

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

El contrato de corretaje o mediación

SENTENCIA 3 DE JUNIO 1950 (*)

COMENTARIO.—1. La sentencia objeto de nuestro comentario presenta el caso, muy frecuente en el corretaje o mediación, en que para eludir el pago de la remuneración ofrecida por el oferente o mediado, éste se aparta del mediador o corredor, renunciando a la conclusión del contrato propuesto, ya al dar por rescindido el encargo o bien al interponer otra persona, para después llevarla a cabo directamente con el tercero, hallado gracias a la actividad de aquel mediador.

Al carecer el corretaje de una estructuración positiva en nuestra actual legislación, el Tribunal Supremo se decidió, en diversas ocasiones (1), a pronunciarse, no sólo en cuanto a la cuestión objeto de litigio entre las partes, sino a «calificar» (si empleamos su propia terminología) y regular este contrato olvidado en el Código civil. Pero en materia de corretaje o mediación, más que olvido, es cierta confusión con otras figuras afines a que presentan tanto el Código civil como el de comercio.

El Tribunal Supremo, si bien en un primer momento no distingue, igualmente, al corretaje con el mandato y la comisión mercantil (2), posteriormente, lo discrimina netamente y lo considera un contrato autónomo e independiente (3), y señala sus diferencias con los anteriores contratos (4).

Ahora bien, si por una parte, en cuanto a la distribución de justicia este alto Tribunal logro resolver prudentemente la pugna entre las partes litigantes, no fué tan afortunado al asumir una función integradora o normativa para suplir la laguna que la falta de tal contrato implica en el campo de la contratación positiva (5).

(*) *Vide.* antecedentes, motivos y considerandos, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, III-3 (1950), 972.

(1) SS. 2 diciembre 1902, 26 noviembre 1919, 10 enero 1922, 7 abril 1926 y 5 julio 1946.

(2) El corretaje ha sido considerado como mandato o comisión mercantil por las SS. 2 diciembre 1902 y 26 noviembre 1919.

(3) S. 10 enero 1922.

(4) S. 7 abril 1926.

(5) Sobre la cuestión de si la jurisprudencia y el arbitrio judicial son fuente de Derecho es un problema que no se examina aquí. Para una información amplia: ALVARO D'ORS: *De la «prudentia iuris» a la «jurisprudencia del Tribunal Supremo»*, en *Información Jurídica*, 55 (1947) 63; FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *¿La Ciencia libre del Derecho, es fuente primaria del Derecho?*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I-2 (1948), 565; CASTÁN: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, 1947; PUIG BRUYAU: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, s. f. (1951).

La actual sentencia de 3 de junio de 1950, en vista de la insuficiencia legal existente sobre el corretaje, vuelve otra vez, al igual que la de 10 de enero de 1922, a reproducernos lo allí expuesto y a calificar nuevamente dicho contrato. El pretender señalar su significado y contenido, en un terreno doctrinal, es cuestión de una importancia indudable y con unas consecuencias prácticas insoslayables para la previsión de tal figura contractual, sobre todo en lo que puede referirse a ciertas materias y relaciones todavía no contempladas.

El Tribunal Supremo, al pronunciarse una vez más sobre el contrato de mediación o corretaje en el aspecto doctrinal, como entonces, no ha sido consecuente y ha sentado, a nuestro juicio, una tesis errónea en cuanto a su genuina función y cometido. El objeto fundamental, pues, de nuestro comentario es tratar de exponer las contradicciones y el desenfoque que en el fondo incurre esta sentencia, al querer proveernos de un bagaje teórico e instrumental normativo sobre el corretaje.

2. Por una parte, la sentencia afirma:

«Que el contrato de mediación o corretaje... es el que tiene lugar cuando la intervención de una persona queda reducida a poner en relación a otras dos para la celebración de un contrato, sin contratar aquélla en nombre propio ni en el de su pretendido comitente.»

En otra parte, manifiesta que ha de considerarse:

«Como un contrato innominado *factio ut des*, principal, consensual, bilateral, que impone a las partes derechos y obligaciones y que se rige por las disposiciones contenidas en los títulos I y II del libro IV del Código civil.»

Además, en otro lugar, dice que:

«Si bien el contrato de mediación o corretaje presenta frente al mandato al arrendamiento de servicios y los demás contratos a que ha intentado asimilarle una característica diferencial, a saber que la retribución que al mediador ha de darse por el mandante, sólo se debe en el caso que el negocio principal se realice o concluya.»

Estos tres pasajes de la sentencia nos muestran un desacuerdo y una falta de unidad en cuanto al modo de tratar el contrato de corretaje. Por un lado, se limita su contenido, al decir que la intervención de una persona «queda reducida a poner en relación a otras dos»; por otro lado, se le da unas características y una amplitud insospechadas al someterlo a las disposiciones contenidas en los títulos I y II del libro IV del Código civil; por último, se contradice al denominarlo principal en un principio, y considerarlo accesorio, posteriormente, al manifestar que «la retribución que al mediador ha de darse sólo se debe en el caso de que el negocio principal se realice o concluya».

Tal desacuerdo y falta de unidad en la sentencia, así como la incorrección terminológica en que a veces incurre (6), son consecuencia de un entremezclamiento del aspecto doctrinal adoptado, con una práctica social consuetudinaria, un tanto distanciada de ese aspecto.

En cuanto a tal aspecto doctrinal, no sabemos cuáles han sido las razones

(6) A pesar de haber diferenciado el corretaje del mandato, del arrendamiento de servicios y demás contratos, le llama «mandante» o «comitente» al mediado u oferente. Habla indistintamente, para este caso concreto, de gestión de «trabajos» y de «servicios».

que impulsaron al ponente de la sentencia de 10 de enero de 1922, don Valentín Escribano, a declarar que el corretaje se trataba de un contrato *facto ut des*, principal, consensual y bilateral. Lo que si intuimos y observamos es que al dictarse la actual se procedió con una inercia y rutina un tanto despreocupada (7), al reproducirse literalmente, en este aspecto doctrinal, lo dicho en aquella.

Ahora bien, la práctica cotidiana nos demuestra que cuando necesitamos de un corredor y acudimos a él para que nos ponga en contacto o realice determinada gestión con otra persona para comprar, vender o realizar otro negocio cualquiera, y le ofrecemos un tanto por ciento o una parte de la ganancia a obtener, no por ello queda vinculado y obligado de tal forma que responda ante nosotros de la gestión incumplida; si la realiza, sabe que obtiene el premio, de lo contrario, si no cumple no recibirá nada; la simple expectativa de la ganancia se esfumará y no llegará a obtenerla.

Ante esta duplicidad de facetas, en la que una se concreta y determina el corretaje como un contrato principal y bilateral, frente a la otra, en que aparece como unilateral y accesorio, existe una grave contradicción que, en relaciones futuras, podría crear un verdadero conflicto, con particular trascendencia y alcance en la distribución de justicia. La responsabilidad a que vendría sometido el corredor, si su gestión se tratase de una obligación deducida de un contrato bilateral y principal (según el Tribunal Supremo mantiene en las sentencias del año 1922 y la actual), engendraría consecuencias y efectos muy distintos a como aparece en la realidad social y en el tráfico cotidiano y numeroso de las relaciones sin este alcance.

Estamos, pues, ante un caso de divergencia entre una forma de «tipicidad social» frente a otra de «tipicidad normativa» (8). El problema a resolver es cual de ellas obtendrá la primacía: ¿la social o la normativa?

Mucho respeto nos merece la interpretación de nuestro más alto Tribunal de Justicia y, en este caso, bastante más convincente sería su punto de vista, al ser dos las sentencias dictadas (la de 1922 y la actual, con lo cual se viene a crear «doctrina legal» en la materia; pero a pesar de tales consideraciones, en este aspecto, discrepamos divergentemente de su particular decisión.

Favorecidos por la carencia de normas legisladas e identificados con esa «tipicidad social»—mucho más convincente que la doctrina del Tribunal Supremo, que no refleja una conciencia y una adecuación práctica de la institución— concebimos el contrato de corretaje o mediación como un contrato unilateral, accesorio, condicional, consensual, que no impone, como consecuencia, más deberes y derechos que los derivados de su peculiar y concreta naturaleza.

Pero tal afirmación requiere, a la par que examinamos los diversos matices de la presente sentencia, una eficiente demostración y fundamento.

(7) Un detalle que nos lo advierte es el descuido y la falta de visión crítica en lo referente a la errata de la palabra *facto* que, tanto en la S. de 10 enero de 1922 (reproducida en la «Colección Legislativa»), como en la actual, está escrita «*fatio*».

(8) En la terminología de GRASSERI: *L'interpretazione del negozio giuridico, con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, pág. 167, sería «tipicidad legislativa» esta última. Pero decimos «normativa» porque, entre nosotros, la jurisprudencia, preceptivamente, no es fuente de Derecho (art. 6 del Código civil).

3. El problema, pues, del contrato de corretaje o mediación se centra en este punto: ¿Queda obligado el corredor en virtud del ofrecimiento del mediado u oferente para que le proporcione o gestione un negocio jurídico con un tercero o mediatario?

De su contestación afirmativa o negativa depende el atribuirle una naturaleza bilateral o unilateral al contrato de corretaje, así como las demás características que le distinguen.

El Tribunal Supremo, a través de las sentencias contempladas hasta ahora, no toca de ningún modo este punto. No se puede asegurar si es debido a que no se presentó el caso en litigio o bien porque a nadie se le ocurre exigir responsabilidad del corredor donde se sabe que no queda obligado para nada. Al faltar una sanción legislativa o jurisprudencial, ¿es acaso consecuente el atribuir al corretaje una naturaleza bilateral? Si tan sólo existen obligaciones para una de las partes (el oferente o mediado), que se compromete, mediante su declaración de voluntad aceptada por el corredor, a pagar el premio de la gestión ofrecida y realizada, es absurdo concluir una naturaleza bilateral del contrato de corretaje.

Por el contrario, frente a esa consideración bilateral enunciada por el Tribunal Supremo, observamos cómo el propio Tribunal, en la sentencia de 10 de enero de 1922, únicamente exigía y hacía responsable al oferente por culpa o negligencia una vez perfeccionado el contrato o consumado en parte.

Un síntoma claro, que nos revela la conciencia social de la no obligatoriedad del corredor es que, hasta ahora, por tal motivo de su incumplimiento, tampoco se ha presentado ante el Tribunal Supremo ningún recurso de casación. Esto es lógico, porque 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; es el oferente o mediado quien se compromete y obliga al pago de un premio si la gestión ofrecida se realiza o concluye.

Tal criterio «popular» se puede ver reflejado y comprobado en el resultando segundo de la sentencia de 10 de enero de 1922. El recurrente alega que «un Agente, un mediador, un corredor desempeña una función subalterna y aleatoria, sin la seguridad y firmeza de los trabajos profesionales, puesto que no necesita actividad científica alguna ni preparación especial, y cuando realiza un negocio cobra precios desproporcionados con sus estudios, con su preparación y con su esfuerzo, y por ello es natural que, cuando el negocio se frustra, quede también fracasado su interés, aunque el percance haya ocurrido sin culpa suya». En el caso de autos no se estimó el recurso, porque el contrato principal se había perfeccionado y consumado en parte, y al oferente se le condenó a pagar el premio ofrecido. Lo cual nos demuestra, una vez más, que la responsabilidad tan sólo se exige al oferente o mediado, y nunca al corredor o mediador.

Al ser el corretaje de naturaleza unilateral y, por lo tanto, crear tan sólo deberes y responsabilidades para una de las partes (al oferente o mediado), los efectos del contrato vienen referidos a un campo muy limitado.

El corredor o mediador estará exento de responsabilidad. Por su simple aceptación de la gestión propuesta le dará derecho a exigir el premio ofrecido si actúa y si llega a un feliz término la gestión principal. Su voluntad interviene únicamente en un sentido determinado: el resto de su actitud es mera.

mente pasiva: tiene que esperar a que el negocio principal se realice, cosa que la mayor parte de las veces no se logra. Por ello, ante esta doble faceta, en que predomina un carácter eminentemente aleatorio, sería inícuo el haberse creado un vínculo y un deber: donde, si por un lado, en parte dependía de su voluntad el logro de una determinada gestión, por otro, era ajeno a ella, lo cual llevaría fatalmente, en muchos casos, a una responsabilidad por hechos y actos ajenos. La injusticia que en el fondo entrañaría tal sujeción tiene su reflejo real en la conciencia de la no obligatoriedad del corredor. Así lo demuestra, igualmente, aunque frente a sus propios postulados, la presente sentencia cuando observa «que habían realizado por su parte (los corredores) cuantas gestiones fueron menester para el feliz resultado»; y también de la obligación que contrae el oferente de pagar el premio en cuanto a «las gestiones conducentes a la consecución del resultado propuesto; o sea, la aceptación de la indicada oferta, que se logró».

La irresponsabilidad que tiene el corredor resulta atenuada por la solvencia que procura observar, especialmente cuando hace de tales gestiones su oficio o profesión. Además, la perspectiva del premio (casi siempre muy superior a los gastos y molestias que el corretaje ocasiona) será el estímulo suficiente para que se emplee la mayor diligencia en el negocio. Un reflejo de tal pensamiento lo tenemos en la sentencia en examen, cuando manifiesta que «el demandado (oferente) encargó a los actores (corredores) (9) la realización de las gestiones necesarias para conseguir la aceptación por el M. I. C. de una oferta de venta de diez mil toneladas de trigo..., obligándose el demandado a retribuir a los actores». Es claro que para los corredores habla siempre de «encargo», y para el oferente, de «obligándose».

Con lo cual, todo ello hace consecuente nuestra afirmación de que el corretaje o mediación es simplemente un contrato unilateral al carecer el mediador u oferente de una facultad de exigencia frente al corredor (9 bis).

A la unilateralidad del corretaje hay que añadir su nota más sobresaliente: su aleatoriedad, tanto en la búsqueda del tercero que quiera contratar como en la necesidad del perfeccionamiento y consumación (parcial o total) del negocio, una vez hallado aquel.

4. Al señalar que el contrato de corretaje es unilateral y aleatorio se vislumbran inmediatamente sus otras dos notas características: la accesoriedad y condicionalidad del mismo.

(9) Igualmente, el «considerando» segundo habla, tan sólo, de «encargo de las gestiones y consiguiente premio en su caso».

(9 bis) Los Tribunales argentinos, en un «Convenio de corretaje para la venta de un inmueble por un precio determinado, reconociendo el propietario a favor del corredor y a título de comisión el excedente que obtuviera del comprador», se falló por el Juez que el propietario debía abonar el premio y era válido el negocio, puesto que esta clase de negocios son corrientes en plaza. La Cámara civil 1.ª falló en contra por medio del Dr. Barraquero, alegando la causa ilícita y le aplicó las normas del corretaje mercantil (arts. 98 y 99 del Código de comercio). Frente a él, el Dr. Alsina, con voto en contra, considera esta acción como vulgar y corriente en el negocio de inmuebles y perfectamente lícito, sin que alcance responsabilidad alguna al corredor. Cfr. BARCIA LÓPEZ, *La causa ilícita en el Derecho de obligaciones según el pensamiento de Vélez Sarstfield. Los textos del Código y la jurisprudencia argentina*, en «Estudios en Homenaje a don Dalmacio Vélez Sarstfield», Córdoba, 1950, pág. 249.

Que no es principal, en un sentido económico (10) y autónomo, es claro y patente, al ser un contrato que no tiene una existencia por sí mismo; si llega a surgir es a consecuencia de haberse realizado el negocio principal antecedente, presupuesto y previsto como objeto del propio corretaje, sin el cual, ni aparecerá (al fracasar las gestiones), ni se obtendrá tan siquiera el premio o ganancia por el corredor.

Por otra parte, hay que añadir que es condicional. La actividad del corredor es inoperante; se esfuma y queda improductiva si el negocio principal no llega a realizarse (perfeccionarse o consumarse). Todas las gestiones, «servicios» o «trabajos» (en terminología de la sentencia en examen) caen en el vacío; según vimos, el corredor no puede recabar compensación alguna.

Efectivamente, el Tribunal Supremo, en un principio, con palabras más dudosas, manifestó, en la sentencia de 2 de diciembre de 1902, que el derecho a ser remunerado por su oferente «depende del cumplimiento de la comisión». Posteriormente, con expresión que no da lugar a dudas, la sentencia de 26 de noviembre de 1919 manifiesta: «que la efectividad del pago del importe de la comisión del cinco por ciento del valor del terreno dependía del cumplimiento de una condición esencial consignada en dichos documentos de una manera clara, precisa y concluyente..., y como aquella condición no se ha cumplido...»; y finaliza diciendo «que se tenga por cumplida la condición de que dependía la efectividad de su derecho». También, la sentencia de 10 de enero de 1922, dice que «no quedó sujeto al cumplimiento de la condición de que este contrato se consumara»; y la de 7 de abril de 1926, que «habiendo quedado ya cumplida, con la venta del vapor «Donata», la condición a que se subordinó el devengo de la comisión y su pago al D. J. P.» (el corredor). Por último, la presente sentencia igualmente declara «que la retribución que al mediador ha de darse por el mandante, sólo se debe en el caso de que el negocio principal se realice o concluya»; doctrina, según esta sentencia, «que ha aceptado la jurisprudencia de esta Sala».

La oferta condicional en que el corretaje se realiza, también demuestra que sólo existe responsabilidad por parte del oferente (11). Cumplido el encargo o gestión por el corredor, el oferente es el que queda obligado al pago del premio si se concluyó el negocio principal. Esta dependencia a que está sometido el corredor, de que se realice el negocio principal, es absoluta. Ahora bien: si el mismo oferente impidiese el cumplimiento de la condición, y como consecuencia no se concluyese el negocio, entonces, en virtud del art. 1.110 del Código civil, se podrá condenar al oferente al pago del premio ofrecido, puesto que «se tendrá por cumplida la condición—según dicho artículo—cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento». Claro está, aquí la palabra «impedimento» tendrá un alcance que se derivará de una voluntad viciada por culpa.

(10) Jurídicamente, no es accesorio, pues tendría que haber una identidad de causa con el negocio principal, que, en realidad, aquí no existe.

(11) BOLAFFIO: *Tratti caratteristici del rapporto di mediazione*, en *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto*, pubblicati in onore di V. SCIALOJA, II (Milano, 1905), 6, observa que la prestación de la obra del corredor no es *in obligatione*, sino *in conditione*. En contra, CARSELUTTI: *La prestazione del rischio nella mediazione*, en *Rivista de Diritto commerciale*, 9 (1911), 19; AZZOLINA: *L'oggetto del contratto di mediazione*, en *Rivista di Diritto privato*, 11 (1941), 249.

dolo o fraude del oferente, y «para cuya estimación dice la sentencia de 26 de noviembre de 1910—sería también precisa una declaración de culpa contractual».

Igualmente sucede con la revocación dolosa del oferente, al objeto de aprovecharse de la actividad del corredor y no pagar el premio de la gestión ofrecido (12). Como muy bien estima el caso de autos de la sentencia en examen, el oferente vendrá obligado a pagar el premio, ya porque los corredores no dieron su consentimiento al manifestar, en el considerando segundo, que «no consta de la declaración de los hechos probados de la sentencia que los actores presentaran a ello su conformidad, y que la rescisión del contrato que el recurrente alega tuviera efecto», ya porque existe un nexo causal entre los actos realizados por los corredores y el resultado posteriormente obtenido, según hace observar el considerando tercero al proclamar que «puesto que habían realizado por su parte cuantas gestiones fueron menester para el feliz resultado, por fin conseguido; en cuanto a S. (el tercero), acreditó la disponibilidad del cereal, siendo debido a ella exclusivamente la no justificación de tal disponibilidad y habiéndose aprovechado el demandado de los servicios realizados por los autores (corredores) en el asunto que se les había encomendado (13)».

5. El problema de la naturaleza consensual o real del contrato de corretaje se plantea desde un punto de vista histórico, ya que el modo de concebir el corretaje en Roma es diferente a como actualmente se desenvuelve.

Para el Derecho romano, el corretaje o *contractus aestimatorius* era un contrato real innominado. Según SOHM (14), tiene lugar cuando una persona confía a otra determinada cosa para que la venda, fijándole un precio—*rem aestimatorum vendendam dare*—, y el que la recibe se obliga a devolverla o, en su lugar, el precio señalado; lo que por cima de éste pueda obtener de la venta es para el corredor.

Por el contrario, en el Derecho moderno, el corretaje tan sólo implica el que el corredor indique la oportunidad de celebrar un negocio, o bien sirva de intermediario para la celebración del mismo, por lo que obtiene un premio.

Ahora se observa que la *res*, la entrega de la cosa, ya no es el requisito esencial que revela el contenido y fundamento de la relación obligatoria. Por eso —concluye SOHM (15)—, que tan sólo los contratos reales del Derecho romano que han de perdurar en el Derecho moderno son los contratos reales natos, mientras que los innominados, como quiera que el consentimiento es considerado hoy día, por regla general, como fuente y fundamento de acciones, se han convertido por naturaleza en contratos consensuales.

Entre nosotros, el Tribunal Supremo, aunque enuncia el contrato de corretaje de naturaleza consensual, se contradice, en cierto modo, al manifestar que es un contrato *facto ut des*, lo cual supone atribuirle un carácter real. Actual-

(12) FINOCCHIARO: *Il contratto di mediazione*, cit. por AZZOLINA, op. cit. p. 258, le reconoce al oferente facultades para rescindir en cualquier momento la gestión encomendada al corredor sin indemnización de daños; igualmente, a excepción del caso de mala fe, PIPIA: *Tratato di Diritto commerciale*, I (Torino, 1913), 448 y 467.

(13) La falta de este nexo causal puede verse en S. 8 mayo 1920.

(14) RODOLFO SOHM: *Instituciones de Derecho privado romano* 17. trad. esp. (Madrid, 1936) 366, n. 1.

(15) SOHM: *Op. cit.*, p. 367 n. 2; también JÖNS-KUNDEL: *Derecho privado romano*, trad. esp. (Barcelona, 1937) 359, n. 7.

mente, el contrato de corretaje no se basa en el «hago para que me des», por que el hacer, por sí solo, no engendra obligación alguna. El hacer es simplemente un presupuesto supeditado al logro del negocio principal. Ahora bien: este negocio se perfecciona por el mero consentimiento, cuando así lo hayan pactado las partes, o por la consumación (total o parcial) del mismo. El primer aspecto lo confirma la sentencia de 10 de enero de 1922 cuando considera que «no quedo sujeto (por pacto expreso) al cumplimiento de la condición de que este contrato se consumara», y la de 5 de junio de 1946—con una modalidad interesante de rescisión posterior del contrato—al decir «que dieron un resultado apetecido, perfeccionándose el contrato de venta entre el vendedor y el demandado..., percibiendo como señal 100.000 pesetas el vendedor, y si después, por causas ajenas a este recurso, el contrato se ha rescindido, ello no puede afectar a los derechos de la corredora de fincas, que debe percibir la retribución que le corresponde».

No obstante, salvo estipulación en contrario, el Tribunal Supremo mantiene la necesidad, no sólo de su perfeccionamiento, sino de la consumación del contrato en la gestión propuesta, a fin de que el corredor pueda exigir su premio. Paladínamente, la sentencia de 26 de noviembre de 1919 manifiesta que «hay que esperar a que el comitente o mandante haga efectivo el precio del que el importe de la comisión haya de deducirse»; y también, que «aparece del contrato escrito la necesidad de la entrega total o parcial del precio, circunstancia demostrativa de la consumación del contrato, requerida para que aquel derecho y su efectividad pudiera adquirirse y tener realidad». De igual modo, en la sentencia que anotamos, de 3 de julio de 1950, se dice: «Que, salvo pacto en contrario, debe esperarse, para percibir la comisión, a que el negocio jurídico se consume».

6. Todo ello nos lleva, como de la mano, a tener que concluir en qué consiste, cuál es el contenido y concepto del contrato de corretaje.

El criterio jurisprudencial antecedente viene expuesto a propósito de la distinción del corretaje con otros contratos afines. Así, la sentencia de 10 de enero de 1922 lo reduce «a realizar las gestiones necesarias para poner en relación a los recurrentes (corredores) con la C. T. para la celebración del contrato de compraventa de autos». La sentencia de 7 de abril de 1926 dice que «el abono de la comisión tuvo únicamente por objeto el que el D. J. P (el corredor) le buscase comprador para los buques que deseaba enajenar». La sentencia actual que comentamos manifiesta que «el contrato de mediación o corretaje... es el que tiene lugar cuando la intervención de una persona queda reducida a poner en relación a otras dos para la celebración de un contrato, sin contratar aquélla en nombre propio ni en el de su pretendido comitente».

Los autores españoles, tanto civilistas (16) como mercantilistas (17), en este punto, siguen a la legislación y doctrina extranjeras, especialmente, el articu-

(16) CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral* 6, III (Madrid, 1944) 240; BONEY RAMÓN: *Comentario a la S. 13 junio 1944*, en *Revista de Derecho Privado*, 26 (1944) 800; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, IV-2.º (Madrid, 1946) 351.

(17) GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, I (Madrid, 1940) 182; VICENTE y GELLA: *Curso de Derecho mercantil comparado*, II (Zaragoza, 1945) 58; LANGLE RUBIO: *Manual de Derecho mercantil español*, I (Barcelona, 1950) 371.

lo 412 del Código de las Obligaciones suizo (18) y el art. 1.754 del Código civil italiano de 1942 (18 bis), según los cuales es corredor aquel que pone en relación dos o más partes para la conclusión de un negocio o sirve de intermediario para la negociación de un contrato.

Pero tanto el concepto que aparece en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como el adoptado por los autores no está de acuerdo, a nuestro parecer, con la específica naturaleza por ellos atribuída. Si el contrato de corretaje consiste nada más que en la función de mediar o gestionar, esa mediación o gestión no quiere decir que implique el contraer una obligación por parte del corredor. Su manifestación de voluntad, según dijimos, será la aceptación de la gestión, que no implica vínculo u obligación alguna. También observa la gran libertad de acción de las partes antes de que el negocio principal se concluya.

Es necesario, pues, concretar el concepto del corretaje o mediación al objeto de examinar su particular fisonomía y características peculiares frente a otras figuras afines que, comúnmente, la doctrina, a pesar de señalar sus diferencias, vuelve, en la mayor parte de los autores, a confundirse (19).

Hay que concluir que el contrato de corretaje es un acuerdo por el cual una persona (oferente o mediado) se obliga frente a otra (corredor o mediador) a pagarle un premio si le indica o intermedia con una tercera persona para un negocio jurídico que con ella puede llegar a realizarse.

Al existir en tales términos un contrato de corretaje unilateral, todo lo que suponga salirse de estos límites para comprender dentro de la figura otros deberes u obligaciones que no sean, de un modo exclusivo, los del oferente o mediado será algo muy diferente del corretaje; habrá figuras distintas, perfectamente delimitadas, y si se quiere con un contenido muy idéntico, pero nunca estaremos ante un contrato típico de mediación o corretaje.

Veamos, entonces, estas figuras afines y cuáles son sus notas diferenciales frente a la simple mediación que el Tribunal Supremo también consideró.

7. En el tráfico contractual, civil y mercantil, existen una serie de instituciones, tales como el mandato, la comisión mercantil, el contrato de agencia, el arrendamiento de servicios y el de obra que, por su contenido parecido y por su fundación analoga, se confunden muchas veces con el simple corretaje o mediación.

De tal modo sucedió en las SS. de 2 de diciembre de 1902 y 20 de noviembre de 1919, que identificaron el corretaje con el mandato y la comisión mercantil. Confusión que, incluso, hoy día persiste, si no ya en el fondo de la cuestión,

(18) Cfr. HUGUENIN: *Code des Obligations*. Neuchâtel, 1937, pág. 116. Para el Derecho alemán, PALANDI: *Bürgerliches Gesetzbuch* (§§ 652-665). München y Berlín, 1950.

(18 bis) Cfr. FRANCHI y FERROCHI: *Quattro Codici. Codice civile* (arts. 1754-1765). Milano, 1946, pág. 229; CARRARO: *La mediazione*. Padova, 1952, que no hemos podido manejar.

(19) Así le ocurre a ENNECKERUS: *Tratado de Derecho civil*, trad. esp., II-2.º (Barcelona, 1935) 304, al distinguir tres tipos de corretaje: el contrato unilateral de corretaje, el contrato de servicios de corredor y el contrato de obra de corredor. Entre nosotros, CASTÁN: *Op. cit.*, III, 240 ss.; BOSCH RAMÓN: *Op. cit.*, pág. 501; PUIG PEÑA: *Op. cit.*, IV-2.º, 251 ss., concretamente, respecto de la terminología y contenido obligatorio del contrato para el corredor.

si en la terminología empleada por los autores y la jurisprudencia (20), en torno a este contrato.

El mandato, frente al corretaje, implica la orden que se da a una persona para que haga o ejecute algo que nos interesa. Por lo tanto, el mandato implica una cierta subordinación que, según el Código de comercio, no se concibe más que entre el comerciante y sus subordinados (factores, dependientes y mancosos). Además, en el mandato se abonan los gastos y se resarcan los perjuicios, mientras que en el corretaje no hay ningún abono ni responsabilidad; tan sólo el oferente viene obligado al pago del premio en el caso de concluirse el negocio. También POZZI (21) lo distingue de la mediación en que en el mandato representativo, el mandatario obra en nombre y por cuenta del mandante, debiendo seguir sus órdenes e instrucciones; en cambio, el mediador es libre de seguir el procedimiento que estime oportuno para llegar al acercamiento. LANGLE (22), consecuente con la naturaleza unilateral del corretaje, observa que el corredor no es un mandatario; aunque haya aceptado el encargo no está obligado a cumplirlo. En consecuencia, frente al mandatario (art. 1.718) no responde de daños y perjuicios por incumplimiento.

El corretaje se distingue también de la comisión mercantil, puesto que el comisionista concluye directamente los negocios, mientras que el mediador simplemente aproxima a las partes sin contratar (23). Nuestro Tribunal Supremo así lo ha manifestado en las SS. de 10 de enero de 1922 y 7 de abril de 1926, donde dice que en la celebración del contrato «no encomendó a aquél la ejecución de ningún acto de comercio, sino que el abono de la comisión tuvo únicamente por objeto el que el P. le buscase comprador para los buques que deseaba enajenar, sin autorizarle a poner término a la negociación ni en su nombre propio ni en el de la entidad recurrente, no puede ser calificado de comisión mercantil, tanto por no proceder de operaciones comerciales como por carecer de los requisitos que para la misma exigen los artículos 244, 245, 246 y 247 del Código de comercio».

Frente al arrendamiento de obra, el corretaje se diferencia porque la conclusión del contrato no puede ser prometida por el corredor, ya que este hecho

(20) La sentencia que comentamos, en el primer considerando habla de «comisión», en vez de premio; de «comitente», en lugar de oferente o mediado; en el segundo considerado vuelve a hablar de «percibir la comisión», por percibir el premio y de «comitente o mandante».

(21) POZZI: *Mediazione e mediatore*, en *Nuovo Digesto italiano*, III (Torino, 1939) 397. En Suiza, según GUTZWILLER: *Commissione, mediazioni, mandato commerciale in Diritto internazionale privato*, en *Nuova Rivista de Diritto commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale* 3 (1950) 243. El mediador ocupa un puesto aparte de los comisionistas y mandatarios mercantiles.

(22) LANGLE: *Op. cit.*, I, 734. cree que más bien es «negocio unilateral». No tan consecuente es BONEY RAMÓN: *Op. cit.*, pág. 801, al atribuirle al corredor plena libertad por una parte, y someterlo, por otra, a la responsabilidad de los actos que realiza.

(23) POZZI: *Op. cit.*, p. 396; LANGLE: *Op. cit.*, I, 734; VICENTE y GELLA: *Op. cit.*, II, 56; BONEY RAMÓN: *Op. cit.*, p. 801. Para la experiencia francesa, los mediadores, comisionistas, viajantes, agentes, etc., forman la especie de un mismo género, aunque jurídicamente pueden invocarse la concesión de estatutos diversos: c.f. BUISSON: *Rappresentanti, mediatori e commissionari dinanzi alla Giustizia e al fisco*. París, 1835, cit. por GUTZWILLER: *Op. cit.*, páginas 242 y 244, donde manifiesta que el mediador se distingue, en razón a la naturalza de la operación diferente que cumple. El mediador es comisionista tan sólo en un sentido amplio.

no depende de su voluntad, sino de la voluntad del oferente y el tercero (24). Tampoco es arrendamiento de servicios, porque el corredor no tiene derecho a la retribución si el contrato previsto no se celebra, aunque haya desplegado toda su actividad para este fin (25). Igualmente lo declara en este sentido la sentencia que anotamos, al manifestar que «si bien el contrato de mediación o corretaje presenta frente al mandato al arrendamiento de servicios y demás contratos a que ha intentado asimilarle una característica diferencial, a saber, que la retribución que al mediador ha de darse por el mandante, sólo se debe en el caso de que el negocio principal se realice o concluya, doctrina que ha aceptado la jurisprudencia de esta Sala».

Que el corredor no se confunde con el agente es debido a que aquél no pone su clientela a disposición del oferente, pero lo que sí hace es procurarle un contratante debido a su conocimiento del mercado (26). Además, en el contrato de agencia, el agente adquiere, a título oneroso, el compromiso de gestionar la realización de negocios en representación de uno o varios poderdantes, o de realizarlos en su nombre y por su cuenta sin estar ligados a ellos por un contrato de trabajo (27), con lo cual se diferencia plenamente de la simple mediación o gestión del corredor.

Tampoco se confunde la mediación con la gestión de negocios ajenos, porque ésta se produce cuando una persona se encarga espontáneamente de administrar los asuntos de otro, sin mandato ni conocimiento de éste, pero con intención de obligarle. Ni con la pública promesa de una prestación hecha por avisos públicos a quien quiera que cumpla una determinada prestación (28).

Por último, el mediador no se identifica con el *nuntius*, ya que éste no coopera en parte activamente a la conclusión del contrato, como hace el mediador, sino que se refiere a otro la declaración de voluntad (29).

Otra cosa muy distinta son los llamados por el Código de comercio agentes mediadores, cuya misión como funcionarios públicos es dar fe de las transacciones mercantiles. Según observa GARRIGUES (30), las obligaciones que el ar-

(24) Como arrendamiento de obra la considera NAVARRINI: *Trattato teorico-pratico di Diritto commerciale*, III (Torino, 1920) 64 y la literatura alemana *ibi cit.* Que la mediación es una promesa unilateral de *locatio-conductio operis* lo sostiene TUMEDI: *Del contratto di mediazione*, en *Rivista de Diritto commerciale*, 21 (1923) 140; ENNECERUS: *Op. cit.*, II-2.º, 304. En contra GARRIGUES: *Op. cit.*, II, 182; PUIG PEÑA: *Op. cit.*, IV-2.º, 352.

(25) Cfr. GARRIGUES: *Op. cit.*, II, 182; PUIG PEÑA: *Op. cit.*, IV-2.º, 352.

(26) En tal sentido, ERICH MOLITOR: *Sul concetto dell'agente di commercio*, en *Studi di Diritto commerciale in onore di C. VIVANTE*, II (Roma, 1931) 46.

(27) Así lo concibe el art. 418 a) del Código de las Obligaciones suizo, incluido por Ley federal de 4 de febrero de 1949, cfr. *Boletín de Información extranjera*, 70 (Madrid, 1949) 622.

(28) Cfr. MESSINA: *La promessa di recompensa al pubblico*, en *Scritti Giuridici*, II (Milano, 1948) 40.

(29) BONET RAMÓN: *Op. cit.*, p. 801; PUIG PEÑA: *Op. cit.*, IV-2.º, 325; BARASSI: *Istituzioni di Diritto civile I*, Milano, 1948, pág. 398.

(30) GARRIGUES: *Op. cit.*, I, 370 y 374 y II, 161; SANZ HERNÁNDEZ: *Alcance de la intervención de los agentes mediadores de comercio en la letra de cambio*, en *Revista de Derecho mercantil*, 6, (1946) III; NAVARRO GARBALÉN: *Más sobre el alcance de la intervención de los agentes mediadores de comercio en las letras de cambio*, en *Revista de Derecho mercantil*, 10 (1950) 255; PÉREZ ESCOBAR: *La unidad de acto y las pólizas intervenidas por agentes mediadores colegiados*, en *Revista de Derecho mercantil*, 11 (1951) 57.

tículo 95 señala a los agentes mediadores colegiados no son obligaciones contractuales, sino obligaciones legales que se imponen a los agentes más como funcionarios públicos que como contratantes.

José BONET CORREA

Gananciales en liquidación.—Naturaleza.—Retracto

SENTENCIA 11 JUNIO 1951

Existe en los gananciales en liquidación una copropiedad de derechos entre los herederos del difunto y el cónyuge supérstite.

Los herederos del premuerto no pueden ejercitar el retracto de coherederos, sino el de consocios, en caso de enajenación de la participación del su p erstite en los gananciales. Este derecho no puede ejercitarlo para sí cada heredero por separado.

ANTECEDENTES.—La viuda de un causante dió en pago de deudas al marido de una de las hijas y herederas del mismo causante varias fincas de su propiedad y su participación en los gananciales de su matrimonio con el repetido causante, cualquiera que fuese su cuantia. Otro de los hijos y herederos interpuso demanda ejercitando respecto de dicha participación el retracto de coherederos y, en su defecto, el de comuneros. En primera instancia se declaró procedente el retracto de *coherederos* respecto a los derechos que en la sociedad ganancial correspondian a la transmitente. Apelada la sentencia, en segunda instancia se declaró procedente el retracto de *comuneros* respecto de los derechos que a la viuda correspondian en los concretos bienes gananciales que se enumeraban en la demanda. Demandante y demandado interpusieron recurso de casacion.

MOTIVOS DE LOS RECURSOS.—A) Del demandante: 1.  Inaplicación e interpretación errónea del artículo 1.067 C. c., en relación con los 659, 666 y 661 del mismo, y de doctrina legal: debió estimarse procedente el retracto de coherederos.

2.  Fundado en el número 3. , artículo 1.602, C. c., por no hacerse declaración respecto del referido retracto.

B) Del demandado: 1.  Aplicación indebida del artículo 1.522 C. c.: el retracto de comuneros sólo procede en el caso de condominio sobre cosas concretas.

2.  Violación e inaplicación de los artículos 392, 1.302, 1.414, 659, 661, 1.082 y 1.084 C. c., y de doctrina legal: falta la unidad objetiva necesaria para