la misma y que ante ésta parte sería la única legitimada para dicha reclamación. Es decir, salvo acto de fe en las manifestaciones de la actora no hay en autos prueba alguna que acredite que la firma del documento, no impugnado, aportado por esta parte (y en cuya virtud quedó obligada) sea del actor.

Otro tanto cabe decir respecto de la marca comercial a la que la demandada, no olvidemos su condición de consumidora inmobiliaria, queda vinculada; el comportamiento de ocultación de la actora para con el cliente que nunca ha sabido realmente los nombres de quienes estaban detrás de una marca que daba una apariencia de sociedad mercantil no puede, ahora, beneficiar al propio ocultador por mucho que acredite la titularidad de la marca. ¿Por qué esa ocultación en todos los documentos que firma?

La única realidad para el comprador es que se obliga para la marca “SJP” y ahora resulta que “SJP” carece de personalidad jurídica; no existe. Tan solo es una marca y ahora se presenta una demanda por una persona física que dice ser titular de la marca sin más acreditación que la tenencia de unas facturas giradas contra la citada marca.

Resulta clara la actitud fraudulenta del actor no para con el fisco, según la sentencia, sino para con el cliente demandado. Le da un contrato con una firma que no se ajusta a la legítima del firmante y en la que vincula una simple marca comercial o, quizás, rótulo de establecimiento como único elemento de prueba del cliente para poder exigirle las obligaciones que le correspondan: con negar la firma el cliente queda en total desamparo para cualquier tipo de reclamación. Sin embargo como él puede acreditar la titularidad del rótulo por las facturas de los suministradores en donde aparece su nombre junto con el rótulo o marca, a pesar de esta ocultación puede accionar contra el cliente.

Esta parte no puede negar que “SJP” pertenezca al actor pues nada tiene que decir de las facturas aportadas de contrario en la audiencia previa a modo de acreditación de lo que en la sentencia se ha valorado en ese sentido, lo que sí niega es que el actor haya intervenido personalmente en la mediación y, además, denuncia el carácter más que irregular, fraudulento, con que interviene el actor a través de sus comerciales mediante un modus operandi basado en la ocultación de su persona por medio de esa denominación meramente comercial.

En cierto modo estamos ante reserva mental que pretende eludir responsabilidades propias (voluntad interna) de manera que si alguien las exige niega la firma, al tiempo que puede exigir las ajenas mediante el fácil mecanismo de reconocer como suyo el garabato que suple su verdadera firma.

Es más, puesto que la firma de la mediadora no coincide con la realidad, plasmada en un documento que sirve a la compradora (mediada) como prueba de los servicios prestados, supondría una gran dificultad para ésta en la exigencia de responsabilidades (le bastaría al mediador con negar su firma sin que un perito, ante el garabato, pudiera equipararla a la firma auténtica), estaríamos ante un intento de exoneración de responsabilidades que va en contra de los criterios de reciprocidad (cláusula abusiva) que requiere la normativa de protección del consumidor (a la que hacemos mención en la última alegación).

SEGUNDA: INCUMPLIMIENTO O MAL CUMPLIMIENTO DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES.- Reconoce la actora que, en los servicios comprometidos y prestados a los demandados, no se limitó a la mediación sino que asesoró a las partes y redactó el contrato conforme a la voluntad de las mismas.

En primer lugar, con el mayor de los respetos y en el ejercicio del derecho de defensa, esta parte considera, en contra del criterio de la sentencia apelada,

la necesidad de desterrar el tratamiento del contrato de mediación desde el prisma de la unilateralidad del que siempre ha sacado partido la institución a modo de que prácticamente no hay obligaciones del mediador y sí, la de retribuir, en el sujeto mediado.

Ya esta parte en sus conclusiones de juicio quiso acentuar su argumento, de escaso debate en doctrina y prácticamente nulo en la Jurisprudencia, sobre la base de la siguiente distinción: por un lado existe el contrato de mediación típico¹⁰³ del corredor o intermediario conforme al concepto que prácticamente aparece en todas las sentencias sobre mediación y que ha consolidado la Jurisprudencia; intermediario que todavía se encuentra dominando el “mercado” de zonas rurales. Y por otro, la moderna mediación producto de la liberalización del ejercicio de la profesión que se venía preconizando mediante larga evolución en todos los foros, incluso en el ámbito judicial, y con definitiva carta de naturaleza por el legislador¹⁰⁴; mediación, ésta, que rompe con los moldes existentes y con el tradicional concepto a través de los servicios multidisciplinares que se prestan en las Agencias inmobiliarias (hombre inmobiliario) y que no se limitan a mediar sino que actúan como prestadores de servicios múltiples que con oficinas abiertas al público pretenden dar imagen de seguridad y garantía en las operaciones por ellos intervenidas, todo bajo un halo de asesoramiento, formalización contractual, gestión administrativa, y demás “lindezas” ofrecidas (desde financiación hasta recurrir liquidaciones complementarias a impuestos, pasando por obras de lavado de cara de los inmuebles.....) y respaldadas con una imagen que luego no responde a la realidad cuando ésta se reduce, en la práctica, a la de captar y cobrar.¹⁰⁵ Realidad de la que, en cierto modo, queda jurídicamente protegido el hombre inmobiliario bajo el “manto” del contrato de mediación cuyo régimen

¹⁰³ Por supuesto no en sentido de tener regulación legal sino representativo o con el arquetipo del mediador de antaño.

¹⁰⁴ Decreto-Ley 4/2000 de 23 de junio y, luego, Ley 10/2003 de 20 de mayo de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes (art. 3).

¹⁰⁵ Esta distinción entre profesionales se pone en evidencia también en el coste, para el consumidor, de los servicios que le prestan: El mediador tradicional siempre ha cobrado la voluntad, el 1 o el 2 y nunca más del 3% del valor del inmueble objeto de mediación entre ambas partes mediadas. El actual parte del 4%, asegurando que sea el valor real y no el declarado, y de ahí hasta no se sabe.....

absorbe el del resto de servicios ofertados además de la intermediación, eludiendo así las responsabilidades derivadas del mal cumplimiento de los mismos.

Con ello queremos llegar a la afirmación de que la diligencia exigible al corredor tradicional, limitado a mediar sin más y que no se mete en formalidades contractuales ni cuestiones adicionales, no puede ser la misma que la del Agente, Asesor, Inmobiliaria, en definitiva, hombre inmobiliario cuyos servicios, en fuerte competencia y de ahí su ofrecimiento, van mucho más allá de la mediación en un contrato de compraventa.

A éste última responsabilidad, ante el reconocimiento del asesoramiento y elaboración contractual del actor, es al que nos referimos en los presentes autos.

Si la mediación, el asesoramiento, la redacción del contrato por el actor era en beneficio de ambas partes no se comprende por qué hay una desigualdad de trato en la exigencia de honorarios (2% para vendedora y 2,5% para compradora según cláusula sexta del contrato -DOC Nº 1-), como tampoco se comprende por qué, según reconoce el actor en juicio, tan solo acciona contra la compradora. Este último dato podemos obviarlo presumiendo que atiende a un espíritu altruista o de liberalidad para con esa parte, pero no obviamos lo primero:

Sólo unos adicionales servicios, comprometidos para la compradora y no para la vendedora, pueden justificar el desigual trato en la exigencia de honorarios. Nos referimos al uso o costumbre notoria, e impuesta, de que las Inmobiliarias que median también gestionan, como formando parte de sus servicios, la operación (liquidación de impuestos, gestión catastral y presentación en el Registro de la Propiedad).

Pues bien, en nuestro caso, no solo la actuación del mediador ha contribuido a la falta de consumación del contrato de compraventa por un mal

asesoramiento y pésima redacción del contrato, sino que parte de los servicios que se han incluido en esa total retribución, la gestión, no se han prestado. Apenas encontramos jurisprudencia sobre incumplimiento o mal cumplimiento en el ámbito de la mediación inmobiliaria:

La escasa reciente Jurisprudencia menor que hay sobre la materia (por razón de cuantía, a partir de la nueva LEC, difícilmente se verán supuestos de mediación en el TS) trata el incumplimiento del mediador no como una falta de medios para concluir el contrato pretendido por quien acude a sus servicios, sino en la deficiente información o asesoramiento por parte del mediador en la operación en cuestión:

Así, la AP Alava, sec. 2ª, S 15-6-2006, nº 101/2006, rec. 128/2006. Pte: Guerrero Romeo, Mercedes:

El incumplimiento de este deber informativo, de asesoramiento o consejo más bien, no puede ser soslayado con la razón de recaer sobre datos que constan en un Registro de contenido público, como es el de la Propiedad, al que tiene libre acceso el comprador, pues la obligación de que se trata tiene un carácter personal, que por Ley se impone a quien fabrica el producto o presta el servicio, y con aquel carácter debe ser cumplido, y no puede ser obviado por figurar aquellos en determinada oficina de este carácter, al igual que tampoco lo puede ser por el envío a documentos que no se faciliten al tiempo de celebrarse el contrato, como se dice en el artículo 10 de la Ley General de Consumidores y Usuarios, y con este criterio corrector mediante el auxilio del artículo constitucional mencionado debe interpretarse el artículo 1483 del Código Civil EDL 1889/1 desde esta perspectiva informativa. Y, con igual argumentación, tampoco ha de tenerse por cumplido específico ese deber, aún cuando el comprador declarara "conocer el estado físico y jurídico del inmueble" en el escrito que firmó, pues, negándose su cumplimiento como hace el actor en su demanda, al vendedor, al experto inmobiliario a quien profesionalmente encomendó la venta, correspondía probar que la información había sido facilitada con la extensión requerida por el caso concreto, y esta prueba no se ha trasladado al pleito."

O la Sentencia AP Asturias, sec. 6ª, S 19-12-2005, nº 424/2005, rec. 458/2005. Pte: Rianza García, Jaime, que afirma que:

...debe concluirse con el Juez de instancia que tal incumplimiento del mediador fue causa de que se frustrara el resultado comprometido y consecuentemente no podía el demandante obtener la tutela judicial pretendida, lo que comportará la desestimación del recurso.

O, finalmente, AP Alicante, sec. 8ª, S 3-11-2005, nº 440/2005, rec. 524/2005. Pte: García-Chamón Cervera, Enrique:

En primer lugar, el incumplimiento de la obligación de información por parte de la Inmobiliaria acerca de que el contrato de compraventa aún no se había perfeccionado hasta el punto de que era posible que la propietaria de la vivienda pudiera decidir su no celebración, como así ocurrió. El incumplimiento de esa obligación de información, impuesta en el artículo 2.1.d) y 13 de la Ley 26/1984, generó en el actor la expectativa fundada de que la compraventa de la vivienda era firme produciéndose una evidente frustración cuando recibe la comunicación de que la vendedora había decidido la venta a una tercera persona. La falta de información sobre esa posibilidad pone de manifiesto que la actividad de mediación realizada por "Inmobiliaria 2000", respecto del comprador, no fue diligente.

Si aplicamos esta Jurisprudencia al caso concreto, la mala información es evidente y que ello indujera confusión a las partes, especialmente a la compradora, sobre los términos del contrato también: veamos:

El contrato firmado por las partes bajo asesoramiento y redacción de la Inmobiliaria (reconocido en juicio):

Aparece en el encabezamiento la identidad de persona que, así lo afirma la sentencia que apelamos, no interviene en el contrato: Dª ESR. Y no aparece ni en el encabezamiento ni en otro lugar del contrato la identidad de quien elabora el documento y actúa como mediadora (tan solo un nombre comercial).

En el expositivo del contrato consta como carga una hipoteca a favor de Unicaja y según lo pactado (estipulación primera) la vivienda debería entregarse libre de cargas; en teoría liberación en una semana según cláusula quinta, sin que ésta, según se ha demostrado, esté cancelada (DOC N° 2).

De la letra c) de la estipulación segunda parece deducirse la entrega de 3.000 € en concepto de arras confirmatorias (a cuenta del total precio convenido) y en cláusula aparte -la quinta- se permite el desistimiento voluntario -dice resolución- sin consecuencias si se produce en una semana, y con la consecuencia de resolución automática y efectos propios de las arras penitenciales al día siguiente de esa semana.

Vemos como la estipulación quinta prevé la resolución y la elevación a público del contrato en una semana y sin embargo la segunda (letra d) concede 60 días para la “celebración” de la escritura pública de compraventa.

Pero es que, además, el contrato celebrado estaba sometido a la eventual acción de anulabilidad por la esposa del vendedor (1.377 y 1.301 C.Civil) ya que, se reconoce por el mediador y por la testigo por él presentada, al tiempo del contrato celebrado estaba casado y aunque el piso lo adquiriera el vendedor en estado de soltería, pasa a ser en parte ganancial (1357 y 1354 C. Civil), sin perjuicio de que también se reconoce que se trataba de vivienda familiar (art. 1320 C. Civil).

Nada de esto es informado debidamente al comprador al que se le aboca a un contrato en el que todo es inseguridad...cuando si se acude a una inmobiliaria es, precisamente, buscando mayor seguridad.....

Es necesario invocar el art. 1.258 del Código Civil y en particular al principio de buena fe en él recogido ya que entregarse en este caso al buen hacer del mediador quien redacta el contrato de compraventa con cláusula mediadora, con gran inseguridad el primero y a su única satisfacción la segunda sin

equiparar a las partes en cuanto a honorarios, todo bajo la presión que sufre el comprador en el sentido de que si no firma el contrato, sin duda nada meditado por la confianza en el "profesional", perderá la vivienda querida, no es más que una lealtad del comprador que confía "a ciegas" en que ese contrato resulta claro a la finalidad de las partes.

Pero es lo cierto que el contrato tan solo denota inseguridades lo que se demuestra con las constantes explicaciones que la sentencia de instancia ha tenido que ofrecer para determinar el verdadero sentido de lo pactado; sentencia en cuyo fundamento segundo resalta el pobre bagaje jurídico del contrato tildando de cláusula incompleta la referente al desistimiento, sin que esta parte esté de acuerdo con el citado fundamento cuando afirma que no hay dudas de interpretación de las cláusulas quinta y sexta aseverando que la fecha para formalizar la escritura era de 60 días ya que la cláusula sexta dice claramente ("en caso de no elevarse a público") entre el 23 y el 30 de mayo (una semana) lo que fue determinante en la conducta de la vendedora para con el comprador.

No se le puede exigir al ciudadano de a pie que ante un obstáculo de su oponente amparado en cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato, tenga que litigar, o requerir al vendedor (y esposa que no consintió, dato éste que, obviamente, desconocía el comprador), o ponerse en manos de otros expertos, asesores o defensores cada uno con su particular opinión.... y esperar a que los Tribunales le den razón en la obtención de una vivienda que le es necesaria. Hay quien opta por eludir del problema ya otra cosa.....

Sobre la buena fe en el sentido de confiar en el buen hacer de la contraparte (en nuestro caso referido al mediador en su función asesora y redactora) la importante sentencia del TS de 24 de junio de 1.969 manifestó:

Que las palabras "buena fe" como norma interpretativa significan confianza, seguridad y honorabilidad basadas en ella, por lo que se refieren sobre todo al cumplimiento de la palabra dada; especialmente la palabra "fe", fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta

"leal" de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando en que ésta no le engañará, observación perfectamente exacta que se funda en que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha surtido en iguales casos; y esta fe, esta confianza de las partes no deben quedar frustradas por un fallo judicial que atribuya otros efectos, por lo que los fallos judiciales deberán establecer la prestación de lo normal y ordinario, la prestación usual, conforme a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil, que recoge el principio romano "ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire" (Párrafo 20, Ley 31, Título 1, libro XXI del Digesto).

Y es que, en efecto, ahora podemos decir que la Sentencia apelada interpreta adecuadamente las cláusulas contradictorias del contrato realizado por el mediador; pero esta interpretación, pacífica por la decisión de un Tribunal, no lo fue en la ejecución del contrato sin que, necesariamente, quepa afirmar que el mediador haya querido engañar al comprador pues tan solo invocamos la mala prestación o falta de diligencia en el servicio de asesoramiento y formalización contractual prestado por el mediador que, de esta manera, contribuyó a su no consumación.

Finalmente, aunque la mediación se encuentre liberalizada en su ejercicio escapando de su control en el ámbito colegial y sin que al actor le sea exigible la normativa de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, podemos decir, como cuestión novedosa en el ámbito de la intermediación que coadyuva a la protección civil que esta defensa pretende, que existe normativa administrativa de protección al consumidor con efectos sancionadores para el caso de incumplimiento del prestador del servicio; normativa cuya inobservancia, al menos, denota en el ámbito civil falta de profesionalidad y diligencia en el ejercicio de la actividad.

Así, el art. 13 del D. 218/2005 de 11 de octubre por el que se aprueba el Rto. de información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas en Andalucía aplicable, a diferencia del RD Estatal 515/1989, a la mera

intermediación (art. 3 del D. 218) remite al art. 10 del RD 515/1989 del 21 de abril en el que se impone la debida claridad y sencillez en la redacción de los documentos contractuales. Esto es lo que falta en nuestro supuesto: La propia sentencia de instancia, después de poner de manifiesto la insuficiencia de las cláusulas del contrato, tiene que ofrecer una interpretación de las mismas; hecho, éste, que evidencia su poca claridad y sencillez

TERCERA: ARRAS PENITENCIALES Y FACULTAD DE DESISTIR COMO CRITERIO CONDICIONAL QUE DETERMINA UNA VOLUNTAD INICIAL DE QUE NO SE CONSUMA EL CONTRATO INTERMEDIADO.- La interpretación del Juez a quo sobre el carácter de las cantidades dadas a cuenta dispone que las mismas tiene el calificativo de penitenciales, criterio que confirmaría el carácter suspensivo del contrato ya sea en sentido de voluntad de que no se consuma el contrato perfecto, ya como falta de perfección en toda su expresión pues a través de dichas arras, y esto las diferencia de las confirmatorias, con la opción del desistimiento que es lo que viene a interpretarse en la sentencia que apelamos, ninguna de las partes podría exigir el cumplimiento del contrato. En este caso, consideramos abusivo que se imponga, mediante cláusula adhesiva de quien reconoce que ha elaborado el contrato (el mediador), el pago de honorarios del contrato sometido a esa eventualidad mutuamente querida por las partes.

En las confirmatorias, el arrepentimiento es unilateral pudiendo la contraria optar entre exigir el cumplimiento (en este caso la posibilidad de exigencia justifica el cobro de los honorarios) o la resolución con indemnización mientras que en las penitenciales el arrepentimiento es admisible (y por tanto de imposible exigencia) por recíproca voluntad de las partes.

Como arras penitenciales, y siguiendo el criterio mantenido de la sentencia apelada, el contrato estaba bajo la pendencia de que en 60 días las partes no desistiesen, y como esto ocurrió por el comprador según la sentencia, o por el vendedor según nuestra versión, pero da igual a estos efectos, el contrato no se perfeccionó.

Hoy, la Jurisprudencia viene pronunciándose en el sentido de que las cantidades entregadas como arras penitenciales no suponen perfección alguna del contrato. Así, la S. AP Toledo, sec. 1ª, S 23-3-2006, nº 85/2006, rec. 132/2005. Pte: Ocariz Azaustre, Gema Adoración:

Como tan acertadamente señala la sentencia apelada es doctrina jurisprudencial actualizada y consolidada aquella que determina que el solo hecho de que a la entrega de metálico por el comprador se le conceptúe o denomine como entrega de "arras" o de "arras penitenciales" no es suficiente para tenerlas por tales, por el contrario las arras penitenciales se configuran o conciben como multa o pena correlativa al derecho de la parte vendedora a desistir de la compraventa a su arbitrio antes de perfeccionarla y funcionan de forma similar a una cláusula penal (Sentencia A. P. Toledo 2.11.04 EDJ 2004/170769 o 22.2.00 EDJ 2000/30376) por ello el pacto de arras penitenciales del art.1454 del C. Civil es excepcional y de interpretación restrictiva de forma que solo puede apreciarse existente cuando tal voluntad resulte clara y rotundamente expresada en el contrato haciéndose constar con precisión la función penitencial del anticipo entregado, pues en otro caso cualquier cantidad dada por el comprador se reputa como parte del precio, pago anticipado del mismo a fin de confirmar el negocio celebrado que son arras confirmatorias (STS 10.2.97 EDJ 1997/388 , 31.12.98 EDJ 1998/33147 , 21.6.94 EDJ 1994/5510 , 25.3.95 EDJ 1995/1219 o 11.7.93 entre otras). Las arras penitenciales se configuran o conciben como multa o pena correlativa al derecho de la parte vendedora a desistir de la compraventa a su arbitrio antes de perfeccionarla y funcionan de forma similar a una cláusula penal por lo que son excepcionales y han de constar evidente de la intención de los contratantes (Sentencia A. P. Toledo 2.11.04 o 22.2 .00).

La doctrina confirma esta evolución en el ámbito de la mediación concluyendo que “....2) La Jurisprudencia ha evolucionado recientemente desde no afectar la presencia de una estipulación de arras penitenciales al

derecho a la remuneración, a entender que un pacto del art. 1454 codicilar supone la no perfección del contrato”¹⁰⁶

Y es que, prescindiendo de conceptualizaciones equívocas, siempre se tiene por contrato perfecto aquel que se entiende obligatorio para las partes y, por tanto, de exigible cumplimiento (lo que ocurre en las arras confirmatorias), y, claro, mientras exista posibilidad de desistir (penitenciales) no hay obligatoriedad o exigencia. O, como dice la STS TS Sala 1ª, S 22-9-1999, nº 746/1999, rec. 1706/1997. Pte: Villagómez Rodil, Alfonso

Las arras confirmatorias actúan en el ámbito obligacional de los contratos con fuerza vinculante que no faculta, por tanto, para resolver las obligaciones contraídas y que normalmente se corresponden con las entregas o anticipos del precio a cuenta (Sentencia de 25 Marzo 1995 EDJ 1995/1219); en cambio las arras penitenciales, contempladas en el art. 1454 del Código Civil EDL 1889/1 , autorizan a las partes, por mediar concierto libremente convenido, conforme a la libertad contractual consagrada en el art. 1255 EDL 1889/1 , a desistir del negocio a su arbitrio, pero cumpliendo con la sanción pecuniaria que el precepto autoriza.

CUARTA: CLAUSULA ABUSIVA.- Omisión total de la sentencia apelada al argumento de oposición que en la contestación a la demanda se planteaba en los siguientes términos:

Nulidad de la cláusula sexta del contrato como exoneradora de la responsabilidad de la “Inmobiliaria”. Planteamiento, que por el carácter patente, o no valorable, de la causa de nulidad, oponemos como excepción.-

Es cierto que en el contrato de mediación los honorarios se devengan, salvo pacto en contra, por el hecho de la perfección del contrato, pero ocurre que hay que partir de una adecuada gestión del mediador cuya actuación, por

¹⁰⁶ RECLAMACIÓN DE HONORARIOS DE LOS APIS EN PROCESOS DECLARATIVOS. Jose Alberto Ayarza Sancho. Diario La Ley. AÑO XXVIII. Nº 6630. Martes, 16 de enero de 2.007.

acción u omisión, no puede ser obstáculo o impedimento en la consumación del contrato mediado.

También ocurre que, a sensu contra de lo estipulado en el contrato, el mediador asumía la responsabilidad de que el contrato no llegara a tener eficacia (posiblemente por ser consciente el mediador redactor de la misma de que las arras penitenciales impedirían su cobro de honorarios), pues de lo contrario sobraría toda cláusula excluyente (sin que LA INMOBILIARIA sea responsable del arrepentimiento.... -cláusula sexta in fine de DOC N° 1-). Y, si por las circunstancias del caso (las que señalaremos al final de este párrafo), se reconoce implícitamente una posible responsabilidad del mediador en el contrato, éste, profesional en los servicios de mediación frente al consumidor demandante del servicio, no puede fijar cláusula de exoneración de la misma (Art. 10 bis y Disp. Adicional Primera de la LGDCU de 19 de julio de 1.984 añadida por Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación). En particular, los n° 3, 10 y 15 de la D. Adic.. en los particulares casos de cláusulas abusivas por vinculación del contrato a la voluntad del profesional, privación de derechos básicos del consumidor y falta de reciprocidad en la relación contractual, por medio de las que se impone al consumidor una obligación de pago de servicios aun cuando éstos estén indebidamente prestados o se hayan fijado en el contrato mediado estipulaciones rígidas (fundamentalmente el corto espacio de tiempo -5 días si excluimos el fin de semana- para arreglar “los papeles”¹⁰⁷) o dudosas que dificultan extraordinariamente su consumación. Es decir, el mediador que redactó el documento garantizó sus honorarios siendo consciente de la alta probabilidad de que el contrato no llegare a buen fin y en lugar de condicionar suspensivamente su eficacia (supuesto en que no tendría derecho a honorarios) incluyó la cláusula sobre arras con una redacción dudosa que le permitiera defender su derecho al cobro.

¹⁰⁷ Cancelación de hipoteca el vendedor y financiación el comprador.

La consecuencia de la nulidad de la cláusula de garantía a favor del mediador es que en este supuesto concreto debería asumir el no cobro de honorarios aún en caso de arrepentimiento de alguna de las partes.

Finalmente un nuevo desequilibrio se produce en el contrato producto de la intervención del actor (INMOBILIARIA):

Con anterioridad afirmamos (principio de alegación segunda) que parte de los honorarios para el comprador (0,5%) responde al hecho de los servicios adicionales comprometidos y no prestados, pues no tiene otra justificación ese desequilibrio.

Si este hecho fuere negado por la apelada la falta de reciprocidad y equilibrio entre partes que se someten al mismo servicio puede resultar abusiva, y el sujeto que la propicia por redactarla, el mediador, puede ser tachado de mal cumplimiento que ha de ser tenido en cuenta en esta alegación por partir de la cláusula abusiva y en la alegación segunda por derivar en las mismas consecuencias allí planteadas. A estas situaciones de desequilibrio entre partes se refiere la sentencia de la AP Alicante, sec. 8ª, S 3-11-2005, nº 440/2005, rec. 524/2005. Pte: García-Chamón Cervera, Enrique:

“En segundo lugar, se aprecia la existencia de una cláusula abusiva en el sentido que atribuye a esa expresión el artículo 10.bis.1 de la Ley 26/1984 , esto es, estipulación no negociada individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, cuando en el documento número 2 de la demanda se dice: "Una vez concretada la fecha exacta se comparecerá en la notaría de Campello, en el caso contrario y consumidas las horas de oficina sin tener noticias de la compradora, esta reserva quedará sin efecto alguno perdiendo los compradores la cantidad entregada en concepto de daños y perjuicios excepto cuando esta compraventa no se pudiese realizar por fuerza mayor." Es una cláusula abusiva porque la penalización por la no celebración posterior del contrato de compraventa sólo se impone a la parte compradora pero no impone igual sanción a la vendedora en el caso de que sea imputable a ella

la falta de celebración del contrato. Ese desequilibrio en las obligaciones de las partes, en perjuicio del actor-comprador, lo promovió la "Inmobiliaria 2000" al redactar el documento número 2 de la demanda lo que también representa un incumplimiento de su función de mediadora al perjudicar al comprador."

La única diferencia que hay es que en este supuesto el desequilibrio entre las partes está en que, injustificadamente, no hay sanción o pena para una de las partes; y en nuestro caso sería que, también injustificadamente, a una de las partes le resultaría más oneroso el mismo servicio.

Es por todo lo anterior por lo que,

SUPLICO AL JUZGADO que habiendo presentado este escrito, en la representación acreditada, se sirva admitirlo con unión a los autos, tenga por interpuesto recurso de apelación contra la sentencia dictada en los mismos, y, previos los trámites de rigor, remita las actuaciones a la ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA a la que SUPLICO que dicte sentencia por la que, con revocación de la sentencia de instancia, y en estimación del recurso de apelación, acuerde la total desestimación de la demanda de la actora, con las costas que, en su caso, procedan. Por ser de justicia lo que, respetuosamente, pido en Granada a treinta y uno de julio de dos mil siete.

El resultado del recurso fue decepcionante para su autor, limitándose la sentencia a decir que el mediador había hecho su servicio de acercamiento de las partes y que ello era suficiente para la estimación de la demanda lo que justificaba la confirmación de la misma.

Ante esta incertidumbre queda, al menos, una oferta al usuario de servicios de mediación que viene dada desde los Colegios profesionales. Se trata de lo que a continuación estudiamos:

7.4. RESPONSABILIDAD DEL MEDIADOR COLEGIADO EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO.-

La responsabilidad administrativa del mediador colegiado,¹⁰⁸ pensando exclusivamente en la protección del consumidor¹⁰⁹ tiene un doble ámbito de actuación: colegial y administrativo.

El colegial mediante la regulación estatutaria de un régimen sancionador para el caso de incumplimiento de los deberes profesionales y que puede culminar, como efecto más contundente, con la baja del colegiado. El artículo 41 de los Estatutos Generales de los API¹¹⁰ considera infracción leve toda demora o negligencia leve del colegiado en el desempeño de su actividad; grave la desconsideración hacia los clientes y la negligencia inexcusable o actuación dolosa en el desempeño de sus actividades que no haya ocasionado perjuicio a tercero; y muy graves la utilización en beneficio propio o de terceros, con perjuicio para el cliente de información derivada de las transacciones en que intervenga, la negligencia inexcusable o actuación dolosa en el desempeño de sus actividades que haya ocasionado perjuicio a tercero. Y el artículo 42 prevé como sanción desde la amonestación privada o multa de 30 a 300 euros en las infracciones leves, hasta la suspensión como colegiado entre 6 meses y 2 años hasta la privación definitiva de la condición de colegiado con expulsión del Colegio en las muy graves.

¹⁰⁸ Evidentemente, el no colegiado no puede ser objeto de sanción administrativa colegial, aunque sí de las instituciones de protección al consumidor.

¹⁰⁹ Existen otras responsabilidades como las que surgen del incumplimiento de la normativa de protección de datos, competencia o mercado, blanqueo de capitales o eficiencia energética; materias en las que se puede incurrir en responsabilidad en el ejercicio de la actividad de intermediación.

¹¹⁰ RD 1294/2007 de 28 de septiembre.

El administrativo propiamente dicho en aplicación de la normativa de protección al consumidor¹¹¹, mediante la inspección de consumo que corresponde a las Comunidades Autónomas y que puede tener como consecuencia la imputación de responsabilidad administrativa, frecuentemente con sanción pecuniaria por infracción de la normativa de consumo.

Las infracciones en materia de consumo tienen una doble lectura:

Infracción consistente en la utilización de cláusulas abusivas. En este caso la autoría corresponde al que introduce la cláusula en el contrato de manera que, aun cuando las Inspecciones de consumo suelen considerar como infractor al mediador, la realidad es que generalmente el verdadero infractor suele ser el oferente que es quien tiene la facultad de decisión en el contrato que se documenta, en definitiva, el que emite el consentimiento respecto del contrato al que se incorpora la cláusula.

Infracción consistente en el incumplimiento del deber de información. En este caso el incumplimiento de la información a suministrar al consumidor exigida por la normativa reglamentaria en los casos de compraventa y arrendamiento de viviendas genera la responsabilidad y, en consecuencia, la posibilidad de sancionar al incumplidor.¹¹²

¹¹¹ CREMADES GARCIA, PURIFICACIÓN. Obra cit. págs. 278 y ss. examina la protección del consumidor sometido a una relación de mediación, estudiando la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, el RD Livo 1/2007 de 16 de noviembre sobre el TR de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias y el RD 515/1989 sobre protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas; RD 515/1989 que fue controvertido en orden a su aplicación a los API cuando éstos intervenían en operaciones de compraventa y arrendamiento entre particulares, declarando la Audiencia Nacional, Sec. 4ª de la sala de lo contencioso-administrativo, en sentencia de 30 de junio de 1993 que en tales casos los API no estaban obligados a cumplir las obligaciones impuestas por el RD.

¹¹² V. gr. En la Comunidad Autónoma Andaluza cuando se trata de cláusulas abusivas la ley 13/2003 de 17 de diciembre solo contempla como autor al que introduce la cláusula (art. 71.6.1ª: “Introducir....”; la acción tipificada en este caso es la “introducción de la cláusula”...), y cuando la infracción es la de no suministrar la información, el Decreto (218/2005 de 11 de octubre –BOJA de 7 de noviembre-) que impone un deber de información al intermediario en una relación entre partes ajenas a él... (a diferencia con la anterior normativa de protección al consumidor pues el Real Decreto estatal 515/1989 de 21 de abril no obligaba a los intermediarios...) la propia norma amplía el concepto de autor de la infracción considerando tal no solo al que

VIII. EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA.-

La CE reconoce en el art. 47 el derecho de todos los españoles a “disfrutar” de una vivienda digna y adecuada; derecho a vivienda, sin el “disfrute”, que es reconocido en el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El derecho a una vivienda puede tener numerosos enfoques jurídicos pues el derecho puede ser subjetivo y exigible o meramente programático o de aspiración social y política. A su vez, en el primer caso, el derecho puede ser real atribuyendo a su titular el disfrute o, a veces, el uso sin disfrute pero siempre defendible frente a cualquiera; o personal que solo atribuye un uso oponible solo al cedente del mismo. Esos derechos se pueden adquirir mediante negocios onerosos o gratuitos y, en cualquier caso, por razón del tiempo por el que se adquieren, podrán ser perpetuos, vitalicios o temporales.

La CE trata del derecho a disfrutar una vivienda y aunque el disfrute está configurado en nuestro ordenamiento jurídico como una de las facultades del dominio y otros derechos reales (usufructo, superficie...) y, por tanto, integrado en un derecho subjetivo (exigible), hay consenso en la doctrina sobre la naturaleza programática del mismo o, lo que es igual, como principio rector que tiene como destinatario ideal la colectividad. Así se desprende del mismo precepto del texto constitucional (los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacerlo efectivo....) y de la sistemática constitucional (Capítulo III del Título I de la CE o “Principios rectores de la política social y económica”); y ello, a pesar de que

elabora, sino también a quien.. *distribuye, suministra u oferta...* sin cumplir correctamente ese deber de información (art. 71. 2.1ª).

algunos legisladores jueguen a subjetivizarlo (leyes autonómicas sobre el derecho a la vivienda). El error, por tanto, estuvo en el legislador constitucional al introducir el verbo “*disfrutar*”.

Sin embargo, desde la perspectiva constitucional, el derecho a la vivienda no se agota en el art. 47 CE. La vivienda, desde una interpretación intratextual, constituye un objeto primario de protección constitucional muy vinculado a las cláusulas de privacidad, de dignidad, de inviolabilidad del domicilio, de libre desarrollo de la personalidad y de protección de la salud y la integridad física.¹¹³

Pone de manifiesto HERNÁNDEZ GARCÍA que el esquema decimonónico del papel de Estado mediante el ejercicio de acciones positivas-negativas desde el punto de partida de intervención mínima, las primeras para los derechos sociales y las segundas para los civiles y políticos está ya superada por otro esquema¹¹⁴ en el que se señalan niveles de obligaciones estatales al margen del posicionamiento social o civil de los derechos constitucionales; son cuatro los niveles que se asumieron en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la elaboración de sus principales documentos interpretativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York de 1.966: (1) Obligaciones de respetar o no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho; (2) Obligaciones de proteger o impedir que terceros injeriran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes; (3) Obligaciones de garantizar o asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo; y (4) Obligaciones de promover o desarrollar las condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

¹¹³ HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER. “La protección constitucional de la vivienda y su protección penal: especial referencia a los fenómenos de *okupa* y *mobbing* inmobiliario.” DERECHO Y VIVIENDA. Consejo General del Poder Judicial. 2.006.

¹¹⁴ Propuestos por VAN HOOFF y ASBJORN EIDE según la obra de HERNÁNDEZ GARCÍA. pág. 18 y ss.

Este nuevo esquema tiene como consecuencia el sometimiento a control jurisdiccional de determinados niveles de obligaciones que los derechos sociales imponen al Estado y, en consecuencia, el control jurisdiccional de las que se incumplan con relación al derecho de acceso a la vivienda.

Pero es que, añade HERNÁNDEZ GARCÍA¹¹⁵, la protección constitucional a la vivienda se manifiesta no solo en los cuatro niveles de obligaciones del Estado en cuanto prestador de servicios o asignador de fondos públicos, sino que en las obligaciones de promoción y protección el Estado debe crear condiciones adecuadas para que los mecanismos de acceso en el ámbito privado respondan adecuadamente a la obtención de un fin que trasciende de los estrechos límites del sinalagma contractual, debiendo ser un objetivo social de primer orden.¹¹⁶

Se refiere el autor al deber del Estado de procurar un “mercado inmobiliario de viviendas seguro y equilibrado” (transparente y con contrapesos al desequilibrio informativo -perdónese el añadido-), y a la necesidad de una ordenación normativa de determinadas relaciones jurídicas entre particulares aunque se limita a mencionar como ejemplo solo las normas de protección al consumidor y las que protegen el medio ambiente.

Parece, pues, totalmente acertado el planteamiento y análisis del autor y no habría mejor ejemplo para corroborarlo que lo ocurrido poco antes de su publicación y adonde nos llevó el feroz liberalismo que se creó en torno al mercado de vivienda, promovido desde el todopoderoso capital que, ante la avaricia que cegaba sobre el lado oscuro del impulso económico y productivo que provocaba la expansión inmobiliaria, esquilmo sus recursos y los ajenos dejando un panorama desolador. Podemos, pues, concluir que la explosiva

¹¹⁵ En págs.. 21 y ss de su obra cit. al tratar de la protección del derecho de acceso a la vivienda en las relaciones entre particulares para luego relacionarlo con el derecho a la no injerencia y al uso pacífico de la vivienda.

¹¹⁶ El autor trae a colación la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1986 o *caso James y otros contra Reino Unido* en la que se dice que la vivienda no puede dejarse por completo al libre juego del mercado compeliendo a la creación de una legislación que garantice, en esta materia, una mayor justicia social.

experiencia de pinchazo de la burbuja inmobiliaria es demostrativa de que el Estado no ha cumplido con los deberes que la Constitución le encomienda.

Es necesario concluir con el planteamiento sobre la recontextualización de los derechos constitucionales y, en particular, del derecho a la vivienda refiriéndose este término a la técnica de aplicar una adecuada hermenéutica consistente en reconducir la ubicación social del derecho reconocido al ámbito de los derechos políticos y ello justificado por la violación del propio derecho. En este sentido, afirma HERNÁNDEZ GARCÍA,¹¹⁷ “los graves atentados al uso pacífico de la vivienda como espacio donde se desarrolla libremente la personalidad, se convierten en lesiones del derecho a la vida privada y familiar o, incluso, en vulneraciones del derecho a la integridad física o moral, lo que entraña un considerable aumento de su carga reaccional”, y sintetiza su estudio en cinco puntos: la privilegiada protección constitucional de la vivienda, la vinculación del legislador y los poderes públicos a los cuatro niveles de protección, que la vinculación en orden a garantizar el acceso y uso de la vivienda ha de ser vertical y horizontal, la necesidad de la recontextualización para alcanzar el máximo nivel de protección constitucional y la protección penal secundaria¹¹⁸ que deriva de la consideración de la vivienda como bien jurídico de relevancia social e individual de primera magnitud.

La definición de vivienda digna es un libro abierto que denota la idea de un concepto indeterminado. El objeto del derecho, la vivienda, ha dejado de ser algo meramente material o patrimonial, tangible, para pasar a la esfera de lo etéreo o intangible. Para describir la vivienda no es suficiente con la existencia de una cosa con características o elementos arquitectónicos determinados; se añade que esa cosa, por su destino, tiene que permitir a sus titulares unas vivencias determinadas.

¹¹⁷ Pags. 23 y ss de la obra cit. poniendo varios ejemplos del TEDH como el caso López Ostra contra el Reino de España o el caso Arrondelle contra el Reino Unido (1.982).

¹¹⁸ Refiriéndose a los fenómenos de *okupas* y *de mobbing* inmobiliario.

La Observación General nº 4 del Comité de Derechos Urbanos de Naciones Unidas no lo contrae al cobijo o refugio necesario de toda persona sino que lo relaciona con el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad.

Los textos que tratan de identificarlo lo hacen bajo el prisma de la “equipación”: sólo es digna y adecuada la vivienda que está bien equipada. Pero, claro, la vivienda no puede prescindir del entorno en que se ubica de manera que la definición se extiende a conceptos urbanos como el de adecuada dotación y equipamientos urbanísticos o sociales como el que existan servicios que haga posible un desarrollo familiar y personal del individuo.

Por tanto, siguiendo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, los elementos a tener en cuenta para que una vivienda merezca el calificativo de adecuada son: la seguridad jurídica en la tenencia, disponibilidad de servicios materiales e infraestructura, gastos soportables, habitabilidad, accesibilidad, lugar y adecuación cultural.

Estas definiciones “abiertas” las encontramos en legislación autonómica sobre ordenación urbanística. Y un intento aproximado de definición lo encontramos en el art. 4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo que, al margen de las anteriores consideraciones, añade el aspecto medioambiental:domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes.... y en un medio ambiente y un paisaje adecuados.

Los autores que tratan de aproximarse al concepto de vivienda digna se alejan de una definición sintética para entrar en la catalogación o análisis de características o fenómenos que la identifican. Así, hay quienes¹¹⁹ buscan estos elementos y los extienden a las siguientes ideas:

- Espacio de convivencia para la familia.
- Lugar de desenvolvimiento de la vida privada.

¹¹⁹ ESPÍNOLA ORREGO, GILDA, en su tesis doctoral (Alcalá de Henares. 2.010), “El derecho a una vivienda digna y adecuada en el ordenamiento jurídico español”.

- Donde se inicia el aprendizaje del que parte el proceso de socialización.
- Lugar en el que se desenvuelven los valores y las costumbres de los individuos.
- Lugar de protección, resguardo y cobijo ante el peligro.
- Espacio de protección de la salud física y mental y de la calidad de vida.
- Inversión y seguridad económica.

Todo ello para al final definir el derecho a la vivienda como “el derecho de toda persona.... a acceder y mantener un hogar, en el que disponga de un espacio íntimo, adaptado al entorno y a la sociedad en que se encuentra, seguros de que puedan vivir en paz y dignidad”

Lo que es evidente es que la vivienda adquiere la dimensión de **bien social** siendo merecedora de una especial atención del legislador que, cuando se trata de un primer acceso del ciudadano a la misma, y con independencia de las políticas sociales prestacionales o económicas de índole fiscal en tal materia, debería, como primera providencia, mantenerla al margen de todo planteamiento mercantilista o especulativo.

Es necesario un estatuto de la primera vivienda del ciudadano a cuyo acceso el Estado tiene el deber de tutelar; y esa primera vivienda, atendiendo al hecho social que la identifica, debe quedar al margen del egoísmo del mercado.

IX. LA PRECONTRACTUALIDAD INMOBILIARIA^{120.-}

Antes de iniciar un somero estudio sobre las fases de formación del contrato, es necesario poner en evidencia que en la seguridad preventiva analizada con anterioridad se da por hecho que la formación contractual, hasta la emisión del consentimiento en el contrato, se ha producido de manera transparente y leal entre las partes implicadas, no pone remedio a la asimetría informativa que caracteriza el mercado inmobiliario presumiendo que el demandante ha accedido a toda la información necesaria para formarse una opinión lo suficientemente madura como para tomar su decisión en orden al consentimiento y, finalmente, obvia si los profesionales que han intervenido en todo ese proceso tienen o, mejor, deben tener una formación adecuada para esas intervenciones y para evitar que decisiones adoptadas con información insuficiente o inadecuada puedan dar lugar a situaciones perjudiciales y de difícil recomposición o solución para el que decidió.

Y es que, en efecto, para llegar al consentimiento hay que pasar por una fase de formación del contrato o precontractual que resumimos a continuación:

Hay que partir, para la formación o nacimiento del contrato, del fundamental principio de la contratación que es el de autonomía de la voluntad que recoge el art. 1.255 del C. Civil: "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". Este principio general del derecho legalmente consagrado debe ser matizado por la existencia de contratos normados (con una regulación legal imperativa), forzosos

¹²⁰ Seguimos en esta materia a MORENO QUESADA, BERNARDO "La oferta del contrato" Colección Nereo, Barcelona. 1963 y a la monografía de CUADRADO PEREZ, CARLOS "Oferta, aceptación y conclusión del contrato" Real Colegio de España Bolonia 2003.

(impuestos por ley), normativos (en cuanto fijan un marco al que hay que someterse) y de adhesión (en los que no hay negociación al imponer una de las partes sus propias estipulaciones o condiciones). Esta restricción a la autonomía de la voluntad tiene gran importancia en el ámbito inmobiliario. Así lo demuestra la existencia de leyes arrendaticias, de Propiedad Horizontal, de protección de los consumidores (en especial el R.D. 515/1.989 de 21 de abril y otros posteriores de las distintas CCAA), de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico, sobre las condiciones generales de la contratación, entre otras.

Existen una serie de actos previos al nacimiento de un contrato. Son actos que tienden a la consecución del consentimiento, que generalmente requiere un período previo o preliminar de negociación que tiende a dar forma a una oferta de contratación y que culmina con una aceptación de la parte a quien se dirige esa oferta. Bien se sabe que esto no quiere decir que el proceso sea necesariamente discontinuo, por fases o partido en el tiempo (negociación, oferta y aceptación), sino que puede ocurrir que haya simultaneidad en el mismo, de forma que en un mismo tiempo se produzca la unión de voluntades en torno a la cosa y causa de un contrato. Así, puede que ni siquiera haya un período de negociación sino que ante una oferta haya una aceptación coincidente. Esto, que es lo habitual en los productos de consumo diario, no es en absoluto frecuente en la contratación inmobiliaria, en la que, sobre todo si se trata de mercado secundario o entre particulares, suele haber ese período reflexivo y con fases de tiempo en que hay una negociación que conduce a una oferta que es posteriormente aceptada. No ocurre lo mismo en el mercado primario en el que se impone la contratación de adhesión que impide la existencia de una negociación. En estos casos el demandante interesado se limita a aceptar la oferta acatando los términos del contrato formulario del promotor sin más propuestas o negociación.

Pues bien, la negociación o período precontractual en que las partes discuten y negocian los términos en que se celebrará el contrato tiene trascendencia jurídica en dos puntos concretos, a saber: la interpretación posterior del contrato y la incursión en responsabilidad.

En efecto, los términos en que se proyectan las cláusulas contractuales tienen un significado concreto en base a la intención de los contratantes que, al plasmarse de un modo definitivo, no se pueden obviar. Es decir, la voluntad de los contratantes surge ya en las negociaciones y es de tener en cuenta en la interpretación del contrato en caso de oscuridades o dudas posteriores. En este sentido, aunque el art. 1.282 del C. Civil habla de que "para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse, principalmente, a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato", ya no se duda que entre los actos coetáneos se incluyan los de las negociaciones precontractuales, y aparte de ello no hay que olvidar el adverbio "principalmente" que no quiere decir que sea exclusivamente. En consecuencia el contrato se interpreta de acuerdo con las negociaciones mantenidas por las partes y en esto, sin duda, el intermediario inmobiliario que interviene (cuando lo hace) en la negociación suele ser fiel testigo de ese proceso negociador.

En cuanto a la posibilidad de incurrir en responsabilidad, es evidente, y en este sentido se pronuncia la doctrina, que en caso de dolo a mala fe de una de las partes dejando a la otra, en términos expresivos al caso, "tirada" se puede generar un daño (*neminen laedere*) que dará lugar a la correspondiente responsabilidad; esto no es cuestión baladí y en la práctica abundan estos supuestos de actitud dolosa o, al menos, culposa en que se moviliza a profesionales, se hacen viajes, proyectos, etc., y luego sin explicaciones razonables se zanja la cuestión. No es necesario advertir que la negligencia, en todo caso, es fuente de responsabilidad. En este sentido, el art. 1.902 del Código Civil dice que "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". Para ello, la doctrina requiere que haya un desistimiento abusivo (esta sería la acción ilícita en cuanto causante del daño) de una de las partes (mala fe una vez que la negociación está más o menos perfilada), y el daño sufrido por la otra que, por lo demás, deberá ser demostrado en su existencia y cuantía (todo tipo de gastos que pueda provocar una negociación sobre objeto inmobiliario según la envergadura de la misma -viajes, planos, servicios de terceros, estudios, informes, peritaciones, certificaciones o notas informativas

de Registros, etc.-). Todo ello con los requisitos de imputabilidad del "retirado" en las negociaciones, que su conducta sea dolosa o culposa lo que excluye la fortuidad y la fuerza mayor, y la relación de causalidad entre el desistimiento y el daño que alega la parte perjudicada.

No olvidemos que el art. 7,2 del C. Civil prohíbe el abuso o antisocialidad del derecho, precepto éste en que se basa la doctrina para fundar esta posible responsabilidad. Lógicamente, los problemas de exigencia de esta responsabilidad están en las dificultades probatorias, sobre todo cuando no suele haber documentación alguna de la existencia de las negociaciones.

Pues bien, estas negociaciones tienden a formar una oferta que no es sino el resultado de ese período de "discusión" que da lugar a, un acto volitivo, una declaración de voluntad por la cual una persona propone un determinado negocio jurídico (contrato). Esta declaración deberá contener todos los elementos esenciales, naturales y accidentales propios del negocio propuesto (consentimiento, objeto, causa, precio, plazo, condiciones, entrega,...), y el oferente debe tener la intención de quedar obligado, sin reservas, por la aceptación de su propuesta.

Al igual que en la negociación previa, la oferta no tiene por qué estar formalizada y su manifestación puede derivar no sólo de la declaración expresa sino también de actos concluyentes (tácitamente) de los que no cabe dudar de la existencia de la oferta.

La oferta, lógicamente, no se hace por un tiempo indefinido, sino por el marcado por el oferente o por el que se considere, según usos, razonable, si no media una previa revocación (perfectamente posible asumiendo la responsabilidad del daño causado, si lo hay) de la misma. Entendemos, por lo demás, que la oferta no tiene sustantividad propia; es decir, que desaparece con la "muerte jurídica" de su oferente (incapacidad o fallecimiento) en cuanto que es mera declaración de voluntad, salvo que, por voluntad del oferente, se convierta en negocio jurídico unilateral (y por tanto vinculante). Finalmente decir que la oferta publicitaria, en cuanto cumpla con los requisitos de la

misma es plenamente válida. Caso contrario (no reúne los requisitos) se puede considerar como invitación o propuesta de ofertar que tiene como única finalidad el dar noticia de unas intenciones y que, por supuesto, no tiene ninguna relevancia jurídica.

Finalmente, la generación o formación del contrato concluye con la aceptación de la persona a que va dirigida la oferta que es una declaración de voluntad de la misma que, para ser considerada como tal aceptación, deberá coincidir exacta y tempestivamente con los términos de la oferta y sin reserva alguna de meditación. Cualquier alteración o condición a la propuesta del oferente deja de ser aceptación para convertirse en contraoferta, que podrá o no ser aceptada por la parte contraria. Como dice el C. Civil, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (art. 1.258), y este no es más que el concurso de la oferta y la aceptación (art. 1.262). Otra cuestión es determinar cuándo se produce en el tiempo ese concurso, cuestión que en la contratación entre ausentes aclara el mismo artículo 1.262 del Código. Ocurre muchas veces, y de eso son fieles testigos los mediadores, que incluso aceptada la oferta y puesto ya en conocimiento del oferente, lo que implica dación del consentimiento y por tanto perfección del contrato sin posibilidad de "retirarse" del mismo, el aceptante revoca unilateralmente el consentimiento negándose a documentar el contrato. Es por ello por lo que la documentación debe hacerse lo antes posible para evitar esa falta de seriedad en el cumplimiento de lo acordado. Pero es lo cierto que la falta de confianza que tiene la sociedad hacia la figura del mediador impide que éste tenga la posibilidad de resolver los asuntos formales sobre la marcha, retrasándose este fundamental aspecto más de lo debido. Por lo demás, se leen en proyectos y propuestas de leyes de protección del consumidor inmobiliario lo que se podría denominar como meditación posterior a la perfección del contrato, permitiendo al adquirente la resolución o revocación del mismo en un determinado plazo. Es opinión personal que esta protección debería ser previa a la firma y perfección del contrato, de lo contrario se puede desembocar en una informalidad que rompe con los principios tradicionales de obligatoriedad e irrevocabilidad de los contratos

Perfecto el contrato o, lo que es igual, cuando el acuerdo se ha logrado, no queda más que cumplir lo acordado (consumación del contrato), cumplir con las obligaciones contraídas. Por ello el Código señala en el art. 1.091 que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos, sin que (art. 1.256) la validez y el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de uno de los contratantes. De aquí se desprende que el contrato es tan coactivo como la ley. Así, igual que para el incumplimiento de la ley el Ordenamiento jurídico prevé la sanción, tratándose de incumplimiento de contrato tiene su sanción en la responsabilidad contraída, responsabilidad que genera la indemnización de daños que produzca el incumplimiento (1.101 C.C.) salvo que se opte por el cumplimiento forzoso en forma específica si éste es posible. La indemnización no se reduce sólo a las pérdidas que puedan derivar de un incumplimiento (daño emergente), sino que también comprende las ganancias que se pudieron obtener y no se consiguieron debido a ese incumplimiento (lucro cesante) (art. 1.106 C.C.).

(Art. 1.101 C.C.: "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas.")

Art. 1.106 C.C.: "La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.")

Otros efectos propios del contrato son la relatividad (1.257), en el sentido de que sólo obligan a los contratantes y a los herederos que asuman su posición, y la irrevocabilidad en el sentido ya comentado de que es obligatorio en su contenido sin que ninguna de las partes pueda quedar desligada por propia voluntad.

(Art. 1.257 C.C.: "Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a estos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.")

Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada.").

X. EL CONTROL COLEGIAL.-

10.1. JUSTIFICACIÓN Y DESMANTELAMIENTO.

Los Colegios profesionales ejercen un control sobre la actividad profesional y su ejercicio circunscrito exclusivamente a sus colegiados.

La corriente liberalizadora tiende a la inanición y desmantelamiento de los Colegios profesionales mediante un proceso que lleva a la eliminación de la colegiación obligatoria y, en consecuencia, al libre ejercicio profesional sin que los Colegios puedan controlar el conocimiento o capacitación y sin más limitación que el de la ética individual de cada profesional.

Así ocurrió ya con la actividad de intermediación en el año 2000 en el que se adoptaron medidas de liberalización del ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria para fomentar la competencia y abaratar el precio de la vivienda.

Las únicas restricciones al libre ejercicio de las actividades profesionales se producirían en base al interés general y bajo los principios de proporcionalidad y no discriminación están ligadas a la seguridad y a la salud, imponiéndose únicamente la colegiación en aquellas actividades en que pueda verse afectada de manera grave y directa, materias de especial interés general, como pueden ser la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas.¹²¹

Es necesario evitar la desprofesionalización de la actividad de intermediación y el desmantelamiento de los Colegios de Agentes de la Propiedad

¹²¹ Artículos 7 y 26 del Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales (30-julio-2013)

Inmobiliaria por razones exclusivas que vienen a amparar los excesos de la economía liberal. Entendemos que cualquier actividad relacionada con el acceso a la vivienda del ciudadano repercute gravemente en su seguridad, economía e incluso salud. Vamos a ver:

10.2. COMISION DE LA COMPETECIA Y ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION INMOBILIARIA.-

Manifestación de las tendencias de liberalización en el ejercicio de actividades profesionales y más concretamente con relación a los API las observamos en los informes de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy de Mercado y Competencia) frente a la que se defiende la Corporación con los siguientes argumentos:

Informe del Consejo General de Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España sobre la actividad profesional y la libre competencia en relación con el informe de la CNC¹²² sobre los colegios profesionales tras la trasposición de la directiva de servicios.-

¹²² Informe de la CNC de 26 de abril de 2012 por el que se trata de poner de manifiesto las barreras al acceso de las actividades profesionales y al ejercicio profesional que impiden o dificultan la libre prestación de servicios profesionales.

10.2.1. NATURALEZA JURIDICA DE LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO.-

Las Corporaciones de Derecho Público (Colegios) son creadas desde el Estado (frente a la Asociación que se crea por los particulares y es reconocida por el Estado) atendiendo a un interés colectivo (frente al interés individual que prepondera en la Asociación) cuya finalidad trasciende más allá del grupo que la integra (trascendencia externa que no concurre en la Asociación salvo que se reconozca su “utilidad pública”).

Son muchos los autores que coinciden en que los Colegios profesionales, reconocidos en la Constitución, ex art. 36 CE, son auténticas “Corporaciones de Derecho Público de base asociativa” cuya creación se justifica no solo por preservar el interés particular del colectivo que las integra, sino también por la existencia de un “interés público” de tutela de determinados bienes y derechos¹²³.

Así pues, la creación de todo Colegio obedece a un Interés general que es necesario proteger y por ello han de ser constituidas en virtud de Ley, siendo el Estado, representante de la sociedad, el interesado en su nacimiento, lo que separa a las Corporaciones de Derecho Público de las Asociaciones que, en cualquier caso, obedeciendo al interés privado de que se trata, son creadas por la voluntad de los particulares sin necesidad de especial acto del Estado, a salvo su registración para constatar su existencia.

Muy sintéticamente se dice que “el ejercicio de una profesión cumple una evidente finalidad social. La repercusión que el correcto ejercicio de la profesión titulada ostenta en el interés público ha justificado tradicionalmente la creación de los Colegios profesionales y la atribución de relevantes

¹²³ POZO y LOZANO ROMERAL (La Ley, año XVII, nº 4.134, octubre 1.996).

facultades y potestades en el ámbito de la auto-organización y administración.”¹²⁴

La competencia de los Colegios para la “autorregulación” de su funcionamiento y reglamentación interna resulta de las leyes generales¹²⁵ y estatutos reguladores de la profesión y así lo reconoce, expresamente, la Jurisprudencia.¹²⁶

Esto, que tiene respaldo en el art. 36 CE es lo que, alegando razones de libertad de mercado y defensa de la competencia, está ahora en entredicho, a pesar del evidente interés de la sociedad, por la función garante de la institución colegial, por la subsistencia de la misma, pues en el fondo se trata de un pacto de paz social o contrato social bilateral entre los profesionales que requieren de la libertad e independencia estatutariamente determinada para el ejercicio de sus actividades y la sociedad, representada por la Administración pública, que consiente y propugna esa libertad e independencia a cambio de unas exigencias deontológicas que le aportan (a la sociedad) seguridad, pacto que nace de la comprensión y asunción de la trascendencia social de la actividad desempeñada por los profesionales. La obligatoriedad de la colegiación forma parte de esa libertad e independencia del grupo colegial y su negación desequilibra el pacto desapareciendo el deber de sometimiento a la deontología garante de la paz social.¹²⁷

El movimiento pendular que se propone desde la CNC en relación a los Colegios profesionales debe reconducirse a la idea de reequilibrio y búsqueda de la compatibilidad entre la libre competencia y la protección de otros valores

¹²⁴ SERRA RODRIGUEZ. II Personas jurídicas: Colegios profesionales. Universitat de Valencia. La delegación de funciones públicas en los Colegios profesionales está reconocida por numerosas SsTC... 76/1983, 23/1984, 123/1987, 20/1988,... y del TS... 3.11.1988, 25.02.1998, 28.09.1998, 21.01.1999....

¹²⁵ Art. 1.3; 5, i); y 6.1 de la Ley 2/1.974 de 13 de febrero de Colegios Profesionales (LCP).

¹²⁶ STC de 21 de diciembre de 1.989 y STS, Sala 3ª, Sec. 3ª de 4 de mayo de 2.004

¹²⁷ En parecidos términos: RAFAEL DEL ROSAL. “La naturaleza jurídica de la Institución Colegial”. Foro Etica Jurídica. 28-mayo-2008.

que no pueden quedar desprotegidos y a merced de un mercado que lo devora todo.

En este sentido cabe recordar la resolución del Parlamento Europeo¹²⁸ que autoriza a los Estados miembros a proteger unas elevadas normas de moral, ética y calidad que las profesiones liberales representan y en las que confían sus clientes y dispone que “las normas que son necesarias en el contexto específico de cada profesión, para garantizar la imparcialidad, competencia, integridad y responsabilidad de los miembros de dicha profesión o para evitar los conflictos de intereses y la publicidad engañosa, y que además no representan obstáculos a la libre circulación de servicios, no se consideran restricciones de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado.”

En esta línea el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹²⁹ justifica las restricciones en la necesidad objetiva de la regulación y la protección del usuario, sin exceder de lo que sea absolutamente necesario para alcanzar sus objetivos.

Por ello es necesario ponderar en cada caso los valores en conflicto; ver la causalidad entre la medida y su justificación, es decir, si la medida persigue un objetivo de interés general que puede obtenerse en el ámbito concreto.

Por otro lado, también debe ponderarse si otra medida menos restrictiva puede obtener aquella finalidad y, en tal sentido, el TJCE, refiriéndose a tales intereses considera, en lista abierta, como tales: la protección del consumidor y usuario, la competencia y formación profesional, la responsabilidad profesional, la protección del medio ambiente y/o la protección de la diversidad cultural.

¹²⁸ Resolución PE de 5 de abril de 2001 (Diario Oficial Comunidades Europeas de 24.1.2002).

¹²⁹ Saëger; Comisión/Alemania Asuntos 20584

En definitiva, en la toma de decisiones respecto los Colegios profesionales debe primar, ante todo, el interés general, la defensa de los consumidores y usuarios, los clientes de los profesionales prestadores de servicios. La competitividad no se reduce a los precios de los servicios; entendemos que los demandantes de servicios profesionales demandan no solo precios, sino calidad del servicio, ética y deontología profesional, responsabilidad civil, garantía del servicio... que es lo que, a través de los Colegios, se aspira a conseguir.

10.2.2. INTERES PARA LA CONSTITUCION DEL COLEGIO DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA.-

El interés que justificó en su día la creación de los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria iba encaminado a evitar el agio, la insolvencia y el perjuicio a la propiedad¹³⁰, lo que equivalía a la aportación de seguridad jurídica en la etapa de formación de los contratos inmobiliarios.

La doctrina¹³¹ señala que los bienes y derechos directamente afectados en el ámbito de la intermediación inmobiliaria son el derecho de propiedad (art. 3 CE), el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51 CE) y la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en el ámbito precontractual.

La necesidad de regulación de la actividad de mediación inmobiliaria en beneficio del mercado inmobiliario, de su seguridad y, en definitiva, de los que acuden al mismo se manifestó por el Estado cuando consideró imprescindible la creación de un Colegio profesional como primer paso para la normalización de una situación espuria que venía arrastrando de antaño.

No solo el Estado consideró necesaria la nueva Corporación colegial, sino que la doctrina y la jurisprudencia, a lo largo del tiempo, lo han confirmado:

....."el negocio jurídico es base de la seguridad y tranquilidad de la familia y de la sociedad. De un negocio mercantil nace odio y amistad. Rompe o une. Es semillero de pleitos o fuente de riqueza. Todo depende de su nacimiento,

¹³⁰ Decreto de 17 de diciembre de 1.948 (BOE nº 17 de 17 de enero de 1.949) por el que se crean los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.

¹³¹ RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA (El contrato de corretaje inmobiliario. Aranzadi 2000. Pág. 140). GARCIA-VALDECASAS ALEX (La mediación inmobiliaria. Aranzadi 1.998. Pág. 181).

*de su gestación, del asesoramiento imparcial, objetivo, experto, de una persona, maestra en sabiduría, en previsibilidad, en conocimiento de las personas, sus actos y los efectos de estos. Con intuición de las consecuencias familiares y sociales, para las partes intervinientes. De esa persona, capaz de dar el consejo en el momento exacto y oportuno, depende el futuro, feliz o frustrado, del individuo, de la familia y de la sociedad. La persona que realiza esta función es el Agente de la Propiedad Inmobiliaria."*¹³²

Por su parte, la Jurisprudencia, siguiendo esta lógica, lo entendió en su justa medida y así encontramos sentencias¹³³ como la que afirmó que era *"necesario reconocer que, actualmente, al tratarse de la compraventa de fincas, precisa tener en cuenta que el anterior estado de libertad incontrolada en que se verificaban estas transacciones va cesando y debe terminar por completo en cumplimiento de los preceptos del Decreto de 6 de abril de 1.951, que organizó cumplidamente la profesión de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y los Colegios creados a tal efecto dan las notas de seriedad y legalidad precisas para acabar con una situación de clandestinidad, muchas veces lindante con el engaño y la falsedad, y sirven, por el contrario, de seguridad en las transacciones, de garantía de los contratantes."*

Hoy todavía encontramos voces autorizadas¹³⁴ que son conscientes del alcance social de una intermediación inmobiliaria ordenada advirtiendo sobre las consecuencias de la Ley Ómnibus en esta actividad y, en definitiva, de la merma de calidad profesional y la equiparación POR ABAJO en la prestación ante los ciudadanos de los servicios profesionales; deficiencias de prestación de servicios que, se reconoce, acaban ante los órganos judiciales en los que

¹³² GARCIA GARCIA, LUIS (Los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y el Registro de la Propiedad. Actualidad Civil nº 8, marzo 1.992).

¹³³ Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 2 de julio de 1.962.

¹³⁴ MAGRO SERVET (Rev. Jurisprudencia el Derecho. Año VIII, nº 4, marzo 2.012) cuestiona una trasposición, sin más, de las Directivas Comunitarias advirtiendo de nuestras singularidades en el ámbito de los servicios profesionales. Hace especial mención a la sentencia de la AP de Huelva de 5 de febrero de 2.010 que analiza pormenorizadamente el régimen jurídico (derechos y obligaciones) que deriva del Estatuto de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.

la condena civil, al no atender al contenido emotivo que lleva consigo la adquisición de una vivienda familiar, no consigue una reparación plena del daño.

La concepción de la actividad de intermediación como medio para evitar conflictos a resolver en la jurisdicción la coloca entre las actividades profesionales con repercusión en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva. Y el hecho de ser la adquisición de vivienda una de las decisiones más importantes desde el punto de vista patrimonial de todo ciudadano no autoriza a despreciar, como si tratáramos un tema baladí, la actividad proponiendo su total desprofesionalización.

10.2.3. AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA, PROFESION Y MERCADO INMOBILIARIO.-

Se puede estar de acuerdo con los criterios genéricos que informa (abril de 2.012) la CNC referentes a la necesaria liberalización de los servicios profesionales, evitar los abusos de las Corporaciones colegiales y facilitar la incorporación de los interesados al ejercicio de la actividad. No otra cosa se puede decir a estas alturas si se aspira a formar parte de las modernas y globales estructuras económicas. El problema es cuando se entra en el desarrollo de tales fines liberales, lo que se hace desde una óptica del desconocimiento de las actividades profesionales y bajo una concepción negativa de todo lo colegial que desemboca en propuestas draconianas tendentes a la inanición de los Colegios profesionales.

Este informe se limitará a razonar las dudas del Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria frente a las propuestas de la CNC con relación a su colectivo, proponiendo, a su vez, como alcanzar los fines pretendidos en pro de una adecuada competencia.

Hemos de comenzar con dos reflexiones previas que consideramos necesarias:

Primera) Un interrogante... ¿Qué se pretende encorsetando a los Colegios frente a la libertad de actuación de las Asociaciones que sí pueden autoregularse desde en sus denominaciones, hasta en los requisitos de acceso, condiciones, títulos, cuotas, publicidad de honorarios, cursos de reciclaje y todo lo imaginable....? ¿Por qué esta desigualdad de trato en un mercado que, se dice y es la excusa para arremeter contra los Colegios, se quiere libre?

Segunda) Nadie se plantea que cualquier paso de degradación de los Colegios profesionales debe pasar el filtro de la justificación por el Estado que los creó en base a un interés general. Es exigencia en un Estado que se reconoce “de Derecho” la previa determinación de cuáles son las nuevas condiciones que conducen a esa decisión; en definitiva: ¿Por qué cuando se crearon había un interés general que proteger y ahora deja de haberlo...?

Para la primera cuestión no tenemos respuesta.... la asociación no tiene límites para actuar en el mercado de servicios, nadie las controla ni propone que límites deben tener, frente a los Colegios a los que se les propone enfrentarse a límites de toda índole como se verá con posterioridad.

En cuanto al interés, y en relación a los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, para averiguar si desapareció la razón que justificaba su creación y, en consecuencia, aceptar las propuestas de limitaciones en cuanto a sus competencias, fines y funciones o atribuciones legalmente reconocidas debemos entrar, aunque sea tímidamente, en su evolución normativa: desde su origen y hasta conocer si las circunstancias actuales son distintas a las de entonces...

Los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, en su configuración moderna, nacieron con el Decreto del Ministerio de la Vivienda de 17 de diciembre de 1.948, aprobándose el Reglamento propio de su profesión por Decreto de 6 de abril de 1.951.

El Decreto 3.248/1.969 de 4 de diciembre dictado por el entonces Ministerio de la Vivienda aprobó el Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Junta Central, y derogó expresamente las anteriores disposiciones además de las Órdenes Ministeriales sobre constitución de la Junta Central y aspectos internos de los Colegios creados, disponiendo igualmente la vigencia de la Orden Ministerial de 30 de noviembre de 1.951 sobre incompatibilidad del personal de los Registros de la Propiedad para ejercer la profesión de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.

El Decreto 55/1.975 de 10 de enero modifica el art. 3 del nuevo Reglamento permitiendo la Asociación de Agentes y únicamente la constitución de Sociedades colectivas y comanditarias con determinados requisitos para ejercer la mediación. Respecto a esto, y ante la falta de previsión legal, el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de octubre de 1.995 admitió que Sociedades de Responsabilidad Limitada tuvieran como objeto social la mediación inmobiliaria.

El Real Decreto 1.613/1.981 de 19 de junio aprobó los nuevos Estatutos Generales de la Profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria y derogó los Decretos de 1.969 y 1.975.

La Sentencia de la Sala (Cuarta) de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1.982 declaró, en resolución del recurso interpuesto por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Gestores Administrativos de España, la nulidad del RD 1.613 por faltar el trámite de Audiencia a dicho Consejo (art. 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo), y dispuso la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su aprobación por el Consejo de Ministros. Sentencia que fue ejecutada por Orden del Mterio. de Obras Públicas y Urbanismo de 5 de mayo de 1.983 (BOE de 20 de junio), tras la determinación del Consejo de Ministros (20-abril- 1.983) de renovar la vigencia de los Decretos de 1.969 y 1.975.

El Real Decreto-Ley 4/2000 de 23 de junio de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes en su art. 3 liberalizó el ejercicio de la mediación permitiendo que cualquier persona, física o jurídica, pudiera dedicarse a esta actividad sin necesidad de poseer título o pertenecer a un colectivo profesional colegiado y sin exigir cualificación alguna o garantías a quienes generalmente, forma parte de la actividad,¹³⁵ gestionan dinero y patrimonio ajeno.

¹³⁵ Entregas para reservas, o a cuenta del precio final, poderes para disponer de inmuebles, gestiones de cobro de pagos aplazados en la compraventa o rentas devengadas en el alquiler...

Posteriormente la Ley 10/2003 de 20 de mayo matizó la urgente normativa anterior corrigiendo, en cierto modo, el “menosprecio”¹³⁶ al colectivo de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, que por mucha liberalización de mercado no deja de ser una profesión reglada y controlada, distinguiéndolo del resto de intermediarios.

Por ello en dicha Ley (art. 3) se diferencia a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (regulados con la normativa vigente) del resto de mediadores, personas físicas y jurídicas, que deberán ser regulados en razón de la protección que merece el consumidor.

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 establecen la vigente normativa de la profesión dentro del marco de la Ley 2/1974 de Colegios Profesionales y leyes Autonómicas de Colegios Profesionales; Real Decreto que deroga el hasta ahora vigente RD 3248/1969 de 4 de diciembre con excepción de su art. 1º relativo a las funciones profesionales y demás disposiciones de igual o inferior rango que se opongan al mismo.

Finalmente, Leyes autonómicas (hasta ahora solo Cataluña en su Ley 18/2007 de 28 de diciembre de derecho a vivienda) desarrollan la Ley 10/2003 en base a las competencias sobre vivienda o de protección al consumidor, e imponen un control administrativo al ejercicio de la intermediación inmobiliaria al margen de los Colegios oficiales, exigiendo capacitación profesional, establecimiento público, seguros y registración.

El vigente texto Estatutario de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria queda afectado por la Ley 17/2009 de 23 de noviembre sobre Libre acceso a las

¹³⁶ Esta Ley, al contrario que el RD Ley anterior, reconoce a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (que se regirán por su propia normativa...) como colectivo (regulado) y, en consecuencia, diferenciado del resto de los intermediarios inmobiliarios (que se regirán por normas que se dicten en protección del consumidor...).

actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 25/2009 de 22 de diciembre “Omnibus” que, a su vez, modifica la Ley Estatal de Colegios Profesionales.

Entre la amplia normativa mencionada merece la pena detenerse en la Exposición de motivos del “urgente”¹³⁷ RD Ley 4/2000 liberalizador de la intermediación cuando dice que: “su objetivo fundamental es incidir de forma inmediata en el comportamiento de los distintos agentes económicos para estimular la competencia, conseguir una mejor asignación de los recursos y, en definitiva, influir positivamente sobre el nivel de precios”.

Pues bien, el resultado de las medidas de liberalización (no solo de la actividad de intermediación sino también las que con la misma Ley pretendieron aumentar la oferta de suelo) ha sido el siguiente:

Primero: el mayor proceso especulativo jamás producido en la Historia de nuestro país con una escalada de precios sin precedentes creador de la llamada “burbuja inmobiliaria”... estallido de la burbuja... crisis aguda... que ha repercutido negativa y gravemente en nuestra economía. ¿Quién duda hoy de que la burbuja y crisis consiguiente es producto de un proceso especulativo inmobiliario apoyado por medidas liberalizadoras que han desembocado en la actual situación macroeconómica con riesgo de intervención y fuerte empobrecimiento del país?

Segundo: Enorme inseguridad jurídica en el período precontractual (previo a la intervención notarial y registral) con grave perjuicio a consumidores y usuarios inmobiliarios, y al consumo extranjero que sostenía al sector en las

¹³⁷ La STC 137/2011 de 14 de septiembre de 2011 negó que las medidas de naturaleza estructural (así presentó el Gobierno el RD Ley 4/2000) pudieran ser adoptadas por la vía de urgencia que se suele utilizar en situaciones coyunturales, tachando de inconstitucional las que, dentro del citado RD Ley, habían sido objeto de ese recurso. En la sentencia podemos leer que: “...el Gobierno no ha ofrecido, ni en la exposición de motivos del Real Decreto-ley ni en el trámite de convalidación, explicación o justificación alguna sobre ninguno de tales extremos, esto es, la gravedad, imprevisibilidad o excepcionalidad de la situación diagnosticada del sector inmobiliario ni sobre la posible quiebra de la efectividad de las medidas con las que se pretende afrontar dicha situación en el supuesto de que se hubiera acudido al procedimiento legislativo....”

zonas costeras, al permitir que personas no cualificadas o con una concepción mercantilista de la actividad de intermediación actuaran impunemente en el mercado con una finalidad exclusivamente lucrativa y actuaciones poco profesionales rayanas en la falsedad y estafa.¹³⁸

Parece que no ha sido suficiente con la experiencia de la última década y para devaluar aún más los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria se propone su encorsetamiento restringiendo al máximo su facultad de autorregulación (con propuestas que van desde la generalización de su denominación hasta la imposición de prestación de servicios a profesionales ajenos al colectivo....).

El interés de esta propuesta de desregulación parece claro: no tiene identidad subjetiva, se esconde en los nomen de moda: el capital, los mercados, el negocio, el agiotaje, cuyos tentáculos buscan continuamente nuevos mercados y oportunidades de negocio, instando a la confirmación legal de su interés de convertir la actividad profesional en un negocio más, imponiéndose de esta manera la actividad parabancaria, el negocio-franquicia, las mercantiles de servicios y las nuevas tecnologías que mediante la virtualidad crean una nueva realidad negocial, lo que se consigue no por la vía de que el consumidor opte entre las distintas alternativas que el mercado le ofrece, sino por la vía del desmantelamiento y debilitamiento de las Corporaciones colegiales.

El mercado inmobiliario ha cumplido tradicionalmente con las premisas de la buena inversión: seguridad, rentabilidad y liquidez; por ello ha sido un ámbito atractivo para los inversores y, en consecuencia, potencial fuente de

¹³⁸ Se consagraron, por la fuerza de una costumbre unilateralmente impuesta, numerosas prácticas habituales y perjudiciales para el consumidor que estoicamente las soportaba: listas de espera antes del precontrato en función de las cuales se fijaba el precio del producto inmobiliario; documentos de reserva sin clara vinculación para el oferente; documentos de arras confusos en cuanto a su tipología y casi nunca con devolución del duplo si eran de desistir; ofertas publicitarias que no respondían a la realidad; publicidad de precios de captación con oferta de inmuebles ya vendidos, cuando no inexistentes; opciones de compra sin convenio de inscripción; precontratos que obligan al demandante del inmueble sin que aparezca la recíproca del oferente a la formación del futuro contrato; facultades de desistimiento solo para el vendedor; y la multitud de cláusulas abusivas contra un consumidor que las aceptaba ante el alto riesgo y coste de su anulación ante los Tribunales.

especulación. Pero la creación de un entorno de libre competencia vía liberalización de la actividad no debe ser coincidente con la creación de condiciones demasiado idóneas (...facilidad del crédito ofreciéndolo sin más condiciones que la adhesión, la ausencia de control de la tasación inmobiliaria a efectos de concesión de préstamos hipotecarios, intermediación como actividad propiamente especulativa en lugar de actividad profesional que vela por la limpieza precontractual, aceleración progresiva de la especulación para que ésta se regenere así misma....) por las que, según la experiencia acumulada en estos años, se acentúe esa desmesurada especulación y de lugar a la situación de “burbuja” ruinosa para los Estados y las personas.

A nuestra particular “burbuja” contribuyeron en gran medida, y esto no hay analista que lo discuta, dos factores fundamentales: uno) la tasación inmobiliaria incontrolada¹³⁹, o, más bien, controlada por la propia prestamista interesada en dar crédito hipergarantizado mediante garantía real y personal....hipotecaria, seguros, avales y fianzas. Claro, hipergarantizado hasta que el artificio explotó....¿Para qué sirven las Sociedades de tasación? ¿Por qué su exclusividad en la tasación hipotecaria? ¿En este tema la CNC no tiene nada que decir?¿Sabe la CNC la definición de tasación hipotecaria? ¿Y por qué la UE exige ahora que un “Auditor autónomo” valore el ladrillo de la banca?¹⁴⁰ ¿No estaba ya valorado? Y dos) la proliferación de mediadores no profesionales y especuladores que buscaron un dinero fácil aprovechando la liberalización de la actividad de intermediación que dejó de concebirse como actividad profesional para configurarse como actividad puramente comercial, lo que ha perjudicado gravemente a los consumidores.

¹³⁹ El Proyecto de informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo(Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios 18.7.2011) sobre los contratos de crédito parabiens inmuebles de uso residencial se refiere a la importancia de garantizar una tasaciónadecuada (enmienda 14 bis), a que las tasaciones sean hechas por tasadores competentes(enmienda 32 ter), a la prevención de conflictos de intereses en la tasación de bienes inmueblespara uso residencial (enmienda 41) y a la prohibición a prestamistas o intermediarios de crédito de condicionar una oferta de un contrato de crédito a la prestación de servicios por tasadoresdesignados por ellos (enmienda 109), exigiendo la independencia e imparcialidad del tasador(enmienda 150).

¹⁴⁰ Prensa nacional de 11 de mayo de 2012.

Los que aceptaron esta situación, concibiéndolo todo desde una óptica puramente economicista, deberían saber, cuando menos, por qué el Código de Comercio no contempla la compraventa inmobiliaria, por mucho que hoy, en interés de la promoción inmobiliaria, se ponga en entredicho.

Recordamos el planteamiento... ¿Subsiste el interés originario por el que se constituyeron los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria?

Los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, como principales interesados en la cuestión y para no ser acusados de parcialidad, no dan respuesta, pero sí piden reflexión sobre ello; sobre si lo que nos ha traído hasta la actual situación merece seguir prevaleciendo sobre una no discutida y necesaria liberalización pero con un mínimo de ordenación. ¿Se permite la siguiente propuesta?: Sí liberalización. No desregulación.

10.2.4. ANALISIS DE LOS PLANTEAMIENTOS DE LA CNC CON RELACION A LOS AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA.-

10.2.4.1. INTRODUCCION.-

El Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (API) de España, con relación a las referencias a los API citadas en el informe de la Comisión Nacional de la Competencia aprobado en fecha de 18 de abril de 2012 sobre “los Colegios Profesionales tras la trasposición de la Directiva de servicios”, desea manifestar lo siguiente:

Con carácter general el art. 36 de la CE traslada al ámbito de la legislación ordinaria la regulación de los Colegios profesionales y el régimen jurídico del ejercicio de las profesiones tituladas, lo que no excluye la posibilidad de desarrollo pormenorizado, vía reglamentaria, de las leyes formales que han de contener inexcusablemente esas líneas básicas de regulación de las profesiones y sus Colegios.¹⁴¹ Como señala el TC la reserva legal que se materializa en la Ley de Colegios Profesionales no excluye la remisión reglamentaria para la determinación de limitaciones y deberes que conforman el libre ejercicio profesional de los colegiados.

Esta auto-regulación queda en entredicho con las propuestas de la CNC que parecen conducir no ya a una liberalización, ya asumida y aceptada, del ejercicio profesional, sino a una auténtica desregulación y desprofesionalización de las actividades pretendiendo igualar por abajo a los profesionales acreditados con los aspirantes a profesional.

Ejemplos recientes en cuanto al bajo-rasante (bajar a niveles ordinarios al que busca la distinción en la excelencia) hemos tenido en nuestro país en el ámbito

¹⁴¹ STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, 4/05/2004

de la educación que nos ha colocado en posición desfavorable respecto de los países de nuestro entorno, experiencia que ahora parece seguir el mismo ejemplo en el ámbito de los servicios profesionales.

10.2.4.2. SOBRE LAS RESTRICCIONES A LA DENOMINACION PROFESIONAL EN LOS COLEGIOS NO OBLIGATORIOS.-

Nos limitamos a tratar la denominación que afecta al colectivo, sin entrar en si la CNC puede tener razón en cuanto a la denominación de otros colectivos o colegiados. La denominación de “Agente de la Propiedad Inmobiliaria” es relativamente reciente (nace con el propio Colegio) para quien, perteneciendo a la Corporación, ejerce la actividad de mediación y tasación inmobiliaria. No es denominación que históricamente se vincule a dicha actividad; como tampoco existe identidad directa entre la denominación colegial o colectivo que lo integra (Agentes de la Propiedad Inmobiliaria) y la actividad profesional que se desarrolla por los mismos (fundamentalmente intermediación y valoración inmobiliarias). Lo que se propone desde la CNC es, sencillamente, permitir a quien no ostenta un título oficial aprovecharse del crédito ajeno mediante la utilización de su denominación, lo que va en contra de la normativa mercantil sobre denominaciones sociales, nombres comerciales, marcas, rótulos de establecimiento y defensa de la competencia que tratan de evitar identidades que pretendan confusión en el mercado.¹⁴² El informe CNC pretende que los Colegios y sus colegiados se sometan estrictamente a las normas de competencia, pero, por otro lado, en contra de esta normativa, no se percata de la confusión que para el consumidor origina su propuesta. Permitir que quien no forma parte de un colectivo profesional pueda ejercer esa profesión presentándose al público con la misma denominación, cuando ésta no menciona la actividad en que consiste, es amparar un acto fraudulento para con el consumidor. Una cosa es que la liberalización permita ejercer la actividad y otra es amparar el disfraz profesional (apariencia de lo que no se es, por no tener la titulación adecuada o, teniéndola, por no querer ser parte

¹⁴² Análogamente art. 7, 8 y 88 de la Ley 17/2001 de 7 de diciembre de Marcas; arts 405 a 408 del Rto. del Registro Mercantil (RD 1784 de 19 de junio de 1996); arts. 6 sobre los actos de confusión y 12 sobre explotación de la reputación ajena de la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal.

del colectivo). La actividad profesional podrá ser portadora de la denominación de la actividad que se realiza: “mediador y tasador inmobiliario” u otras semejantes, denominación/es que podrán ser utilizadas por cualquier persona que se dedique a dicha actividad pero resulta evidente que “AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA” no confunde al colectivo con la actividad.

En conclusión, es Agente de la Propiedad Inmobiliaria quien cumple los requisitos para serlo y se colegia como tal; el resto son mediadores y tasadores inmobiliarios, comerciales inmobiliarios, gestores inmobiliarios..... y las múltiples denominaciones que los identifican.

Se sorprendería la CNC si en encuesta pública preguntara qué es un Agente de la Propiedad Inmobiliaria y qué es un Mediador inmobiliario. La realidad es que solo tendría respuesta para el segundo, aunque la identificación del consumidor con la actividad no deriva del nomen del profesional sino del establecimiento que se dedica a la actividad. Para el consumidor, en éstas dos últimas décadas donde han proliferado los locales de ventas, quien se dedica a la intermediación inmobiliaria no es un profesional concreto, es el establecimiento donde se venden inmuebles: la “Inmobiliaria”. La razón de ello es que dichos establecimientos han actuado no como profesionales de intermediación propiamente dichos, sino que se presentan al público como tiendas de viviendas. La pregunta al consumidor sería fácil: ¿Quién se dedica a la venta de viviendas? La respuesta, no sería el “Agente de la Propiedad Inmobiliaria”; sería, sin duda, “la inmobiliaria”.

Incluso en la doctrina se ha hecho referencia a la falta de identificación entre la denominación de “Agente de la Propiedad Inmobiliaria” y la actividad concreta de estos profesionales con propuestas de nuevas denominaciones.¹⁴³

¹⁴³ GARCIA-VALDECASAS Y ALEX. La mediación inmobiliaria. Aranzadi 1.998. pág. 44.... En donde se concluye que la identidad entre la actividad y la denominación estaría en la expresión “Agentes de contratación de fincas”.

No podemos concluir sin recordar el art. 4.5 de la LCP que prohíbe la identidad de denominación respecto a la de Colegios preexistentes o denominaciones que no respondan a la titulación poseída o induzcan a error en cuanto a los profesionales que los integran.

Sobran nuevos argumentos cuando una denominación tiene una reserva normativa, amparada y protegida por normas con rango de Ley.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Así; Ley Hipotecaria, Ley de Aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles vacacionales, RD-Ley 4/2000 de Medidas Urgentes de Liberalización del Sector Inmobiliario y posterior Ley 10/2003 que expresamente reserva la denominación a los adscritos a los Colegios.

10.2.4.3. SOBRE LOS LISTADOS DE PERITOS JUDICIALES Y OTROS REQUISITOS DE ACCESO.-

Generalidades.-

Niega la CNC, con carácter general, en sus consideraciones la capacidad de autoregulación ad-intra de los Colegios Profesionales en la elaboración de los listados de peritos ya que, afirma, con ella se introducen elementos que impiden, falsean o restringen la competencia....., para luego especificar los actos concretos a que se refiere:

Exclusión de profesionales no colegiados en los siguientes supuestos: (1) adscripción a otro Colegio de la misma profesión, (2) adscripción a Colegio de distinta profesión con la misma titulación, (3) no adscripción al Colegio por ser voluntario e (4) incumplimiento de requisitos (frecuentemente de conocimiento o experiencia) reglamentarios para el acceso a las listas (aquí si es colegiado a pesar del enunciado general).

Llegado a este punto la CNC pone en duda la preferencia legal (art. 341 LEC) de los Colegios de adscripción voluntaria sobre las Asociaciones (157..... la colegiación no es un requisito imprescindible para el peritaje... el único requisito establecido por el Tribunal Supremo para formar parte de una lista de peritos es contar con la titulación requerida y no estar colegiado....) obviando, en esta hermenéutica contra Colegios, tanto el literal de la norma como la copiosa Jurisprudencia sobre este punto concreto que, a pesar del Acuerdo del CGPJ de 28 de octubre de 2.010, se ha producido recientemente.¹⁴⁵ En efecto, la colegiación no es necesaria para el peritaje,

¹⁴⁵ SsTS de 27-05-2011, 6-06-2011, 6-07-2011 y 21-09-2011, toda con relación a los AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA.

pero al referirse el legislador (ex art 340 LEC) a los expertos (sin título oficial) para aquellas actuaciones periciales que no estén cubiertas por título oficial y llamar a los Asociados (con título) (ex art. 341 LEC) en defecto de una actividad profesional colegiada, cabe afirmar categóricamente que en las profesiones colegiadas sean de adscripción obligatoria o voluntaria será requisito sine qua non para formar parte de esas listas de peritos la colegiación. Para mayor aclaración:

El art. 340 LEC exige al perito un título oficial.... y, en materias no comprendidas en títulos profesionales oficiales podrán nombrarse entendidos en las mismas....

Y el art. 341 LEC señala que las listas de peritos se interesará de los distintos Colegios profesionales y, en su defecto, de.....

De lo anterior resulta que para materias no cubiertas por Colegios profesionales (en éstos los colegiados siempre tendrán título oficial) podrán actuar como peritos otras personas no tituladas, como también que personas con título no colegiadas no podrán actuar a través de Asociaciones o Sindicatos al tener preferencia las listas de Colegios (...y en su defecto....) en las que sólo podrán figurar personas colegiadas.

La propuesta de CNC a la posibilidad de que en las listas se incluyan a personas no colegiadas es doble:

Por un lado buscar “otra interpretación alternativa con semejantes visos de razonabilidad” como sería, en su opinión, que los Colegios incluyeran en las listas a las personas no colegiadas que aportaren el título correspondiente, propuesta que se apoya en la STS de 21-09-2011 olvidándose o, mejor, omitiendo que este Tribunal optó por su propia interpretación rechazando por contraria a derecho cualquier otra alternativa pese a los visos de razonabilidad que pudiera tener.

Por otro, rindiéndose a la evidencia, también propone la modificación normativa (LEC y LCP) para que las profesiones de colegiación no obligatoria (pretendiendo que sean prácticamente todas) incluyan en sus listas a los peritos con título no colegiados o a los colegiados en otra demarcación.

Para dar respuesta a esta segunda cuestión queremos dejar constancia de una serie de reflexiones en las cuestiones menores que en “Otros requisitos de acceso” también se plantean:

Exigencia de colegiación en el Colegio encargado de la lista (con alusión a las restricciones territoriales a que se refieren los puntos 211 y ss).-

En estos casos no puede pasarse por alto que no existe vínculo jurídico necesario para que el Colegio asuma obligaciones con relación a quien no pertenece al mismo. La colegiación única, nadie lo duda, impide la exigencia de colegiación en más de un Colegio de la misma profesión para actuar en cualquier parte del territorio nacional; sin embargo ello, la libre actuación territorial, es compatible con el hecho de que los vínculos entre partes solo existen entre el Colegio de adscripción y el colegiado, sin perjuicio de que a través de la colaboración entre Colegios el Colegio de destino pueda vigilar la observancia de la reglamentación colegial. La obtención de servicios en el Colegio de destino sin contraprestación no está justificada, además de una serie de problemas que se generarían.

El planteamiento sería si puede ser motivo de exclusión de las listas de peritos de un Colegio no la no colegiación en el Colegio responsable de la lista, sino la ausencia de sede o sucursal de actuación del profesional en cuestión, lo que desembocaría en el incumplimiento de la exigencia de intermediación o intervención personal con la probidad, eficacia y profesionalidad que el Colegio debe exigir a quien a través de las listas actúa en el ámbito de lo oficial; es decir, se trata de analizar si se puede poner coto a la pretensión de ampliar, como si tuvieran el don de ubicuidad, la esfera de actuación de los profesionales, sin que este hecho supusiera merma de calidad en las

actuaciones que requieren intervención personal y no a través de trabajadores o subcontratados al efecto; exclusión bien asentada en incumplimientos de los deberes formales y materiales que requiere la especialización pericial exigida por el Colegio.

La finalidad de intervención de los Colegios en la elaboración de las listas no es la restricción de la competencia sino la necesidad de adoptar criterios como el de especialización, conocimiento, calidad, intermediación..., criterio, el último, que llevó al TSJ de Madrid¹⁴⁶ a dictar sentencia, apoyándola en otras muchas, reconociendo al Colegio de Abogados la posibilidad de denegar la incorporación a las listas del Colegio a quien no acreditara residencia habitual y despacho profesional en el ámbito territorial del Colegio, ya que, se entiende, la actuación de profesionales sin la debida intermediación o proximidad con el lugar de actuación supondría una evidente merma del nivel de calidad del servicio.

Pues bien, el principio de intermediación en el ámbito de la pericia inmobiliaria tiene, si cabe, mayor importancia que en otras actividades ante la peculiaridad de la necesidad de conocimiento del mercado local concreto en el que se desarrolla la actividad pericial del que parte la actuación de tasación.

Pero el problema es más elemental; es de funcionamiento del sistema. Si se generaliza la incorporación a las listas de todos los profesionales en todos los Colegios provinciales no habría más competencia, sencillamente se colapsaría el sistema.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 9ª, en sentencia de 6 de mayo de 2.005.

¹⁴⁷ Por poner un ejemplo... si los aproximadamente 5.000 ejercientes API se apuntaran en la lista del Colegio de Granada para unas 300 tasaciones que la jurisdicción solicita al año... ¿pagarían los 60 colegiados de Granada el sistema que posibilita que lleguen los listados a todos los Tribunales para que, quizás, no le adjudiquen una sola pericial?Y si añadimos personas no colegiadas con título...¿Tiene esto algún sentido?

La incompatibilidad con la pertenencia a otras listas.- Debe ser compatible formar parte de varias listas; ahora bien, pertenecer a un Colegio y formar parte de una Asociación que, a su vez, excluye o restringe a otros colegiados que pretenden acceder a la misma o les exige cuotas o condiciones de acceso claramente onerosas o excluyentes equivale a querer tener ventajas en un turno de reparto en el que deberían concurrir todos los profesionales en igualdad de condiciones. Solo decir que sería muy dudoso desde el punto de vista deontológico la pretensión del colegiado de, vía asociativa al margen del Colegio, poder obtener ventajas respecto a sus compañeros en la concurrencia en un cupo de actuaciones que pudiera requerir la Administración de justicia. Es un problema de querer imponer a los Colegios, por razón de competencia, limitaciones que no tienen las Asociaciones de libre constitución y configuración. Reglas de juego en las que, sin igualdad de condiciones, los Colegios han de perder.

Exigencia de visados.-

Nos parece grave el error del legislador al eliminar la exigencia de visados. Su importancia ad intra (el Colegio quiere detectar incumplimientos del mínimo exigible en la *lex artis*) y ad extra (el cliente, desconocedor de la normativa en cuanto a contenido y forma del trabajo, quiere una garantía) merece una reconsideración. El camino, si se trata de abaratar los servicios, hubiese sido el delimitar el precio del visado al coste de su gestión pero nunca su eliminación.

El visado tiene una función muy importante en los Colegios y son la garantía tanto para la Administración de justicia como para los clientes particulares que lo soliciten. Puesto que la identidad del perito es contrastada por el Secretario judicial ante quien se acepta el encargo y ratifica el dictamen, la finalidad de legitimación de la firma del profesional a efectos identificativos, una de las comprobaciones del acto de visado, carece hoy de sentido, al menos en el foro; sin embargo sigue teniendo el visado una importante función de control con relación a la identidad (fuera del foro) y habilitación legal del colegiado (hay colegiados sancionados por sus actuaciones o limitados en determinadas

funciones profesionales o con condena judicial), observancia de acuerdos y Reglamentos colegiales (en cuanto a acreditación de especialidades para actuar), integridad formal del trabajo (completo en la documentación requerida y exigencias de contenido) y apariencia de viabilidad legal del mismo (que no incurre en errores u omisiones flagrantes). Insistimos en que esto es garantía de calidad y que lo que hay que limitar es su coste. No entendemos la supresión del visado y, sobre todo, en qué afecta a la competencia salvo en poder detectar a un profesional que no atiende a la *lex artis* en sus actuaciones.

Cursos de formación y experiencia profesional previa:... “demandados por los colegiados”.-

La CNC puede que desconozca el inciso entrecomillado pues, cuando no es así, los cursos están destinados al fracaso pasando a ser una carga innecesaria para el Colegio.

Estamos de acuerdo, y damos la razón en ello a la CNC, en que no se pueden imponer obligatoriamente para acceder a las listas de peritos pero, a su vez, consideramos que deben existir dos excepciones en que sí deberían exigirse: que la lista de peritos lo sea para actuaciones sobre materias que no hayan formado parte de los planes de estudios de los colegiados o que se trate de colegiados que incurren en incumplimiento reiterado de la *lex artis* producto del desconocimiento de la materia de que se trate.

No se trata de restringir la competencia¹⁴⁸ perjudicando a unos colegiados en beneficio de otros, sino de garantizar un mínimo de excelencia y calidad para los demandantes de los servicios profesionales. En los Agentes de la propiedad Inmobiliaria el ejemplo es claro. Es un Colegio abierto, por mor de la liberalización, a cualquier título universitario por lo que el criterio que siguen

¹⁴⁸ Los actuales responsables parecen que no están en esas propuestas, salvo que cambien su orientación (no es difícil en los tiempos que corren entrar en contradicción): El RD-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles apuesta claramente por formación específica inicial, ética y seguro de responsabilidad (art. 11) y formación continua y códigos deontológicos (art. 12).

los Colegios para acceder a las listas es el de acceso directo, sin más requisitos, a los que lo soliciten y tengan la titulación de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, Arquitecto Superior o Técnico, Ingeniero, y quienes acrediten formación sobre tasación inmobiliaria en los múltiples cursos que se ofrecen en el país, presumiendo que todos estos titulados tienen conocimientos sobre tasación inmobiliaria. Pero no ocurre lo mismo con un licenciado en medicina, farmacia, historia, ciencias políticas, derecho,..... que se pueden colegiar como Agentes sin ningún conocimiento en la materia.... ¿Es anormal, insensato, ilegal, contra competencia, exigir la realización de un curso que aporte un mínimo de conocimiento en la materia antes de acceder a las listas? ¿También lo es, si se niegan al curso, exigir un período de dedicación a la actividad para conocimiento del mercado que le orientaría a iniciarse en la tasación?

En fin.... Por supuesto que los motivos alegados por la CNC deben ser atendidos, pero no eliminando los cursos, sino evitando que los Colegios abusen por estas exigencias con la pretensión de limitar el acceso a las listas y no la de la profesionalización y garantía para los demandantes del servicio, exigiendo que su coste sea exclusivamente el de los docentes y material, que el tiempo sea compatible con el ejercicio de la actividad....que los períodos de experiencia sean razonables y no prolongados.....

Sobre los listados de peritos judiciales.-

Volviendo a la cuestión principal sobre la conveniencia de reformar el *status* quo existente en esta materia, todo se reduce a determinar si la actual configuración legal para la intervención como perito en la jurisdicción repercute en el mercado de servicios, así como la conveniencia del cambio propuesto.

No se hace distinción por la CNC entre el ámbito de lo público (que funciona al margen del mercado de servicios, resultando preponderante otros factores... eficacia, seguridad,...) y lo privado (ubicado en un mercado de

libre competencia en el que los clientes “dictan sus reglas” con su demanda...), como tampoco tiene en cuenta que mientras que en los bienes de consumo habitual (los productos de necesidad) el mercado manda, en servicios de consumo único (una vez o dos en la vida), no tanto.

Las decisiones del Colegio en la regulación de las listas de intervención de los profesionales en el ámbito de lo público están amparadas por la Ley y por los Tribunales; no afectan al libre mercado de servicios en el que puede actuar libremente cualquier perito, siendo el mercado el que delimitará su profesionalidad. Hay una regulación legal que tiene como única finalidad la de garantizar la eficacia del auxilio judicial requerido; ámbito de lo público en el que no se actúa (en la designación o elección) con criterios de mercado, pues se trata de actuaciones que quedan fuera del alcance de los particulares demandantes de los servicios; es el Estado (legislador) el que se preocupa de que en las actuaciones probatorias judiciales en las que se produce confusión por el peritaje de parte se pueda designar judicialmente nuevo perito con garantía de especialización y capacitación avalado por las Corporaciones de Derecho Público que participan de la Administración cumpliendo su labor de auxilio sin que afloren intereses particulares que puedan producir indefensión de algún interesado en la actuación. En definitiva es el Estado el que en estos casos opta por un sistema de elección, con objetividad -turnos-, de un profesional cuya capacitación en función de criterios como la especialización, la calidad del servicio e, incluso, posibilidades reales de actuación del colegiado, es determinada por cada Colegio a quien corresponde legalmente la elaboración y control de las listas de peritos imponiendo requisitos necesarios de acceso con la única finalidad de garantizar la capacitación, buena disposición o profesionalidad de los que pretendan intervenir el buen funcionamiento, en sus aspectos formal y material, de la colaboración prestada a la Administración de Justicia y, en definitiva, asegurar el servicio pericial con la mayor eficiencia en pro de la calidad del servicio.

El CGC¹⁴⁹ destacó que lo censurable y vulnerador del art. 1 de la LDC es la prohibición colegial de formar parte de listas que puedan ser utilizadas por particulares o sus representantes, al margen de la designación judicial, para la práctica de una prueba pericial. Es lo que el CGC llama peritaje judicial a instancia de parte y que las leyes rituales prevén como medio de prueba que los litigantes pueden aportar al proceso; peritaje, en este caso, en el que las listas colegiales compiten en el exterior, ad extra, y por ello los Colegios no pueden adoptar posiciones que vulneren, se atribuyan, la competencia, ya limitando la posibilidad de formar parte de listas externas, ya excluyendo de las listas internas (colegiales) a quienes vulneren esas limitaciones.

Con todo, conviene apuntar que las listas de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, de los que están especializados en metodología de valoración inmobiliaria conforme a valores de mercado que exige la LEC (art. 639.3), se utilizan casi exclusivamente en el avalúo de bienes en el procedimiento de apremio (art. 638 LEC) en el que no caben periciales de parte y en el que ni siquiera se prevé que puedan intervenir los peritos de las entidades análogas, a salvo que sean de carácter público. La conclusión es que estas listas no compiten con el exterior.

Sin embargo, no pudiendo los Colegios limitar la pertenencia de sus colegiados a otros ámbitos distintos del propio colectivo, lo que chocaría frontalmente con el art. 1 LDC, sí debería permitírsele regular el ámbito propio pues la razón de ser de las listas colegiales, y los requisitos para formar parte de ellas, no está en acaparar mercado de servicios, sino, como hemos adelantado, en asegurar el servicio pericial con la mayor eficiencia posible en el ámbito de lo público.

En cuanto a la conveniencia del cambio propuesto por la CNC, entendemos que si se obvia todo lo anterior habrá que establecer una regulación para que a través de las Asociaciones se evite el fraude de Ley que suele consistir en un simple negocio de obtención de titulación privada que atribuye

¹⁴⁹ en su resolución de 9 de febrero de 2.009 (Expediente 637/08)

conocimiento mediante cursos de formación y reciclaje ofreciéndose al público en general como actividad profesional, lo que, en sí, aparte de la ausencia de controles sobre si la formación es la adecuada, no merece ninguna objeción ... pero alguien tendrá que pensar que el “negocio” de los Colegios con los cursos de reciclaje profesional que denuncia la CNC, a la que en este tema ya hemos respondido, no se va a ofrecer sin control a las Asociaciones. Por otra parte, si se permite que estos títulos privados no oficiales accedan al ámbito público alguien tendrá que ver si realmente, tras ellos, hay conocimiento y capacitación o, por el contrario, se trata de mera “recaudación”. Por lo demás, mientras que los recursos de los Colegios tienen el destino de los fines colegiales (no hay lucro), los generados por las Asociaciones pueden responder a una finalidad lucrativa del grupo que libremente organiza. Finalmente, ¿Qué garantía pueden ofrecer las listas de peritos de Asociaciones en cuanto a la capacidad en la especialización de las personas que las integran? Ante la libertad de Asociación... ¿Pueden concurrir Asociaciones de todo tipo, de titulados oficiales, de éstos con otros que aprenden de los mismos, de aficionados que se crean su propio título o de personas que se autoproclaman expertas o de las que ya aprenderán a costa de los justiciables?... y, lo más importante... habrá que analizar en qué beneficiaría el nuevo sistema a los destinatarios de la pericia y si, en definitiva, ofrece más garantía que la del control colegial...

10.2.4.4. SOBRE LA EXIGENCIA DE SUSCRIPCIÓN DE SERVICIOS PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN.-

Sobre este “abuso” o cualquier otro que se pueda plantear en la relación Colegio-colegiado se elude el dato fundamental del régimen democrático del funcionamiento de los Colegios que depura responsabilidades políticas ante cualquier posición de actuación abusiva del Colegio sobre los colegiados.

Se plantea no la exigencia de excelencia que se pretende por los Colegios sino la equiparación, por abajo, respecto de los no colegiados, como también se pone en entredicho la exigencia de requisitos de protección de terceros (seguros de responsabilidad) para la colegiación lo que supone un claro perjuicio para los destinatarios de los servicios profesionales.

El seguro sobre responsabilidad civil profesional es una exigencia estatutaria, en algunos casos, legal en otros, que tiene un claro objetivo de defensa de los clientes perjudicados por una actuación profesional negligente. Sus costes, sin duda, no encarecen los servicios profesionales; salvo que se demuestre lo contrario no es recomendable la eliminación del seguro como obligación de todo colegiado. No olvidemos que ha pasado a ser fin esencial de los Colegios la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de los colegiados.¹⁵⁰

Los Colegios, en efecto, no deben imponer un seguro concreto, pero sí exigir la garantía de la responsabilidad civil a sus colegiados en cumplimiento de su obligación de defensa de consumidores y usuarios.

¹⁵⁰ Art. 1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero sobre Colegios Profesionales.

10.2.4.5. SOBRE LAS OBLIGACIONES DE COMUNICACIÓN PARA EJERCER EN EL AMBITO DE OTRO COLEGIO (216-218).-

Se identifica por la CNC la comunicación del cambio de domicilio como práctica restrictiva lo que sería cierto si ello se impusiera respecto de cada actuación concreta en distinto ámbito territorial al de colegiación, lejos del espíritu de la norma (art. 9.h) del Estatuto) que sólo pretende tener conocimiento del cambio de domicilio del colegiado no para exigir nueva colegiación sino para ejercer la potestad reglamentaria que le corresponde; sencillamente saber los colegiados de cualquier Colegio que actúan en su ámbito, sin más exigencias. Difícilmente puede actuar la comunicación o cooperación entre Colegios si ambos desconocen, por falta de notificación, ese cambio de domicilio.

10.2.4.6. CONCLUSIONES.-

El Consejo General de Coapis de España considera que el funcionamiento del mercado inmobiliario nacional, la forma de actuar los operadores en dicho mercado y la necesidad de defensa de los consumidores y usuarios, sobre todo en la última década, son signos patentes de demostración de la permanencia del interés general que, en su día, justificó la creación de los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, siendo claramente perjudicial para dicho mercado acentuar, con las propuestas analizadas, el debilitamiento de nuestros Colegios profesionales.

Que es conveniente replantearse que los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, por los derechos de los ciudadanos que se ven afectados y los valores que protegen, vuelvan a ser de adscripción obligatoria y aprovechar su potencial atribuyendo claramente a esta actividad profesional la defensa de los consumidores y usuarios en el período de formación contractual inmobiliaria que es en el que se produce una clara indefensión de los demandantes de vivienda, respetando su función tasadora que también se ha visto mermada, con las consecuencias ya dichas, en beneficio de otros intereses. Todo ello sin perjuicio de que se revisen los requisitos y el nivel de titulación requerida para el ingreso.

Subsidiariamente debería imponerse un mínimo control, justificado en la defensa del consumidor y usuario, a los que, desde fuera del Colegio, quieran dedicarse a la actividad.

Los arts. 340, 341 y 638 de la LEC, en garantía de la calidad de la actividad pericial y del buen funcionamiento de la Administración de Justicia deben mantenerse en su redacción actual. Si acaso, para evitar abusos que se

detectan en base a la libertad establecida en materia de honorarios, modificar los arts. 346 y 648 o 649 de la LEC para aclarar que el perito deberá presentar junto con el dictamen pericial la minuta definitiva de honorarios para que pueda ser impugnada (sin más dilación) en los 5 días siguientes por los interesados, con informe del Colegio profesional al que pertenezca el perito que deberá ser remitido al Juzgado en los 15 días siguientes al requerimiento judicial, a la vista del cual decidirá el Secretario.

Teniendo en cuenta los argumentos ofrecidos en el presente informe concluimos que, en efecto, sin ambages, y siguiendo el criterio de la CNC, podrían afectar o restringir la competencia:

- ✓ La identidad entre la denominación colegial y la actividad profesional, aunque con muchas dudas ante la posible confusión, que tratan de evitar las leyes mercantiles, que se originaría entre consumidores y usuarios para distinguir, aun cuando se dediquen a la misma actividad profesional, entre los que están sometidos a directrices, reglamentos y deontología colegiales (entiéndase marchamo de calidad), y los que actúan sin este tipo de control.
- ✓ Que se pueda visar la actividad pericial del colegiado por un precio superior al coste de su gestión.
- ✓ La exigencia de formación obligatoria para acceder a las listas de peritos cuando la misma ha formado parte de los planes de estudios para la obtención del título que permite acceder al Colegio.
- ✓ La exigencia de formación obligatoria para acceder a las listas de peritos en materias no estudiadas o cursadas con anterioridad por los colegiados por un precio superior al coste de la impartición.
- ✓ La exigencia de formación obligatoria para acceder a las listas de peritos en espacios de tiempo incompatibles con el ejercicio de la actividad profesional.
- ✓ La exigencia de formación obligatoria para acceder a las listas de peritos por períodos de tiempo excesivamente prolongados o con

exigencias de materias no directamente relacionadas con la especialidad que se pretende.

- ✓ La exigencia de experiencia para acceder a las listas de peritos si la especialidad objeto de pericia forma parte de los estudios realizados para la obtención del título oficial del colegiado.
- ✓ La limitación por parte del Colegio del peritaje judicial a instancia de parte impidiendo a los colegiados la posibilidad de formar parte de listas externas, excluyendo de las listas internas (colegiales) a quienes vulneren dicha limitación o sancionando estos hechos.
- ✓ La imposición de servicios no requeridos por el colegiado como requisito de acceso a las listas de peritos.
- ✓ La imposición de un seguro de responsabilidad civil con compañía determinada por el Colegio.

Por el contrario, y en discrepancia con el informe de la CNC, entendemos que en nada afecta a la competencia, lo que nos hace invitar a los lectores del presente informe a una seria reflexión sobre la oportunidad de las propuestas de la citada Comisión que suponen un serio cambio de la situación fáctica y jurídica de los Colegios y que, a su vez, puede repercutir en los destinatarios de los servicios profesionales y ocasionar disfunción en el funcionamiento de la Jurisdicción:

- ✓ Que los Colegios mantengan, dentro de los límites legales, su capacidad de autoregulación intacta.
- ✓ Por cuanto no hay identidad entre la denominación y la actividad, que se respete la denominación de Agente de la Propiedad Inmobiliaria como propia y exclusiva de los que se integran en los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.
- ✓ Que en las funciones de colaboración con la Justicia, principalmente la elaboración de listas para el nombramiento de peritos, el control de los que se incorporan y la exigencia de calidad y responsabilidad en las actuaciones profesionales sigan siendo gestionadas desde los Colegios que, como centros de unificación de la actividad profesional

que representan, son los entes adecuados para mediante protocolos de actuación mejorar, en beneficio del ciudadano, el funcionamiento de la Administración de Justicia.¹⁵¹

- ✓ Que los Colegios, aún siendo de adscripción voluntaria, no asuman obligaciones para con personas no adscritas a los mismos y con los que no tienen ningún vínculo jurídico.
- ✓ Que, en los casos de colegiación voluntaria, quien quiera obtener prestaciones y servicios colegiales tenga que adscribirse al Colegio correspondiente.
- ✓ Que se pueda visar la actividad pericial del colegiado por el coste de su gestión.
- ✓ Que las listas de peritos estén formadas por los colegiados que tengan especialidad acreditada en la materia de que se trate y que puedan cumplir con el requisito de intuitu persone y la inmediación en garantía de la pericia encomendada.
- ✓ La formación para la especialización de los colegiados que voluntariamente quieran recibirla.
- ✓ La exigencia de formación obligatoria para acceder a las listas cuando la misma no ha formado parte de los planes de estudios para la obtención del título que permite acceder al Colegio.
- ✓ La exigencia de formación obligatoria para acceder a las listas en materias no estudiadas o cursadas con anterioridad por los colegiados por un precio no superior al coste de la impartición.
- ✓ La exigencia de formación obligatoria para acceder a las listas en espacios de tiempo compatibles con el ejercicio de la actividad profesional.
- ✓ La exigencia de formación obligatoria para acceder a las listas por períodos de tiempo razonables o con materias directamente relacionadas con la especialidad que se pretende.

¹⁵¹ No nos imaginamos a miles de asociaciones marcando cada una sus pautas sobre plazos de aceptación de las pericias, casos en que procede solicitar suspensiones de plazos, tiempos de respuesta, oficina de información, de resolución de dudas, de fijar límites a las provisiones de fondos o de informar en impugnaciones de honorarios... todo esto que en la regulación de la nueva oficina judicial trata de resolverse mediante firma de protocolos Colegio-Justicia se complicaría enormemente con las nuevas propuestas.

- ✓ La exigencia de formación obligatoria para acceder a las listas de los colegiados que incurren en incumplimiento reiterado de la lex artis producto del desconocimiento de la materia de que se trate.
- ✓ La exigencia de experiencia, por períodos de tiempo razonables, para acceder a las listas si la especialidad objeto de pericia no forma parte de los estudios realizados para la obtención del título oficial del colegiado.
- ✓ La exigencia de un seguro de responsabilidad civil.

Lo anterior no es más que un estudio de defensa, frente a la liberalización del ejercicio de las actividades profesionales, de una actividad profesional colegiada y necesaria a la vista de lo acontecido en el mercado inmobiliario.

XI. PROFESIONALES REGULADOS: AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA ¿INSTRUMENTO DE SEGURIDAD?.-

Puesta de manifiesto la necesidad de una mayor seguridad jurídica en la fase de formación del contrato (precontractualidad inmobiliaria) la cuestión a debatir es la manera o medio por el que se puede cumplir tal premisa.

Y en este sentido no puede más que buscarse una fórmula de control en la formación del contrato, una intervención que de luz y transparencia a la opacidad e incertidumbre con la que se desenvuelve la contratación inmobiliaria.

Y dicha intervención podrá ser asumida bien por los profesionales actuales de la seguridad jurídica preventiva, bien por unos nuevos profesionales creados al efecto o, finalmente, atribuir ese protagonismo a los profesionales que en la actualidad intervienen en ese período de formación del contrato.

El Consejo General de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España ha propuesto en innumerables ocasiones la necesidad de aumentar la seguridad jurídica precontractual a la que se ha hecho referencia con anterioridad a través de los profesionales que intervienen en dicha fase de formación del contrato.

La vía para la búsqueda de esa seguridad, a criterio del Consejo General, debe ser doble:

Por un lado, los poderes públicos, en cuanto promotores del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada constitucionalmente consagrado (art. 47 CE), deben tutelar al ciudadano en el acceso a la vivienda y una vez que el ciudadano ha accedido al disfrute de su primera vivienda el Estado debe cesar en esa tutela pues ya el propio ciudadano debe asumir su

responsabilidad en cuanto a la mejora, nueva adquisición o pérdida de una vivienda a la que los poderes públicos le han facilitado el acceso.

Entre las muchas medidas para la promoción del disfrute a la primera vivienda (ausencia de impuestos, subsidios, créditos “*low cost*”, gestión rápida y barata, control de calidad de la vivienda) debería estar el de la intervención o mediación por profesionales con conocimiento y capacitación acreditada que no solo mediaran en la formación del contrato, sino que fueran responsables del acceso y control de todas las medidas puestas por el Estado para que el ciudadano accediera a esa primera vivienda. Esta intervención por profesionales cualificados justificaría la colegiación obligatoria para su ejercicio quedando libre de colegiación la intermediación en el resto de operaciones con inmuebles que no tengan como destino ser la primera vivienda habitual del ciudadano.

Esta libertad de actuación no justificaría la ausencia de todo control al ejercicio de la actividad como ocurre ahora (excepto en Cataluña y País Vasco), sino que la condición de consumidor y usuario de todo el que concurre a los servicios de intermediación exigiría al menos unos requisitos mínimos.

Por ello se trata de poner en evidencia la necesidad de adoptar tales medidas de colegiación obligatoria para intervenir en la adquisición de la primera vivienda del ciudadano, y requisitos de acceso a la actividad para intervenir en el resto de operaciones inmobiliarias.

Así se plasma en sendos informes presentados¹⁵² en función de las competencias de cada Administración territorial:

¹⁵² El primero a los Ministerios de Educación y Fomento, elevándolo a Bruselas (6 – junio – 2014) en el proceso de transparencia sobre actividades profesionales iniciado por la CEE (**art. 59 de la Directiva 2005/36/CE sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales modificado por Directiva 2013/55/UE de 20 de noviembre de 2013**); y el segundo a la Junta de Andalucía por razón competencial.. es posible la intervención de la Administración Andaluza por tener competencias no solo en el ámbito del Derecho de Consumo (art. 58.2. 4º Estatuto Andalucía -EA-) o de Vivienda (art. 56.1 a y b EA), sino también en la regulación administrativa del comercio (art. 58.1.1º EA). La razón competencial para esta regulación se complementa con en el art. 3 letra b) de la ley 10/2003 de 20 de mayo de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, así como en la sentencia del Tribunal Constitucional 284/1993 de 30 de septiembre.

11.1. SOBRE LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION INMOBILIARIA Y PROPUESTA DE REGULACION.-

11.1.1. PROFESION O ACTIVIDAD.-

La intermediación inmobiliaria, sintéticamente, se contrae a: información adecuada sobre la situación física y jurídica de los inmuebles, formación contractual consistente en una labor activa tendente a poner de acuerdo a las partes para la emisión del consentimiento en los contratos con objeto inmobiliario, asesoramiento precontractual, gestión inmobiliaria y actividad pericial sobre valoración inmobiliaria.

11.1.2. PROFESIONALES QUE SE DEDICAN A LA ACTIVIDAD.-

En la actualidad hay dos tipos de profesionales para la actividad de intermediación inmobiliaria:

Agentes de la Propiedad Inmobiliaria: profesionales con título oficial y denominación reconocida en los Estatutos Generales de la profesión solo para los profesionales que ostentando el título correspondiente, y cumpliendo las condiciones generales y demás requisitos estatutarios, estén colegiados como ejercientes (art. 3 de la Ley 10/2003 de 20 de mayo y art. 2 del Real Decreto 1294/2007 de 28 de septiembre -BOE nº 237 de 3 de octubre de 2007-).

Intermediarios inmobiliarios: resto de profesionales que se dedican a la actividad libremente sin necesidad de estar en posesión de título alguno ni de pertenencia a ningún Colegio oficial (art. 3 del RD Ley 4/2000 de 23 de junio y de la Ley 10/2003 de 20 de mayo).

11.1.3. REGULACION¹⁵³.-

Aunque existen numerosos títulos propios en las distintas Universidades del territorio español con formación sobre las actividades propias del Agente de la Propiedad Inmobiliaria, no hay, sin embargo, un título académico oficial específico para la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

El hecho anterior no significa que los API se encuentren en situación de desregulación pues existe una amplia normativa que abarca todos los aspectos de la profesión y en la que se exige formación para el acceso a la colegiación que antes requería doble titulación, académica y oficial, y ahora se reduce a la primera.

Lo que analizaremos a continuación se puede resumir en que, en la actualidad, aunque los API estén regulados, la actividad de intermediación se encuentra desregulada.

La normativa, legal y reglamentaria, referente a los API y a la actividad de intermediación inmobiliaria es la siguiente:

¹⁵³ Además de la que se va a mencionar, encontramos referencias al reconocimiento de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria en los siguientes textos: D. 55/1975 de 10 de enero modificando el art. 3 del D. 3248/1969 de 4 de diciembre; D 271/1975 de 13 de febrero que ordena los estudios académicos para los API en el marco de la Ley General de Educación; RD 2830/1978 de 3 de noviembre que incorpora a los API en el Régimen General de Autónomos de la Seguridad Social; RD 2877/1982 de 15 de octubre de Ordenación de apartamentos turísticos y viviendas turísticas vacacionales (exp. Motiv. y art. 3); Orden del Mterio. de Justicia de 19 de abril de 1982 para el Rto. Orgánico del personal de Registros (art. 50 sobre incompatibilidad entre los trabajadores del Registro y la actividad de API); Resolución de 7 de abril de 1982 sobre Clasificación nacional de ocupaciones del Ministerio de Hacienda (Grupo 4....APIs....); RD 2070/1983 de 29 de junio de traspaso de funciones a la C.A. Andaluza en materia de Colegios oficiales o profesionales; Orden de 4 de marzo de 1993 desarrollando el RD 1665/1991 de 25 de octubre para el reconocimiento de títulos de enseñanza superiores de Estados de la CEE con formación mínima de tres años; RD 1867/1998 de 4 de septiembre de modificación del Rto. Hipotecario (art. 332); Ley 42/1998 de 15 de diciembre sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (art. 8); Decreto 171/2014 de 9 de diciembre que regula el Observatorio de la vivienda de Andalucía.....

Real Decreto Ley 4/2000 de 23 de junio (art 3) por el que se liberalizó el ejercicio de la actividad de intermediación 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.

Ley 10/2003 de 20 de mayo que, en esta materia, deroga a la anterior y reconoce la normativa propia y específica de cualificación profesional de los API (art. 3): 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:

Por los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria conforme a los requisitos de cualificación profesional contenidos en su propia normativa específica.

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.

Decreto 3248/1969 de 4 de diciembre (BOE 23 de diciembre de 1969): art. 1 referente a las funciones propias de los API en vigor según Disposición Derogatoria Única del RD 1294/2007 de 28 de septiembre: Queda derogado el Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Junta Central, aprobado por Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, modificado por Decreto 55/1975, de 10 de enero, excepto su artículo 1.º, relativo a las funciones profesionales.

Real Decreto 1294/2007 de 28 de septiembre (BOE nº 237 de 3 de octubre de 2007) por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Consejo General.

Estatutos particulares de cada colegio territorial.

Códigos deontológicos propios de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.

Real Decreto 1550/2011, de 31 de octubre (BOE nº 276 de 16 de noviembre de 2011) por el que se complementa el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, mediante el establecimiento de tres cualificaciones profesionales correspondientes a la familia profesional Comercio y Marketing: Teóricamente se ha creado la cualificación profesional de Gestión Comercial Inmobiliaria (Nivel 3) para facilitar formación a los profesionales libres, pero, al no exigirse titulación alguna para el ejercicio de la actividad, no consta que exista demanda sobre dicha formación para el ejercicio de la misma.

Real Decreto 614/2013 de 2 de agosto (BOE nº 217 de 10 de septiembre) por el que se incluyen seis certificados de profesionalidad de la familia profesional de Comercio y marketing que se incluyen en el Repertorio Nacional de certificados de profesionalidad; uno de ellos es para la actividad de intermediación inmobiliaria regulándose bajo la denominación de Gestión comercial inmobiliaria.

Ley 18/2007 de 28 de diciembre del derecho a la vivienda (BOE nº 50 de 27 de febrero de 2008), del Parlamento de Cataluña: La desprotección del consumidor inmobiliario por razón de la liberalización llevada a cabo por el RD Ley 4/2000 lleva a algunas CCAA a legislar sobre la intermediación inmobiliaria. El art. 55 de la Ley 18/2007 reconoce la distinción de la Ley Estatal 10/2003 entre Agentes de la Propiedad Inmobiliaria regulados y resto de intermediarios inmobiliarios a los que impone cierto control exigiéndoles para el ejercicio una serie de requisitos administrativos con posible sanción pecuniaria para el caso de incumplimiento (capacitación acreditada, inscripción en Registro administrativo, seguro de responsabilidad y caución, sede de actuación....).

Algunas CCAA están en fase de proyección normativa de la actividad de intermediación inmobiliaria justificándolo en la necesidad de protección al

consumidor desamparado ante la desregulación impuesta por la liberalización de la actividad: v. gr. País Vasco (ya en vigor), Murcia y Junta de Andalucía.

11.1.4. ACCESO A LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION INMOBILIARIA.-

A partir de Ley 10/2003 de 20 de mayo la actividad de intermediación inmobiliaria se ejerce por profesionales cualificados y regulados (Agentes de la Propiedad Inmobiliaria) y profesionales libres sin que para ello la norma les exija titulación o regulación (resto de intermediarios).

Los Agentes de la propiedad Inmobiliaria han accedido a la colegiación (antes de los Estatutos Generales de 2007 -arts. 5 a 9 del RD 3248/1969-) mediante el sistema de doble titulación: título académico oficial de Universidades, Escuelas Técnicas de grado Superior o Medio, Escuelas de Comercio o Magisterio.... más título profesional de Agente de la Propiedad Inmobiliaria expedido por el Ministerio de Fomento para quien superase las pruebas de aptitud en los exámenes convocados al efecto; en la actualidad (a partir de los Estatutos Generales de 2007 en su art. 1), suprimido el título profesional API, basta con la posesión de cualquier título de graduado, licenciado o diplomado, ingeniero o arquitecto, ingeniero técnico o arquitecto técnico, sin necesidad de superar prueba oficial alguna, encargándose los propios Colegios de formar (formación impartida por los Colegios o mediante convenios con Universidades con títulos propios de especialización inmobiliaria) a quienes acceden con títulos académicos no relacionados con la actividad propia de la profesión. Los Colegios profesionales, por ley, amparan la profesión y defienden a los consumidores y usuarios.

Los profesionales libres acceden a la profesión sin ningún tipo de requisito de formación o administrativo, simplemente operando en el mercado, algunos dándose de alta fiscalmente para el ejercicio de la actividad y, todavía, muchos sin alta administrativa ni domicilio profesional (con móvil, agenda y ofertando en internet o prensa los inmuebles captados). Muchos de estos intermediarios actúan individualmente sin cobertura de Entidad alguna que defienda sus intereses. Sin embargo, están surgiendo incipientes Asociaciones para

aglutinar a los profesionales libres con fines de protección a los mismos pero sin el amparo de los consumidores. Entre las Asociaciones, unas funcionan como tales al servicio de sus socios promoviendo y defendiendo sus intereses y organizándose con esquemas similares a los de los Colegios profesionales; otras, aun siendo externamente Asociaciones, bajo la cobertura de la forma asociativa ocultan su componente mercantil de estar al servicio de sus fundadores quienes gestionan su negocio mediante la Asociación; y, finalmente, otras no recurren a la “simulación” asociativa y aglutinan a sus miembros mediante fórmulas contractuales mercantiles, frecuentemente el contrato de franquicia.

Hoy, al margen de los profesionales, operan en el mercado inmobiliario, actuando como intermediarios, personas jurídicas de diversa índole que ofrecen sus servicios en diversos formatos (sociedades de gestión inmobiliaria, grandes consultoras, despachos de influencias, oficinas de asesoramiento inmobiliario, franquiciadores, entidades financieras,...) que van acaparando cada vez más la actividad.

11.1.5. FUNCIONES DE LOS API.-

Según el art. 1 del Decreto 3248/1969 de 4 de diciembre en vigor:

“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.”

En estas funciones la Jurisprudencia del Tribunal Supremo exige una adecuada información en la prestación del servicio de intermediación; información y asesoramiento en materia inmobiliaria que va ínsita en la actividad.

En cuanto a las consultas y dictámenes es frecuente la intervención de los API como peritos tasadores en nuestros Juzgados y Tribunales (también en Registros mercantiles, apremios administrativos y procedimientos tributarios), otorgando el art. 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil preferencia a los peritos colegiados sobre otros “expertos en la materia” no colegiados.

A partir del RD Ley 4/2010 los intermediarios libres ejercen de facto las mismas funciones pero sin la preferencia que la ley atribuye a los colegiados para actuar como peritos en los procedimientos judiciales.

11.1.6. VISION DE LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN.-

La intermediación inmobiliaria se puede analizar desde una doble óptica que determina la existencia de dos concepciones, ambas legítimas, claramente diferenciadas en cuanto a su modus operandi y consecuencias que inciden en el interés general:

Actividad profesional de seguridad jurídica que atiende y prepondera actuaciones y valores propios de una deontología colegial que aspira a una imparcialidad, limpieza negocial, información jurídica y técnica adecuada a las partes, asesoramiento o consejo y cumplimiento de la legalidad en todos sus aspectos. Protección al consumidor y visión del inmueble como bien social.

Actividad comercial en la que prepondera la finalidad mercantil por la que se aspira a cerrar el máximo número de operaciones; comercialización de inmuebles utilizando técnicas de marketing, publicidad y procedimientos agresivos de captación de clientes y de provocación del consentimiento en la transacción, siendo secundario el aspecto de seguridad que, para los seguidores de esta línea, corresponde a otros profesionales y agentes sociales. Visión del inmueble como mercancía.

A esta concepción de la intermediación limitada al negocio o actividad comercial de venta de inmuebles, ajena a todo interés general y al margen de la seguridad jurídica y defensa del consumidor, se ha opuesto el Consejo General de API emitiendo informes en contra de los criterios promovidos por la Comisión Nacional de la Competencia que en sus informes promueve aquella concepción oponiéndose a que el ejercicio de esta profesión, ya en la función de intermediación, ya en la pericial, requiriera formación o conocimiento específico o algún tipo de control colegial (ANEXO 7).

Ante este panorama cabe plantear una serie de cuestiones: ¿Qué concepción merece el ciudadano, consumidor inmobiliario, que aspira a una vivienda en la que va a desarrollar su vida y que posiblemente sea la mayor inversión que realice a lo largo de la misma? ¿Es la vivienda un bien de consumo del que el ciudadano tiene una información continua y adecuada? ¿Resulta exigible que el ciudadano conozca todas las implicaciones (legales, contractuales, protectoras, urbanísticas, ambientales, fiscales,) que lleva consigo una transacción y le permita optar libremente? ¿No hay en la transacción inmobiliaria asimetría de la información de la que saca provecho quien tiene toda la información frente a quien carece de ella? Y sobre todo... ¿Cuál es la frecuencia del requerimiento del servicio de intermediación por un ciudadano a lo largo de su vida como para que le permita distinguir, y actuar en consecuencia, entre unos servicios bien prestados y otros que no lo son tanto?

Vemos como las CCAA, asumiendo la defensa del interés general abandonada por el Estado en este ámbito, utilizan una vía oblicua, a través de las competencias propias en materia de consumo y vivienda, para imponer una regulación al ejercicio de la actividad, lo que no es sino una consecuencia de la “ceguera” del Estado que no advierte la necesidad de proteger al ciudadano mediante el resorte de la seguridad en el ámbito de la negociación inmobiliaria en el que interviene el intermediario. Se palia de este modo, mediante la legislación autonómica, la desregulación de la actividad y se dota de seguridad jurídica al ciudadano, algo que debía ser asumido por el Estado al incidir directamente en la profesión creada por él por la vía normativa adecuada (Aunque no en forma de ley al ser preconstitucional).

11.1.7. JUSTIFICACION DE LA COLEGIACION, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD E INTERES GENERAL: VIVIENDA COMO BIEN SOCIAL VERSUS VIVIENDA MERCADERIA. RESTRICCION AL ACCESO O RESERVA DE ACTIVIDAD.-

Entre las distintas funciones o actividades que lleva consigo el ejercicio de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria y de los intermediarios inmobiliarios en general (asesoramiento en el ámbito precontractual, gestión, peritación, intermediación....) hay una que por razón del objeto sobre el que recae merece una especial consideración: la intermediación.

La intermediación opera en toda clase de inmuebles (suelos rústicos y urbanos en todas sus clasificaciones, locales, naves, industrias, viviendas en todas sus tipologías...), sin que dicha actividad, per se, por conducir a la transacción de derechos sobre los inmuebles en una economía de mercado, merezca para los gobernantes o legisladores consideración alguna sobre la necesidad de plantearse en esta materia la reserva de actividad.

Sin embargo, prescindiendo de todos los demás, en los que, para el ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria, no caben alusiones sobre reserva de actividad, hemos de centrar el planteamiento en una sola categoría de inmuebles: la vivienda. Podemos todavía cerrar más el círculo para la propuesta de reserva de actividad para centrarlo en la vivienda habitual de todo ciudadano y, si se quiere agotar al máximo el ámbito a proteger por la reserva de actividad, nos limitaríamos a la primera vivienda habitual de los ciudadanos, que encaja con el derecho a una vivienda digna reconocido, aunque sea programáticamente, en la Constitución Española como mandato dirigido a los poderes públicos, además de en normas internacionales, pues una vez que el Estado ha contribuido con su deber de tutela a la efectividad de este derecho (facilitando el acceso a la primera vivienda), la

responsabilidad de su pérdida, o su mantenimiento, mejora, cambio a lo largo de la vida se traslada al propio ciudadano.

Pues bien, la reserva de actividad se justifica cuando afecta a materias de especial interés general como la protección de la salud y la integridad física o la seguridad personal y jurídica de las personas físicas, y si bien parece que hay consenso en que determinadas profesiones inciden en este interés (sanitarias, jurídicas o técnicas...) el legislador ni siquiera se plantea el peso que en dicho interés puede generar el derecho a una vivienda digna de todo ciudadano y la intensidad con la que repercute su adquisición en su patrimonio e incluso en su salud y, sobre todo, si ante una necesidad de vivienda el Estado ofrece la seguridad que requiere todo el íter que lleva consigo la adquisición de la misma.

¿Alguien ha planteado al ciudadano si se ha sentido seguro en la compraventa o alquiler de su vivienda en estos años de vorágine inmobiliaria? ¿Qué hace el Estado ante el drama generado a tantas familias por esa concepción mercantilista que impera en torno a la vivienda? ¿Olvidamos que la Exposición de motivos del RD Ley 4/2000 justificaba la liberalización de la actividad de intermediación en la necesidad de crear competencia para que bajase el precio de la vivienda? ¿Qué generó la liberalización? ¿Bajó el precio de la vivienda o subió más que nunca? Hoy, desde la distancia, podemos afirmar que es evidente que en la formación de la burbuja han contribuido numerosos factores pero no podemos negar que la liberalización ha sido uno de los que ha contribuido a su formación ¿Por qué se obvia que la transacción inmobiliaria en esos años ha ocupado el número uno del ranquin de quejas de consumidores y usuarios?

La seguridad es motor fundamental de la convivencia pacífica de la sociedad y la prestación de servicios por profesionales de reconocida capacitación y competencia contribuye a ello ya que no se puede negar que la desprofesionalización (ausencia de control, regulación y capacitación), con la excusa de generar competencia en un mercado libre de prestación de servicios, de la actividad de intermediación para la vivienda del ciudadano

lleva inevitablemente a una merma de la calidad de los servicios que repercute en la seguridad jurídica que requiere la transacción inmobiliaria.

Las preguntas, en cuanto a la actividad del colectivo API, son obvias ¿Carece de trascendencia el coste de la compraventa de vivienda a través de una inmobiliaria que desconoce aspectos fundamentales de la transacción o qué no informa adecuadamente al consumidor? ¿Las instituciones de seguridad jurídica preventiva actuales (Notariado y Registros) pueden evitar el agio y la estafa que se produce en el período de negociación contractual?

El interés general de la profesión del Agente de la Propiedad Inmobiliaria para la reserva de actividad únicamente en la intermediación de la vivienda del ciudadano está muy unido a los siguientes argumentos:

La actividad profesional de los API se encuentra directamente relacionada con un bien social de primera magnitud como es la vivienda, a cuyo acceso dedica la Constitución el artículo 47 (“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.”).

Numerosos textos internacionales (art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales) parten de esta consideración de bien social. Informes de la ONU (relatora Raquel Roinik -año 2012-) advierten sobre la grave repercusión en la vida de los ciudadanos por el hecho de que la vivienda esté pasando de la consideración de bien social a un mero producto comercial.

Aunque la Unión Europea ha pasado por alto esta consideración entre otras cosas por carecer de competencias en materia de urbanismo y vivienda (si bien ha intervenido ante la queja de ciudadanos europeos en episodios acaecidos en Valencia, Marbella o Almería en los que la seguridad jurídica preventiva falló estrepitosamente), es lo cierto que el peso de la libertad de mercado y la libre circulación de servicios, capitales y mercancías limita la dimensión social de la vivienda a “una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes”

(art. 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -Niza 2000-); pero no por ello deja de tener relevancia la repercusión de la vivienda en la vida de las personas.

El asesoramiento profesional y la adecuada información en la transacción inmobiliaria contribuyen a la satisfacción de ese derecho constitucional, contemplado como uno de los principios rectores de la política social y económica del país.

La “liberalización” de este sector profesional en el año 2000 (vid exposición de motivos que justifica el urgente Real Decreto Ley 4/2000 de 23 de junio: mayor competencia entre profesionales equivale a sostenimiento de precios) ha desvirtuado la naturaleza de la vivienda como bien social provocando el mayor proceso especulativo jamás vivido en nuestro país; “burbuja inmobiliaria” cuya explosión ha tenido gran repercusión en la vida de los ciudadanos y en la economía nacional, consecuencia directa del empobrecimiento generalizado.....

Tras el proceso liberalizador de la actividad de intermediación el mercado inmobiliario ha sido dominado por los profesionales libres que han ejercido la actividad sin ningún tipo de control y escasa asunción de responsabilidad contribuyendo al proceso especulativo culminado en el año 2007. Los Colegios Oficiales de API han podido conservar para los API colegiados y para las propias Corporaciones una función institucional de asesoramiento al ciudadano y de colaboración con las Administraciones Públicas y Tribunales de Justicia. Los convenios con la Dirección General del Catastro y con asociaciones de defensa del consumidor, como FACUA, refrendan la labor social del API colegiado, a través de sus instituciones representativas, como se observa, además, en el artículo 9 del Estatuto General de 2007:

“Artículo 9. Obligaciones de los colegiados.

Los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria colegiados deberán cumplir en el ejercicio de la profesión las siguientes obligaciones:

a) Realizar las actuaciones con eficacia, ética y deontología profesionales, reserva y legalidad, observando la adecuada diligencia en el ejercicio de la profesión.

b) Respetar y velar por el íntegro cumplimiento del ordenamiento jurídico que afecte a sus funciones profesionales, velando especialmente por la aplicación de la normativa reguladora de las garantías legalmente establecidas para la percepción de cantidades a cuenta para viviendas en construcción.

c) Observar las disposiciones legales sobre protección del consumidor en materia de compraventa y de arrendamientos inmobiliarios, en cuanto incida en su actividad profesional.

(...)

i) Colaborar con la Junta de Gobierno del Colegio respectivo, Consejo de ámbito autonómico, Pleno del Consejo General, Consejo Rector y demás órganos rectores de la profesión y con organismos públicos y entidades privadas de protección al consumidor en la emisión de informes, dictámenes y estudios sobre aspectos relacionados con su actividad profesional.”

El acceso en propiedad a una vivienda –pero también, aunque en menor medida, en régimen de alquiler- es valorado socialmente como una manifestación de estabilidad personal, familiar y patrimonial (¿Estas manifestaciones no forman parte del interés general?). La intervención del API colegiado en la decisión de comprar una vivienda lleva incorporado un factor social y humano claramente expresado en la responsabilidad de facilitar una ocasión normalmente única en la vida de sus clientes. Cualquier otra actividad económica suele caracterizarse por la reiteración a lo largo de la vida, lo que permite el cambio de producto o servicio ante una mala elección anterior.... pero no la compra de un inmueble.

La conclusión es que la transmisión de viviendas, especialmente la de residencia habitual, y, en consecuencia, la intermediación en las mismas, requiere de una especial protección del consumidor inmobiliario que empieza con la intervención de profesionales cualificados y controlados sin que sea suficiente una normativa de protección del consumidor si quienes propician la transacción no tienen suficiente capacitación para dicha intervención.

Así lo exige el derecho a la vivienda digna promovida por los poderes públicos (art. 47 CE), la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la defensa del consumidor (art. 51 CE),.....

Y es aquí en donde encuentra justificación la necesidad de unos profesionales especialmente cualificados que ofrezcan al ciudadano esa especial protección; y, si bien cuando se trata de inmuebles en general el principio de proporcionalidad impide la exigencia de regulación y colegiación para la actividad de intermediación, tratándose de vivienda del ciudadano (sea en uso o arrendamiento o en disfrute o propiedad) resulta proporcionado que, atendiendo al hecho de la inversión realizada, al riesgo del patrimonio del ciudadano, al daño moral que repercute en su salud, intervengan profesionales que informen adecuadamente, doten de transparencia a la negociación y eviten situaciones de agio, estafa y especulación con un derecho que el ciudadano demanda como esencial para su vida.

11.1.8. TENDENCIAS LIBERALIZADORAS.-

Lo informado no se opone a las tendencias liberalizadoras en el ejercicio de actividades profesionales que, de hecho, ha aceptado y asumido respecto del colectivo API desde el año 2000. No otra cosa se puede pretender en un mundo globalizado en el que la libertad de mercado, y en consecuencia la libre concurrencia en la prestación de servicios, se impone y en el que las instancias europeas han marcado la pauta a seguir en el ámbito profesional. Sin embargo, después de un primer observatorio (14 años desde que se impuso) sobre las consecuencias de la liberalización en el ámbito de nuestra profesión, hemos tenido la suficiente experiencia como para denunciar que la liberalización no puede ser cómplice de la absoluta desregulación y falta de profesionalización de la actividad de intermediación inmobiliaria en perjuicio del ciudadano.

Tan solo se pone en evidencia el interés general a que obedece la actividad de intermediación en vivienda, función muy concreta entre las varias que ejercita el intermediario inmobiliario, y la necesidad de cerrar el círculo de la seguridad jurídica en el transacción inmobiliaria en cuanto supone la elección de hogar como ámbito de desarrollo familiar y vital del ciudadano, evitando en el futuro situaciones como las acontecidas en la década culminada en el 2007 de las que Europa ha sido testigo por las múltiples quejas en sus instituciones de ciudadanos que han sido víctimas (casos paradigmáticos de Costa del sol, especialmente Marbella, Almería y, en general todo el mediterráneo.....), como tantos españoles, de la inseguridad existente en la adquisición de la vivienda con la que pretendían iniciar un nuevo proyecto de vida; inseguridad percibida desde el exterior que ha contribuido, ante la retracción de la inversión extranjera en vivienda, a alargar la crisis de nuestro país.

11.2. SOBRE EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION INMOBILIARIA.-

11.2.1. INTRODUCCION Y JUSTIFICACION.-

Es un hecho consolidado, y aceptado por todos, la liberalización de la actividad de intermediación inmobiliaria mediante su ejercicio por cualquier persona física o jurídica; liberalización que vino impuesta por el RD Ley 4/2000 de 23 de junio de Medidas Urgentes de Liberalización del Mercado Inmobiliario y Transportes (art. 3). El tiempo transcurrido desde entonces ha confirmado que la ausencia de control público en el proceso de comercialización y adquisición de inmuebles ha restado transparencia al mercado inmobiliario acentuando la inseguridad en el ámbito precontractual previo a la intervención notarial y registral.

El mercado inmobiliario no se ha distinguido, precisamente, por seguir las pautas que preconizaba la liberalización del Gobierno del año 2000: a mayor oferta de inmuebles y servicios inmobiliarios precios más bajos. Precisamente en el período de mayor oferta inmobiliaria, de liberalización de suelo y de liberalización de los servicios de intermediación, los precios se han disparado hasta cotas insostenibles y han provocado la llamada burbuja inmobiliaria que ha sido uno de los determinantes del empobrecimiento generalizado del país. Corresponde a los analistas y economistas el estudio de este comportamiento del mercado, pero parece que un factor clave de la espiral inmobiliaria ha sido la información asimétrica que prepondera en este mercado: operadores inmobiliarios u oferentes con gran información frente a demandantes o consumidores con escasa información. Y a esta escasa información del consumidor ha contribuido, sin duda, la ausencia de profesionalización en los servicios de asesoramiento, gestión e intermediación inmobiliarias. Frente al profesional que informa al consumidor y vela por la transparencia y seguridad de la operación inmobiliaria ha prevalecido el operador que ha confundido el

servicio con el negocio especulativo y ha utilizado la información sobre el producto inmobiliario en provecho propio.

Creemos que la experiencia de la década 1997-2007 (el mayor proceso especulativo inmobiliario jamás visto) con absoluta desprotección del consumidor inmobiliario ha originado desconfianza en los profesionales de la gestión y asesoramiento inmobiliario pues la generalización tiende a no poder distinguir entre el profesional y el no profesional; pero frente al aspecto negativo de la desconfianza surge el positivo de la exigencia en el sentido de demandar el consumidor unos servicios de intermediación y gestión inmobiliarias profesionales y transparentes para dejar atrás el período de clandestinidad y opacidad que ha caracterizado a las operaciones de adquisición, para uso o disfrute, de vivienda que tanta repercusión produce en la vida y patrimonio de los ciudadanos a quienes, aunque sea programáticamente, se les presenta como derecho constitucionalmente reconocido. Hay que dar respuesta a esta exigencia.

Los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria colegiados son profesionales de la intermediación y gestión inmobiliaria que no solo cuentan con capacitación acreditada a través de título oficial correspondiente sino que, siendo voluntaria la colegiación como consecuencia del proceso liberalizador, optan por acogerse a una disciplina profesional, formación, usos contractuales, sometimiento deontológico, asunción de responsabilidad con seguro de daños, en fin, múltiples limitaciones de toda índole que no tienen los profesionales libres y que, en aquellos, suponen un valor añadido de garantía para la sociedad.

En efecto, la fuerza con la que abrieron paso los principios económicos liberales así como el principio de competencia y libertad de mercado consagraron definitivamente la idea, que ya se venía preconizando con anterioridad, de que la intermediación inmobiliaria no podía ser un coto exclusivo de determinado colectivo profesional, lo que, con urgente justificación en aumentar la competencia y abaratar el precio de la vivienda, se plasmó en el RD Ley 4/2000 de 23 de junio permitiendo que

cualquier persona, física o jurídica, pudiera dedicarse a esta actividad sin necesidad de poseer título o pertenecer a un colectivo profesional colegiado.

Posteriormente, la Ley 10/2003 de 20 de mayo matizó la urgente normativa anterior corrigiendo, en cierto modo, el "menosprecio" al colectivo API, que por mucha liberalización de mercado no deja de ser una profesión reglada y controlada que la citada Ley menciona distinguiéndolo del resto de intermediarios.

Por ello en dicha Ley (art. 3) se diferencia a los API con su normativa específica y al resto de mediadores, personas físicas y jurídicas, a los que se les fijará (en términos de futuro), por razón de protección a los consumidores, la normativa reguladora de esta actividad.

Esta normativa, como luego veremos, solo llegó a Cataluña que en el ejercicio de sus competencias sobre protección al consumidor reguló la intermediación inmobiliaria.

Creemos que, a pesar de las consecuencias, por todos conocidas, que se han producido por la normativa liberalizadora de la intermediación inmobiliaria, no se puede dar marcha atrás en una opción, libre concurrencia en el mercado de servicios, que viene dirigida desde todas las instancias públicas, nacionales y europeas. Sin embargo, aceptando este hecho, la liberalización no puede ser cómplice de la absoluta desregulación y falta de profesionalización de la actividad, por lo que, vista la experiencia acumulada y el enorme daño que ha supuesto no solo para los ciudadanos en general, sino para la economía nacional como también la repercusión externa y consiguiente desprestigio para atraer inversores extranjeros, consideramos necesario abordar una normativa reguladora de la gestión e intermediación inmobiliaria; abordar, por fin, la seguridad jurídica precontractual, la que se requiere en defensa del consumidor antes de llegar, en el íter del proceso de transacción, a las instituciones notarial y registral.

El Estado siempre se ha preocupado de la seguridad jurídica preventiva de la transacción inmobiliaria a través de los Notarios y Registradores de la Propiedad, pero dicha seguridad nace una vez consumada una operación que puede venir viciada del proceso de negociación y formación del contrato. El contrato, con todos sus bienes o males, llega ya “cocinado” al Notario que puede estar dando fe de lo “querido” por las partes sin que nadie garantice que las mismas hayan estado debidamente asesoradas e informadas en el proceso de formación de tan compleja operación. “Lo querido” puede quedarse en una ilusión si el adquirente no ha llegado a pleno conocimiento y tiene plena información de todo lo que concierne a su adquisición desde todos los puntos de vista (estado de la vivienda, límites físicos, legalidad urbanística, cargas de la finca, fiscalidad, coste del dinero, coste de funcionarios intervinientes, deudas a comunidad o de suministros, litigios ocultos sobre la finca, expedientes administrativos de restauración del orden jurídico, eficiencia energética..... todo esto, transparencia, es lo que debe exigirse a un profesional que interviene en la negociación antes de ir al Notario... Fe notarial que “sella” esa apariencia de ilusión haciéndola irrevocable y que luego el Registro se encarga de que tenga trascendencia a terceros. Después surgen los problemas.....

En estos años ha sido notorio el caos existente en la actividad de intermediación inmobiliaria en claro perjuicio de los consumidores que se han encontrado, y se encuentran todavía, totalmente desprotegidos ante la ausencia de cualquier control de la actividad. Bastaría con acudir a los datos oficiales y de Organizaciones de consumidores y usuarios para percatarnos de la gravedad de la situación en la que las operaciones de adquisición de viviendas en propiedad o alquiler ara, en la época dorada, de las que más denuncias y quejas acumulaba. Los servicios de inspección de consumo de las CCAA han sido testigos directos de esta situación sin que las leyes de protección al consumidor y usuario pudieran evitar el mal instalado.

En fin, la línea a seguir en esta regulación es la marcada por la Ley 10/2003 antedicha; y puesto que los API están oficialmente acreditados con aptitud para el ejercicio de su profesión teniendo propia regulación, normas de

actuación, reglamentación interna, coordinación y control colegial y, en definitiva, marco de actuación que le viene dado a través de sus Estatutos al amparo de la Ley de Colegios Profesionales, tan sólo resta establecer y exigir un mínimo de requisitos al resto de intermediarios inmobiliarios que ejerzan o pretendan ejercer la actividad que, hoy por hoy, se encuentra en situación de clandestinidad y sin ningún tipo de control oficial.

La desconfianza del consumidor inmobiliario ante la falta de transparencia y situación de clandestinidad aludida, afecta en gran medida al dinamismo y reactivación del mercado ya que no solo la falta de financiación o de estabilidad económica repercute en el mercado inmobiliario sino que la ausencia de una competitividad ordenada y de una seguridad y adecuada información para el consumidor en la etapa de formación de la voluntad contractual (insistimos que se produce antes de llegar al Notario) también contribuye, inevitablemente, en la situación de estancamiento del sector.

Por ello proponemos la regulación de la intermediación en el ámbito objetivo de la normativa sobre Derecho a la Vivienda o de protección al consumidor pues es lo cierto que la competencia sobre estas materias es autonómica (v. gr. Art. 55 de la Ley 18/2007 de 28 de diciembre sobre derecho a la Vivienda en Cataluña), habiendo tenido ya la Junta de Andalucía, aunque sin abordar la problemática que aquí planteamos, algunas iniciativas sobre protección del consumidor en esta materia: información al consumidor en compraventa y arrendamiento (RD 218/2005 de 11 de octubre), función social de la vivienda (Ley 4/2013 de 1 de octubre) y proyecto para la protección de consumidores y usuarios en la contratación hipotecaria, entre otras...

Alguna iniciativa estatal en el ámbito financiero como la Ley 2/2009 de 31 de marzo sobre servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo y crédito se percatan de la necesidad de proteger al consumidor respecto de las entidades al margen del control del Banco de España, imponiendo la transparencia en la información precontractual además de otros requisitos de garantía para aquél.

En consecuencia, con pleno respeto al libre ejercicio de la actividad de intermediación es necesario un mínimo control administrativo en pro de la calidad pretendida del servicio exigible en cualquier país de nuestro entorno.

A estos efectos ofrecemos a la Junta de Andalucía todo nuestro apoyo y colaboración para una adecuada regulación que, sin más ánimo que el de establecer unos mínimos de garantía a la sociedad, consideramos debería responder al siguiente esquema:

11.2.2. CUESTIONES A CONSIDERAR.-

Consideramos que la regulación de la actividad de gestión e intermediación tendría como ámbito subjetivo el de los intermediarios, personas físicas o jurídicas, no colegiados puesto que los colegiados (API) están sometidos a una amplia normativa legal y reglamentaria y, en consecuencia, habría que distinguir entre APIS colegiados e Intermediarios Inmobiliarios lo que se justifica en la normativa estatal liberalizadora que los distingue (Ley 10 / 2.003 de 20 de mayo) y en el Estatuto de la profesión que refleja la nomenclatura “Agente de la Propiedad Inmobiliaria” como denominación profesional propia (RD 1294/2007 de 28 de septiembre).

11.2.3. TEXTO DE LA REGULACION PROPUESTA.-

Propuesta de redacción de norma:

ART.....-El intermediario Inmobiliario.-

A los efectos del presente (Real Decreto ¿?), podrá ser intermediario inmobiliario toda persona que se dedica de forma habitual y retribuida a prestar servicios de mediación, asesoramiento y gestión en transacciones inmobiliarias en relación con todos los tipos contractuales civiles válidos en Derecho sea:

- 1) El Agente de la Propiedad Inmobiliaria colegiado conforme a su normativa reguladora.
- 2) O las personas físicas y jurídicas que presten los mencionados servicios siempre que cumpla los siguientes requisitos:
 - a. Capacitación profesional.
 - b. Establecimiento abierto al público, debiendo acreditar su localización y derecho de uso o disfrute por cualquier título.
 - c. Póliza de seguro que garantice la responsabilidad civil en el ejercicio de la actividad durante todo el tiempo en que la ejerza.
 - d. Carecer de antecedentes penales.
 - e. Seguro de caución en garantía de las devoluciones que correspondan por la recepción de dinero en los contratos en que intervenga.
 - f. Inscripción en un Registro administrativo de intermediarios inmobiliarios creado al efecto ante el que se acreditará el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos anteriores.

Para el cumplimiento del apartado 2) a. anterior, los intermediarios que ante el Registro creado al efecto acrediten haberse dedicado a actividades de

mediación inmobiliaria durante los cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud de su inscripción la obtendrán presentando declaración jurada de que realizarán los cursos de formación propios de la actividad de intermediación dentro de los 2 años siguientes. Transcurrido dicho plazo sin presentar el correspondiente Certificado acreditativo en el Registro, éste procederá a la cancelación de la inscripción en su día practicada (este párrafo como contenido del art. o como transitoria).

11.2.4. COMENTARIOS A LA PROPUESTA.-

La cualificación o capacitación es lo mínimo exigible para el ejercicio de cualquier actividad, y más en la intermediación inmobiliaria, muy sensible de cara a los consumidores a muchos de los cuales la adquisición de vivienda les supone el mayor esfuerzo económico de su vida, lo que evidencia la gran repercusión que produce en la sociedad. Hoy la calificación se impone en las nuevas actividades que se crean (Ley de Mediación civil y mercantil estatal).

La capacitación o cualificación profesional podría, mediante gestión de encomienda a Corporación de Derecho Público, acreditarse mediante Certificación del Colegio provincial o Consejo Andaluz de Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria que podría organizar, con el contenido exigido por la Administración, los cursos de capacitación propios de la actividad de intermediación inmobiliaria. Al igual que sucede en la normativa estatal reciente sobre mediación civil y mercantil sería conveniente exigir una formación continuada para mantener la inscripción registral de actividad vigente (algún curso de reciclaje bienal o trienal).

Con el establecimiento público se trata de garantizar una estabilidad en el ejercicio y evitar el especulador ocasional o ilocalizable que va de un lado a otro dejando un "reguero" de perjudicados a los que muchas veces, solo para exigirles responsabilidad por negligencia profesional, resulta difícil identificar al ser intermediarios que actúan de manera clandestina.

El seguro de responsabilidad civil y el de caución es garantía para los consumidores que requieran sus servicios para el caso de negligencia en su ejercicio.

En cuanto a los antecedentes penales, parece evidente, cualquier actividad profesional, código deontológico o normativa sobre infracciones profesionales cuida especialmente este aspecto.

El Registro Administrativo es la forma de control de la actividad por la Administración a los efectos de que se cumplan los requisitos exigidos en el ámbito de los servicios de intermediación y, en su caso, abrir expedientes a quien se dedique a la intermediación sin cumplirlos. Estos Registros también podrían ser encomendados a los Colegios de API provinciales o al Consejo Andaluz.

Los API, que ya realizan cursos de reciclaje profesional y de acceso a la colegiación, nos ofrecemos para organizar cursos de capacitación sin necesidad de exigir a quienes realicen posesión de previa titulación académica u oficial. Los títulos previos, exigibles para la colegiación, sólo podrían exigirse para los que voluntariamente quieran incorporarse a los Colegios de API conforme al Estatuto regulador. Mientras que los Colegios controlan a sus colegiados en los términos que impone la Ley 10/2003 de 6 de noviembre de Colegios Profesionales de Andalucía, la Administración lo hace respecto al resto de intermediarios que con el mínimo de requisitos podrán ejercer libremente la intermediación con establecimiento abierto al público pudiendo dirigirse a ellos para imponer directrices en materia de vivienda o sancionar a los que incumplan la normativa específica.

La norma debería ir acompañada de preceptos de naturaleza sancionadora para su imposición a los que se dediquen a la actividad sin estar inscritos en el Registro correspondiente o para los que estando inscritos mediante inspección se ponga en evidencia que después de su inscripción han dejado de cumplir los requisitos exigibles.

En cuanto al ejercicio de la actividad proponemos como norma imperativa protectora del consumidor exigible al intermediario la que obedece a la siguiente redacción:

ART.....

Los intermediarios inmobiliarios, en el ejercicio de su actividad, están obligados a informar a las partes interesadas de las instituciones de seguridad jurídica que pueden garantizar su operación y, además, a:

a) Garantizar la devolución de las cantidades que se le entreguen a cuenta de adquisición de viviendas o en concepto de señal, arras en cualquiera de sus modalidades, reservas o cualquier otra denominación que se utilice siempre que deban responder de ellas y no se hayan entregado al destinatario de las mismas; a tal fin constituirá las garantías previstas en la Ley 577/1.968 de 27 de julio sobre cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

b) Cumplir con la normativa sobre protección de consumidores y usuarios y, en especial, la legislación, estatal o autonómica, sobre información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

c) Informar al consumidor sobre el grado de cumplimiento de la normativa urbanística, técnica, rehabilitadora, de eficiencia energética, medioambiental, fiscal o cualquiera otra que venga impuesta en materia inmobiliaria por la Administración competente, referente a las viviendas o edificios objeto de su intervención profesional.

d) Suscribir notas de encargo con quienes requieran sus servicios en las que les habiliten para ofertar el inmueble y darle la publicidad adecuada y, en su caso, para recibir o disponer de cantidades entregadas por los demandantes y formalizar precontratos o contratos en nombre de los oferentes.

e) Cumplir con las directrices que sobre las normativas a que se refiere la letra anterior le vengán impuestas desde las Consejería competente.

f) Asegurarse de que se cumple la normativa sobre viviendas protegidas cuando intervenga en un contrato con dicho objeto cuidando especialmente

de los requisitos exigidos por la normativa para la venta y arrendamiento de las mismas, precios o rentas tasados y, en particular, de las comunicaciones a la Administración competente a efectos del ejercicio de los derechos de adquisición preferente.

XII. REGULACION DE LA INTERMEDIACION: CONTRIBUCION DE LA INTERMEDIACION EN LA SEGURIDAD JURIDICA.-

A modo de conclusión, una síntesis de todo lo analizado hasta ahora quedaría de la siguiente manera:

- i. El mercado inmobiliario es un mercado complejo, opaco, asimétrico, especulativo e informal.
- ii. En el año 2000 se adoptaron medidas de liberalización del suelo y del ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria para fomentar la competencia y abaratar el precio de la vivienda.
- iii. A partir de la liberalización afloran multitud de inmobiliarias que desarrollan la actividad de intermediación al margen de su consideración de actividad profesional y con las miras puestas en la actividad negocial (compra para revender) y en parámetros comerciales cuantitativos (políticas agresivas en operaciones de captación de clientes para la intermediación al margen de una adecuada información y transparencia).
- iv. Debido a la tensión especulativa, propiciada por los operadores inmobiliarios (promotores en el mercado primario e inmobiliarias en el secundario) con efecto contagio en la propia sociedad y con la contribución de las entidades financieras por la facilidad de acceso al crédito basándose en valores de tasación ajenos a la realidad, el precio en la compraventa de viviendas durante ese período ha

sufrido una constante, escandalosa y artificiosa subida hasta su culminación con la llamada explosión de la burbuja inmobiliaria.

- v. La compraventa de vivienda, en la casi década que va desde 1998 hasta 2007, batió records de quejas en las asociaciones de consumidores y usuarios por las numerosas prácticas abusivas de los operadores inmobiliarios.
- vi. La seguridad jurídica preventiva no abarca, en la actualidad, el período de formación de los contratos inmobiliarios, sino que ésta tiene lugar a partir del contrato ya formado y pendiente de formalización.
- vii. El Derecho de protección al consumidor no es preventivo y resulta insuficiente para proteger al ciudadano, sobre todo si atendemos a la importancia de la vivienda que merece el tratamiento de bien social que repercute no solo en el patrimonio de los ciudadanos sino que, en cuanto espacio de convivencia, protección y seguridad frente al exterior, es elemento fundamental para el desarrollo de una vida digna de toda persona.
- viii. Los déficits de seguridad en el ámbito precontractual podrían ser resueltos por profesionales autorizados al efecto que podrían ser los intermediarios que intervienen en la formación de los contratos inmobiliarios u otros profesionales (auditores inmobiliarios, notarios mediadores....) creados con la función específica de aportar seguridad al mercado inmobiliario.
- ix. Los Colegios profesionales son instituciones de ordenación y control de las profesiones que no solo se justifican para la autoprotección de la actividad profesional, sino que obedecen a un interés general y, en la actualidad, a un deber legal de protección de consumidores y usuarios.

- x. La vivienda, en cuanto bien social, merece una protección de primera magnitud y en todas sus facetas. El Estado debe aportar los medios de seguridad jurídica preventiva para la primera vivienda del ciudadano en toda la vida del contrato, desde su generación hasta su ejecución.
- xi. La opción de intervención para la seguridad del mercado inmobiliario de los profesionales de la intermediación, en cuanto ámbito en que puede resultar afectada la seguridad jurídica e incluso la salud de la persona, requeriría el restablecimiento de la colegiación obligatoria al menos en el ámbito de tutela del Estado respecto al derecho a una vivienda digna que se contrae a la primera vivienda de todo ciudadano.
- xii. El contrato de mediación, por el que se contrata al intermediario profesional, tal y como está concebido en la actualidad tiene escaso contenido prestacional por parte del intermediario y prácticamente genera responsabilidad ya que ésta no suele ir más allá de la pérdida de los honorarios pretendidos.
- xiii. Los Códigos deontológicos podrían dar solución a la falta de contenido prestacional del contrato de mediación como aportación de garantía o seguridad para el consumidor.
- xiv. Las experiencias de la década de expansión inmobiliaria hacen necesario poner fin a las políticas de absoluta liberalización del mercado inmobiliario, condescendiente con una desprofesionalización paralela de los operadores inmobiliarios (promotores e intermediarios) que ha tenido un efecto “rebote” en sus previsiones de reducción de precio de la vivienda y que han ocasionado tantísimo daño a la sociedad víctima de empobrecimiento y masivas ejecuciones hipotecarias.

BIBLIOGRAFIA.-

ALBALADEJO, MANUEL. "Curso de Derecho Civil Español, I, Introducción y Parte General, 3ª Edición, pag. 287.

ALBIEZ DOHRMANN, J.K. "El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral" RCDI, año LXIX, septiembre-octubre 1.993, nº 618..

ALFARO AGUILA REAL, JESÚS (Las condiciones generales de la contratación". Civitas, Madrid 1.991)

AYARZA SANCHO, JOSE ALBERTO. Reclamación de honorarios de los APIS en procesos declarativos. Diario La Ley. AÑO XXVIII. Nº 6630. Martes, 16 de enero de 2.007.

BARONA VILAR, SILVIA ("Acciones de cesación, retractación y declarativa" en "Comentarios a la LCGC". Aranzadi 2.000. pp. 392 y ss.)

BOLAS ALFONSO, JUAN ("La función notarial como factor de seguridad jurídica preventiva del consumidor". La Notaría. Boletín nº 1, enero 1998) trata de la seguridad jurídica como "valor social"

BONET CORREA. "El contrato de corretaje o mediación" pág. 1.620 del Anuario de Derecho Civil. Oct.-nov. De 1951

CASTRO LUCINI, F. (pág. 33 "Los negocios jurídicos atípicos" RDN, julio-diciembre 1974)

CAZORLA PEREZ, RUIZ-RICO LOPEZ-LENDINEZ y BONACHELA MESAS: "Derechos, Instituciones y poderes en la Constitución de 1978" expresando la opinión de GARCIA COTARELO y ALZAGA.

CUADRADO PEREZ, C. (pág 2497 "Consideraciones sobre el contrato de corretaje" en RCDI nº 704. Noviembre-diciembre 2007); y "Oferta, aceptación y conclusión del contrato" Real Colegio de España Bolonia 2003.

DANIEL RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA: El contrato de corretaje inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria. Aranzadi. 2.000. pags.198 y ss.

DIAZ FRAILE “La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 5 de abril de 1.993”. Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, sep. 1.993, nº 49, pp. 126 y ss.

EDUARDO POLO (“La protección del contratante débil” -Civitas-).

ESPÍNOLA ORREGO, GILDA, en su tesis doctoral (Alcalá de Henares. 2.010), “El derecho a una vivienda digna y adecuada en el ordenamiento jurídico español”.

Fº JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO “La calificación registral en el pensamiento de D. Jerónimo González, su vigencia actual”. RCDI, nov-dic 1.993; “Distinción entre faltas subsanables e insubsanables en la calificación registral”. Madrid, 1.989, p.98.; y “examen de la eurohipoteca” (Congreso Internacional de Derecho Registral del año 2.005).

GARCIA CREMADES, PURIFICACIÓN: “Contrato de mediación o corretaje y Estatuto del Agente de la Propiedad Inmobiliaria”. Dykinson 2.009. Pág. 35.

GARCIA GARCIA, LUIS (Los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y el Registro de la Propiedad. Actualidad Civil nº 8, marzo 1.992).

GARCIA-VALDECASAS ALEX; FRANCISCO JAVIER: “...del Registro de la Propiedad al Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación” Revista crítica de derecho inmobiliario; “La mediación inmobiliaria”. Editorial Aranzadi. 1998; y Conclusiones de las “Segundas Jornadas Inmobiliarias Andaluzas” del Consejo Andaluz de COAPIS, Sevilla, 14 de noviembre de 2014.

GÁZQUEZ SERRANO, LAURA. “El contrato de mediación o corretaje” pág. 59 a 62 que resumimos en las que se repasan los distintos conceptos que ha aportado

GIMENO LOPEZ-LAFUENTE JL.“La incidencia de la legislación comunitaria sobre protección de consumidores en la calificación registral de los préstamos hipotecarios. CRPME, CER. Madrid, 1.993, pp.857-864);

HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER. “La protección constitucional de la vivienda y su protección penal: especial referencia a los fenómenos de okupa y mobbing inmobiliario.” DERECHO Y VIVIENDA. Consejo General del Poder Judicial. 2.006.

JORDANO BAREA, J.B. (pag. 61 y ss de “Los contratos atípicos” RGLJ XXVII. 1953).

L.M. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA “la ley de las Condiciones Generales de la Contratación” (CRPME, Centro de Estudios Registrales; 1.998; pp. 13 a 15)

LÁZARO PEREZ, JUAN: “Los contratos de mediación” (Estudios de Derecho Privado. Vol. II Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1965. Pág 198).

LOPEZ MEDEL, JESÚS (“Propiedad Inmobiliaria y Seguridad Jurídica. Estudios de Derecho y Sociología Registral”. CRPME; CER. 1.995; pp. 386 y 387)

LOPEZ MEDEL, JESÚS en “El derecho a la información registral y el derecho constitucional de la información” (RCDI, año LXXVI, mayo-junio 2.000, nº 659, pp.1.775 a 1.813) donde encontramos párrafos tan expresivos como “el tercero registral era ya -y es- un “consumidor efectivo”, un “usuario” plenamente protegido, y no en bagatelas...En el Registrador de la Propiedad se ha dado el “mejor defensor del pueblo hipotecario...”

MAGRO SERVET (Rev. Jurisprudencia el Derecho. Año VIII, nº 4, marzo 2.012)

MARÍN SANCHEZ, JOSE ALBERTO. “El Valor de la seguridad jurídica preventiva”. Tribuna de 5 Dias (7-04-2014).

MARTINEZ DEL VAL “El contrato de corretaje” PEC. Ciudad Real. 1.955.

MEZQUITA DEL CACHO, J.L. (“Seguridad jurídica y sistema cautelar”, Bosch, 1.989).

MILLAN GARRIDO, ANTONIO. (Pág. 694 de "Introducción al estudio del corretaje". RGD. 1.987).

MORENO QUESADA, BERNARDO “La oferta del contrato” Colección Nereo. Barcelona. 1963 y a

OROZCO PARDO, GUILLERMO “De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho Civil”. Comares, 1.995; y “El ejercicio en grupo de profesiones liberales”. Universidad de Granada. 1.993.Pág.. 522.

PINTO MONTEIRO, ANTONIO (“El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores” Revista de Derecho Mercantil nº 219, enero-marzo de 1.996, pp. 79 y ss.).

POZO y LOZANO ROMERAL (La Ley, año XVII, nº 4.134, octubre 1.996).

PUIG PEÑA, FEDERICO. Tratado de Derecho Civil V.IV-2º, pág. 351.

RAFAEL DEL ROSAL. “La naturaleza jurídica de la Institución Colegial”. Foro Etica Jurídica. 28-mayo-2008.

SALEILLES en su “Declaration de volenté” de 1.901.

SANCHEZ CALERO, F. (pág 220 de “El Código de Comercio y los contratos mercantiles” Mterio. Justicia. Madrid 1986).

SANPONS SALGADO, MANUEL. “El contrato de corretaje”. Editorial Montecorvo. 1965.

SERRA RODRIGUEZ. II Personas jurídicas: Colegios profesionales. Universitat de Valencia.

SOLETO MUÑOZ, HELENA. “La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español”. Revista electrónica de Derecho Procesal. Periódico semestral da os Graduacao de Stricto Sensu en Direito Procesual, da UERJ, Volumen III, pág 60, 2009.

TAMAYO CLARES, MANUEL temas de legislación notarial (Academia Granadina del Notariado. 1990).

TRUCHERO CUEVAS, JAVIER “Cuando el incentivo es no pactar” (Diario La Ley de 25 de marzo de 2015).

TUMEDI: “Del contrato de mediazone” Rivistta del Diritto Commerciale. 1923,1, pags 113 y ss.

JURISPRUDENCIA y RESOLUCIONES.-

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013.

Tribunal Constitucional Pleno, S 20-7-1981, nº 27/1981, BOE 193/1981, de 13 de agosto de 1981, rec. 38/1981.

Tribunal Constitucional Pleno, S 15-11-2000, nº 273/2000, BOE 299/2000, de 14 de diciembre de 2000, rec. 565/1994.

Sentencia nº 157 de la AP Granada (Sec. Tercera) de 13 de junio de 2014.

Resolución DGRN de 5 de febrero de 2014.

STC 147/86 de 25 de noviembre.

Sentencia 10/2005 del TC.

STC 10/2015 de 2 de febrero de 2015 (BOE nº 42 de 2 de marzo de 2015)

SAP Granada núm. 6/2004 (Sección 3), de 12 enero.

STS de 11 de junio de 1.947.

STS de 17 de julio de 1.995.

STS 11 de junio de 1947.

SsTS 8 de febrero y 18 de octubre de 1956.

STS de 4 de diciembre de 1953.

SsTS de 28 de noviembre de 1956, 28 de febrero de 1957, 27 de diciembre de 1962

Ss TS de 2 de mayo de 1963 y 21 de octubre de 1964.

1 STS de 30 de julio de 2014.

1 STS de 21 de mayo de 2014.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de febrero de 2015.

SSTS de 6 de junio de 1.984 y de 30 de septiembre de 1.991.

STS del TS de 30 de abril de 1998.

STS de 21 de mayo de 2014 (La ley 74472/2014)

SsAP Madrid (sec. 21) de 18 de noviembre de 2005, 14 de septiembre de 2005 o (sec 11) 30 de septiembre de 2005 y de 20 de mayo de 2013.

STS de 30 de abril de 1998

SAP de Madrid, de 14 de mayo de 2014.

AP Granada, sec. 3ª, S 27-4-2005, nº 315/2005, rec. 718/2004.

S TS de 17/12/1986.

SAP Castellón de 13/09/1999.

STS de 2 de octubre de 1.999.

STS de 4 de julio de 1994.

SAP Cádiz de 21 de junio de 2002.

SAP Vizcaya de 2/05//2000.

SSAP Asturias 24/07/2000 y 19/03/2003.

SAP de Baleares de 4/03/2004.

SAP ZARAGOZA 11 de diciembre de 1998.

SAP MADRID 5 de diciembre de 2006.

SAP MADRID 4 de diciembre de 2006.

SAP CIUDAD REAL 28 de noviembre de 2006.

SAP TOLEDO 27 de noviembre de 2006.

SAP MADRID 14 de noviembre de 2006.

SAP BALEARES 8 de noviembre de 2006.

SAP A CORUÑA 30 de octubre de 2006.

SAP MADRID 30 de octubre de 2006.

SAP MADRID de 23 de octubre de 2006.

SAP BALEARES 22 de septiembre de 2006.

SAP BARCELONA 4 de septiembre de 2006.

SAP ALAVA 15 de junio de 2006.

STS de 27 de junio de 2013

STS de 25 de enero de 1990.

STS de 14 de junio de 1991.

STS de 10 de noviembre de 1992.

SsTS de 17 de abril de 1976, 18 de abril de 1979 y 27 de marzo de 1991.

STS de 13 de mayo de 1985.

SAP Granada sec. 4ª, S 1-12-2003, nº 639/2003, rec. 157/2003.

S. de 30 de junio de 1993 de la Audiencia Nacional, Sec. 4º de la sala de lo contencioso-administrativo.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1.986 o caso James y otros contra Reino Unido.

SsTC... 76/1983, 23/1984, 123/1987, 20/1988,

STS... 3.11.1988, 25.02.1998, 28.09.1998, 21.01.1999.

STC de 21 de diciembre de 1.989.

STS, Sala 3ª, Sec. 3ª de 4 de mayo de 2.004

S de la Audiencia Territorial de Barcelona de 2 de julio de 1.962.

S de la AP de Huelva de 5 de febrero de 2.010.

STC 137/2011 de 14 de septiembre de 2011.

STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, 4/05/2004

SsTS de 27-05-2011, 6-06-2011, 6-07-2011 y 21-09-2011.

S de 6 de mayo de 2.005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 9ª.

S del Tribunal Constitucional 284/1993 de 30 de septiembre.

DISPOSICIONES CITADAS.-

Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria.

Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado

Decreto de 8 de febrero de 1946 de Ley Hipotecaria (art. 3)

Decreto de 14 de febrero de 1947 sobre Reglamento (art. 33).

Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Art. 319.1

Ley 1/2000 de 7 de enero. Art. 517.2.4º

Ley 26/1.984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores; párrafo 2º del artículo 10,bis.

Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Artículo 6.1 del C. Civil.

Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre (BOE nº 287 de 30 de noviembre de 2007).

Directiva 93/13/CEE (art. 7).

RD Livo 1/2007 de 16 de noviembre sobre el TR de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias.

Constitución Española 1978, art. 51.

Decisiones del Consejo de las Comunidades Europeas de 11 de junio de 1.985 para la CECA y CEE.

Tratado de 12 de junio de 1.985 para la CEEA (EURATOM).

L. Orgánica 10/1.985 de 2 de agosto de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas.

RD-Ley 5/2012 de 6 de julio sobre Mediación Civil y Mercantil.

Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo del Parlamento Europeo y el Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en los asuntos civiles y mercantiles.

Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, arts. 460 a 480.

Regulada en los arts. 82 a 84 de la Ley de Procedimiento Laboral en redacción dada por la Ley 13/2009 en la que se advierte que el Secretario judicial intentará la conciliación “llevando a cabo la labor de mediadora que le es propia”.

Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, arts. 415 y 428.2 de la.
Anteproyecto de Código Mercantil aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014.
Código Civil, artículo 1.711.2.
Código Civil, artículos 1.258 y 1.287.
Decreto 3248/1969 de 4 de diciembre Rto. de los Colegios Oficiales de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.
Real Decreto-Ley 4/2000 de 23 de junio sobre Medidas Urgentes de Liberalización del Sector Inmobiliario.
Ley 10/2003 de 20 de mayo de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes (art. 3).
RD 1294/2007 de 28 de septiembre, Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Consejo General.
Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación.
RD 515/1989 sobre protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas.
Ley 13/2003 de 17 de diciembre (art. 71.6.1ª),
Decreto (218/2005 de 11 de octubre –BOJA de 7 de noviembre-).
Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales (30-julio-2013). Artículos 7 y 26 del
Informe de la CNC de 26 de abril de 2012.
Ley 2/1.974 de 13 de febrero de Colegios Profesionales (LCP).
Resolución PE de 5 de abril de 2001 (Diario Oficial Comunidades Europeas de 24.1.2002).
Decreto de 17 de diciembre de 1.948 (BOE nº 17 de 17 de enero de 1.949) por el que se crean los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.
Proyecto de informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios 18.7.2011) sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial.
Ley 17/2001 de 7 de diciembre de Marcas; art. 7, 8 y 88
Rto. del Registro Mercantil (RD 1784 de 19 de junio de 1996); arts 405 a 408.
Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal; arts. 6 y 12.

Ley 4/2012 de 6 de julio de contratos de Aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa, y de intercambio y normas tributarias.

Directiva 2005/36/CE sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales modificado por Directiva 2013/55/UE de 20 de noviembre de 2013;

D. 55/1975 de 10 de enero modificando el art. 3 del D. 3248/1969 de 4 de diciembre;

D 271/1975 de 13 de febrero que ordena los estudios académicos para los API en el marco de la Ley General de Educación

RD 2830/1978 de 3 de noviembre que incorpora a los API en el Régimen General de Autónomos de la Seguridad Social.

RD 2877/1982 de 15 de octubre de Ordenación de apartamentos turísticos y viviendas turísticas vacacionales (exp. Motiv. y art. 3).

Orden del Mterio. de Justicia de 19 de abril de 1982 para el Rto. Orgánico del personal de Registros (art. 50 sobre incompatibilidad entre los trabajadores del Registro y la actividad de API).

Resolución de 7 de abril de 1982 sobre Clasificación nacional de ocupaciones del Ministerio de Hacienda (Grupo 4....APIs....).

RD 2070/1983 de 29 de junio de traspaso de funciones a la C.A. Andaluza en materia de Colegios oficiales o profesionales.

Orden de 4 de marzo de 1993 desarrollando el RD 1665/1991 de 25 de octubre para el reconocimiento de títulos de enseñanza superiores de Estados de la CEE con formación mínima de tres años.

RD 1867/1998 de 4 de septiembre de modificación del Rto. Hipotecario (art. 332).

Ley 42/1998 de 15 de diciembre sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (art. 8).

Decreto 171/2014 de 9 de diciembre que regula el Observatorio de la vivienda de Andalucía.